

Calúnia, injúria e difamação - Queixa-crime - Oferecimento - Sentença absolutória - Crimes prescritos pela pena máxima em abstrato - Querelada - Prerrogativa do art. 142 do CP, e art. 7º, § 2º, do Estatuto da OAB - Crimes do art. 139 e 140 do CP - Configuração - Ausência - Art. 138 do CP - *Animus caluniandi* - Dolo específico - Inexistência

Ementa: Penal. Calúnia, difamação e injúria. Sentença absolutória. Condenação. Descabimento. Delitos não evidenciados e prescritos pela pena máxima em abstrato. Recurso desprovido.

- Mantém-se a absolvição dos delitos dos arts. 138, 139 e 140 do Código Penal, já que não evidenciada a prática destes, estando ainda prescritos pela pena máxima em abstrato.

Recurso desprovido.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0024.06.029018-6/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: D.F. - Apelada: L.V.L. - Relator: DES. PEDRO COELHO VERGARA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, à unanimidade, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 25 de fevereiro de 2014. - Pedro Coelho Vergara - Relator.

Notas taquigráficas

DES. PEDRO COELHO VERGARA - I - Do relatório. Cuida-se de ação penal privada promovida por D.F. contra L.V.L. como incurso nas sanções dos arts. 138 e 140 do Código Penal e arts. 96 e 105 do Estatuto do Idoso.

Narra a queixa-crime que, no dia 22 de fevereiro de 2006, o querelante tomou conhecimento das contrarrazões assinadas pela querelada no curso da Apelação nº 1.0035.00.004789-0/001 e que, nesta, a querelada ofendeu sua honra, afirmando ter ainda o discriminado praticado tortura física e psicológica (f. 03-16).

Recebida a queixa-crime, a querelada foi citada, apresentando a defesa preliminar de f. 503-538 (f.406 e 589).

As testemunhas arroladas foram ouvidas, interrogando-se a querelada (f. 649-650 e 697-698).

O querelante pede, nas alegações finais, a condenação, rogando a defesa a absolvição (f. 705-708 e 709-717).

Proferida a sentença, a querelada foi absolvida nos termos do art. 386, incisos II e III, do Código de Processo Penal (f. 724-728).

Inconformado com a decisão, recorreu o querelante, objetivando a condenação da querelada nos termos da queixa-crime, rogando a defesa o desprovemento do pleito, manifestando-se a Procuradoria-Geral de Justiça pela declaração da extinção da punibilidade (f. 473-750, 755-757 e 770-772).

É o breve relato.

Voto.

II - Da admissibilidade - Conheço do recurso, já que presentes os pressupostos para sua admissão.

III - Das preliminares - Deixo de submeter à apreciação da Turma Julgadora a preliminar suscitada pela Procuradoria-Geral de Justiça, consistente na prescrição da pretensão punitiva, pois o querelante apresentou teses novas em memoriais que devem ser rebatidas (f. 784-794).

Passo, assim, ao exame do mérito do recurso.

IV - Do mérito - Trata-se de delitos de calúnia, difamação e injúria, cuja norma penal incriminadora se encontra prevista nos arts. 138, 139 e 140 do Código Penal.

Resume-se a questão à análise da possibilidade de condenação da querelada nos termos da queixa crime.

A defesa requer, inicialmente, em memoriais, a nulidade do parecer da Procuradoria-Geral de Justiça acostado à f. 770-772 e o envio dos autos para outro procurador, já que aquele não adentrou o mérito das razões.

Razão não lhe socorre.

O Órgão Ministerial é uno, ou seja, os promotores e procuradores atuam em nome da instituição, e não em nome próprio.

O parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, ademais, não vincula os desembargadores nem está vinculado à manifestação do *Parquet* em contrarrazões.

O Ministério Público atua em contrarrazões como parte e o *Parquet* de cúpula como *custos legis*, podendo suas manifestações divergir.

O Promotor de Justiça, no presente caso, ademais, não se manifestou sobre o mérito da ação, analisando apenas se havia nulidades a serem sanadas, por se tratar de ação privada, como se observa à f. 759-761.

A defesa alega ainda que a Procuradoria-Geral de Justiça requereu a prescrição, pois se esqueceu de acrescentar à conduta praticada pela querelada os delitos tipificados no Estatuto do Idoso - arts. 96 e 105 - como, por exemplo, o de discriminação, que é inclusive imprescritível.

A tese defensiva, todavia, não merece prosperar.

Os delitos previstos no Estatuto do Idoso são de ação pública incondicionada, nos termos do art. 95 da referida lei, que dispõe: "Art. 95. Os crimes definidos

nesta Lei são de ação penal pública incondicionada, não se lhes aplicando os arts. 181 e 182 do Código Penal".

Inocorrendo, assim, oferecimento de denúncia pelo Ministério Público em relação a esses delitos, inviável se encontra a condenação pela prática destes, apesar de referidos na queixa-crime de f. 03-16.

Guilherme de Souza Nucci salientou sobre o tema:

[...] Significa, portanto, que qualquer delito praticado contra idoso, seja de caráter patrimonial ou não, como ou sem violência ou grave ameaça, a ação é pública incondicionada. [...]” (*Leis penais e processuais penais comentadas*. 5. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: 2010, p. 700).

Os crimes supostamente praticados pela querelada tipificados no estatuto em questão não foram, portanto, analisados nos presentes autos, diante da ausência de denúncia, tratando-se estes apenas dos delitos contra a honra tipificados no Código Penal.

E os delitos imputados à querelante na queixa-crime do referido Codex Penal realmente se encontram prescritos pela pena máxima cominada ao delito, como salientou a Procuradoria-Geral de Justiça.

Ofereceu-se em desfavor da querelada queixa-crime, imputando-lhe a prática dos delitos dos arts. 138 e 140 do Código Penal, sendo, ao final, absolvida, nos termos da sentença fustigada.

A prática do delito do art. 139 do referido diploma legal também foi mencionada no corpo da queixa-crime, devendo também ser analisada.

Analisa-se a pena de cada crime isoladamente quando da prática de mais de um delito em concurso, nos termos do art. 119 do Código Penal, que determina: "Artigo 119 - No caso de concurso de crimes, a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um, isoladamente".

Esta é a jurisprudência:

Recurso em sentido estrito. Artigo 366 do CPP. Suspensão do prazo prescricional. Limite de prazo para a duração do sobrestamento. Inocorrência da prescrição do crime de furto qualificado. Concurso de crimes. Análise isolada de cada delito. Cassação de parte da decisão que extinguiu a punibilidade do agente. Recurso provido em parte. [...] - Conforme o art. 119 do Código Penal, "No caso de concurso de crimes, a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um, isoladamente (Apelação Criminal nº 1.0024.97.069334-4/001, Rel. Des. Alberto Deodato Neto, TJMG, p. em 27.05.2011).

O art. 109, incisos V e VI, do Código Penal determina ainda que o delito cuja pena foi inferior a um ano prescreve em 2 (dois) anos, antes da alteração da Lei 12.234/10, e, se a pena for igual a um ano e não superior a dois anos, prescreve em 4 (quatro) anos.

O art. 117 do Código Penal, que enumera as causas interruptivas da prescrição, não dispõe, ademais, como uma delas a sentença absolutória.

Esta é a jurisprudência:

Apelação criminal. Sentença absolutória. Prescrição da pretensão punitiva. Ocorrência. Extinção da punibilidade. Reconhecimento. - Prolatada sentença absolutória, não se há de falar em interrupção da prescrição, sendo certo que o marco inicial é o recebimento da denúncia, e a prescrição será regulada pela pena máxima, em abstrato. Prescrição reconhecida (Apelação Criminal nº 1.0027.07.120906-1/001, Rel. Des. Flávio Leite - TJMG -, p. em 14.01.2011).

O lapso temporal, dessa forma, entre a data do recebimento da queixa (28 de maio de 2008 - f. 406) e o presente julgamento é maior que 4 (quatro) anos, extinguindo-se a punibilidade.

Luiz Flávio Gomes e Antônio García-Pablos de Molina lecionam sobre o tema:

[...] prescrição é a perda do direito de punir do Estado (do *ius puniendi* concreto ou da pretensão executória) em virtude de sua inércia e do transcurso do tempo. O direito do Estado (de aplicar a pena ou de executar a pena concretizada na sentença) não é eterno (em outras palavras: não pode ser exercido eternamente). Depois do transcurso de um certo lapso temporal, ele se extingue, por força da prescrição [...] (*Direito Penal*: parte geral, vol. 2, 2. ed., São Paulo: 2009, p. 647).

O exercício do *ius puniendi* estatal se encontra, portanto, fulminado pela ocorrência da prescrição, em consonância com as penas máximas abstratas cominadas aos delitos imputados à querelada.

O querelante requer, contudo, que os artigos que tratam da prescrição sejam julgados inconstitucionais.

Razão, contudo, não lhe socorre, pois o Estado não pode punir as condutas tidas como ilícitas *ad eternum*; assim, este perde o direito de punir ante o transcurso de determinado lapso temporal.

Transcorrido, portanto, determinado prazo sem que haja punição do Estado pela prática de uma conduta, extingue-se a punibilidade do agente pela prescrição, sendo ela pela pena concreta ou abstrata, nos termos do art. 107, inciso IV, do Código Penal.

Como bem salientou Guilherme de Souza Nucci, a saber:

[...] Prescrição: é a perda do direito de punir do Estado pelo não exercício em determinado lapso de tempo. Não há mais interesse estatal na repressão do crime, tendo em vista o decurso do tempo e porque o infrator não reincide, readaptando-se à vida social. Há duas maneiras de se computar a prescrição: a) pela pena *in abstracto*; b) pela pena *in concreto*. [...] (*Código Penal comentado*. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: 2012, p. 588).

Os artigos que tratam da matéria são, dessa forma, constitucionais, não havendo falar em qualquer inconstitucionalidade como requerido pela defesa do querelante.

A extinção da punibilidade da querelada pela prescrição da pretensão punitiva tornaria, assim, prejudicado o exame do mérito do recurso do querelante.

A Súmula 241 do extinto TFR dispõe *verbis*: “A extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva prejudica o exame do mérito da apelação criminal”.

A defesa do querelante, contudo, rebate veementemente, nos memoriais apresentados, “as morosidades” da querelada, que acabaram ocasionando a prescrição, requerendo, inclusive, que este tribunal declare a suspensão de alguns prazos.

Afasto, de plano, a possibilidade de suspensão de alguns períodos durante o trâmite processual, pois o Magistrado primevo, em nenhum momento, suspendeu o processo e/ou o prazo prescricional.

Evitando, todavia, futuras alegações de omissão, demonstrarei à combativa defesa do querelante que, mesmo que superada a prescrição, a conduta da querelada não se apresenta típica.

O Magistrado primevo absolveu a querelada das sanções dos arts. 138, 139 e 140 do Código Penal, nos termos do art. 386, incisos II e III, do Código de Processo Penal, nos termos da sentença de f. 724-728.

Referida decisão se encontra devidamente fundamentada, apresentando o Juiz *a quo* as suas razões de decidir, respeitando devidamente o que dispõe o art. 93, inciso IX, da CR/88.

O Magistrado primevo não absolveu a querelada, ademais, ao argumento de que esta não foi a subscriptora das contrarrazões apresentadas na ação cível, como salientou a defesa à f. 745.

Este absolveu a querelada, porque não vislumbrou, nos autos, a existência de um crime e por não constituírem outras condutas infração penal, como também será demonstrado a seguir.

O fato, para ser punível, há de ser típico, antijurídico e culpável,

Guilherme de Souza Nucci assim se manifesta:

[...] Trata-se de uma conduta típica, antijurídica e culpável, vale dizer, uma ação ou omissão ajustada a um modelo legal de conduta proibida (tipicidade), contrária ao direito (antijuricidade) e sujeita a um juízo de reprovação social incidente sobre o fato e seu autor, desde que existam imputabilidade, consciência potencial de ilicitude e exigibilidade e possibilidade de agir conforme o direito [...]” (*Manual de Direito Penal*, parte geral e parte especial. 2. ed. rev. atual. e ampl. Capítulo XII, Conceito de Crime; p. 157-158).

Ausente, assim, qualquer destes três elementos constitutivos do tipo penal, não se configura o ato como crime, não podendo ser aplicadas as sanções previstas na lei penal.

As condutas imputadas à querelada se baseiam tão somente em expressões existentes em peça processual juntada em ação cível quando esta peticionava por meio de contrarrazões perante este Tribunal (f. 17-26).

Algumas adjetivações existentes na referida petição poderiam, portanto, configurar os delitos de difamação ou injúria descritos nos arts. 139 e 140 do Código Penal.

As alegações e as expressões se deram, todavia, de forma indubitosa na discussão de causa cível, já que a querelada requeria o desprovimento do recurso de apelação e a manutenção da sentença que condenou o querelante ao pagamento de indenização em prol de seu representado.

A conduta da querelada em relação à possível prática do delito de difamação e injúria está, assim, abrangida pela imunidade judiciária, nos termos dos art. 142 do Código Penal e 7º, § 2º, do Estatuto da OAB, a saber:

Art. 142 - Não constituem injúria ou difamação punível:
I - a ofensa irrogada em juízo, na discussão da causa, pela parte ou por seu procurador;

Art. 7º. São direitos do advogado:
[...]

§ 2º O advogado tem imunidade profissional, não constituindo injúria, difamação ou desacato puníveis qualquer manifestação de sua parte, no exercício de sua atividade, em juízo ou fora dele, sem prejuízo das sanções disciplinares perante a OAB, pelos excessos que cometer.

Afastada se encontra, assim, a possibilidade de condenação da querelada pela prática dos delitos de difamação e injúria tipificados nos arts. 139 e 140 do *Codex Penal*.

O crime de calúnia disposto no art. 138 do referido diploma legal também não resta configurado.

Exige-se, para a sua configuração, que o agente descreva um fato tipificado como crime com riqueza de informações, sabendo ser este falso, estando ainda presente o dolo específico - *animus caluniandi* -, que se traduz na vontade de atingir a honra do sujeito passivo.

Cezar Roberto Bittencourt, em sua obra *Tratado de Direito Penal* esclarece:

[...] Para que o fato imputado possa constituir calúnia, precisam estar presentes, simultaneamente, todos os requisitos do crime: a) a imputação de fato determinado qualificado como crime; b) falsidade da imputação; c) elemento subjetivo - *animus caluniandi*. A ausência de qualquer desses elementos impede que se possa falar em fato definido como crime de calúnia. [...]” (*Tratado de Direito Penal 2* - parte especial - dos crimes contra a pessoa. São Paulo: Saraiva, p. 285-286).

Não se discute, nos presentes autos, o fato de a querelada ter proferido as expressões descritas na queixa-crime, pois estas restaram evidenciadas e incontroversas, mas necessário se faz o exame das elementares do delito em questão.

A petição das contrarrazões apresentadas pela querelada não descreve de forma detalhada e com riqueza de informações qualquer fato tido como crime pelo querelante.

Esta apenas rebate as alegações das razões recursais, buscando o desprovimento do recurso e a manu-

tenção da sentença que deu ganho de causa ao seu representado.

A ora apelada, portanto, em momento algum afirmou que o querelante é responsável por alguma prática delitiva.

Guilherme de Souza Nucci leciona sobre o tema:

[...] Atribuição de fato: costuma-se confundir um mero xingamento com uma calúnia. Dizer que uma pessoa é ‘estelionatária’, ainda que falso, não significa estar havendo uma calúnia, mas sim uma injúria.

O tipo penal do art. 138 exige a imputação de fato criminoso, o que significa dizer que “no dia tal, às tantas horas, na loja Z, o indivíduo emitiu um cheque sem provisão de fundos”. Sendo falso esse fato, configura-se a calúnia. [...] (*Código Penal Comentado*. 11. ed. rev. atual. São Paulo: 2012, p. 705-706).

Esta é a jurisprudência:

A calúnia consiste na imputação de fato que constitua crime, mas imputação precisa, com todas as circunstâncias constitutivas da infração; sujeitos ativo, passivo, o tempo, o lugar, a quantidade e qualidade do objeto e o evento ou acontecimento previsto em lei (TACrimSP, Rel. Edmeu Carmesini - JUTACrim 83/319).

A querelada não agiu, ainda, com dolo.

O dolo, no crime de calúnia, requer ânimo calmo e sereno do agente, exigindo-se deste a consciência de que esteja ofendendo a honra do sujeito passivo ao atribuir-lhe falsamente a prática de um delito, o que não se verificou no presente caso.

Cezar Roberto Bittencourt assim se manifesta sobre o tema:

[...] O elemento subjetivo geral do crime de calúnia é o dolo de dano, que é constituído pela vontade consciente de caluniar a vítima, imputando-lhe a prática de fato definido como crime, de que o sabe inocente.

[...]

Além do dolo é indispensável o *animus caluniandi*, elemento subjetivo especial do tipo, que parte da doutrina entende desnecessário. A calúnia exige, afinal, o especial fim de caluniar, a intenção de ofender, a vontade de denegrir, o desejo de atingir a honra do ofendido que, se não existir, não tipificará o crime. [...]” (*Tratado de Direito Penal 2* - parte especial - dos crimes contra a pessoa. São Paulo: Saraiva, p. 289-290).

A prova colacionada aos autos demonstrou, portanto, de forma unânime, que inexistiu, por parte da querelada, o *animus caluniandi*.

Não vislumbro, assim, a prática do delito de calúnia pela querelada, por ausência de descrição completa dos supostos delitos imputados, não estando presente, ainda, o elemento subjetivo do tipo - dolo específico -, configurado na intenção de ofender a honra do sujeito passivo.

Inexistindo, portanto, nos autos, qualquer indício de que a querelada agiu com dolo específico, com a vontade de ofender a honra do querelante, torna-se inviável uma condenação nas sanções do art. 138 do Código Penal.

Este é o entendimento jurisprudencial:

Apelação. Crime contra a honra. Calúnia e difamação. Ausência de dolo específico. Fato atípico. Absolvição mantida. Recurso desprovido. - Não restando configurado o dolo específico de imputar fato considerado crime ao apelante, tampouco de ofender a sua reputação, o fato deve ser considerado atípico, devendo ser mantida a absolvição (Apelação Criminal nº 1.0024.06.122132-1/001, Rel. Des. Alexandre Victor de Carvalho - TJMG -, p. em 17.04.09).

As questões, ademais, mencionadas pela defesa em relação à ação em que se praticaram os supostos delitos em exame não devem ser analisadas ou rebatidas no presente momento.

A ação penal em questão se resume à análise da prática ou não dos delitos contra a honra do Código Penal, não cabendo a esta discutir questões relacionadas à Ação Cível nº 0035.00.004789-0.

Mantenho, assim, a sentença fustigada pelos seus próprios e jurídicos fundamentos, estando, ainda, as condutas imputadas à querelada prescritas mediante a pena máxima cominada aos delitos.

IV - Do provimento. Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ADILSON LAMOUNIER e EDUARDO MACHADO.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

• • •