



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
15ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL

Registro: 2021.0000491080

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Em Sentido Estrito nº 1047033-65.2020.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que é recorrente/querelante WASHINGTON UMBERTO CINEL, é recorrido/querelado LUIS NASSIF.

ACORDAM, em 15ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "De ofício, declararam a extinção da punibilidade, pela prescrição da pretensão punitiva, prejudicado o exame do mérito. V. U.

Sustentaram oralmente os i. Advogados Dr. Gabriel Domingue e Dr. Alfredo Ermírio de Araújo Andrade; fez uso da palavra o Exmo. Procurador de Justiça Dr. Francisco José Taddei Cembranelli.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GILDA ALVES BARBOSA DIODATTI (Presidente), POÇAS LEITÃO E WILLIAN CAMPOS.

São Paulo, 24 de junho de 2021.

GILDA ALVES BARBOSA DIODATTI
RELATORA
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
15ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL

VOTO: 009977
RECURSO EM SENTIDO ESTRITO: 1047033-65.2020.8.26.0002
RECORRENTE/QUERELANTE: WASHINGTON UMBERTO CINEL
RECORRIDO/QUERELADO: LUIS NASSIF
COMARCA: SÃO PAULO/FORO REGIONAL DE SANTO AMARO – 1ª VARA CRIMINAL

PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. DECLARAÇÃO DE OFÍCIO. Decorrido o lapso temporal máximo para que o Poder Público exerça o jus puniendi, forçosa é a declaração, de ofício, da extinção da punibilidade do querelado Luis Nassif, pela prescrição da pretensão punitiva. No caso dos autos, em que imputada ao recorrido a prática de crimes contra a honra (calúnia e difamação) cujas penas máximas em abstrato não excedem a quatro e dois anos, respectivamente e, portanto, prescrevem em oito e quatro anos (CP, art. 109, incisos IV e V), prazos reduzidos pela metade em virtude de o recorrido contar com mais de 70 anos já na data de oferecimento da queixa-crime. E, entre a consumação do delito, com a divulgação da matéria jornalística reputada ofensiva na rede mundial de computadores (aos 03.10.16) e este acórdão, já transcorreu, há mais de seis meses o maior dos ditos lapsos prescricionais, ausentes causas interruptivas ou suspensivas da prescrição. Crimes imputados instantâneos. Declarada, de ofício, extinta a punibilidade do recorrido Luis Nassif, pela prescrição da pretensão punitiva, prejudicado o exame do recurso.

Julga-se extinta a punibilidade de Luis Nassif, pela prescrição da pretensão punitiva, prejudicado o recurso do querelante.

A respeitável decisão de fls. 45/47, julgou extinta a punibilidade do querelado Luis Nassif quanto às imputações relativas aos crimes previstos nos artigos 138 e 139, c.c. artigo 141, inciso III, todos do Código



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
15ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL

Penal, com fundamento no artigo 107, inciso IV, 2ª figura, c.c. artigo 103, ambos do Código Penal.

Inconformado, recorre o querelante, objetivando a reforma da r. decisão, argumentando que o início da contagem do prazo **decadencial** dá-se com a ciência da autoria pelo ofendido, que, mesmo em se tratando de matéria jornalística, não coincide com a data de sua publicação (fls. 56/65).

O recurso foi processado e contrarrazoado, com preliminar de reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva (fls. 90/100), manifestando-se o Ministério Público de primeiro grau no sentido do reconhecimento da prescrição (fls. 110/114). Mantida, ainda que de forma tácita, a decisão atacada em juízo de retratação, dada a determinação de subida dos autos a esta Instância (fl. 115). A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em respeitável parecer lançado nos autos, manifestou-se pelo reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva ou pelo desprovimento do reclamo (fls. 137/143).

É o relatório.

Embora seja, realmente, tortuosa a questão relativa ao início do prazo decadencial para o *direito de queixa*, na hipótese de matéria jornalística divulgada em site de internet, não se podendo precisar com exatidão a data em que o ofendido/querelante dela tenha tido ciência e



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
15ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL

conhecimento, ela perde sua importância no caso dos autos, em que a punibilidade do querelado deve ser declarada extinta nesta sede por motivo outro, não sujeito a dúvidas ou questionamentos, qual seja, a **prescrição da pretensão punitiva**.

Isso porque, imputadas ao recorrido as condutas dos artigos 138 (por uma vez) e 139 (por duas vezes) c.c. o artigo 141, inciso III, todos do Código Penal, cujas penas máximas em abstrato não excedem a quatro e dois anos e, portanto, prescrevem em oito e quatro anos (CP, art. 109, *caput* e incisos IV e V), prazo reduzido pela metade em virtude do acusado já ser maior de 70 anos de idade ao azo da denúncia rejeitada (CP, art. 115), em tendo ele nascido aos 24.05.1950 (fl. 102).

E, entre a consumação dos delitos, com a divulgação da matéria jornalística reputada ofensiva (aos 03.10.2016, pelo site “Rede Brasil Atual” – fl. 2) e a presente data, transcorreu o maior dos lapsos prescricionais, de quatro anos, ausentes causas interruptivas ou suspensivas da prescrição, mesmo porque, em se cuidando de prescrição pela pena máxima em abstrato, não se aplica a vedação de contagem do lapso respectivo antes do recebimento da denúncia.

E nem se diga que inócua a prescrição ao argumento de que por tratar-se de matéria jornalística veiculada na rede mundial de computadores o crime seria permanente.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
15ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL

Não se desconhece, por certo, a decisão no INQ 4.781/DF, citada pelo recorrente em sede de memoriais. Mas também não se desconhece que dita decisão, a par de ser referir a uma hipótese de prisão em flagrante por *delito contra a segurança nacional* (tipificado na Lei nº 7.170/73) – situação bem distinta daquela em testilha - em que não discutida a prescrição, trata-se de julgado sem efeito vinculante.

E, respeitado entendimento ao revés, mostra-se despropositada a tese de que enquanto a publicação em meio digital puder ser acessada os crimes de calúnia e difamação não estejam sujeitos à prescrição, por simplesmente desnaturar a natureza instantânea desses crimes e criar uma espécie de “crime eterno”, dada a conhecida dificuldade, quiçá impossibilidade, de se excluir algo que já tenha sido exposto na rede mundial de computadores, até porque, mesmo se removida pelo autor, ou por terceiros, ela pode ter sido salva e posteriormente republicada por qualquer pessoa.

Seria confundir-se um *crime instantâneo* com exaurimento e efeitos possivelmente perenes com um *crime permanente*, sem se falar na disparidade de tratamento entre aquele que veicula uma acusação ou fato desabonador por meio de fofoca, “boca a boca” ou periódico impresso, que cometeria crime sujeito à prescrição e aquele que a veicula por meio da internet, que, segundo a tese aventada, poderia ser eternamente acusado, embora cometido o mesmo delito, criando-se uma imprescritibilidade sem previsão constitucional ou



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
15ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL

legal conforme o meio utilizado para a prática do mesmo delito.

Perfeitamente analisada a questão pelo penalista Rodrigo Pedroso Barbosa em artigo datado de 08.03.2021, disponibilizado no seguinte endereço eletrônico:
<https://www.migalhas.com.br/depeso/341305/permanencia-dos-crimes-on-line-entre-a-consumacao-e-o-exaurimento>:

“Inicialmente, leciona Busato (2017a) que quanto a crimes permanentes 'a ação segue em curso enquanto dura a permanência, razão pela qual todo esse tempo é considerado tempo do crime'. Diferentemente do crime continuado.

O crime permanente, ao contrário, tem uma única atividade que se desenvolve no espaço-tempo e em determinado momento cessa. Como é óbvio, não se pode determinar qualquer momento da atividade como tempo do crime, posto que todos são equivalentes e indistintos. Daí a necessidade de estabelecer a cessação da permanência como momento do crime (BUSATO, 2017a).

Cleber Masson (2016, p. 208-209) define o crime de Difamação como comum, de forma livre, comissivo, de dano, formal e instantâneo. Sobre a consumação, afirma que consuma-se 'quando terceira pessoa toma conhecimento da ofensa dirigida à vítima'. Em outras palavras, o crime se consuma quando o primeiro terceiro toma conhecimento da ofensa. Mas a questão do



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
15ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL

número de pessoas alcançadas não é ignorada pelo ordenamento jurídico. Não apenas pode exasperar a pena, como condição judicial desfavorável (art. 59/CP), como é tratada diretamente no artigo 141, especificamente no inciso III: 'na presença de várias pessoas, ou por meio que facilite a divulgação da calúnia, da difamação ou da injúria'.

É pacífico que os crimes contra honra praticados na internet se enquadram nesta situação, conforme explica Paulo Busato (2017b) ao afirmar que 'a ideia do meio que facilite a divulgação, é possível afirmar como tais os mecanismos de comunicação cibernéticos, como e-mails e similares'. Da mesma forma, Rogério Sanches (CUNHA, 2020, p. 206) leciona que 'pode se inserir na majorante o crime contra a honra cometido por meio de redes sociais na internet, pois se trata de um meio que facilita a divulgação da ofensa.'

Além da situação de flagrância, tratar tais crimes como permanentes trás outros problemas. Se um vídeo difamatório na internet for crime permanente enquanto o vídeo existir, o crime será eterno. Conteúdos disponibilizados na internet fogem do controle do autor, sendo arquivados e redistribuídos. Cita-se, exempli gratia, o [Internet Archive](#) que tem como proposta armazenar um conteúdo perpetuamente. Outras pessoas podem ter copiado e salvo, repostando. O provedor de conteúdo pode se recusar a tirar o conteúdo do ar, mesmo a pedido do autor. Repete-se: atribuir-se a classificação de crime permanente a crimes praticados por conteúdo disponibilizado na internet significa transformar tais crimes



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
15ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL

em uma novel classificação: crimes eternos. Igualmente problemático é que, se entendemos, como afirma Busato (2017a) que o momento do crime é quando cessa sua permanência, então jamais se teria este marco, tão necessário para a aferição da prescrição e mesmo a idade do autor. Qual dispositivo penal deve ser aplicado a um autor que, aos 14 anos, posta um vídeo difamatório na internet, e o vídeo permanece on-line por 8 anos? Deve se considerar o autor com 14 anos ou 22 anos?

Faz-se uma analogia. Com a inconstitucionalidade da Lei da Imprensa, a difamação por meio de jornais possui a mesma tipificação (art. 139 c/c 141, III). É uma manifestação que também possui permanência. Deve o crime ser considerado como tal enquanto existir qualquer cópia do jornal em circulação? Qualquer cópia arquivada? Enquanto uma única banca de jornal ainda possuir um exemplar exposto, a venda, continuará o autor em situação de flagrância? Tal situação é inaceitável. Se o crime depende do elemento subjetivo, a partir do mesmo que se excede a esfera volitiva do autor, não se pode mais atribuir-lhe o dolo. Em que pese a possibilidade de discutir-se conduta culposa (tendo-se um crime preterdoloso com a culpa no consequente), os crimes aqui analisados não aceitam modalidade culposa. Por isso existe a majorante do art. 141: para tratar do risco causado pelo meio que facilita a divulgação. Fosse o crime permanente, tal previsão não seria necessária ou, talvez, até mesmo possível.

Resta a justa pergunta: se a permanência do conteúdo on-line, disponível, não transmuta o crime em permanente, isso significa que



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
15ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL

não possui relevância jurídica, sendo mero exaurimento, como continuar a alvejar alguém já falecido? Não. E o ordenamento jurídico trás previsões. O artigo 59 do Código Penal indica que o juiz deve, ao fixar a pena, atender às consequências do crime, o que permite o aumento da pena, no caso concreto, acima da mínima cominada. Também na esfera civil, talvez mais importante em casos assim (como um professor meu lecionada, a carteira é a parte mais sensível do corpo humano), a contínua disponibilidade do conteúdo significa um dano maior, ao menos material. E, conforme prescrição do artigo 944 do [Código Civil](#), '[a] indenização mede-se pela extensão do dano'.

Além deste ponto, Juarez Cirino dos Santos (2020, p. 393) traz outro desdobramento que possui graves consequências jurídicas, quando afirma que o exaurimento do fato 'tem interesse prático para a participação, o concurso de crimes, atribuição de caracteres qualificadores [...]'. Com isso, fica claro que ainda que seja, para o autor original, exaurimento, outros podem ingressar, como coautores ou partícipes, durante esta fase. Alguém que reproduza o vídeo difamatório, ou retransmita, estará cometendo novo crime enquanto novo autor. Em outras palavras, o exaurimento do crime em relação ao autor original não significa que novos agentes não possam surgir, seja como partícipe, coautor ou mesmo em nova autoria.

Longe de ausência de relevância jurídica, o ordenamento jurídico pátrio já possui diversos institutos para lidar com a situação, que podem ser aplicados com muito menos contorcionismo do que alquimicamente



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
15ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL

transmutar crime instantâneo em permanente. Enquanto lacunas legais podem, e devem (devido à obrigatoriedade da jurisdição), serem sanadas pelos magistrados, não é aceitável que estes rompam com a norma jurídica, reescrevendo o texto. Adequação de normas é função legislativa. Como explorado no presente trabalho, considerar tais crimes como permanentes abre porta para consequências nefastas, algumas aqui previstas mas com certeza também outras. Cada decisão é uma nova página no que Dworkin chama de romance em cadeia, que será a base para novas decisões no futuro.

Conclui-se então que os crimes de manifestação, sejam os previstos no Código Penal sob o capítulo Dos Crimes Contra a Honra, sejam aqueles tipificados na Lei de Segurança Nacional, ou qualquer outro dispositivo normativo, são, salvo disposição em contrário, instantâneos. A contínua disponibilidade trata-se de exaurimento. Evitamos dizer mero exaurimento, pois mesmo o exaurimento possui consequências jurídicas. Consequências previstas e aplicáveis, sem a necessidade de se transformar, magicamente, crimes instantâneos em crimes permanentes.”

Incabível, pois, a tese lançada em memoriais, pois refutada a transmutação dos crimes contra a honra de instantâneos para permanentes, conforme o meio por que praticado, uma vez que a própria lei penal já prevê agravamento de pena se o meio for favorável à maior divulgação, como visto.

E sendo a prescrição da pretensão punitiva



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
15ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL

matéria de ordem pública, pode e deve o Magistrado conhecê-la, mesmo que de ofício, em qualquer fase do processo (CPP, art. 61, *caput*), e o seu reconhecimento prejudica o mérito do recurso (STJ, Sexta Turma, Resp. nº 151.910/RS, Rel. Vicente Leal, julgado em 14.12.1999, DJU de 14.02.2000, p. 81).

Ante o exposto, pelo meu voto, **JULGA-SE EXTINTA A PUNIBILIDADE DE LUIS NASSIF, PELA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA**, prejudicado o exame do recurso.

GILDA ALVES BARBOSA DIODATTI

Relatora