

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

Colégio Recursal Central da Capital

Fórum João Mendes Júnior - 17º Andar, sala 1721, Centro - CEP 01501-900, Fone: 2171-6315, São Paulo-SP

Processo nº: 1014985-86.2016.8.26.0004

Registro: 2019.0000058381**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação Criminal nº 1014985-86.2016.8.26.0004, da Comarca de São Paulo, em que é apelante SÉRGIO PARDELLAS, é apelado JOSE EDUARDO MARTINS CARDOZO.

ACORDAM, em 1ª Turma Recursal Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. Por maioria de votos. Vencido o relator.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos MM. Juízes FERNANDA AFONSO DE ALMEIDA (Presidente sem voto), XISTO ALBARELLI RANGEL NETO, vencedor, BAIARDO DE BRITO PEREIRA JUNIOR, vencido e RICHARD FRANCISCO CHEQUINI.

São Paulo, 6 de junho de 2019

XISTO RANGEL**RELATOR DESIGNADO****Assinatura Eletrônica**


TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Colégio Recursal Central da Capital

Fórum João Mendes Júnior - 17º Andar, sala 1721, Centro - CEP 01501-900, Fone: 2171-6315, São Paulo-SP

Processo nº: 1014985-86.2016.8.26.0004

Voto 532 - designado

Queixa-crime. Difamação de ex-ministro de Estado na revista “Isto é”. Afirmção, sem base na realidade, de que o querelante, assim como outros expoentes da política nacional, teria sido flagrado em áudios incontestáveis a tramar contra a operação lava-jato (obstrução de justiça). Existência de áudios somente quanto aos demais mencionados. Condenação em primeira instância. Apelação colimando reversão. Procedência. Necessidade de leitura da matéria em sua integralidade e com consideração do contexto de então. Implicação do querelante na suposta obstrução de justiça que podia ser inferida de delação de ex-senador da república. Dolo de difamar que não pode ser presumido basicamente só pelo fato de o querelado ser jornalista experiente. Probabilidade de erro, de negligência na construção da matéria. Crime que não se pune na forma culposa. Absolvição por insuficiência de provas.

Vistos

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo querelado **Sérgio Pardellas** contra a respeitável sentença que o condenou como incurso no art. 139, caput, c.c. o art. 141, inciso III, ambos do Código Penal, à pena de 04 (quatro) meses de detenção, em regime inicial aberto, mais o pagamento de 13 (treze) dias-multa, no valor de meio salário-mínimo cada, com substituição da pena privativa da liberdade por restritiva de direitos consistente em prestação pecuniária equivalente a 10 (dez) salários mínimos em favor do ofendido, o querelante, **José Eduardo Cardozo** (fls.


TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Colégio Recursal Central da Capital

Fórum João Mendes Júnior - 17º Andar, sala 1721, Centro - CEP 01501-900, Fone: 2171-6315, São Paulo-SP

Processo nº: 1014985-86.2016.8.26.0004

2034/2044).

Irresignado, alegou, em síntese, que não teria se caracterizado o crime de difamação e que teria agido no âmbito da liberdade de imprensa (art. 220 da CF). Ressaltou que a matéria jornalística em discussão tinha que ser lida por inteiro, e considerado o contexto de então, referindo-se aos fatos apurados no inquérito n.º 4243 com lastro na delação premiada do ex-senador Delcídio do Amaral. Destacou não ter agido com dolo específico de difamar o apelado e que não se justificaria a sua punição a título de culpa. Tudo de modo a tornar impositiva sua absolvição com fulcro no art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal (fls. 2067/2097).

O querelante manifestou-se, em síntese, pela integral manutenção da sentença. Reforçou que o cerne da questão estaria no fato de o querelado ter feito, na matéria jornalística por ele assinada (revista “Isto é”), alusão a que o querelante teria sido flagrado em áudios incontestáveis a participar de maquinações contra a lava jato (obstrução de justiça), o que, por não haver de fato ocorrido, seria suficiente a demonstrar *animus diffamandi*.

O Ministério Público apresentou contrarrazões, reiterando a manifestação de fl. 2029/2032, em que defendia a absolvição do acusado (fl. 2134).

Em segundo grau, porém, o Ministério Público opinou pelo não provimento do apelo (fls. 2138/2149).

É o relatório.

A liberdade de expressão e de divulgação de informação/opinião é plena especialmente quando exercida pela imprensa, dada a inequívoca


TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Colégio Recursal Central da Capital

Fórum João Mendes Júnior - 17º Andar, sala 1721, Centro - CEP 01501-900, Fone: 2171-6315, São Paulo-SP

Processo nº: 1014985-86.2016.8.26.0004

função social que alcança. Sendo gizadas suas restrições no parágrafo 1º do art. 220 da Constituição [*nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV*].

Ou seja, ao lado dos incisos XIII e XIV, que afirmam a liberdade de profissão, o direito à informação e o resguardo ao sigilo da fonte, são instituídos como limites admissíveis para a divulgação de informação/opinião jornalística: (1) a **proibição do anonimato** (art. 5º, IV); (2) o **direito de resposta** proporcional ao agravo e de **indenização por danos materiais, morais e à imagem** (art. 5º, V); e (3) a garantia – mais uma vez – de **indenização por danos** causados à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas (art. 5º, X). **E ponto.**

Em nenhum momento a Constituição acena com a possibilidade de o jornalista ser processado, enquanto no exercício da profissão, por crimes contra a honra, por “crimes de opinião”. Devendo, portanto, quando verificado algum excesso, sofrer as consequências permitidas, nenhuma delas de cunho penal.

Inobstante isso, o plenário do STF no julgamento da **ADPF 130/09**, afastando a vigência da Lei de Imprensa, ressalvou a aplicação, em seu lugar, do direito comum. Segundo o entendimento então adotado pela suprema corte, nada impede, em tese, que em determinadas situações, nas quais verificado evidente abuso, possa haver responsabilização por crimes contra a honra.

Também na composição desta turma, é esta orientação que prevalece, de modo que, em homenagem ao princípio da colegialidade, e, em busca de formar algum consenso, a ela aqui aderimos.

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

Colégio Recursal Central da Capital

Fórum João Mendes Júnior - 17º Andar, sala 1721, Centro - CEP 01501-900, Fone: 2171-6315, São Paulo-SP

Processo nº: 1014985-86.2016.8.26.0004

Eis a razão, portanto, que nos leva a afastar, de início, a pretensão do apelante para que seja fundado, o provimento do seu recurso, no art. 386, III, do Código de Processo Penal (não constituir o fato infração penal). Bem ou mal, a instrução demonstrou que o querelado a ele imputou fato demeritório não propriamente verdadeiro, o que, conforme as circunstâncias, pode configurar infração penal.

No entanto, o recurso não deve ser improvido. Contrário disso, merece ser provido para que a absolvição do querelado se dê por insuficiência provas.

Justifico.

Ao ser ouvido em juízo, o querelado esclareceu que até pode não ter sido empregada a melhor técnica na redação de trecho da matéria; e que em razão disso até se pode reconhecer parcialmente um erro, alguma imprecisão. Mas não deixou de ressaltar que a real participação de cada personagem, incluído o querelante, era devidamente esclarecida no seu desenrolar e justificada no contexto (era recente a divulgação do teor da delação de Delcídio do Amaral, de resto confirmada nas declarações do seu assessor, Diogo Ferreira Rodrigues, no Inquérito Policial 4243).

Ou seja, o querelado negou veementemente o dolo que, contrariamente ao que foi dito pela diligente juíza sentenciante, é imprescindível para a configuração do delito e não se presume só pelo fato de ser de difícil demonstração.

Ainda vale quanto ao princípio da **presunção de inocência** – invocado na r. sentença em favor do querelante - o seu corolário, o *in dubio pro reo*.


TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Colégio Recursal Central da Capital

Fórum João Mendes Júnior - 17º Andar, sala 1721, Centro - CEP 01501-900, Fone: 2171-6315, São Paulo-SP

Processo nº: 1014985-86.2016.8.26.0004

Ora, o princípio da presunção de inocência (ou princípio da não-culpabilidade, segundo parte da doutrina) milita em favor de quem é acusado, não de quem acusa. Isso significando que somente após um processo concluído, em que se demonstre inequivocamente a culpabilidade do réu, é que o Estado poderá lhe aplicar pena. Podendo ser dito, inclusive, que tal princípio se desdobra em duas vertentes: (a) como regra de tratamento, no sentido de que o acusado deve ser tratado como inocente enquanto estiver sendo processado; (b) como regra probatória, no sentido de que **o encargo de provar as acusações que pesarem sobre o acusado é inteiramente do acusador**, não se admitindo que recaia sobre o indivíduo acusado o ônus de "provar a sua inocência", pois essa é a regra.

Trata-se de uma garantia individual fundamental e inafastável, consectário lógico do Estado Democrático de Direito.

Aliás, como bem observado pelo percuciente promotor de justiça que atuou no primeiro grau, o contexto da afirmação pinçada como injustamente ofensiva - só em parte incorreta quanto ao querelante -, não autorizava inferir, em automático, ânimo específico de difamação. Confira-se:

É bem verdade que existe no texto da matéria afirmação de que o querelante fora gravado em áudio comprometedor, e tudo indica a inexistência desse áudio, contudo, a alusão ao querelante é feita em conjunto com nomes de outras pessoas que foram flagradas em tal circunstância, ou seja, tiveram conversas gravadas em áudio posteriormente divulgados. Por outro lado, no decorrer da matéria o querelado descreve, de maneira pormenorizada, os fatos e condutas relacionados a cada uma das pessoas citadas para efeito de comparação e


TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Colégio Recursal Central da Capital

Fórum João Mendes Júnior - 17º Andar, sala 1721, Centro - CEP 01501-900, Fone: 2171-6315, São Paulo-SP

Processo nº: 1014985-86.2016.8.26.0004

crítica à atuação do procurador-geral da república, sem que haja nova menção à existência de áudio desfavorável ao querelante. Ocorre, assim, que sobredita incorreção não é suficiente para demonstrar a existência do elemento subjetivo que informa o tipo penal imputado ao querelado, o qual, não se pode olvidar, negou-o. Logo, se eventual negligência do querelado na elaboração de parte da matéria gerou dano à honra e imagem do querelante, sua reparação deverá acontecer fora do âmbito criminal, porquanto o delito de difamação não admite a modalidade culposa, pelo contrário, sua configuração reclama comprovação inequívoca do “animus injuriandi vel diffamandi”. No sentido do texto: “Ação Penal Originária. Governador do Estado do Mato Grosso do Sul. Direito Penal e Direito Processual Penal. Calúnia, difamação e injúria. Queixa-crime. Inépcia. Crimes contra a honra. Exigência de demonstração do intento positivo e deliberado de lesar a honra alheia. Animus injuriandi vel diffamandi. Ausência de justa causa evidenciada de plano” (STJ - AP 724 DF 2013/0327885-8, Rel. Min. Og Fernandes, julg. 20/08/2014) – fl. 2031/2032.

A despeito de não haver vídeo flagrando propriamente o querelante a tramar obstrução de justiça, não há evidência de que a menção a isso tenha se dado com a intenção de falsear a verdade ou de difamá-lo. O querelado tinha contexto para a afirmação. Bem ou mal o querelante, com os demais indivíduos realmente flagrados em áudio, estaria envolvido nas maquinações para impedir que a operação lava-jato tomasse seu curso normal. O que se podia depreender especialmente da delação de Delcídio do Amaral no sentido de que o querelante, tramando com a Presidente da


TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Colégio Recursal Central da Capital

Fórum João Mendes Júnior - 17º Andar, sala 1721, Centro - CEP 01501-900, Fone: 2171-6315, São Paulo-SP

Processo nº: 1014985-86.2016.8.26.0004

República à qual então servia, teria feito gestões para que fosse nomeado ao STJ um Ministro comprometido com a soltura do empresário Marcelo Odebrecht (ver documentos encartados na defesa prévia – fl. 218/236).

Ora, tanto havia a suspeita contra o querelante, e tanto havia flagrante em áudio – ainda que de outras pessoas - quanto às maquinações das quais ele participaria, que inquérito chegou a ser instaurado, malgrado depois viesse a ser arquivado. Sendo o bastante, pois, *ex vi* do parágrafo único do art. 139 do Código Penal, para legitimar, no grosso, a menção.

Repito. A matéria, no geral, inclusive quanto ao querelante, era fundada. De modo que havia legitimidade para sua veiculação apesar de imprecisão, em parte dela, quanto aos elementos de prova em que se apoiava (áudios ou delações) e do que viesse a ser evidenciado ao final da investigação.

A propósito, atente-se para o seguinte trecho do voto do preclaro Ministro **Celso de Melo** na **ADPF 130**:

*Decidiu a Suprema Corte, no caso Sullivan, que, para a efetiva garantia das liberdades de expressão e de imprensa, não se poderia exigir dos comunicadores em geral a prova da verdade das informações críticas aos comportamentos de funcionários públicos. **O requisito da verdade como condição obrigatória de legitimidade das críticas às condutas públicas seria equiparável à censura, pois praticamente silenciaria quem pretendesse exercer a liberdade de informação. Mesmo nas hipóteses em que se pudesse ter certeza da veracidade das informações, a dúvida poderia persistir sobre a possibilidade de prova dessa verdade perante um***


TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Colégio Recursal Central da Capital
Fórum João Mendes Júnior - 17º Andar, sala 1721, Centro - CEP 01501-900, Fone: 2171-6315, São Paulo-SP

Processo nº: 1014985-86.2016.8.26.0004

Tribunal. Tal sistema suprimiria a vitalidade e a diversidade do debate público e democrático e, dessa forma, não seria compatível com as liberdades de expressão e de informação protegidas pela 1ª Emenda. A decisão cita expressamente o pensamento de Madison, no sentido de que o direito de criticar e discutir as condutas públicas constitui um princípio fundamental da forma democrática e republicana de governo na América. Trata-se de um modelo que incorpora a ideia cívica e republicana de soberania popular simbolizada pelo "We the people".

É certo que a boa técnica jornalística e a precisão das informações devem ser incentivadas; e que, em contrapartida, a má técnica e imprecisão cabem ser coibidas; na forma, porém, que também a melhor técnica jurídica prioriza, qual seja, direito de resposta, indenização por dano material e por dano moral, com rechaço de responsabilidade penal como *prima ratio*, mormente a baseada em presunção (objetiva) ou culpa.

Enfim, uma coisa é o mau exercício da atividade de comunicação social, que o querelante aqui atribui ao querelado, já que a ele imputa não haver observado a melhor ética jornalística: objetividade, imparcialidade, verdade e precisão. Outra é a utilização espúria da condição de jornalista para veicular afirmação descontextualizada e sem outro qualquer objetivo que não o de ofender.

Diante da prática de um “superdireito”¹ – indissociável, como se

¹ Expressão empregada pelo ex-ministro **Carlos Ayres Brito** para definir a manifestação do pensamento pela imprensa ao comentar a decisão do STF que revogou decisão judicial que impedia o Estadão de publicar notícias pertinentes à operação “Boi Barrica”: *é a maior expressão da liberdade*, sendo, *materialmente, o maior dos direitos constitucionais*, um verdadeiro *superdireito fundamental* (notícia extraída do jornal O Estado de São Paulo, Política, A 11, de 09/11/2018).


TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Colégio Recursal Central da Capital

Fórum João Mendes Júnior - 17º Andar, sala 1721, Centro - CEP 01501-900, Fone: 2171-6315, São Paulo-SP

Processo nº: 1014985-86.2016.8.26.0004

diz, do espírito democrático e republicano – será sempre preferível arriscar reprimir só civilmente o indivíduo que pode tê-lo exercido de má-fé, a permitir que se puna criminalmente o indivíduo que pode ter só cometido um erro, uma impertinência, um deslize.

Quer dizer: na esfera PENAL, sem exceções, é sempre melhor absolver um possível culpado a condenar um provável inocente. Privilegiando-se o máximo possível a reparação extrapenal no caso de ter havido dano.

Eis o que recomendam a prudência, o bom senso, as leis e a Constituição. Bem o frisando o saudoso criminalista **Heleno Cláudio Fragoso**:

Nenhuma pena pode ser aplicada sem a mais completa certeza dos fatos. A pena, disciplinar ou criminal, atinge a dignidade, a honra e a estima da pessoa, ferindo-a gravemente no plano moral, além de representar a perda de bens ou interesses materiais (“Jurisprudência Criminal”, v.2, p. 446).

Até pode ser dito que a militar em desfavor do querelado há as circunstâncias de ele ser jornalista experiente, trabalhar em revista de grande circulação e ter domínio do vernáculo. Isso sem contar, como também ressaltado no r. voto do preclaro juiz relator, o fato de ele não ter negado saber que o querelante, diferentemente de Dilma Roussef, Lula e Aloísio Mercadante, não havia sido efetivamente flagrado em áudios. Tudo a favorecer, aparentemente, a convicção de que, no aspecto, ele tivesse agido com consciência e vontade de falsear a verdade, de difamar o querelante.

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

Colégio Recursal Central da Capital

Fórum João Mendes Júnior - 17º Andar, sala 1721, Centro - CEP 01501-900, Fone: 2171-6315, São Paulo-SP

Processo nº: 1014985-86.2016.8.26.0004

Não menos certo, porém não mencionado, é que o querelado, pessoa sem antecedentes, e em favor de quem – também por isso - milita a presunção de inocência, não se eximiu, em juízo, de esclarecer o ocorrido; negou veementemente ter agido com dolo; explicou que a intenção do artigo era criticar a dúbia posição do Procurador Rodrigo Janot, tendo, o envolvimento do querelante com obstrução de justiça, merecido atenção/dedicação compatível ao seu aspecto exemplificativo, secundário e lateral.

Pergunto: o que impede, pois, que operando numa chave mental mais sintética quanto à argumentação de apoio, tenha, o querelado, a princípio, negligenciado a distinção da situação do querelante quanto ao modo como teria sido “flagrado” seu envolvimento na espúria maquinação? E o que impede que isso tenha se perpetuado por pressa ou falha de revisão?

Não esqueçamos: hoje em dia os escândalos, delações, depoimentos, vazamentos, corrupções, operações, furos e análises críticas se sucedem nos noticiários em espiral alucinante. Quase tudo demanda relatos em tempo próximo ao real. Haja jornal e página de revista! E haja velocidade às redações!

Ademais, tivesse, o querelado, real intenção de difamar o querelante, no transcorrer da matéria teria reforçado a afirmação parcialmente equivocada, ou seja, de que ele também teria sido flagrado em **áudios** incontestáveis. Como não o fizera, e como explicara o que realmente havia a implicar o querelante na suposta obstrução de justiça, é correto depreender, como cenário mais provável, haver se tratado, a incorreção, de uma falta, um equívoco, não de algo que se fizesse dolosamente.


TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Colégio Recursal Central da Capital

Fórum João Mendes Júnior - 17º Andar, sala 1721, Centro - CEP 01501-900, Fone: 2171-6315, São Paulo-SP

Processo nº: 1014985-86.2016.8.26.0004

Repare-se que depois de destacar os **áudios** comprometedores entre Dilma e Lula (sobre a nomeação do último à Casa Civil), o querelado passou a se referir da seguinte forma à implicação do querelante: “**Antes**, a presidente afastada já havia tramado, com a contribuição do então ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, nomear Marcelo Navarro como Ministro do STJ em troca da soltura do empreiteiro Marcelo Odebrecht. A nomeação também se concretizou e, conforme combinado, Navarro, ao relatar o habeas corpus do empresário, votou por sua liberdade”.

Como se confere: (1) nada sobre **áudio**; e (2) afirmações compatíveis com o que **antes** tinha sido revelado na delação de Delcídio e no depoimento do seu assessor, Diogo Ferreira Rodrigues, à PGR, este último em 30 de março de 2016 (fl. 243/245).

Mesmo a capa da revista não confirma o dolo, já que para ela não migrou a afirmação de que “Cardozo”, assim como “Lula, Dilma e Mercadante”, tivesse sido **gravado** em obstrução de justiça. Na verdade, a manchete apontava que os quatro “foram apanhados em flagrante tentando barrar a Lava Jato”, daí se podendo concluir, obviamente, por não terem sido os quatro tecnicamente presos em flagrante, que contra cada um deles pesavam **provas** contundentes, que a matéria desenvolvia como sendo os **áudios**, quanto a Lula, Dilma e Mercadante, e a **delação de Delcídio**, como já se sabia, quanto ao querelante.

O que se tem, assim, é que a palavra **áudios** (espécie) foi, em um só trecho, usada sem boa técnica no lugar da palavra **provas** (gênero). Assim como a locução verbal **foram apanhados em flagrante**, em outro momento, foi utilizada, quanto aos quatro indivíduos mencionados, não em sentido estritamente técnico, mas na acepção popular.

Nada que não se pudesse, então, corrigir com a invocação de um

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

Colégio Recursal Central da Capital

Fórum João Mendes Júnior - 17º Andar, sala 1721, Centro - CEP 01501-900, Fone: 2171-6315, São Paulo-SP

Processo nº: 1014985-86.2016.8.26.0004

simples direito de resposta.

Enfim, no meu modo de ver, para a condenação do querelado seria preciso desconsiderar muitas circunstâncias que militam em favor de sua boa-fé, o que não se faz sem esforço, ou sem presumir sua culpa ou má-fé.

De modo que, guardado o respeito às opiniões divergentes, pelo meu voto o recurso de apelação é provido para afastar a condenação do querelado, absolvendo-o com fulcro no art. 386, VII, do Código de Processo Penal. O que não impede, obviamente, que o querelante busque o reparo que entender merecido em outra seara que não a penal.

Como o recorrente não é a parte sucumbente, não há que falar em condenação ao pagamento das custas e dos honorários advocatícios (ver redação do art. 55 da Lei 9.099/95).

Eis como voto.

São Paulo, 06 de junho de 2019

Xisto A Rangel Neto – relator designado