

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO**

**2ª CÂMARA CRIMINAL**

APELAÇÃO Nº 0303093-75.2009.8.19.0001

APELANTE: ANGELA MOREIRA DA COSTA

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO

RELATORA: DES. KATIA MARIA AMARAL JANGUTTA

**APELAÇÃO.** Artigo 140, §3º, do Código Penal. **RECURSO DEFENSIVO.** Preliminar. Extinção da punibilidade, pela ocorrência da decadência. Mérito. Absolvição. Gratuidade de justiça.

1. Se os fatos ocorreram em 25/07/2009, época em que a ação penal para o crime em tela era privada, permanecendo as vítimas inertes, deixando escoar o prazo decadencial de 6 meses, embora o *Parquet* tenha oferecido denúncia em tempo hábil, faltando-lhe, no entanto, legitimidade para tanto, forçoso é o reconhecimento da decadência.
2. Com efeito, os fatos são anteriores à Lei 12.033, de 30/09/2009, que ao atribuir nova redação ao artigo 145, do Código Penal, tornou a ação penal pública condicionada à representação, sendo, no entanto, aplicável somente aos fatos ocorridos após sua vigência, porquanto prejudicial ao réu, uma vez que afasta a possibilidade de renúncia, perdão e de ocorrência de preempção. Sua incidência aos casos anteriores a sua vigência, configuraria violação do Princípio da irretroatividade da lei penal, processual ou material, mais gravosa (artigo 5º, XL).

**RECURSO PROVIDO.**

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0303093-75.2009.8.19.0001, em que é Apelante Ângela Moreira da Costa e Apelado Ministério Público,

em Sessão realizada em 02 de abril de 2013, **ACORDARAM, À UNANIMIDADE**, os Desembargadores que compõem a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em **DAR PROVIMENTO AO RECURSO, PARA ACOLHER O PEDIDO DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DO CRIME, PELA OCORRÊNCIA DA DECADÊNCIA**, na forma do artigo 107, IV, do Código Penal.

### VOTO

A ora apelante foi condenada pela prática do artigo 140, §3º, do Código Penal, nas penas de 1 ano de reclusão, em regime aberto, e 10 DM, à razão unitária mínima legal, concedida substituição da primeira, pela restritiva de direitos de prestação de serviços à comunidade.

Narra a denúncia que, no dia 25/07/2009, as vítimas Eliane dos Santos Mello e Vanessa Manoel de Mello, após fazerem compras na Loja C&A, localizada na Praça Saens Pena, foram paradas na porta de saída do referido estabelecimento, quando o alarme disparou, uma vez que um dos dispositivos de segurança não fora retirado de uma das mercadorias adquiridas.

Permaneceram, então, na porta da loja aguardando a presença de um funcionário do caixa para solucionar o problema, aproximando-se a ora recorrente, que exercia a função de fiscal de segurança, e lhes pediu que se dirigissem ao interior da loja, mas diante a negativa das vítimas, que insistiam aguardariam naquele local, entrou em contato com outros seguranças, referindo-se às ofendidas em termos preconceituosos: *“Agora você vê, essas macacas favelas aqui”*.

Irresignada, a Defesa ingressou com recurso de Apelação, pugnando, em preliminar, pela extinção da punibilidade, com o reconhecimento da decadência e, no mérito, pela absolvição de concessão de gratuidade de justiça.

Assiste inteira razão à Defesa.

Assim é que, segundo consta da denúncia, oferecida em 20/10/2009, o fato ocorreu no dia 25/07/2009, sendo devidamente recebida a inicial em 04/11/2009 (doc. 00029 – p. 1).

À época dos fatos, a ação penal era privada, sobrevivendo mudança somente com a Lei 12.033, de 30/09/2009, que ao atribuir nova redação ao artigo 145, do Código Penal, tornou o crime previsto no artigo 140, §3º, do Código Penal, de ação penal pública condicionada à representação.

Assim, antes da Lei 12.033/2009, a legitimidade ativa nos crimes de injúria preconceituosa era da vítima, o que beneficiava o réu, uma vez que havia a possibilidade de renúncia, perdão e perempção, cumprindo, portanto, aplicá-la, somente aos fatos ocorridos após sua vigência, sob a pena de retroatividade de lei *in pejus*.

Não há, pois, que se aplicar à hipótese em análise, a novel legislação, de caráter processual e material, porquanto mais gravosa à ré.

Com efeito, as vítimas mantiveram-se inertes, permitindo transcorrer o prazo decadencial de 6 meses previsto no artigo 38 do Código de Processo Penal, embora o *Parquet* tenha oferecido denúncia em tempo hábil, faltando-lhe, no entanto, legitimidade ativa para tanto, eis que os fatos são anteriores à vigência da Lei 12.033/2009.

No sentido que se julga, vale à pena citar:

***Ementa:*** *Preconceito de raça - Ofensa a pessoa determinada, decorrente de desentendimento entre vizinhos. Caracterização, em tese do art. 140, §3º, do Código Penal, pois a intenção do agente é atingir a honra de pessoa determinada, não de uma coletividade - Desclassificação. 2. Injúria decorrente de utilização de elementos referentes a raça e cor - Delito ocorrido, em tese, nos anos de 2006 e 2007 - Ação penal de iniciativa privada - Exegese do art. 145, do Código Penal, com a redação vigente ao tempo dos fatos - Não exercício do direito de queixa. Decadência - Ocorrência - Extinção da punibilidade reconhecida" (Apelação 9268714-94.2008.8.26.0000 - Relator Alexandre Almeida – TJSP - 11ª Câmara de Direito Criminal - Data do julgamento: 14/12/2011).*

*EMENTA: PENAL. APELAÇÃO. CRIME DE INJÚRIA QUALIFICADA PELO PRECONCEITO. ART. 140, §3º DO CP. DENÚNCIA QUE QUALIFICOU A CONDUTA DA RÉ COMO DE RACISMO (ART. 20 DA LEI 7.716/89). SENTENÇA QUE DESCLASSIFICOU O CRIME PARA O DO ART. 140, §3º DO CP. HIPÓTESE DE EMENDATIO LIBELLI (ART. 383 DO CPP) E NÃO DE MUTATIO LIBELLI (ART. 384 DO CPP). CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CARACTERIZADO. CAPITULAÇÃO DADA PELO JUIZ ESCORREITA. CRIME CONTRA A HONRA. AÇÃO PENAL PRIVADA. VÍTIMA MENOR DE IDADE. NÃO EXERCÍCIO, PELA GENITORA E REPRESENTANTE LEGAL, DO DIREITO DE OFERECER QUEIXA-CRIME, NO PRAZO DE SEIS MESES. ART. 103, C.C. ART. 145 DO CP. DECADÊNCIA DO DIREITO DECLARADA, EXCLUSIVAMENTE EM RELAÇÃO À GENITORA. CONDENAÇÃO AFASTADA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE NÃO DECLARADA, COM RESSALVA DO DIREITO DE A VÍTIMA, AO ALCANÇAR A MAIORIDADE, PODER EXERCER O DIREITO DE OFERECER A QUEIXA-CRIME. NOVA REDAÇÃO DADA AO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 145 DO CP PELA LEI 12.033, DE 29.09.2009. APLICAÇÃO RETROATIVA NO CASO INVIÁVEL PORQUE SE DARIA EM PREJUÍZO DA RÉ. RECURSO PREJUDICADO. 1. "A imputação de termos pejorativos referentes à raça do ofendido, com o nítido intuito de lesão à honra deste, importa no crime de injúria qualificada pelo uso de elemento racial, e não de racismo." (STJ-6ª Turma, RHC 18.620/PR, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julg. 14.10.2008) 2. Na emendatio libelli (art. 383 do CPP) o juiz confere aos fatos capitulação diversa da denúncia, com base exclusivamente nos elementos nela descritos, enquanto na mutatio libelli (art. 384 do CPP) a nova definição jurídica decorre de novo elemento ou circunstância, não contido na narrativa da inicial acusatória. Na emendatio, não há necessidade de aditamento da denúncia, nem de intimação prévia da parte acusada. 3. O prazo decadencial de 6 meses para oferecimento da queixa-crime (art. 103 do CP) não corre em relação à vítima menor de idade.*

*Ultrapassado tal prazo sem que o representante legal da vítima tenha oferecido a queixa-crime, nos crimes de ação penal privada, será ele reaberto em favor da vítima para que esta o exerça, querendo, quando completar a maioria. 4. A alteração da redação do parágrafo único do art. 145 do CP, dada pela Lei 12.033, de 29.09.2009, que tornou o crime do art. 140, §3º do CP de ação penal pública condicionada à representação não pode ser aplicada, no caso concreto, para o fim de julgar suprida a condição de procedibilidade e afastar a decadência em relação à genitora da vítima porque os fatos e o prazo decadencial ocorreram antes da alteração legislativa, ao ajuizamento do feito e ao seu julgamento. Tal entendimento apanharia a ré desprevenida e consistiria em aplicação retroativa de lei in pejus. (Apelação 616224-9 – Relator: Lilian Romero – TJPR – 2ª. Câmara Criminal - Julgamento: 28/01/2010).*

*PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ORIENTAÇÃO DO STF: NÃO CONHECIMENTO. PATENTE ILEGALIDADE. CONCESSÃO DE OFÍCIO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PENAL. APLICAÇÃO IMEDIATA DE NORMA PROCESSUAL PENAL MATERIAL.*

*1. É imperiosa a necessidade de racionalização do habeas corpus, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal. As hipóteses de cabimento do writ são restritas, não se admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição a recursos ordinários (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco como sucedâneo de revisão criminal. O Supremo Tribunal Federal sufragou entendimento de que: “A teor do disposto no artigo 102, inciso II, alínea “a”, da Constituição Federal, contra decisão, proferida em processo revelador de habeas corpus, a implicar a não concessão da ordem, cabível é o recurso ordinário” (HC 109956, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em*

*07/08/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 10-09-2012 PUBLIC 11-09-2012). Assim, somente em casos de patente ilegalidade, é possível a apreciação, de ofício, do writ substitutivo.*

*2. In casu, o constrangimento é flagrante, tendo em vista que, diante de norma processual penal material, a disciplinar aspecto sensivelmente ligado ao jus puniendi – natureza da ação penal – pretendeu-se aplicar o primado tempus regit actum, art. 2.º do Código de Processo Penal, a quebrantar a garantia inserta no Código Penal, de que a lex gravior somente incide para fatos posteriores à sua edição. Como, indevidamente, o Parquet ofereceu denúncia, em caso em que cabível queixa, e, transposto o prazo decadencial de seis meses para o ajuizamento desta, tem-se como fulminada a persecução penal.*

*3. Ordem não conhecida, expedido habeas corpus de ofício para trancar a Ação Penal n.º 2009.001.245923-5, em trâmite perante a 28.ª Vara Criminal da Comarca da Capital/RJ. (Habeas corpus Nº 182.714 – Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura – STJ – Sexta Turma – julgamento: 19/11/2012).*

Desta forma, voto por **DAR PROVIMENTO AO RECURSO, PARA ACOLHER O PLEITO DE EXTINÇÃO DE PUNIBILIDADE DO CRIME, POR FORÇA DA DECADÊNCIA**, na forma do artigo 107, IV, do Código Penal.

Rio de Janeiro, 02 de abril de 2013.

(data de julgamento)

Rio de Janeiro, 04 de abril 2013.

(data de entrega)

**Desembargadora KATIA MARIA AMARAL JANGUTTA**

**Relatora**