

AÇÃO PENAL Nº 912 - RJ (2018/0242438-5)

AUTOR : MARINETE DA SILVA
AUTOR : ANTONIO FRANCISCO DA SILVA NETO
AUTOR : ANIELLE SILVA DOS REIS BARBOZA
AUTOR : MONICA TEREZA AZEREDO BENICIO
ADVOGADOS : EVELYN MELO SILVA - RJ165970
SAMARA MARIANA DE CASTRO - RJ206635
RÉU : MARILIA DE CASTRO NEVES VIEIRA
ADVOGADOS : CARLOS EDUARDO DE CAMPOS MACHADO - RJ046403
LEONARDO MONTEIRO VILLARINHO - RJ087536
RAFAEL LUIZ DUQUE ESTRADA - RJ145385
MARIO FABRIZIO COUTINHO POLINELLI - RJ172639
JÉSSYCA TEIXEIRA DE MORAES SILVA - RJ206825
JOÃO PEDRO DRUMMOND MARQUES LEITÃO - RJ206955
ALAN BALASSIANO SAPIR - RJ217787
NASTASSJA THAMI CHALUB AMERICO DOS REIS -
RJ189147

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de **queixa-crime** (fls. 03-20) oferecida por MARINETE DA SILVA, ANTÔNIO FRANCISCO DA SILVA NETO, ANIELLE SILVA DOS REIS BARBOZA e MÔNICA TEREZA AZEREDO BENÍCIO – respectivamente, mãe, pai, irmã e companheira da ofendida MARIELLE FRANCISCO DA SILVA, assassinada em 14/03/2018 – em desfavor da Desembargadora MARÍLIA DE CASTRO NEVES VIEIRA do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Extrai-se da **inicial acusatória** os seguintes excertos:

"[...]

DOS FATOS OBJETO DESTA QUEIXA CRIME. A CALÚNIA COMETIDA CONTRA A HONRA DE MARIELLE FRANCO.

Um caso, em especial, chamou a atenção da sociedade: MARÍLIA DE CASTRO NEVES VIEIRA, ora querelada, que é Desembargadora do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, fez publicações na rede social Facebook a respeito do crime, dizendo que MARIELLE estava 'engajada com bandidos' e teria sido eleita com a ajuda do Comando Vermelho, facção criminosa conhecida no Rio de Janeiro pela atuação no setor de tráfico de drogas. Ademais, atribuiu a morte de Marielle ao seu 'comportamento, ditado por seu engajamento político'.

Como se pode conferir pela imagem abaixo, as manifestações da Desembargadora tiveram cunho extremamente ofensivo à dignidade da pessoa morta.

[...]

Marília Castro Neves *A questão é que a tal Marielle não era apenas uma 'lutadora'; ela estava engajada com bandidos! Foi eleita pelo Comando Vermelho e descumpriu 'compromissos' assumidos com seus apoiadores. Ela, mais do que qualquer outra pessoa 'longe da favela' sabe como são cobradas as dívidas pelos grupos entre as quais ela transacionava. Até nós sabemos disso. A verdade é que jamais saberemos ao certo o que determinou a morte da vereadora mas temos certeza de que seu comportamento, ditado pelo seu engajamento político, foi determinante para seu trágico fim.*

Qualquer outra coisa diversa é mimimi da esquerda tentando agregar valor a um cadáver tão comum quanto qualquer outro.

Comentário de Marília Castro sobre o assassinato de Marielle Franco (Reprodução/Facebook)

Como se sabe, o Comando Vermelho é a maior facção criminosa do Estado do Rio de Janeiro e uma das maiores do país, responsável pela prática de tráfico de drogas, assassinatos, sequestros, dentre outros crimes.

*Como se viu na imagem acima, a Querelada afirma (e exclama!) que **MARIELLE FRANCO 'estava engajada com bandidos! Foi eleita pelo Comando Vermelho e descumpriu 'compromissos' assumidos com seus apoiadores'**.*

*Não bastasse, diz ela que **'transacionava'** com grupos criminosos. Ao assim afirmar (e exclamar!), está nítido o animus caluniandi da Querelada e a intenção de causar dano à honra e memória de Marielle, pois significa dizer que a parlamentar, por meio de seu mandato, promovia os interesses do Comando Vermelho na Câmara dos Vereadores, isto é, **promovia** uma organização criminosa, fato que encontra tipicidade no artigo 2º da Lei 12850/2003.*

*Para Rogério Sanches, 'promover' - que é o primeiro verbo típico do crime de organização criminosa – significa **'trabalhar a favor'**. É o que se extrai com clareza da fala da Querelada: **MARIELLE FRANCO** seria, na sua caluniosa ofensa, **uma das vozes do Comando Vermelho na Câmara dos Vereadores**, já que estaria, no seu entender, 'engajada' com a facção e com ela 'transacionava'.*

*Isso porque, estar 'engajado', segundo o dicionário Aurélio, tem o significado de ser 'contratado para certos serviços', 'aliciar para serviço pessoal', ou seja, ao exclamar que a vereadora **'estava engajada com bandidos!'**, a Querelada passou, claramente, a seguinte mensagem: a de que **MARIELLE FRANCO** era pessoa 'contratada' para serviços criminosos, aliciada por interesses espúrios.*

*Não há dúvida, portanto, de que, por meio de seu comentário na rede social Facebook, a Querelada afirmou **falsamente** que **MARIELLE***

FRANCO promovia organização criminosa – fato definido como crime – praticando, repita-se, o delito de calúnia. Não custa lembrar que, na forma do art. 138, § 2º, do Código Penal, é punível a calúnia contra os mortos.

Além disso, ao afirmar que Marielle 'foi eleita pelo Comando Vermelho', a querelada também imputa à vereadora crime eleitoral, pois isso significa dizer que Marielle Franco recebeu vantagem para obter voto, já que supostamente ela foi eleita pelo Comando Vermelho, o que configura o crime eleitoral previsto no art. 299 do Código Eleitoral. Da mesma forma, essa afirmação implica reconhecer que sua campanha foi custeada por dinheiro ilícito e, evidentemente, não declarado, o que configura o crime previsto no artigo 350 do Código Eleitoral.

[...]

E mais!

Não satisfeita, a Querelada, na infeliz e criminosa postagem, disse ainda, fazendo referência ao fato de MARIELLE FRANCO ser oriunda da favela da Maré, que: 'Ela, mais do que qualquer outra pessoa, 'longe da favela', sabe como são cobradas as dívidas pelos grupos entre os quais ela transacionava'.

Ora, tal afirmação evidencia o dolo e a intenção de macular a honra e reputação de MARIELLE, bem como de manchar sua tão respeitada biografia ao imputar, nas redes sociais, uma falsa relação de vínculos e compromissos da vereadora com a citada facção criminosa, ao ponto de descumprir compromissos e contrair dívidas. Tal afirmação resta totalmente dissociada da realidade e da honrada trajetória da parlamentar." (fls. 06-12)

Assim, os Querelantes **acusam** a Querelada do cometimento do crime de calúnia (art. 138, § 2º, do Código Penal) – por falsa imputação dos crimes do art. 2º da Lei n.º 12.850/2003 e arts. 299 e 350 do Código Eleitoral –, com a incidência da causa especial de aumento prevista no inciso III do art. 141 do Código Penal, uma vez que a referida postagem acabou "*viralizando na internet*" (fl. 15).

Pedem, portanto, a "*condenação da Querelada nas sanções do artigo 138, § 2º, combinado com o artigo 141, inciso III, ambos do Código Penal (duas vezes), medida que, certamente, servirá para restaurar a honra e reputação de MARIELLE FRANCO*" (fl. 19).

A Querelada apresentou **resposta** às fls. 85-117, com juntada de documento às fls. 118-220. Alega que os fatos trazidos na queixa-crime – alusão às frases "*está engajada com bandidos*" ou "*foi eleita pelo Comando Vermelho*" – não se enquadram no delito de calúnia, mas no de difamação, na medida em que não imputou à vítima qualquer fato determinado capaz de ser caracterizado como delito, de modo que as palavras veiculadas consubstanciam o crime de difamação, ressaltando que "*não existe,*

na legislação penal, difamação contra os mortos" (fl. 97). A conduta, portanto, seria atípica.

Subsidiariamente, alega que, se houve calúnia, não foi aquela prevista no *caput* do art. 138, mas a do § 1.º ("*Na mesma pena incorre quem, sabendo falsa a imputação, a propala ou divulga*"). No entanto, nesse caso, estaria ausente o elemento subjetivo, pois a acusada não sabia da falsidade das imputações, colhidas no perverso ambiente de notícias falsas no *Facebook*. Sustenta que "*os verdadeiros criadores-divulgadores dos boatos aproveitaram-se de um engano da defendente para dar maior credibilidade às suas mentidas*" (fl. 100).

E conclui: "*devidamente demonstrado que a conduta descrita na inicial é **flagrantemente atípica**, requer-se seja a queixa-crime rejeitada por falta de justa causa, nos termos do art. 395, III, do Código de Processo Penal, ou seja a defendente absolvida sumariamente, nos termos do art. 397, III, do mesmo diploma legal*" (fl. 114).

Os Querelantes apresentaram **réplica** (fls. 234-239), consoante o art. 5.º da Lei n.º 8.038/1990, reafirmando os termos da acusação.

Instado a se manifestar na condição de *custos legis*, o Ministério Público Federal, pelo seu ilustre Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Luciano Mariz Maia, ofereceu **parecer** às fls. 244-254, pugnando "*pelo recebimento parcial da queixa-crime, a fim de que seja processada a ré pela falsa imputação de crime (artigo 2º da Lei n. 10850/2013) à vítima falecida Marielle Franco.*"

O Advogado de Defesa Carlos Eduardo Machado peticionou às fls. 277-283, solicitando o adiamento da sessão de julgamento aprazada para o dia 07/08/2019 para análise da admissibilidade da queixa-crime, em razão de "viagem previamente agendada" (Dubai e Hong Kong), a fim de que possa fazer sua sustentação oral.

Proferi despacho indeferindo o pedido, tendo em vista que, além de o motivo não ser relevante, a Querelada é defendida por outros sete advogados.

A Defesa da Querelada atravessou, ainda, petição às fls. 287-293, alegando que a queixa-crime deveria ter sido aditada a partir da identificação da Sra. ESTER ELOISA ADDISON, que fizera o mesmo comentário ora indicado como ofensivo à honra da vítima. Assim, sustenta que, desde o oferecimento da resposta em 14/12/2018, quando indicou também a manifestação desta outra pessoa, já se transcorreu o prazo decadencial de seis meses, com violação ao princípio da indivisibilidade da ação penal privada, acarretando a extinção da punibilidade.

É o relatório.

EMENTA

QUEIXA-CRIME. ACUSAÇÃO CONTRA DESEMBARGADORA DO TJRJ. PRERROGATIVA DE FORO NO STJ. CRIME DE CALÚNIA CONTRA PESSOA MORTA. QUEIXA PARCIALMENTE RECEBIDA.

1. É do Superior Tribunal de Justiça a **competência** para processar e julgar a queixa-crime em questão, que imputa o crime de calúnia a Desembargadora do TJRJ, pois, caso contrário, a Acusada teria de responder perante juiz de direito vinculado ao mesmo Tribunal, o que afrontaria a isenção e independência que norteiam a atividade jurisdicional. Precedentes: QO na APn 878/DF, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, CORTE ESPECIAL, julgado em 21/11/2018, DJe 19/12/2018; APn 895/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 15/05/2019, DJe 07/06/2019.

2. Por se tratar de crime de calúnia contra pessoa morta (art. 138, § 2.º, do Código Penal), os Querelantes – mãe, pai, irmã e companheira em união estável da vítima falecida – são **partes legítimas** para ajuizar a ação penal privada, nos termos do art. 24, § 1.º, do Código de Processo Penal ("*§ 1.º No caso de morte do ofendido ou quando declarado ausente por decisão judicial, o direito de representação passará ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão*").

3. A **companheira**, em união estável reconhecida, goza do mesmo *status* de **cônjuge** para o processo penal, podendo figurar como legítima representante da falecida. Vale ressaltar que a interpretação extensiva da norma processual penal tem autorização expressa do art. 3.º do CPP ("*A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito*").

4. Ademais, "*o STF já reconheceu a 'inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico', aplicando-se a união estável entre pessoas do mesmo sexo as mesmas regras e mesmas consequências da união estável heteroafetiva' [...]*". (RE 646721, Relator Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 10/05/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-204 DIVULG 08-09-2017 PUBLIC 11-09-2017).

5. A despeito do cabimento, em tese, da **proposta de suspensão** condicional do processo, esta teria de ser ofertada concomitantemente com o ajuizamento da queixa-crime, conforme previsão da norma de regência ("*ao oferecer a denúncia [ou queixa], poderá propor a suspensão do processo*"). E, no caso, não houve tal proposta pelos Querelantes. Outrossim, a Querelada não se manifestou na primeira oportunidade (na resposta à acusação) sobre seu eventual interesse na proposta. Como se vê, o oferecimento da proposta de suspensão condicional do processo incumbiria exclusivamente aos Querelantes, sendo que a recusa infundada

deveria ser alegada na primeira oportunidade que a Defesa tivesse para se pronunciar nos autos, sob pena de **preclusão**.

6. Se não bastasse, nesse interregno entre o oferecimento da queixa-crime e esta sessão de julgamento para análise do recebimento da acusação, sobreveio o recebimento de outra queixa-crime nos autos da APn 895/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 15/05/2019, DJe 07/06/2019, pelo crime de injúria. Portanto, por estar respondendo a outra ação penal, a Querelada não preenche um dos requisitos objetivos do art. 89 da Lei n.º 9.099/1995, qual seja, o benefício pode ser oferecido "*desde que o acusado não esteja sendo processado [...] por outro crime*".

7. "5. *Quando várias pessoas denigrem a imagem de alguém, via internet, cada uma se utilizando de um comentário, não há coautoria ou participação, mas vários delitos autônomos, unidos no máximo por conexão probatória. Precedente. 6. A falta de inclusão de autor de comentário autônomo na queixa-crime não configura, pois, renúncia tácita ao direito de queixa*" (APn 895/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 15/05/2019, DJe 07/06/2019).

8. É sabido que ao procedimento especial da Lei n.º 8.038/90 é aplicável, **subsidiariamente**, as regras do procedimento ordinário (§ 5.º do art. 394 do CPP). Contudo, não se verifica nem a hipótese de **rejeição liminar** da queixa (art. 395 do CPP) nem a de **absolvição sumária** (art. 397 do CPP).

9. É certo que "*O dolo específico (animus calumniandi), ou seja, a vontade de atingir a honra do sujeito passivo, é indispensável para a configuração do delito de calúnia*" (Apn 473/DF, CORTE ESPECIAL, Rel. Ministro GILSON DIPP, DJe de 08/09/2008).

10. No entanto, "*a inexistência de dolo específico é questão que deve situar-se no âmbito da instrução probatória, por não comportar segura ou precisa análise nesta fase processual, que é de formulação de um simples juízo de delibação. Caso em que as condutas em foco se amoldam, em tese, aos delitos invocados na peça acusatória, sendo que a defesa apresentada pelo querelado não permite concluir, de modo robusto ou para além de toda dúvida razoável, pela improcedência da acusação*" (Inq 2036/PA, Tribunal Pleno, Rel. Ministro CARLOS BRITTO, DJ de 22/10/2004).

11. A conduta da Querelada de divulgar mensagem em rede social, imputando à vítima falecida o crime do art. 2.º da Lei n.º 12.850/2013 ("**Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa**"), configura, em tese, o crime de calúnia.

12. Queixa-crime parcialmente recebida em desfavor da Querelada, como incursa no art. 138, § 2.º, c.c. o art. 141, inciso III, do Código Penal.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):

Os Querelantes – mãe, pai, irmã e companheira da ofendida MARIELLE FRANCISCO DA SILVA, assassinada em 14/03/2018 – acusam a Desembargadora MARÍLIA DE CASTRO NEVES VIEIRA do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro do crime de calúnia.

1. Competência do STJ

Cumprido, de início, deixar consignada a competência do STJ para processar e julgar a queixa-crime em questão, que imputa o crime de calúnia à Desembargadora do TJRJ.

A conduta supostamente delituosa teria sido cometida por Desembargadora, mas fora de suas atribuições funcionais, o que, em princípio, está fora das hipóteses levantadas pelo STF, quando do julgamento da QO na AP 937, ocasião em que o Plenário decidiu por limitar a prerrogativa de foro àqueles agentes cujos crimes foram cometidos no exercício do cargo e em razão dele.

Contudo, esta Corte Especial, ao examinar a QO na APn 878/DF, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, CORTE ESPECIAL, julgado em 21/11/2018, DJe 19/12/2018, entendeu por "*reconhecer a competência do Superior Tribunal de Justiça nas hipóteses em que, não fosse a prerrogativa de foro (art. 105, I, da Constituição), o Desembargador acusado houvesse de responder à ação penal perante juiz de primeiro grau vinculado ao mesmo tribunal*". Eis a ementa do acórdão:

"PROCESSUAL PENAL E CONSTITUCIONAL. QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL. COMPETÊNCIA CRIMINAL ORIGINÁRIA DO STJ. ART. 105, I, 'A', DA CONSTITUIÇÃO. QO NA AP 937/STF. QO NA APN 857/STJ. AGRG NA APN 866/STJ. DESEMBARGADOR. CRIME SEM RELAÇÃO COM O CARGO. VINCULAÇÃO FUNCIONAL. PRERROGATIVA DE FORO. FINALIDADE DA NORMA. EXERCÍCIO INDEPENDENTE DAS FUNÇÕES PELA AUTORIDADE DETENTORA DE FORO. IMPARCIALIDADE DO ÓRGÃO JULGADOR. CREDIBILIDADE DO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL. COMPETÊNCIA DO STJ.

1. Hipóteses em que Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná responde pela prática, em tese, de delito de lesão corporal ocorrido em Curitiba-PR.

2. O crime que é imputado ao réu não tem relação com o exercício do cargo de Desembargador, de modo que, a princípio, aplicando-se o precedente produzido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da QO na AP 937, não teria o réu foro no Superior Tribunal de Justiça.

3. A interpretação do alcance das hipóteses de prerrogativa de foro previstas na Constituição da República, não obstante, responde não apenas à necessidade de que aquele que goza da prerrogativa tenha

condições de exercer com liberdade e independência as funções inerentes ao cargo público que lhe confere a prerrogativa.

4. *Para além disso, nos casos em que são membros da magistratura nacional tanto o acusado quanto o julgador, a prerrogativa de foro não se justifica apenas para que o acusado pudesse exercer suas atividades funcionais de forma livre e independente, pois é preciso também que o julgador possa reunir as condições necessárias ao desempenho de suas atividades judicantes de forma imparcial.*

5. *A necessidade de que o julgador possa reunir as condições para o desempenho de suas atividades judicantes de forma imparcial não se revela como um privilégio do julgador ou do acusado, mas como uma condição para que se realize justiça criminal de forma isonômica e republicana.*

6. *Questão de ordem resolvida no sentido de se reconhecer a competência do Superior Tribunal de Justiça nas hipóteses em que, não fosse a prerrogativa de foro (art. 105, I, da Constituição), o Desembargador acusado houvesse de responder à ação penal perante juiz de primeiro grau vinculado ao mesmo tribunal." (QO na APn 878/DF, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, CORTE ESPECIAL, julgado em 21/11/2018, DJe 19/12/2018.)*

Em julgamento recente, de 15/05/2019 – a propósito, envolvendo a mesma Querelada destes autos –, esse entendimento foi ratificado pela Corte Especial quando recebeu a denúncia nos autos da APn 895/DF, em acórdão relatado pela Ministra NANCY ANDRIGHI, publicado no DJe de 07/06/2019.

Evidenciada, pois, a competência deste Superior Tribunal de Justiça para o processamento e julgamento da presente queixa-crime.

2. Legitimidade

Por se tratar de crime de calúnia contra pessoa morta (art. 138, § 2.º, do Código Penal), os Querelantes – mãe, pai, irmã e companheira em união estável da vítima falecida – são **partes legítimas** para ajuizar a ação penal privada, nos termos do art. 24, § 1.º, do Código de Processo Penal ("*§ 1.º No caso de morte do ofendido ou quando declarado ausente por decisão judicial, o direito de representação passará ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão*").

Cumprе anotar, desde logo, que a **companheira**, em união estável reconhecida, goza do mesmo *status* de **cônjuge** para o processo penal, podendo figurar como legítima representante da falecida. Vale ressaltar que a interpretação extensiva da norma processual penal tem autorização expressa do art. 3.º do CPP ("*A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito*").

Ademais, "o STF já reconheceu a 'inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico', aplicando-se a união estável entre pessoas do mesmo sexo as mesmas regras e mesmas consequências da união estável heteroafetiva". *Não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição de 1988. Assim sendo, o art. 1790 do Código Civil, ao revogar as Leis nº 8.971/1994 e nº 9.278/1996 e discriminar a companheira (ou o companheiro), dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos à esposa (ou ao marido), entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente e da vedação do retrocesso"* (RE 646721, Relator Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 10/05/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-204 DIVULG 08-09-2017 PUBLIC 11-09-2017).

Corroborando com esse entendimento a manifestação do Ministério Público Federal:

"Quanto à legitimidade da ação penal privada nestas hipóteses, dispõe o artigo 31 do CPP:

Art. 31. No caso de morte do ofendido ou quando declarado ausente por decisão judicial, o direito de oferecer queixa ou prosseguir na ação penal passará ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.

Ressalte-se a possibilidade de a companheira também ajuizar a ação penal, conforme leciona a doutrina:

[4]3. Cônjuge: a lei processual penal admite analogia (art. 3º, CPP), razão pela qual entendemos ser possível estender a legitimidade ativa para a companheira (ou companheiro), quando comprovada a união estável ou desde que esta não seja questionada pelo querelado. A proteção dos interesses da família pode justificar essa iniciativa da pessoa que viva com a outra há muitos anos. Não teria sentido, em se tratando de mera legitimação ativa, excluir a companheira (ou companheiro).

[...] (ref.: Nucci, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 155.)

Inexiste, assim, ausência de condição da ação com relação à companheira de Marielle Francisco, a querelante Mônica Tereza Azeredo Benício - relação afetiva comprovada pelos documentos de fls.36/39." (fl. 248)

Os demais Querelantes – ascendentes e irmã – comprovam sua legitimidade por meio dos **documentos** juntados às fls. 29 e seguintes.

Por fim, as **procurações** de fls. 23 e 28 conferem poderes específicos para que as advogadas representem os Querelantes na presente ação penal, mencionando textualmente a conduta da Desembargadora Marília Castro Neves.

3. Tempestividade

A mensagem supostamente ofensiva à honra da vítima foi postada na rede social em **16/03/2018**, sendo que a queixa-crime foi ofertada em **14/09/2019**, dentro do prazo decadencial de seis meses, em conformidade com o art. 38 do Código de Processo Penal.

4. Impossibilidade de suspensão condicional do processo

Como a pena mínima em abstrato para o crime em tela é inferior a 1 (um) ano – mesmo considerando-se a causa de aumento de 1/3 (6 meses + 2 = 8 meses) –, em tese, seria cabível a **suspensão condicional do processo**, nos termos do **art. 89 da Lei n.º 9.099/1995**:

"Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal)."

A propósito, *"a Lei nº 9.099/95, desde que obedecidos os requisitos autorizadores, permite a suspensão condicional do processo, inclusive nas ações penais de iniciativa exclusivamente privada, sendo que a legitimidade para o oferecimento da proposta é do querelante. (Precedentes desta Corte e do Pretório Excelso)"* (APn 390/DF, Rel. Ministro FELIX FISCHER, CORTE ESPECIAL, julgado em 06/03/2006, DJ 10/04/2006, p. 106).

A despeito do eventual cabimento da proposta de suspensão condicional do processo, esta teria de ser ofertada **concomitantemente** com o ajuizamento da queixa-crime, conforme previsão da norma de regência (*"ao oferecer a denúncia [ou queixa], poderá propor a suspensão do processo"*). E, no caso, não houve tal proposta pelos Querelantes.

Outrossim, a Querelada não se manifestou na primeira oportunidade (na resposta à acusação) sobre seu eventual interesse na proposta.

Como se vê, o oferecimento da proposta de suspensão condicional do processo incumbiria exclusivamente aos Querelantes, sendo que a recusa infundada deveria ser alegada na primeira oportunidade que a Defesa tivesse para se pronunciar nos autos, sob pena de preclusão.

Nesse contexto, conclui-se inexoravelmente pela **preclusão**, em consonância com o parecer ministerial, que consignou: "*noto a inaplicabilidade de transação penal, pois a pena em abstrato é superior a dois anos (considerando-se a causa de aumento) e operou-se a preclusão quanto à suspensão condicional do processo*" (fl. 248).

No mesmo sentido, o seguinte precedente:

"[...] V. *Suspensão condicional do processo: preclusão se, além de não proposta pelo querelante, não a pleiteou o querelado na resposta prévia à queixa, independentemente de saber-se de seu cabimento nos processos de ação penal privada.*" (STF, HC 77.962, Primeira Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 19/03/1999.)

Se não bastasse, nesse interregno entre o oferecimento da queixa-crime e esta sessão de julgamento para análise do recebimento da acusação, sobreveio o recebimento de outra queixa-crime nos autos da APn 895/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 15/05/2019, DJe 07/06/2019, pelo crime de injúria. Portanto, por estar respondendo a outra ação penal, a Querelada não preenche um dos requisitos objetivos do art. 89 da Lei n.º 9.099/1995, qual seja, o benefício pode ser oferecido "*desde que o acusado não esteja sendo processado [...] por outro crime*".

5. Arguição de extinção da punibilidade em razão da indivisibilidade da ação penal privada

Além de **extemporânea** a arguição de extinção da punibilidade em razão de alegada necessidade de aditamento da queixa-crime, porque oferecida depois do prazo de resposta, sequer se pode cogitar de reconhecimento de ofício da matéria que seria prejudicial de mérito.

A questão, a propósito, foi também trazida pelos mesmos advogados da Querelada nos autos da APn 895/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 15/05/2019, DJe 07/06/2019, em que a denúncia foi recebida pelo crime de injúria contra JEAN WYLLYS, tendo o colegiado convalidado o voto da eminente Relatora no sentido de que "*Quando várias pessoas denigrem a imagem de alguém, via internet, cada uma se utilizando de um comentário, não há coautoria ou participação, mas vários delitos autônomos, unidos no máximo por conexão probatória.*"

E o fato de o comentário ser idêntico ou parecido ou diferente não é relevante para se alcançar a mesma conclusão: "*A falta de inclusão de autor de comentário autônomo na queixa-crime não configura, pois, renúncia tácita ao direito de queixa.*"

Rejeito, por isso, a alegação de extinção da punibilidade.

6. Recebimento da queixa-crime

É sabido que ao procedimento especial da Lei n.º 8.038/90 é aplicável, **subsidiariamente**, as regras do procedimento ordinário (§ 5.º do art. 394 do CPP).

Nesse sentido, tem decidido esta Corte Especial:

"Ao rito especial da Lei 8.038/90 aplicam-se, subsidiariamente, as regras do procedimento ordinário (art. 394, § 5º, CPP), razão pela qual eventual rejeição da denúncia é balizada pelo art. 395 do CPP, ao passo que a improcedência da acusação (absolvição sumária) é pautada pelo disposto no art. 397 do CPP." (APn 823/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 16/08/2017, DJe 22/08/2017)

Portanto, há de se verificar se é hipótese de **rejeição liminar** da queixa (art. 395 do CPP) ou de **absolvição sumária** (art. 397 do CPP).

Rejeitar-se-ia a inicial acusatória caso fosse manifestamente inepta; faltasse pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou faltasse justa causa para o exercício da ação penal. Nenhuma dessas hipóteses se encontram presentes, conforme explicitado nos itens preambulares.

Também não é o caso de absolvição sumária, uma vez que **não** se constata a existência **manifesta** de causa excludente da ilicitude do fato ou da culpabilidade do agente; o fato narrado, em tese, constitui crime; e não há nenhuma causa de extinção da punibilidade do agente.

Sobre a alegação da Defesa acerca da ausência do elemento subjetivo, pois a Acusada não sabia da falsidade das imputações, é mister consignar a impossibilidade de aferição, nesta fase processual, da existência ou não do *animus calunandi* da Querelada, dispensando-se a instrução probatória, na medida em que não há, nos autos, elementos suficientes para, desde logo, concluir-se pela absolvição.

Corroborar esse entendimento o seguinte precedente desta Corte Especial:

"AÇÃO PENAL. ACUSAÇÃO EM FACE DE DESEMBARGADOR DO TRT. CRIMES DE CALÚNIA E DIFAMAÇÃO CONTRA A PRESIDENTE DO MESMO TRIBUNAL. DENÚNCIA RECEBIDA.

1. É certo que "O dolo específico (animus calumniandi), ou seja, a vontade de atingir a honra do sujeito passivo, é indispensável para a

configuração do delito de calúnia" (Apn 473/DF, CORTE ESPECIAL, Rel. Ministro GILSON DIPP, DJe de 08/09/2008).

2. Entretanto, não se pode elidir, de pronto, o dolo específico do denunciado, na medida em que seu pronunciamento, em praça pública, em frete à sede do Tribunal, aos brados em carro de som, distribuindo cópias do seu "comunicado", atribui condutas delituosas a seus pares e sugere eventos difamatórios.

3. **"A inexistência de dolo específico é questão que deve situar-se no âmbito da instrução probatória, por não comportar segura ou precisa análise nesta fase processual, que é de formulação de um simples juízo de delibação. Caso em que as condutas em foco se amoldam, em tese, aos delitos invocados na peça acusatória, sendo que a defesa apresentada pelo querelado não permite concluir, de modo robusto ou para além de toda dúvida razoável, pela improcedência da acusação"** (Inq 2036/PA, Tribunal Pleno, Rel. Ministro CARLOS BRITTO, DJ de 22/10/2004).

4. *Denúncia recebida.*" (APn 712/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, CORTE ESPECIAL, julgado em 06/11/2013, DJe 08/04/2014.)

Com efeito, o delito imputado à Querelada é o de **calúnia** ("**art. 138. Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime: Pena – detenção, de 6 meses a 2 anos, e multa. [...] § 2.º É punível a calúnia contra os mortos**"), com a causa de aumento referente ao veículo de divulgação ("**art. 141. As penas cominadas neste Capítulo aumentam-se de 1/3 (um terço), se qualquer dos crimes é cometido: [...]. III – na presença de várias pessoas, ou por meio que facilite a divulgação da calúnia, da difamação ou da injúria**").

Como se sabe, caluniar é atribuir falsamente a alguém fato certo definido como crime. No caso em tela, a Querelada, por meio de mensagem divulgada na rede social, ao se referir à vítima, consignou (sem grifos no original):

*"A questão é que a tal **Marielle** não era apenas uma 'lutadora'; ela estava engajada com bandidos! Foi eleita pelo Comando Vermelho e descumpriu "compromissos" assumidos com seus apoiadores. Ela, mais do que qualquer outra pessoa 'longe da favela' sabe como são cobradas as dívidas pelos grupos entre as quais ela transacionava. Até nós sabemos disso. A verdade é que jamais saberemos ao certo o que determinou a morte da vereadora mas temos certeza de que seu comportamento, ditado pelo seu engajamento político, foi determinante para seu trágico fim."* (fl. 7)

De um lado, afirmam os Querelantes que "*não há dúvida, portanto, de que, por meio de seu comentário na rede social Facebook, a Querelada afirmou falsamente que **MARIELLE FRANCO** promovia organização criminosa – fato definido como crime – praticando, repita-se, o delito de calúnia."*

De outro lado, ressaltam que, *"além disso, ao afirmar que Marielle **foi eleita pelo Comando Vermelho**', a querelada também imputa à vereadora crime eleitoral, pois isso significa dizer que Marielle Franco recebeu vantagem para obter voto, já que supostamente ela foi eleita pelo Comando Vermelho, o que configura o crime eleitoral previsto no art. 299 do Código Eleitoral. Da mesma forma, essa afirmação implica reconhecer que sua campanha foi custeada por dinheiro ilícito e, evidentemente, não declarado, o que configura o crime previsto no artigo 350 do Código Eleitoral.*

A primeira insinuação da mensagem da Querelada, a meu sentir, encontra adequação típica no art. 2.º da Lei n.º 12.850/2013 ("**Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa**").

A segunda, no entanto, possui caráter genérico, o que elide a adequação típica tanto ao art. 299 do Código Eleitoral ("*Dar, oferecer, prometer, solicitar ou receber, para si ou para outrem, dinheiro, dádiva, ou qualquer outra vantagem, para obter ou dar voto e para conseguir ou prometer abstenção, ainda que a oferta não seja aceita*") quanto ao art. 350 do mesmo Diploma Legal ("*Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, para fins eleitorais*").

E, sem dúvida, a utilização de rede social para divulgação de mensagem supostamente ofensiva à honra é meio que facilita a sua divulgação, consoante prevê a majorante descrita no inciso III do art. 140 do Código Penal.

Corroborar esse entendimento o douto parecer ministerial, ao qual adiro para incorporá-lo às razões de decidir:

"[...]

A acusatória merece ser parcialmente recebida, eis que, no contexto processual exigido para o mero recebimento da queixa-crime, estão presentes elementos suficientes para concluir que, ao menos por ora, a querelada atribuiu falsamente a Marielle Francisco o delito do artigo 2º da Lei n. 12.850/2013.

Sobre a calúnia, leciona a doutrina:

[1]0. 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. Conferir: TJDF: *'Se na matéria tida por ofensiva o querelado faz apenas acusações genéricas, insinuando a prática de corrupção passiva e prevaricação por parte do funcionário público, sem*

apontar qualquer fato específico ou situação concreta em que estes teriam ocorrido, o crime em tese é o de injúria, não de calúnia, vez que para caracterização deste último, é necessário que o agente 'narre um fato, ou seja, uma situação específica, contendo autor, situação e objeto' (Nucci, Código Penal Comentado)" (Conflito de competência 2010.00.011490-0-DF-C.Crim. Rel. Jesuíno Rissato, 01.12.2010 , v.u.)" [Nucci, Guilherme de Souza. Ob. Cit. p. 847.]

Na espécie, a leitura da mensagem eletrônica de autoria da Querelada, quanto aos delitos eleitorais, permite inferir que não foi minimamente esmiuçado como teria ocorrido o processo eleitoral de Marielle Francisco, de modo que as alegações dos Querelantes acerca da falsa imputação dos delitos dos artigos 299 e 350 do Código Eleitoral não procedem, pois não passam de suposições por eles inferidas a partir da mensagem da Desembargadora acusada.

Diversa é a situação da imputação relacionada ao crime do artigo 2º da Lei n. 12850/2013, até mesmo em virtude da natureza do tipo penal, claramente um tipo penal aberto.

Dispõe o artigo 2º da Lei n. 12850/2013:

Art. 2º Promover, constituir, financiar ou **integrar**, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas.

Repiso os termos utilizados pela Desembargadora em sua mensagem:

[...]

Não há qualquer dúvida sobre o enquadramento do grupo criminoso 'Comando Vermelho' no conceito de organização criminosa:

[I]II - Na hipótese, o decreto prisional encontra-se devidamente fundamentado em dados concretos extraídos dos autos, que evidenciam de maneira incontestada a necessidade da prisão para garantia da ordem pública, **notadamente em razão de a paciente integrar estruturada organização criminosa, denominada 'Comando Vermelho'**, tendo a paciente sido presa em flagrante, na posse de grande quantidade de droga de alto poder lesivo (26,4 g de cocaína), pela suposta prática de tráfico realizado em concurso com seu companheiro e dentro de sua residência, na presença de seu filho de 1 (um) ano de idade, circunstâncias indicativas de um maior desvalor da conduta em tese perpetrada, bem como da periculosidade concreta da agente, a revelar a indispensabilidade da imposição da medida extrema. Precedentes. [...]. (HC 471.503/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 13/11/2018, DJe 28/11/2018 – grifo nosso)

[3]. Na espécie, não existe ilegalidade no tocante à fixação da pena-base acima do mínimo legal, sob o vetor negativo

da culpabilidade, porquanto a '*especial perniciosidade e vilaneza da organização criminosa integrada pelo acusado, Comando Vermelho*', revela fundamentação suficiente à exasperação na primeira fase de fixação da reprimenda. [...]. (HC 438.025/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 07/08/2018, DJe 14/08/2018 – grifo nosso) Pois bem, a Desembargadora MARÍLIA CASTRO NEVES VIEIRA apontou fato específico manifestamente indicativo dos vínculos de Marielle Francisco com a organização criminosa, qual seja, '*foi eleita pelo Comando Vermelho e descumpriu 'compromissos' assumidos com seus apoiadores*'.

Note-se que é possível até mesmo precisar temporalmente quando teria sido a associação entre a então candidata a vereadora e o grupo criminoso, qual seja, o período eleitoral relativo ao pleito municipal de 2016.

Ressalte-se que a querelada não apenas afirma que Marielle foi eleita pelo Comando Vermelho, mas, mais do que isso, assumiu 'compromissos' com seus apoiadores (e teria sido assassinada justamente por não cumpri-los).

Dispõe a doutrina sobre a elementar 'integrar', constante do artigo 2º da Lei n. 12850/2013:

[S]ão 04 (quatro) as condutas incriminadas pelo art. 2º da Lei n. 12850/13, a saber: a) promover: consiste em gerar, dar origem a algo, fomentar; b) constituir: formar, organizar, compor; c) financiar: significa sustentar os gastos, custear, bancar, prover o capital necessário para o desenvolvimento de determinada atividade; e d) **integrar: tomar parte, juntar-se, completar.** [...]. 6 (grifo nosso).[Lima, Renato Brasileiro de. Legislação Criminal Especial Comentada:volume único. 5. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 670.]

Nesse sentido, no contexto semântico de 'integrar', 'tomar parte' e 'juntar-se' está a conduta de assumir compromissos com a organização criminosa, vinculando-os ao apoio eleitoral na campanha de 2016.

*Aliás, a tal ponto a fala da Desembargadora afirma a integração da vereadora ao grupo criminoso que convictamente afirmou que o motivo do delito seriam compromissos não cumpridos, isto é, a acusada expressa a lógica delitiva do Comando Vermelho de que, mantido um relacionamento, com obrigações recíprocas, o descumprimento das mesmas autoriza a violência. Evidentemente, o estabelecimento de obrigações mútuas **pressupõe anterior relação entre as partes**, a qual, no contexto da mensagem de MARÍLIA CASTRO NEVES, não era episódica, visto que afirmou o 'engajamento' de Marielle com bandidos, afirmando ter certeza "de que seu comportamento, [...], foi determinante para seu trágico fim" (fl. 7).*

Engajar, como se sabe, 'é um verbo na língua portuguesa, referente ao ato de participar de modo voluntário para algum trabalho ou atividade. [...]. O verbo engajar ainda pode ser utilizado no sentido de dedicação, ou seja, fazer algo com afincos e vontade' .

Engajamento, portanto, conota o sentido de manutenção da ação no tempo, apontando para a permanência em determinada atividade ou trabalho.

Ressalte-se que, tal como se dá com o artigo 288 do CP e tal como se verifica do preceito secundário do artigo 2º da Lei n. 12850/2013, o delito de organização criminosa é autônomo em relação aos crimes praticados pelo grupo delinquente, de maneira que pode restar caracterizado mesmo sem o apontamento de um fato específico praticado por um de seus componentes:

[...]

Deste modo, a Desembargadora MARÍLIA DE CASTRO NEVES VIEIRA acusou a vereadora Marielle Franco de ter praticado um fato delitivo específico, fazer parte da organização criminosa Comando Vermelho, e ter atribuído a conduta criminosa de integrar organização criminosa é suficiente para caracterizar o delito do artigo 2º da Lei n. 10850/2013, nos termos da doutrina acima mencionada.

A queixa-crime narra adequadamente ter a Desembargadora Marília de Castro Neves Vieira falsamente atribuído a Marielle Francisco da Silva cometimento do delito do artigo 2º da Lei n. 10850/2013, sendo o que basta para a fase processual, que não exige certeza probatória e aprofundado estudo sobre a capitulação dos fatos:

[...]

Neste contexto, questões fáticas como a de saber se a Desembargadora apenas deu seguimento a notícias falsas plantadas por terceiros ou se tinha conhecimento da referida falsidade devem ser avaliadas na instrução criminal, em juízo de certeza sobre a conduta.

[...]

Por fim, tendo em vista que o processo penal de conhecimento também deve esclarecer a ocorrência ou não das circunstâncias judiciais do artigo 59 do CP, até para que a acusada possa sobre elas se manifestar, importante consignar que a Desembargadora MARÍLIA DE CASTRO NEVES reiteradamente vem se utilizando de redes sociais para veicular ofensas a pessoas, instituições e grupos minoritários, atraindo, assim, a instauração de outros procedimentos de natureza penal e administrativo-disciplinar.

Não se está diante de fato isolado, mas de reiteração em conduta ofensiva, circunstância que afasta qualquer vislumbre de insignificância na ação da acusada.

A conduta narrada, portanto, é típica para o delito de calúnia, razão pela qual o MPF manifesta-se pelo recebimento parcial da queixa-crime, a fim de que seja processada a ré pela falsa imputação de crime (artigo 2º da Lei n. 10850/2013) à vítima falecida Marielle Franco." (fls. 249-254)

Ante o exposto, RECEBO, em parte, a queixa-crime oferecida em desfavor da Desembargadora MARÍLIA DE CASTRO NEVES VIEIRA do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, como incursa no art. 138, § 2.º, c.c. o art. 141, inciso III, do Código Penal.

É o voto.