



Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

Rua Otávio Francisco Caruso da Rocha, 300 - Bairro: Praia de Belas - CEP: 90010-395 - Fone: (51)3213-3232

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5005254-26.2015.4.04.7005/PR

RELATORA: DESEMBARGADORA FEDERAL CLAUDIA CRISTINA CRISTOFANI

APELANTE: CESAR LUIS SOTILLI JUNIOR (RÉU)

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (AUTOR)

EMENTA

DIREITO PENAL. DIREITO PROCESSUAL PENAL. CRIME DE PRECONCEITO DE RAÇA, COR, ETNIA, RELIGIÃO OU PROCEDÊNCIA NACIONAL COMETIDO POR INTERMÉDIO DA INTERNET. ART. 20, § 2º, DA LEI Nº 7.716/89. IMPRESCRITIBILIDADE. CONSTITUCIONALIDADE. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES CONSTITUCIONAIS. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO COMPROVADOS. DOSIMETRIA. PENA MULTA. CRITÉRIO BIFÁSICO PREVISTO NO CÓDIGO PENAL. PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. CONDIÇÕES FINANCEIRAS DO RÉU. ANÁLISE DA COMPATIBILIDADE.

A prescrição suscitada pelo apelante encontra resistência na própria Constituição Federal que, em seu artigo 5º, inciso XLII, define: “*a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei*”. Esse dispositivo é corolário de um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, assentado no inciso IV do artigo 3º da Carta Magna: “*promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*”. Ademais, o artigo 215, §1º, da CRFB, explicita a promoção da proteção dos grupos participantes do processo civilizatório nacional, incluindo a comunidade judaica;

Em se tratando de crimes de preconceito e discriminação racial, a jurisprudência pátria passou a utilizar a expressão etnia como sinônimo de raça. Tal reavaliação deveu-se, precipuamente, ao entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do HC nº 82.424/RS (relator p/

Acórdão Min. MAURÍCIO CORRÊA, DJU de 19/03/2004), em que se discutia a prática de racismo por apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias de fundo antissemita. Na oportunidade, restou assente a inexistência de subdivisão da raça humana, não existindo distinções entre os homens, *"seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana (...). Na essência são todos iguais"*. De forma que *"a divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social", originando-se desse pressuposto o racismo que, "por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista"*;

Do mesmo aresto, extrai-se o entendimento de que à luz da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy, nenhum princípio constitucional é absoluto, devendo ser feita, em cada caso concreto, a ponderação entre eles. No caso, o preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra, em hipótese alguma, o "direito à incitação ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Tão grave é o perigo social do racismo que é nítida a prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica em detrimento de qualquer argumento em defesa da livre manifestação do pensamento;

No julgamento emblemático do Supremo Tribunal Federal, a respeito do célebre caso Ellwanger, o Pretório Excelso reconheceu a constitucionalidade do artigo 20 da Lei nº 7.716/89. O STF lembra que manifestações discriminatórias não se coadunam aos preceitos consolidados na Constituição Federal, porquanto atenta ao princípio da dignidade da pessoa humana e outros dele derivados, em desrespeito aos valores éticos, políticos, morais e sociais que permeiam nosso meio social. Além disso, o Brasil é signatário de diversos tratados e acordos internacionais que visam não somente combater, mas também criminalizar condutas racistas ou discriminatórias, seja por questões de raça, etnia, cor, religião ou nacionalidade. Portanto, a tipificação penal dessas condutas é compatível com a legislação infraconstitucional e com os padrões principiológicos e éticos presentes na Constituição Federal, não havendo falar, portanto, em inconstitucionalidade por vagueza e imprecisão dos verbos nucleares do artigo;

Para definição do valor da prestação pecuniária, dentre os parâmetros estabelecidos pelo artigo 45, § 1º, do CP, deve-se considerar certos fatores, de modo a não tornar a prestação em pecúnia tão diminuta a ponto de mostrar-se inócua, nem tão excessiva de maneira a inviabilizar seu cumprimento;

O valor fixado para efeito de prestação pecuniária deve ser adequado às condições econômicas do condenado, cabendo à defesa trazer aos autos comprovante da alegação de hipossuficiência econômica para fins de minoração da pena imposta;

No que tange à pena de multa, o número de dias-multa deve guardar proporcionalidade com o *quantum* da pena privativa de liberdade estabelecida. Já o valor do dia-multa deve ser fixado de acordo com as condições econômicas do condenado. Na hipótese, não há falar em desproporcionalidade.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 7ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região decidiu, por unanimidade negar provimento ao recurso e determinar, quando houver o esgotamento da jurisdição ordinária desta Corte, a imediata comunicação ao juízo de origem para o início da execução provisória das penas, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 11 de dezembro de 2018.

Documento eletrônico assinado por **CLÁUDIA CRISTINA CRISTOFANI, Desembargadora Federal Relatora**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **40000772273v4** e do código CRC **d90ad940**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): CLÁUDIA CRISTINA CRISTOFANI

Data e Hora: 12/12/2018, às 15:53:46

RELATÓRIO

O Ministério Público Federal ofereceu denúncia em face de CÉSAR LUÍS SOTTILI JÚNIOR, dando-o como incurso no artigo 20, parágrafo 2º, da Lei nº 7.716/89 (Evento 1 dos autos originários):

“Em data compreendida entre 15 de outubro e 15 de novembro de 2006, no município de Cascavel/PR, o denunciado César Luís Sottili Júnior manifestou preconceito de etnia por intermédio dos meios de comunicação social e publicação, ao ter publicado na internet (comunidade SS do sítio Orkut) a mensagem 'JUDEU BOM É JUDEU MORTO'.

Consta dos autos que, em sede de investigações conduzidas pelo Ministério Público Federal de São Paulo no bojo dos autos nº 2006.61.81.010148-0, na 4ª Vara Federal Criminal da capital paulista, no site de relacionamento Orkut foi criada uma comunidade virtual intitulada “SS”, destinada à prática, indução ou incitação à discriminação ou preconceito de raça ou de cor contra judeus, bolivianos, negros, crentes etc. Entre os participantes que nela se manifestaram preconceituosamente estava o denunciado, usuário do pseudônimo “César Jr :-

)”, registrado pela conta de e-mail ns88ss@pop.com.br, a qual, segundo a empresa de telecomunicação GVT, pertencia a César Luís Sottili Júnior.

A prova da materialidade delitiva exsurge da cópia impressa da página eletrônica em que a mensagem foi impressa, fornecida diretamente pela empresa Google (Apenso v.1, fl. 87).

O conteúdo preconceituoso advém da manifestação do denunciado – dirigida indistinta e especificamente à comunidade judaica – que atribuiu amplo desvalor à existência (no sentido de vida) desse povo. Deixou claro na publicação de sua autoria que, sob seu prisma, o aspecto que qualificaria positivamente os judeus estaria na morte desses, isto é, em não existirem.

O caráter público da manifestação perpetrada é notório porque o site Orkut, segundo estimativas, chegou a contar com mais de trinta milhões de usuários, sendo em torno de quinze milhões de brasileiros.

Ademais, a comunidade era acessível a todos os membros do Orkut, e isso se verifica do status dela, o qual era do tipo “pública” (portanto, não era restrita somente aos próprios participantes da comunidade SS) (Apenso v.1, fl. 10). Ademais, mesmo que se restringisse apenas a seus integrantes, ainda assim a mensagem assumiria o caráter público, já que referida comunidade contava com 404 (quatrocentos e quatro) interessados, e, como se observa na sequência de postagens às fls. 29-96 do Apenso v.1, tratava-se de ambiente virtual com frequentadores ativos. Portanto, não que se falar tratar-se de publicação em ambiente reservado.

Os indícios de autoria delitiva apontam inequivocamente para a pessoa do denunciado. Consta na mensagem propalada a identificação do seu autor sob o creator_id nº 18017646 (Apenso v.1, fl. 87). A empresa Google informou que tal usuário estava cadastrado com o nome “César Jr :-)” e a conta de e-mail ns88ss@pop.com.br (Apenso v.1, fls. 116-117 e 144-147). Em diligência junto às empresas de telecomunicações para que fornecessem a identidade e demais dados cadastrais do titular da referida conta de e-mail, a GVT informou tratar-se de César Luís Sottili Júnior (Pedido de quebra de sigilo de dados telemáticos em apenso, fl. 14).

Ademais, embora o denunciado tenha declarado que o e-mail ns88ss@pop.com.br não lhe pertencia (fl. 195), seu primo Orlando Nazduk Ertel Júnior afirmou que referida conta “era de seu primo César Luís; que se recorda de mandar coisas para esse email”.

Ainda, disse que um dos amigos de César “tinha uma tatuagem com suástica” (fl. 199).

Frise-se que o próprio nome da conta escolhida pelo denunciado faz alusão exatamente àqueles que queriam dizimar os judeus, isto é, os nazistas, posto que “ns” significa nazi-skin, “88” significa “Heil Hitler!” e “ss” refere-se à

Schutz Staffel, polícia do partido nacional-socialista. Não passa despercebido a fl. 206 a existência de uma conta de e-mail registrada como sottili88@hotmail.com, ou seja, o sobrenome do denunciado associado ao número 88, em referência à saudação ao Führer alemão”.

A denúncia foi recebida em 09/10/2015 (Evento 9 dos autos originários).

Instruído o feito, sobreveio sentença em 19/01/2017, que julgou procedente a ação penal, condenando CÉSAR LUÍS SOTTILI JÚNIOR pela prática do crime previsto no artigo 20, parágrafo 2º, da Lei nº 7.716/89, às penas de 02 (dois) anos de reclusão e multa de 10 (dez) dias-multa, à razão de 1/10 (um décimo) do salário mínimo vigente ao tempo do fato. A pena privativa de liberdade foi substituída por duas penas restritivas de direitos, nas modalidades de: *a)* prestação de serviços à comunidade e *b)* prestação pecuniária, essa fixada em 5 (cinco) salários mínimos (Evento 80 dos autos originários).

Apelou o réu.

Em suas razões, a defesa suscita, preliminarmente, a prescrição retroativa da pretensão estatal e a inconstitucionalidade do artigo 20 da Lei nº 7.716/89. No mérito, pugna pela absolvição do apelante, alegando ausência de provas sobre a autoria e invoca o direito constitucional à liberdade de expressão. Subsidiariamente, requer a isenção da pena de prestação pecuniária e de multa (Evento 98 dos autos originários).

Com contrarrazões (Evento 101 dos autos originários), subiram os autos a este Tribunal.

A Procuradoria Regional da República da 4ª Região ofertou parecer pelo desprovimento do recurso (Evento 5 destes autos eletrônicos).

É o relatório.

Ao revisor.

Documento eletrônico assinado por **CLÁUDIA CRISTINA CRISTOFANI, Desembargadora Federal Relatora**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **40000772271v2** e do código CRC **2c31bbfc**.

Informações adicionais da assinatura:
Signatário (a): CLÁUDIA CRISTINA CRISTOFANI
Data e Hora: 7/11/2018, às 15:1:59

VOTO

1. Preliminar de prescrição

A defesa suscita, sem razão, a prescrição retroativa da pretensão punitiva estatal.

O pleito do apelante encontra resistência na própria Constituição Federal que, em seu artigo 5º, inciso XLII, define: “*a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei*”.

Esse dispositivo é corolário de um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, assentado no inciso IV do artigo 3º da Carta Magna: “*promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*”.

Ademais, o artigo 215, parágrafo 1º, da CRFB, explicita a promoção da proteção dos grupos participantes do processo civilizatório nacional, incluindo a comunidade judaica.

A propósito, trago o julgamento emblemático do Supremo Tribunal Federal, a respeito do célebre caso Ellwanger:

HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA. 1. Escrever, editar, divulgar e comerciar livros "fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias" contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII). 2. Aplicação do princípio da prescritibilidade geral dos crimes: se os judeus não são uma raça, segue-se que contra eles não pode haver discriminação capaz de ensejar a exceção constitucional de imprescritibilidade. Inconsistência da premissa. 3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais. 4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista. 5. Fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas. Os primeiros

seriam raça inferior, nefasta e infecta, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio: inconciliabilidade com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o estado democrático. Estigmas que por si só evidenciam crime de racismo. Concepção atentatória dos princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social. Condutas e evocações aéicas e imorais que implicam repulsiva ação estatal por se revestirem de densa intolerabilidade, de sorte a afrontar o ordenamento infraconstitucional e constitucional do País.

6. Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, "negrofobia", "islamafobia" e o anti-semitismo.

7. A Constituição Federal de 1988 impôs aos agentes de delitos dessa natureza, pela gravidade e repulsividade da ofensa, a cláusula de imprescritibilidade, para que fique, ad perpetuam rei memoriam, verberado o repúdio e a abjeção da sociedade nacional à sua prática.

8. Racismo. Abrangência. Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo. Interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma.

9. Direito comparado. A exemplo do Brasil as legislações de países organizados sob a égide do estado moderno de direito democrático igualmente adotam em seu ordenamento legal punições para delitos que estimulem e propaguem segregação racial. Manifestações da Suprema Corte Norte-Americana, da Câmara dos Lordes da Inglaterra e da Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos que consagraram entendimento que aplicam sanções àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizem a prática de racismo.

10. A edição e publicação de obras escritas veiculando idéias anti-semitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao discrimen com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas conseqüências históricas dos atos em que se baseiam.

11. Explícita conduta do agente responsável pelo agravo revelador de manifesto dolo, baseada na equivocada premissa de que os judeus não só são uma raça, mas, mais do que isso, um segmento racial atávica e geneticamente menor e pernicioso.

12. Discriminação que, no caso, se evidencia como deliberada e dirigida especificamente aos judeus, que configura ato ilícito de prática de racismo, com as conseqüências gravosas que o acompanham.

13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal.

14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser

exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o "direito à incitação ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica. 15. "Existe um nexó estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoá sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento". No estado de direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável. 16. A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem. Ordem denegada. (STF, HC nº 82.424/RS, Ministro MOREIRA ALVES, Relator(a) p/ Acórdão: Ministro MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2003) – sem grifos no original

2. Liberdade de expressão

Do mesmo aresto, extrai-se o entendimento de que à luz da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy, nenhum princípio constitucional é absoluto, devendo ser feita, em cada caso concreto, a ponderação entre eles.

No caso, o preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra, em hipótese alguma, o "direito à incitação ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Tão grave é o perigo social do racismo que é nítida a prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica em detrimento de qualquer argumento em defesa da livre manifestação do pensamento.

3. Constitucionalidade do tipo penal

No mesmo julgado, o Pretório Excelso reconheceu, ainda, a constitucionalidade do artigo 20 da Lei nº 7.716/89.

O STF lembra que manifestações discriminatórias não se coadunam aos preceitos consolidados na Constituição Federal, porquanto atenta ao princípio da dignidade da pessoa humana e outros dele derivados, em desrespeito aos valores éticos, políticos, morais e sociais que permeiam nosso meio social. Além disso, o Brasil é signatário de diversos tratados e acordos internacionais que visam não somente combater, mas também criminalizar condutas racistas ou discriminatórias, seja por questões de raça, etnia, cor, religião ou nacionalidade.

Portanto, a tipificação penal dessas condutas é compatível com a legislação infraconstitucional e com os padrões principiológicos e éticos presentes na Constituição Federal.

Também não há que se falar em inconstitucionalidade por vagueza e imprecisão dos verbos nucleares do artigo.

Induzir é sugerir, provocar, criar em alguém ideia discriminatória.

Incitar é instigar, estimular, fortalecer ou reforçar ideia preconceituosa preexistente.

Tais verbos são inclusive previstos em outros tipos penais, tanto do Código Penal quanto de leis especiais.

4. Imputação do crime do artigo 20, parágrafo 2º, da Lei nº 7.716/89

Primeiramente, destaco que, não tendo sido combatida a materialidade do delito imputado, o objeto de recurso cinge-se à comprovação da autoria atribuída ao apelante.

Pois bem. Conforme concluiu a investigação policial, os dizeres antissemitas “*judeu bom é judeu morto*” (*sic*), dentre outras manifestações ofensivas, foi publicada na rede social *Orkut* pelo cliente cadastrado com o nome César Jr – *creator_id* nº 18017646 (INQ7 – Evento 1 dos autos originários). Somado a isso, descobriu-se, com a ajuda de informações prestadas pela empresa *Google Inc*, o endereço eletrônico do referido usuário era *ns88ss@pop.com.br*, acessado, na data da publicação, pelo IP 200.140.250.225 (INQ7 – Evento 1 dos autos originários). De posse dessas informações, obteve-se, junto à empresa de telecomunicações GVT, a identificação física do autor da publicação, atribuída ao réu CÉSAR LUÍS SOTTILI JÚNIOR (INQ13 – Evento 1 dos autos originários). A empresa GVT ainda informou que a linha telefônica da qual partiu a conexão utilizada para a postagem foi (45) 3225-5679 (INQ12 – Evento 1). Posteriormente, comprovou-se que essa linha era utilizada no endereço onde o réu residia na época dos fatos (INQ4 – Evento 1).

Ainda na fase inquisitorial, a testemunha Orlando Nadzuk Ertel Junior, primo do recorrente, confirmou que o réu possuía uma conta na rede social *Orkut* de nome César Jr e que o e-mail em epígrafe era, de fato, utilizado por CÉSAR (INQ5 – Evento 1).

Mais, segundo pesquisas efetuadas no perfil César Jr, o usuário marcou com "gostei" em diversos vídeos contidos no sítio *Youtube.com* com denotações nazistas e *skinhead* (AP-INQPOL15 - Evento 1).

Não obstante isso, o Ministério Público Federal fez uma importante e esclarecedora análise do endereço eletrônico utilizado pelo réu: “o próprio nome da conta escolhida pelo denunciado faz alusão exatamente àqueles que queriam dizimar os judeus, isto é, os nazistas, posto que “ns” significa nazi-skin, “88” significa “Heil Hitler!” e “ss” refere-se à Schutz Staffel, polícia do partido nacional-socialista. Não passa despercebido no inquérito a existência de uma conta de e-mail registrada como *sottili88@hotmail.com*, ou seja, o sobrenome do denunciado associado ao número 88, em referência à saudação ao Führer alemão”.

Portanto, todos os indícios levantados ao longo das investigações apontam, indene de dúvidas, para a conclusão de que o réu é o autor da publicação de conteúdo antissemita, com especial fim de agir consistente na vontade de disseminar uma ideologia racista, por meio de rede social eletrônica, incorrendo na prática do delito de racismo, capitulado no artigo 20, parágrafo 2º, da Lei nº 7.716/89.

Por outro lado, a versão dos fatos sustentada pelo réu – de que terceira pessoa pudesse ter acessado seu perfil no *Orkut*, sem a sua anuência, e postado a ofensa - parece-me bastante inverossímil, dado que residia com pessoas que sequer utilizavam computador.

Ademais, a alegação de que outras pessoas frequentavam a residência e utilizavam o computador não restou demonstrada nos autos.

Pelo contrário, é perceptível que o réu faltou com a verdade. Consciente da ilicitude de seu ato, malgrado todas as evidências, alegou em Juízo não se recordar do fato, na tentativa de eximir-se da responsabilidade que recai sobre si.

Por essas razões, no que tange ao mérito, mantenho a sentença proferida pelo Juiz Federal Fábio Nunes de Martino, a qual adoto como razões de decidir, *in verbis*:

“2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1. Do crime previsto no art. 20 da Lei nº 7.716/1989, da sua constitucionalidade e da liberdade de expressão

Assim dispõe o art. 20 da Lei nº 7.716/1989:

Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97)

Pena: reclusão de um a três anos e multa.

§ 1º Fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo.

Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa

§ 2º Se qualquer dos crimes previstos no caput é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza:

Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa.

(...)

§ 4º Na hipótese do § 2º, constitui efeito da condenação, após o trânsito em julgado da decisão, a destruição do material apreendido. (Parágrafo incluído pela Lei nº 9.459, de 15/05/97)

Para efeitos dessa Lei, discriminar consiste em diferenciar, separar pessoas em razão de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional com fundamento em uma pseudo-inferioridade.

Para Guilherme de Souza Nucci, preconceito consiste em:

"opinião formada, a respeito de algo ou alguém, sem cautela, de maneira açodada, portanto, sem maiores detalhes ou dados em torno do objeto da análise, levando a julgamentos precipitados, invariavelmente injustos, provocadores de aversão a determinadas pessoas ou situações. Nas palavras de Sergio Salomão Shecaira, 'preconceito é o conceito ou a opinião que se tem antes de ter os conhecimentos adequados. Preconceito é, pois, sempre uma atitude negativa, desfavorável, para com grupos baseados em crenças estereotipadas" (in Leis Penais e Processuais Penais Comentadas, 4ª ed. - São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009. fl. 298)

Ainda segundo Guilherme de Souza Nucci:

"Racismo é o pensamento voltado à existência de divisão dentre seres humanos, constituindo alguns seres superiores, por qualquer pretensa virtude ou qualidade, aleatoriamente eleita, a outros, cultivando-se um objetivo segregacionista, apartando-se a sociedade em camadas e estratos, merecedores de vivência distintas. Racista pode ser tanto o sujeito integrante da maioria de determinado grupo contra qualquer indivíduo componente da minoria existente nessa comunidade, como o integrante da minoria, quando se defronta com alguém considerado da maioria. Se o racismo (...) é, basicamente, uma mentalidade segregacionista, ele é capaz de percorrer todos os lados dos agrupamentos humanos." (fl. 303 da obra anteriormente citada).

Trata-se de delito comum, não exigindo características específicas do sujeito ativo. O sujeito passivo é a coletividade. Somente é punível a título de dolo, consistente na vontade consciente de praticar qualquer das condutas incriminadas.

Sua consumação não demanda a efetiva ocorrência de prejuízo, sendo doutrinariamente classificado como crime formal.

Para caracterização do delito na forma qualificada (§ 2º), basta que as ofensas ocorram por intermédio de meio de comunicação social ou publicação de qualquer natureza, o que inquestionavelmente inclui a internet (canal de comunicação de grande utilização).

Diferencia-se do crime de injúria racial (art. 140, § 3º, do Código Penal) pelo fato das condutas discriminatórias serem voltadas a um grupo de pessoas e não contra indivíduo específico. Nesse sentido:

EMENTA: PENAL. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. DIREITO DE OPINAR. GARANTIA À NÃO-DISCRIMINAÇÃO E AO NÃO-PRECONCEITO. CONFLITO. MANIFESTAÇÃO DE PENSAMENTO QUE DESVELA, EM VERDADE, PROPÓSITO DE MENOSCABAR DETERMINADA ETNIA. LEI Nº 7.716/89, ART. 20, § 2º. DISCRIMINAÇÃO ÉTNICA. IMPRESCRITIBILIDADE. 1. Distingue-se a injúria qualificada (CP, art. 140, § 3º, do CP: do crime de racismo em razão do contexto fático em que perpetrada a conduta. Restringindo-se a ofender, de forma estrita, uma única vítima, resta perfectibilizado o delito previsto na regra geral. Se as expressões discriminatórias, contudo, desvelarem preconceito em relação a determinada raça ou etnia, ainda que dirigidas a uma única pessoa, caracterizado estará o crime da lei especial. 2. Consistindo o bem jurídico tutelado pela infração penal definida no art. 20, § 2º, da Lei nº 7.716/89 na "pretensão ao respeito inerente à personalidade humana, a própria dignidade da pessoa, considerada não só individualmente, como coletivamente" (TEJO, Célia Maria Ramos. Dos crimes de preconceito de raça ou de cor: comentários à Lei 7.716 de 5 de janeiro de 1989. 1. ed. Campina Grande: EDUEP, 1998. p. 23), sujeita-se às suas penas o agente que externa pensamentos pessoais desairosos e notoriamente etnocêntricos, imbuídos de aversão e menosprezo indistinto a determinado grupo social que apresenta homogeneidade cultural e lingüística. 3. A regra da imprescritibilidade prevista no art. 5º, XLII, da Carta Magna aplica-se ao crime de preconceito étnico perpetrado contra os índios. Exegese extraída de precedente do STF (HC nº 82.424/RS). (TRF4, APN 2001.04.01.071752-7, Quarta Seção, Relator Paulo Afonso Brum Vaz, DJ 29/03/2006)

O bem jurídico tutelado é o direito à igualdade e a dignidade do ser humano (art. 5º da CF), considerada não só individualmente, como coletivamente.

Em comentário ao delito ora em análise, José Paulo Baltazar Junior (in Crimes Federais, 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 783) argumenta que:

"A exigência de um especial estado de ânimo para o reconhecimento dos crimes de prática, induzimento e incitação é importante a fim de preservar o direito fundamental à liberdade de expressão, que poderá entrar em colisão com a proteção da dignidade de outros grupos ameaçados com a prática criminosa.(...)"

Em outras palavras, para caracterização do delito previsto no artigo 20 da Lei nº 7.716/90 é necessário que o direito à livre manifestação do pensamento (art. 5º, IV, da CF) ultrapasse os limites da razoabilidade, de modo a colidir com o também constitucional princípio da dignidade da pessoa (art. 1º, III, da CF).

Segundo entendimento doutrinário é necessária a existência de um discurso de ódio (hate speech), entendido como aquele que "não carrega outro significado que o ódio por um grupo, como uma raça em particular, especialmente em circunstâncias nas quais a comunicação pode provocar violência" (Black's Law Dictionary, 9th. Ed, citado por José Paulo Baltazar Júnior em Crimes Federais, 9ª.ed., 2ª tiragem 2014, pág.785).

Como todo direito fundamental, a liberdade de expressão não é absoluta e ilimitada, encontrando limites na proteção de outros direitos também fundamentais, no caso, da dignidade humana. Os direitos fundamentais devem ser vistos de forma harmônica, sem que o exercício de um represente a inobservância de outro.

Por bem sintetizar o posicionamento jurisprudencial acerca da caracterização do crime ora em análise, transcrevo ementa do Acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal no HC 82.424, a qual analisou o tipo penal, bem como a sua constitucionalidade:

(...)

Não há falar em inconstitucionalidade da Lei nº 7.716/89 ao argumento de que o tipo penal não observou o princípio da taxatividade, visto que não definiu precisamente o que caracterizaria o crime de discriminação racial.

Preliminarmente, o julgado do STF acima exposto declarou a constitucionalidade do delito. Ademais, a CF arrola no art. 3º, IV, entre os objetivos fundamentais da República "promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação". A seu turno o art. 5º, XLII estabelece que a "a prática de racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei". Em outra perspectiva, fundamenta a incriminação do racismo e da discriminação no § 1º do art. 215 da CF.

O art. 20 é um crime subsidiário, uma vez que o agente que praticar condutas discriminatórias que não estejam expressamente consignadas nos artigos anteriores, incorrerá no crime deste artigo.

Feitos esses registros, passo à análise do caso concreto.

2.2 Tipicidade

*Imputa-se a **CÉSAR LUÍS SOTTILI JÚNIOR** a responsabilidade pela publicação nessa de mensagem “JUDEU BOM E JUDEU MORTO” na extinta rede social ORKUT (rede mundial de computadores), na comunidade “SS”.*

No presente caso, imputa-se a prática do delito na forma de preconceito, tendo a mensagem sido dirigida indistinta e especificamente à comunidade judaica, de modo atribuir amplo desvalor a sua existência.

Conforme apontado pela acusação, a mensagem deixa “evidenciada sua infame intolerância, repúdio e aversão em face de, não aspectos culturais ou pontuais do povo judaico, mas sim, da própria existência de todas as pessoas desse agrupamento humano.” Pouco importa qual a “qualificação seja dada aos judeus (se povo, raça, etnia etc), importando apenas que haverá racismo a partir do momento que se estabeleça a diferença de um agrupamento em face de outro, ocorrendo relação de detrimento.” “Dentro da gama de facetas que o racismo pode assumir, não há mais repugnante distinção que possa ser feita senão aquela em que se fomenta a ideia de que determinado seguimento humano não detenha o direito fundamental à vida na mesma medida que qualquer pessoa de outro grupo cultural.” (Evento 64)

Dessa forma, comprovada que a mensagem postada possui o dolo específico, por alguns denominado de discurso de ódio (hate speech), que foge da razoabilidade, colidindo com os princípios constitucionais já expostos como a igualdade e dignidade e o objetivo da promoção do bem de todos sem preconceito, bem como do direito à vida, constituindo delito conforme ilustra o julgado do STF do HC 82.424/RS, acima mencionado. Assim, não há que se cogitar o direito a liberdade de expressão, conforme quer fazer crer a defesa.

Inegável o caráter público da mensagem, tendo em vista que a rede social Orkut foi utilizada por milhões de pessoas em todo o mundo, sendo a comunidade “SS”, onde foi postada a mensagem era do tipo “pública” (Evento 1, INQ6, p. 11), com frequentadores ativos (Evento 1, INQ6, p. 12).

Sobre o tema, o TRF 4ª Região tem entendimento de que até mesmo publicações na internet por curto período de tempo são suficientes para caracterizar o crime na forma do § 2º do artigo 20 da Lei n. 7.716/89. Colaciono:

“(…) a divulgação de dizeres discriminatórios, sobretudo agressivos e injuriosos, contra indivíduos de determinada cor e procedência nacional, por meio da rede mundial de computadores (a qual possui uma

capacidade de irradiação da mensagem potencialmente incomensurável), ainda que por curto período de tempo, já é suficiente para pôr em risco o bem jurídico tutelado pela norma penal, relativo ao respeito à dignidade humana.

Quanto à aplicação do crime em sua modalidade simples, trata-se de pedido que não deve ser acolhido, no caso, pois houve a divulgação por meio da rede mundial de computadores (como demonstrado pela sentença acima transcrita), sendo certo que a conduta se enquadra na qualificadora do § 2º, relativa ao cometimento do delito "por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza" (TRF4, ACR 5015366-40.2013.404.7000, SÉTIMA TURMA, Relator MÁRCIO ANTÔNIO ROCHA, juntado aos autos em 04/09/2015.)

Preenchido assim, todas as elementares do tipo.

2.2 Materialidade

A materialidade do crime está comprovada pelos documentos que instruem o IPL nº 2008.70.16.001028-8, especialmente:

- a) Representação criminal (Evento 1 – INQ14, pp. 27-29);*
- b) Cópia da página inicial da comunidade da rede social Orkut denominada "SS";*
- c) Cópia da página inicial do perfil do criador da comunidade "SS";*
- d) Cópia dos dados cadastrais, com IP de criação e recentes logins do criador da comunidade "SS";*
- e) Cópia da lista de membros da comunidade "SS";*
- f) Cópia das mensagens postadas na comunidade "SS";*
- g) Cópia magnética dos documentos referidos nos itens "b" até "f" (estes últimos no Evento 1 – INQ6, pp. 11-68 e INQ7, pp. 1 até 97);*
- h) Lista do IP do réu relacionado entre os usuários da comunidade "SS" (Evento 1 – INQ8, p. 48);*
- i) Ofício da operadora GVT fornecendo os dados cadastrais do usuário da conta e-mail responsável pelas postagens antisemitas (Evento 1 - INQ13, p. 13).*

2.2 Autoria

*A autoria delitiva recai sobre o denunciado **CESAR LUIS SOTILLI JÚNIOR.***

*Essa é a conclusão que se extrai da análise conjunta das informações atinente ao perfil de quem postou a mensagem. À Polícia Federal a empresa Google informou que o creator_ide nº 18017646 (Evento 1, INQ7, p. 19), estava cadastrado com o nome “César Jr :-)” –Evento 1, INQ7, pp. 74/75. Neste ponto já se observa que o nome dado ao usuário possui semelhança com o nome civil do acusado. Na mesma ocasião, foi informado que o usuário era **ns88ss@pop.com.br** e os IPs de acesso.*

Com base nestas informações, a autoridade policial representou pelo afastamento dos dados cadastrais de vários IPs, entre eles, o de nº 200.140.250.225.

*Segundo informações encaminhadas pela empresa GVT (Evento 1, INQ13, p. 13) o nome do usuário do e-mail **ns88ss@pop.com.br** era o de César.*

(...)

De acordo com o dados acima fornecidos, chegou-se ao nome do acusado César Luís Sotilli Júnior e seu primo Orlando Nadzuk Ertel Júnior, tendo em vista que o CPF cadastrado pertence a este último.

A linha telefônica nº 45- 3225-5679 estava registrada em nome de ARlete Nadzuk Ertel, tia de César e Orlando.

*De acordo com os depoimentos colhidos constatou-se que o primo Orlando prestava auxílio ao denunciado, podendo ter fornecido CPF no momento de criação da conta eletrônica. Afirmou que nunca teve conta no Orkut, mas que César tinha um perfil denominado de “César Jr”. Outrossim, disse que o e-mail **ns88ss@pop.com.br** era utilizado por Cesar, tendo ainda comprovado documentalmente que recebeu mensagens dele por este endereço. Disse que, apesar de não saber sobre as postagens racistas, o primo César teria um amigo que possui tatuagem com suástica (Evento 1, INQ5, p. 14):*

(...)

*Os e-mails impressos que comprovam que o acusado César, utilizando-se do e-mail **ns88ss@hotmail.com** encaminhou mensagem para o de Orlando (**fokapsy@hotmail.com**) estão juntadas no Evento 1, INQ5, pp. 21/23.*

*Em juízo, o primo confirmou que pode ter colocado seu CPF na criação do cadastro do e-mail, mas que o **ns88ss@pop.com.br** era usado pelo acusado, que este morava com a tia, avó e mãe, as quais não sabiam usar computador. Aduziu que nunca usou o computador daquela localidade (Evento 55, ATOORD1):*

*“(…) Ministério Público Federal: - É consta dos autos, que o, que o Login teria efetuado essa ofensa na internet estaria vinculado ao e-mail, é chamado **ms88SS@pop.com.br**. E esse e-mail por sua vez, estaria*

registrado no seu CPF. Eu queria que o senhor esclarecesse isso, de quem era esse e-mail, se era do senhor mesmo, porque que estava no seu CPF?

Informante: - Na verdade o seguinte. É... Essa parte era o primórdio da internet né, quando tava iniciando. Uma conexão discada gratuita chamada pop. Aí o que aconteceu, é existem duas hipóteses com, eu não me recordo, se, se eu falar que é um ou outro eu não sei. O único, as únicas duas hipóteses que pode acon, ter acontecido é o seguinte, na época ele não tinha computador e eu tinha, a gente foi fazer esse cadastro na minha casa, provavelmente o CPF feito dele, deve ter dado errado, eu coloquei o meu. Ou a gente ter ido na casa dele, ter feito esse cadastro a mesma coisa, não ter dado certo, com meu CPF deu certo. Aí a conta ficou registrada com o meu CPF.

Ministério Público Federal: - Mas você utilizava esse e-mail?

Informante: - Não.

Ministério Público Federal: - E sabe quem utilizava?

Informante: - Hum... Se foi feito com pra ele, com certeza era ele que usava.

Ministério Público Federal: - É né. Em 2006, onde é que o Cesar residia?

Informante: - Em 2006, acredito que na Rua Curitiba.

Ministério Público Federal: - Com quem?

Informante: - Com as tias, avó e a mãe.

Ministério Público Federal: - Inclusive a, a Arlete?

Informante: - Isso, minha tia.

Ministério Público Federal: - Uhum. E você se recorda de ter mandado, enviado algum e-mail pra esse, pra esse e-mail?

Informante: - Desse pop sim. Eu tem enviado. Só que do meu e-mail particular.

Ministério Público Federal: - E qual que era o seu?

Informante: - (focaopsaia@hotmail.com).

Ministério Público Federal: - Você não tem nenhum e-mail da pop? Que vincula a pop?

Informante: - Pop não.

Ministério Público Federal: - Só esse Hotmail?

Informante: - Só Hotmail.

Ministério Público Federal: - Uhum. E você frequentava computador lá na casa da Arlete?

Informante: - Não. Frequen, não frequentava.

Ministério Público Federal: - Não precisava do computador?

Informante: - Não. Eu ia na casa, lógico, esporadicamente, mas uma vez ou outra. É um, é tempo hein. Pra se lembrar, hein, mas frequentava. Mesmo porque é parente né.

Ministério Público Federal: - Sim.

Informante: - A gente frequentava, a gente se visitava, hoje não mais. Apesar da circun, circunstância, vamos dizer assim.

Ministério Público Federal: - Uhum. Aqui na polícia você declarou que um um dos amigos do Cesar teria uma tatuagem de suástica. Queria que você esclarecesse.

Informante: - Na verdade eu vi uma foto só, de uma vez, do antebraço, mas hoje em dia eu não sei mais dizer quem é a pessoa, não sei, não conheço essa pessoa, tinha visto uma foto.

Ministério Público Federal: - Não chegou a ver pessoalmente?

Informante: - Não, não, não cheguei a ver pessoalmente.

Ministério Público Federal: - Uhum. Então muito obrigado.

Juiz Federal: - Doutor Marcelo pela (DPU).

Defesa: - Boa tarde Orlando.

Informante: - Tarde.

Defesa: - É, o telefone ficava na casa da sua tia?

Informante: - Qual o número?

Defesa: - Eu digo o telefone que, a linha telefônica que era usada pra acesso da internet.

Informante: - Sim.

Defesa: - Arlete né?

Informante: - Isto.

Defesa: - Onde que era a casa dela?

Informante: - Rua Curitiba, 625, acredito, eu não lembro o número muito bem certo.

Defesa: - Tá. O senhor morava longe?

Informante: - Eu morava no São Cristóvão do outro lado da cidade.

Defesa: - É, qual que é a frequência que ia na casa dela mais ou menos?

Informante: - Finais de semana, é almoço em família, esse tipo de coisa.

Defesa: - Tá. É mas alguém usava o computador, você sabe dizer?

Informante: - Não sei dizer.

Defesa: - Você usava esse, esse computador?

Informante: - Eu usava pra, é quando eu precisava é, formatar pra ajudar ele, pra fazer alguma coisa, que eu fazia esse tipo de coisa e ele não sabia fazer, e eu cuidava dessa parte.

Defesa: Tá. É, sabe se tinha é senha salva no computador lembra alguma coisa relacionada a essa.

Informante: - Senha não. Não lembro.

Defesa: - Não lembra?

Informante: - Porque como o computador é um uso pessoal, a gente procura nem mexer, justamente pra isso.

Defesa: - Tá. Você lembra qual que é o e-mail do, do pop dele?

Informante: - É ns88ss@pop.com.br.

Defesa: - Tá. Senhor sabe o que significa isso?

Informante: - Depois que, depois do ocorrido dos fatos, eu fui pesquisar pra descobrir o que, que era. Mas só depois do ocorrido, até então eu não sabia o que, que era.

Defesa: - Você não lembra então se foi você que criou esse e-mail?

Informante: - Não lembro se fui eu que criei, a gente podia tá junto, podia tá feito, um fazendo, mas gente podia, deveria estar junto.

Defesa: Por ele ser tão diferente do nome ele, o seu irmão lembraria?

Informante: - Como assim diferente o você diz?

Defesa: A regra é ter o nome da pessoa.

Informante: - Certo.

Defesa: - Já por Orlando alguma coisa.

Informante: - Uhum.

Defesa: - E o meu Marcelo alguma coisa.

Informante: - Certo.

Defesa: O dele não tem muito a ver com o nome dele né.

Informante: - Uhum, certo.

Defesa: Não estranharia?

Informante: - Na internet a gente cria codinomes, a gente não cria nomes.

Defesa: Você trabalha com Internet?

Informante: - Sim.

Defesa: - Faz o quê?

Informante: - Eu trabalho como supervisor de base de uma empresa. TI também.

Defesa: - Na época já trabalhava nisso?

Informante: - Não. Porque eu trabalhava com meu pai, no metalúrgico, mas eu sempre gostei de mexer com isso.

Defesa: - Tá. Sua tia sabia mexer no computador?

Informante: - Minha tia não.

Defesa: - Não? Era só os dois na, na casa?

Informante: - Na, na época?

Defesa: - É.

Informante: Não sei te, não recordo.

Defesa: - Não, que moravam.

Informante: - Que moravam juntos?

Defesa: - Isto.

Informante: - Não, morava minha tia, minhas duas tias, a mãe dele e minha vó.

Defesa: - Alguém desse, dessas pessoas além do, do Cesar, sabia mexer em computador, mexia nele ou não?

Informante: - Lá não. Na casa não. (...)

Em seu depoimento em sede policial o réu César negou o delito, mas confirmou que fazia uso do computador de sua antiga residência e que acessava a internet por meio de conexão discada (Evento 1, INQ5, p. 10).

Todavia, sua tia, Arlete Nadzuk Ertel confirmou que o telefone 45-3225-5679 era de sua titularidade, que na época dos fatos residia na Rua Curitiba, 651, juntamente com suas irmãs, mãe e sobrinho César Luis Sotilli Junior. Aduziu que era réu César que utilizava a internet (Evento 1, INQ5, pp. 08/09).

Em juízo, o réu César disse que não se lembrava se fazia parte da comunidade "SS" do orkut, nem qual era o nome de seu usuário, nem qual era o e-mail. Porém, confirmou que seu primo lhe ajudava muito com as questões da internet.

Confira alguns trechos:

"(...) Juiz Federal: - Ok? Hã. Consta então aqui nessa denúncia, como eu li pro senhor no início né. Hã, de que entre 15 de outubro e 15 de novembro de 2006.

Réu: - Uhum.

Juiz Federal: - O senhor teria supostamente postado a, na Orkut essa informação a respeito de Judeus.

Réu: - Uhum.

Réu: - Na comunidade SS do sítio Orkut. O que eu gostaria de saber inicialmente é se é verdadeira essa acusação que está sendo feita contra o senhor.

Réu: - Eu não relembro. Faz muito tempo.

Juiz Federal: - Tá. O senhor tinha conta no Orkut?

Réu: - No Orkut tinha.

Juiz Federal: - Certo. Hã. Qual era, o senhor se recorda qual era o seu usuário, o nome do seu usuário?

Réu: - Lembro não.

Juiz Federal: - O senhor chegou a ter usuário como Cesar Junior.

Réu: - Eu, eu, recordo o que acho que eu usei com o meu sobrenome. Cesar Sotilli.

Juiz Federal: - E Cesar Junior?

Réu: - Não recordo.

Juiz Federal: - Ok. Hã. E a, e essa conta de e-mail, o senhor tinha conta de e-mail no pop?

Réu: - Eu tinha uma, no pop qual que era também, fazia muito tempo.

Juiz Federal: - Certo.

Réu: - Essa daí eu mudei. Eu tinha uma daí, era pra nós usar, mas depois nós pegamo, daí não precisava usar mais aquela.

Juiz Federal: - Sei.

Réu: - Faz tempo.

Juiz Federal: - Há. O que o seu Orlando falou então, foi registrado uma conta com o CPF dele.

Réu: - Uhum.

Juiz Federal: - É no Pop é isso? E o senhor utilizava essa conta?

Réu: - Eu me lembro que ele fa, ele me ajudava bastante, mas é... Não me lembro qual era o e-mail.

Juiz Federal: - É o senhor se recorda seria ns88ss@pop.com.br?

Réu: - Não recordo.

Juiz Federal: - Uhum. Ok. O senhor teve, tinha outro e-mail, além desse do Pop?

Réu: - Se eu não me engano tinha uma com, com meu nome e sobrenome né.

Juiz Federal: - Qual é? Qual é.

Réu: - Cesar Sotilli, se eu não me engano, mas eu não me lembro muito bem, qual que usava o provedor qual dos, dos. Se era Uol, se era Bol.

Juiz Federal: - Hã.

Réu: - Né, que naquele tempo era de graça né.

Juiz Federal: - Sei. Mas o senhor se recorda qual era à conta de e-mail, que o senhor utilizava.

Réu: - Não porque faz muito tempo, eu não.

Juiz Federal: - O senhor chegou a ter algum envol, com o seu sobrenome Sotilli?

Réu: - Sotilli eu tinha um, que eu me lembro um Sotilli.

Juiz Federal: - Qual que era?

Réu: - Se eu não Mem engano Cesar Sotilli.

Juiz Federal: - É. O senhor chegou a utilizar algum Sotilli88@hotmail.com?

Réu: - Não me recordo.

Juiz Federal: - Certo. Certo. Então, a respeito então desses fatos.

Réu: - Hum.

Juiz Federal: - O senhor fala o senhor não se recorda de ter postado essa mensagem a respeito de judeu é isso?

Réu: - Não me lembro.

Juiz Federal: - Mas o senhor se recorda dessa comunidade SS do Orkut, chegou a já.

Réu: - É que nesse, naquele tempo, cê entrar, era muita comunidade. Cê entrando, saindo, entrava, saía então eu não posso falar que eu me recordo dessa. (...)"

Frisa-se que restou provado que o número da linha telefônica era da tia do acusado e que segunda ela somente este utilizava o computador de sua residência.

Destaca-se que, conforme fundamentado pelo MPF, o réu não negou o delito, tão somente disse não se lembrar.

Outrossim, segundo pesquisas efetuadas, o perfil César Sottili marcou com "gostei" diversos vídeos contidos no youtube com denotações nazistas e skinhead (Evento 1, AP-INQPOL15).

As provas quanto à autoria delitiva, portanto, levam à conclusão que o réu é o autor da publicação de conteúdo antissemita.

Ademais, não se comprovou a ocorrência de qualquer causa excludente de ilicitude (legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular de direito), motivo pelo qual considero como antijurídica a conduta do acusado.

Ainda, verifica-se que ao tempo do fato o acusado era imputável, tinha plena consciência da ilicitude de seus atos e deles era exigível uma conduta diversa, de modo que a culpabilidade está presente.

Dessarte, a conduta praticada pelo acusado afigura-se típica, antijurídica e culpável, razão pela qual a condenação pela prática do crime de fato assimilado ao contrabando é medida que se impõe.

*Presentes, portanto, os elementos objetivos e subjetivos do crime capitulado no artigo **do art. 20, § 2º, da Lei nº 7.716/89**".*

5. Dosimetria da pena

No tocante à individualização da pena, assim dispôs a sentença:

“3. DISPOSITIVO

Ante o exposto, nos termos da fundamentação, julgo procedente a pretensão punitiva estatal deduzida na denúncia pelo Ministério Público Federal, a fim de condenar o réu CÉSAR LUIS SOTILLI JUNIOR, já qualificado, pela prática do crime tipificado no artigo 20, § 2º, da Lei nº 7.716/89.

3.1 Dosimetria da Pena

- Circunstâncias judiciais (1ª fase)

Pois bem. Na primeira fase de aplicação da pena, da análise das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59, caput, do Código Penal, infere-se que:

- a) a **culpabilidade** do réu mostrou-se normal ao tipo penal;*
- b) o réu não possui registro de **antecedentes**;*
- c) não há elementos que permitam analisar a **conduta social** do réu e sua **personalidade**, devendo ser consideradas neutras;*
- d) quanto aos **motivos do crime**, considero normais à espécie;*
- e) quanto às **circunstâncias do crime**, nada existe para que sejam valoradas negativamente;*
- f) as **consequências do crime** não são possíveis de serem valoradas, dada a extensão territorial e de acesso possibilitado pela rede mundial de computadores;*
- g) nada há que referir quanto ao **comportamento da vítima**.*

*Assim, à vista da inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, fixo a pena base em **2 (dois) anos de reclusão e multa de 10 (dez) dias-multa**.*

- Circunstâncias legais (2ª fase)

Ausentes circunstâncias agravantes ou atenuantes.

*Desse modo, mantenho a pena provisória em **02 (dois) anos de reclusão e multa de 10 (dez) dias-multa**.*

- Causas de aumento e de diminuição da pena (3ª fase)

Não existem causas de aumento ou diminuição.

*Torno definitiva, assim, a pena do réu em **2 (dois) anos de reclusão e multa de 10 (dez) dias-multa**.*

O valor de cada dia-multa será de 1/10 (um décimo) do salário mínimo vigente ao tempo do fato, a ser atualizado até a data do efetivo pagamento, já que o réu declarou que tem renda aproximada de R\$ 2.000,00 (Evento 52).

3.2 Documprimento de pena

*Entendo como sendo suficiente ao caso em apreço, como medida de resposta penal em caráter de prevenção geral e especial, assim, igualmente, como critério da futura recuperação do sentenciado ao convívio social, o cumprimento da pena privativa de liberdade em **regime inicial aberto**, na forma do que estabelece o artigo 33, § 2º, letra "c" c/c § 3º, do Código Penal, deixando de fixar suas condições em face da substituição da pena por restritivas de direito.*

3.3 Da substituição da pena

Entendo não existir empecilho para a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, especialmente porque a pena aqui aplicada não supera 04 (quatro) anos, o crime não foi cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, e a providência atende aos fins do Direito Penal.

*Assim sendo, reputo cabível a substituição da pena privativa de liberdade, na forma do artigo 44 do Código Penal, tendo em vista a quantidade de pena aplicada e as condições pessoais do acusado, pelo que substituo a pena privativa de liberdade por **duas penas restritivas de direitos**, nos termos do artigo 44, § 2º, do Código Penal, quais sejam: a) **prestação pecuniária**, no valor de **05 (cinco) salários mínimos**, em vigor no momento da execução, a ser destinada a entidade social cadastrada neste Juízo; b) e **prestação de serviços à comunidade**, em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, a ser definido durante o Processo de Execução Penal, segundo as aptidões do réu e à razão de 1 (uma) hora por dia de condenação, fixadas de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho, na forma do parágrafo 3º, do artigo 46, do Código Penal.*

Registre-se que a prestação de serviços à comunidade, em se cogitando de pena restritiva de direitos, é "a mais indicada para a repressão e prevenção da prática delitiva, atendendo aos objetivos ressocializantes da lei penal, uma vez que estimula e permite melhor readaptação do apenado no seio da comunidade, viabilizando o ajuste entre o cumprimento da pena e a jornada normal de trabalho" (TRF 4ª Região, 8ª Turma, Apelação Criminal nº 1999.71.00.011249-5/RS, Rel. Des. Federal Elcio Pinheiro de Castro, j. 22/09/2004) enquanto que a prestação pecuniária reverte em proveito da própria sociedade, revelando-se conveniente à repressão dos delitos nos quais a coletividade é atingida pela prática ilícita.

Ressalto que o critério utilizado para a fixação do valor da prestação pecuniária foi a situação econômica do condenado (Evento 52), que informou perceber R\$ 2.000,00 (dois mil reais mensais).

Advirto o réu de que o descumprimento injustificado da pena restritiva de direito ora imposta ensejará a conversão dessa em pena privativa de liberdade (artigo 44, § 4º, do CP).

Sendo cabível a substituição da pena privativa de liberdade, não há falar na sua suspensão condicional, nos termos do artigo 77, inciso III, do Código Penal, razão pela qual deixo de apreciar a possibilidade de concessão do "sursis".

A defesa pleiteia a isenção da pena de multa e prestação pecuniária impostas, alegando insuficiência financeira do réu.

Inicialmente, não há que se falar em isenção da pena de multa, pois expressamente prevista no tipo penal.

Igualmente não prospera o pedido de isenção da prestação pecuniária.

Preenchidos os requisitos do artigo 44, § 2º, do Código Penal, a pena privativa de liberdade superior a 01 (um) ano, hipótese dos autos, deve ser substituída por duas restritivas de direitos, consistentes em **prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas e em prestação pecuniária**, por serem tais sanções as que melhor atingem as finalidades punitiva e repressiva da persecução criminal. A prestação de serviços, porque exige do condenado um esforço no sentido de contribuir com o interesse público. A prestação pecuniária, porque, ao contrário da multa, que reverte ao Estado, converte-se em favor da vítima, seus dependentes ou entidade pública ou privada com destinação social.

É a orientação esposada pelos seguintes julgados desta Corte:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. (...) SUBSTITUIÇÃO POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. MODALIDADES. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE. PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. (...) 17. Preenchidos os requisitos do artigo 44 do Código Penal, deve a pena privativa de liberdade, superior a 01 (um) ano, ser substituída por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas e em prestação pecuniária, por serem as que melhor atingem a finalidade da persecução criminal. A primeira, porque exige do condenado um esforço no sentido de contribuir com o interesse público. A segunda, porque, ao contrário da multa que reverte sempre ao Estado, converte-se em prol da vítima, seus dependentes ou entidade pública ou privada com destinação social. (...) (grifos) (ACR nº 0000941-52.2007.404.7211, 8ª T., Relator Desembargador Federal VICTOR LAUS, por unanimidade, j. 18-11-2015, DJ 27-11-2015)

DIREITO PENAL. USO DE DOCUMENTO PÚBLICO FALSO. ART. 304 C/C ART. 297 DO CÓDIGO PENAL. CNH. (...) SUBSTITUIÇÃO DA PENA. ALTERAÇÃO DA MODALIDADE DE PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. 1. Restando demonstrada a falsidade material da

*Carteira Nacional de Habilitação apresentada pelo réu aos policiais, está caracterizado o delito de uso de documento público falso (art. 304 c/c art. 297 do Código Penal). (...) 8. **Preenchidos os requisitos legais, a pena privativa de liberdade deve ser substituída por duas restritivas de direitos, de prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas e de prestação pecuniária, por serem tais sanções as que melhor atingem as finalidades punitiva e repressiva da persecução criminal, não se acolhendo o pedido de alteração da modalidade de pena substitutiva por outra pena restritiva de direitos.** (grifos) (ACR nº 5008908-96.2016.404.7001, 7ª T., Relator Juiz Federal RONY FERREIRA, por unanimidade, j. 27/02/2018)*

Com efeito, as penas restritivas de direitos caracterizam-se pela substituição à pena privativa de liberdade imposta, consistindo na supressão ou diminuição de um ou mais direitos do condenado. Trata-se de espécie de pena alternativa. Nesta ordem de ideias, a opção pela prestação de serviços à comunidade pelo tempo da condenação, na maior parte dos casos, revela-se mais indicada para fins de repressão e prevenção da prática delitiva, atendendo, inclusive, aos objetivos ressocializantes da Lei Penal.

De outro lado, a **prestação pecuniária** mostra-se adequada ao caso, pois dentre as outras penas restritivas elencadas pelo art. 43 do CP é a que trará menor gravame ao condenado, além de reverter à sociedade os valores obtidos.

Neste contexto, as penas de prestação de serviços à comunidade e de prestação pecuniária são as mais indicadas na maioria dos casos, pelo seu caráter não somente punitivo, mas também pedagógico e ressocializador.

5.1. Valor da prestação pecuniária

Quanto ao valor da pena substitutiva de prestação pecuniária, deve o julgador considerar os parâmetros estabelecidos no artigo 45, parágrafo 1º, do Código Penal.

O magistrado *a quo*, ao proferir a sentença condenatória e substituir a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, fixou o valor da pena de prestação pecuniária em montante equivalente a 5 (cinco) salários mínimos.

Importa ressaltar que a prestação pecuniária e a pena de multa são institutos diversos, sobretudo à vista do caráter de recomposição do dano causado conferido à pena restritiva de direitos. Na prestação pecuniária, diferente da multa, deve-se considerar, não só a situação econômica do condenado, mas também a extensão dos danos decorrentes do ilícito, bem como ser suficiente para a prevenção e reprovação do crime praticado.

É dizer, o valor da prestação pecuniária deve ser fixado de modo a não torná-la tão diminuta a ponto de mostrar-se inócua, nem tão excessiva inviabilizando seu cumprimento. Deve ser suficiente para a prevenção e reprovação do crime praticado, de acordo com os danos decorrentes do ilícito e com a situação econômica do condenado.

Nesse sentido:

APELAÇÃO CRIMINAL. DIREITO PENAL. MOEDA FALSA. ART. 289, § 1º, DO CP. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO COMPROVADOS. CONDENAÇÃO MANTIDA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. INEXISTÊNCIA. PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. PROPORCIONALIDADE. PRECEDENTES. (...) . Para definição do valor da prestação pecuniária, dentre os parâmetros estabelecidos pelo artigo 45, § 1º, do CP, deve-se considerar certos fatores, de modo a não tornar a prestação em pecúnia tão diminuta a ponto de mostrar-se inócua, nem tão excessiva de maneira a inviabilizar seu cumprimento. (TRF4, APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5007749-31.2015.404.7009, 7ª Turma, Juiz Federal RONY FERREIRA, POR UNANIMIDADE, JUNTADO AOS AUTOS EM 01/03/2018) - sem grifos no original

Assim, não encontra fundamento a alegação de que a sentença condenatória não poderia dificultar o cotidiano do condenado; caso contrário, estar-se-ia esvaziando a finalidade da norma penal.

Na hipótese, verifica-se que a quantia determinada está em conformidade com os parâmetros legais, não havendo falar em excesso.

Ademais, vale destacar que dificuldades econômicas alegadas e sequer comprovadas não demonstram impossibilidade efetiva de adimplemento e não são capazes de justificar excepcional diminuição/alteração da modalidade da pena substitutiva devidamente motivada pelo julgador monocrático.

PENAL. PROCESSO PENAL. DESCAMINHO. INSTALAÇÃO DE RÁDIO TRANSEPTOR SEM AUTORIZAÇÃO LEGAL. ARTIGO 334, DO CÓDIGO PENAL. DESCLASSIFICAÇÃO DO ART. 183 DA LEI Nº 9.472/1997 PARA O ART. 70 DA LEI Nº 4.117/62. MATERIALIDADE. AUTORIA. TIPICIDADE. DOSIMETRIA. CONCURSO DE CRIMES. REGIME INICIAL. SUBSTITUIÇÃO. PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. REDUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. JUSTIÇA GRATUITA. (...). 7. O valor fixado para efeito de prestação pecuniária deve ser adequado às condições econômicas do condenado, cabendo à defesa trazer aos autos comprovante da alegação de hipossuficiência econômica para fins de minoração da pena imposta. 8. A questão relativa ao pedido de assistência judiciária gratuita, com isenção do pagamento das custas processuais, deve ser apreciada pelo Juízo da Execução, a quem cabe fixar as condições de adimplemento e autorizar, inclusive, eventual parcelamento do valor devido, conforme lhe faculta a Lei nº 7.210, de 11/07/84, art. 66, V, a, c/c art. 169, §1º. 9. Apelação criminal improvida. (TRF4, APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5002726-96.2013.404.7002, 8ª TURMA,

Des. Federal JOÃO PEDRO GEBRAN NETO, POR UNANIMIDADE, JUNTADO AOS AUTOS EM 09/04/2015) - sem grifos no original

Não obstante isso, de acordo com o entendimento deste Tribunal, é cabível ao juízo da execução a adequação das condições de adimplemento da prestação pecuniária, incluindo a hipótese de parcelamento, nos termos do artigo 66, V, "a", c/c artigo 169, §1º, da Lei nº 7.210/84 (ACR nº 5012039-13.2015.4.04.7002/PR, Oitava Turma, Desembargador Federal Victor Luiz dos Santos Laus, D.E. 20/01/2017).

Nesse sentido:

*PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS . SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE POR PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA E DE SERVIÇOS À COMUNIDADE. REDUÇÃO DO VALOR FIXADO NA SENTENÇA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PENA PROPORCIONAL AO PREJUÍZO CAUSADO À VÍTIMA. ORDEM DENEGADA. 1. A prestação pecuniária tem como finalidade a prevenção do delito, bem como o ressarcimento do prejuízo que arcou a vítima em razão da conduta delitativa do agente. 2. Estando o valor da pena pecuniária dentro dos parâmetros legais e devidamente fundamentado na sentença condenatória, não há falar em constrangimento ilegal. 3. **Nada obsta que, comprovada a hipossuficiência econômica, o paciente possa pleitear, ao Juízo da Execução o parcelamento da pena.** 4. Ordem denegada. (STJ, HC nº 87.365/MS, 4ª Turma, Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, julgado em 23/06/2009, DJe 03/08/2009) - sem grifos no original*

5.2. Valor da pena de multa

No que tange à pena de multa, o número de dias-multa deve guardar proporcionalidade com o *quantum* da pena privativa de liberdade estabelecida. Já o valor do dia-multa deve ser fixado de acordo com as condições econômicas do condenado.

Como limites gerais, o artigo 49 do Código Penal estabelece para fixação da pena de multa: a) variação de 10 a 360 dias-multa e b) o valor do dia-multa não será inferior 1/30 do salário mínimo ao tempo do fato, nem superior a 5 vezes esse salário.

Em relação ao número de dias-multa, tendo em vista que já definido no patamar mínimo legal, não há falar em desproporcionalidade.

Assim, diante da ausência de recurso ministerial, fica mantida em **10 (dez) dias-multa**.

Em relação ao valor do dia-multa, verifica-se no termo de interrogatório que o réu declarou ter renda mensal aproximada de R\$ 2.000,00

(TERMOAUD1 - Evento 52 dos autos originários). Não há nos autos informação mais recente sobre sua situação financeira.

Reitero ser dever da defesa trazer aos autos comprovante da alegação de hipossuficiência econômica para fins de minoração da pena imposta.

Portanto, o valor do dia-multa, fixado à razão de 1/10 do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos (o que equivale aproximadamente a R\$ 35,00), mostra-se perfeitamente adequado à capacidade econômica do condenado declarada nos autos.

Assim, mantenho o valor do dia-multa em **1/10 (um décimo) do salário mínimo vigente à época do fato.**

6. Execução provisória das penas

A questão da execução provisória da pena, que corresponde ao cumprimento da pena a partir da decisão condenatória proferida em segunda ou última instância pelos Tribunais, foi trazida a debate no Supremo Tribunal Federal no âmbito do HC n. 126292, julgado em 17/02/2016, no qual, por sete votos favoráveis contra três votos contrários, o Plenário da Corte Suprema entendeu que a possibilidade de início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau não ofende o princípio constitucional da presunção da inocência, ao argumento de que a segunda instância encerra a análise de fatos e provas que assentaram a culpa do condenado.

Tal julgado marcou a alteração de entendimento da Corte Suprema, que desde o ano de 2009, no julgamento do HC n. 84078, condicionava a execução da pena ao trânsito em julgado da condenação, mas ressalvava a possibilidade de prisão preventiva. O HC n. 126292, em verdade, retoma a jurisprudência consolidada até o ano de 2009, da qual se extraía que a presunção da inocência não impedia a de pena confirmada em segunda instância. Nesse sentido, é exemplo o seguinte julgado:

PROCESSO PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PREQUESTIONAMENTO. OFENSA REFLEXA. DEVIDO PROCESSO LEGAL. EFEITO DEVOLUTIVO. I. - Ausência de prequestionamento das questões constitucionais invocadas no recurso extraordinário. II. - Somente a ofensa direta à Constituição autoriza a admissão do recurso extraordinário. No caso, a apreciação das questões constitucionais não prescinde do exame de norma infraconstitucional. III. - Alegação de ofensa ao devido processo legal: CF, art. 5º, LV: se ofensa tivesse havido, seria ela indireta, reflexa, dado que a ofensa direta seria a normas processuais. E a ofensa a preceito constitucional que autoriza a admissão do recurso extraordinário é a ofensa direta, frontal. IV. - O recurso especial e o recurso extraordinário, que não têm efeito suspensivo, não impedem a execução provisória da pena de prisão. Regra contida no art. 27, § 2º, da Lei 8.038/90, que não fere o princípio da presunção

de inocência. Precedentes. V. - Precedentes do STF. VI. - Agravo não provido. (AI-AgR 539291, CARLOS VELLOSO, STF.)

Está-se diante de colisão de princípios constitucionais, devendo cada interesse contraposto ceder em face do outro, de molde a que se estabeleça adequada relação de precedência - e cabe exatamente ao Supremo Tribunal Federal construir esta solução.

O Relator do HC n. 126.292-SP, Ministro Teori Zavascki, destacou em seu voto que *"a presunção da inocência não impede que, mesmo antes do trânsito em julgado, o acórdão condenatório produza efeitos contra o acusado", fazendo referência ao contido na Lei Complementar 135/2010 (Lei da Ficha Limpa), a qual expressamente consagra como causa de inelegibilidade a existência de sentença condenatória proferida por órgão colegiado (independente de trânsito em julgado). Para além disso, citou manifestação da Ministra Ellen Gracie, proferida no âmbito do HC n. 85886, quando salientou que "em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa aguardando referendo da Suprema Corte".*

O entendimento referido foi confirmado pela Corte, com repercussão geral (Tema 925), por ocasião do julgamento do ARE 964246 (DJE 25/11/2016), restando assentada a seguinte tese jurídica: *"A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal."*

Ainda, sobre o tema, a Quarta Seção deste Tribunal assim decidiu:

PENAL. EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE. CONTINUIDADE DELITIVA. CRITÉRIO TEMPORAL PARA SEU RECONHECIMENTO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA PRIVATIVA DA LIBERDADE. POSSIBILIDADE, QUANDO COMPLETADO O JULGAMENTO EM SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO, AINDA QUE SEJA CABÍVEL OU MESMO QUE OCORRA A INTERPOSIÇÃO DE EVENTUAL RECURSO ESPECIAL OU EXTRAORDINÁRIO. 1. Consoante a atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, transcorridos mais de trinta dias entre crimes da mesma espécie, praticados pelo mesmo agente, não se caracteriza a circunstância temporal necessária ao reconhecimento da continuidade delitiva. 2. No julgamento do HC nº 126.292, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, alterando o entendimento antes fixado no julgamento do HC n. 84.078, firmou a orientação no sentido de que, exaurido o duplo grau de jurisdição, a execução da pena pode iniciar-se, independentemente do cabimento ou mesmo da interposição de eventual recurso especial ou extraordinário. 3. À luz dessa nova orientação, verifica-se que a execução da pena pode iniciar-se: a) quando se completar o julgamento

da apelação criminal, exceto no que tange à parcela do julgado que puder dar ensejo à interposição de embargos infringentes e de nulidade; b) quando transcorrer in albis o prazo para a interposição de embargos infringentes e de nulidade, no que tange à parcela do julgado que poderia dar ensejo à sua interposição; c) quando se completar o julgamento dos embargos infringentes e de nulidade eventualmente interpostos, na porção que, impugnável por meio deles, constituir seu objeto. 4. Ressalta-se que: a) o julgamento da apelação criminal completa-se com o julgamento dos eventuais embargos de declaração interpostos do acórdão que a tiver julgado; b) o julgamento dos embargos infringentes e de nulidade completa-se com o julgamento dos eventuais embargos de declaração interpostos do acórdão que os tiver julgado; c) a eventual interposição abusiva de embargos de declaração, uma vez reconhecida, não constituirá óbice ao imediato início da execução da pena, quando cabível. 5. No que tange à medida a ser manejada, ela consistirá no encaminhamento de comunicado ao juízo de origem, dando-lhe ciência do preenchimento das condições necessárias ao início da execução da pena, e determinando-lhe que a deflagre. Além disso, quando necessário, caberá à Secretaria do Tribunal promover a remessa, à Vara de origem, das peças necessárias à formação ou à complementação do processo de execução penal. (TRF4, ENUL 5008572-31.2012.404.7002, Quarta Seção, Relator p/ Acórdão Sebastião Ogê Muniz, juntado aos autos em 11/04/2016)

Na esteira do julgado supra transcrito, a 4ª Seção desta Corte Regional, na Sessão realizada em 12/12/2016, editou a súmula 122, cujo enunciado prescreve: "*Encerrada a jurisdição criminal de segundo grau, deve ter início a da pena imposta ao réu, independentemente da eventual interposição de recurso especial ou extraordinário.*"

Em outras palavras, esta Corte tem deferido o início da execução da pena após o julgamento de eventuais Embargos de Declaração ou de embargos infringentes e de nulidade.

E esta regra de cumprimento provisório da privativa de liberdade alcança também as condenações que impõem as penas alternativas (restritivas de direitos).

Aliás, quanto a este tema, a despeito do entendimento expendido pelo STJ no ERESP 1.619.087-SC alinhado-me à posição adotada no Supremo Tribunal Federal no sentido de ser possível o início da execução provisória das penas restritivas de direitos.

No voto lançado pelo Ministro Edson Fachin no julgamento paradigma do Supremo Tribunal Federal, o HC 126.292, consta expressamente que o artigo 147 da Lei de 7.210/1984 não constitui óbice para a penal provisória. Transcrevo trecho do referido voto:

(...)

Da leitura que faço dos artigos 102 e 105 da Constituição da República, igualmente não depreendo, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, terem sido concebidos, na estrutura recursal ali prevista, para revisar "injustiças do caso concreto". O caso concreto tem, para sua escorreita solução, um Juízo monocrático e um Colegiado, este formado por pelo menos três magistrados em estágio adiantado de suas carreiras, os quais, em grau de recurso, devem reexaminar juízos equivocados e sanar injustiças.

O revolvimento da matéria fática, firmada nas instâncias ordinárias, não deve estar ao alcance das Cortes Superiores, que podem apenas dar aos fatos afirmados nos acórdãos recorridos nova definição jurídica, mas não nova versão. As instâncias ordinárias, portanto, são soberanas no que diz respeito à avaliação das provas e à definição das versões fáticas apresentadas pelas partes.

Ainda, o acesso via recurso ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça se dá em caráter de absoluta excepcionalidade. A própria definição constitucional da quantidade de magistrados com assento nessas Cortes repele qualquer interpretação que queria delas fazer instâncias revisoras universais.

A finalidade que a Constituição persegue não é outorgar uma terceira ou quarta chance para a revisão de um pronunciamento jurisdicional com o qual o sucumbente não se conforma e considera injusto.

O acesso individual às instâncias extraordinárias visa a oportunizar a esta Suprema Corte e ao Superior Tribunal de Justiça exercerem seus papéis de estabilizadores, uniformizadores e pacificadores da interpretação das normas constitucionais e do direito infraconstitucional.

Tanto é assim que o art. 102, § 3º, da Constituição Federal exige demonstração de repercussão geral das questões constitucionais debatidas no recurso extraordinário. Ou seja, não basta ao recorrente demonstrar que no julgamento de seu caso concreto malferiu-se um preceito constitucional. Necessário que demonstre, além disso, no mínimo, a transcendência e relevância da tese jurídica a ser afirmada pelo Supremo Tribunal Federal.

A própria Constituição é que põe o Supremo Tribunal Federal primordialmente a serviço da ordem jurídica e apenas reflexamente a operar para apreciar situações de injustiças individuais.

Se a própria Constituição repele o acesso às Cortes Superiores com o singular propósito de resolver uma alegada injustiça individual, decorrente do erro de julgamento por parte das instâncias ordinárias, não depreendo inconstitucionalidade no art. 27, § 2º, da Lei nº 8.038/90 ao estabelecer que os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito meramente devolutivo.

No plano infraconstitucional, as regras da Lei 7.210/84 (Lei de execução Penal, verbi gratia, os arts. 147 e 164) que porventura possam ser interpretadas como a exigir a derradeira manifestação dos Tribunais Superiores sobre a sentença penal condenatória para a execução penal iniciar-se, deixam de ser, a meu ver, argumento suficiente a impedir a execução penal depois de esgotadas as instâncias ordinárias, porque anteriores à Lei nº 8.038/90.

A opção legislativa de dar eficácia à sentença condenatória tão logo confirmada em segundo grau de jurisdição está consentânea com a razão constitucional da própria existência dos recursos às instâncias extraordinárias.

(...)

Aqui, peço vênia para transcrever, ainda, excertos do voto do HC 142.750/RJ (02-06-2017), de lavra do Ministro Luiz Fux:

(...) apesar da pena restritiva de direitos não ter como pressuposto a segregação do condenado em estabelecimento prisional, não se pode questionar sua natureza de sanção penal, mormente se considerada a possibilidade de conversão em pena privativa de liberdade. Assim, não se visualiza qualquer razão para que se diferencie as duas modalidades de sanção no que condiz à possibilidade de execução provisória da pena.

Com efeito, saliento que o desenvolvimento da força normativa da Constituição, nesse aspecto, está em que a presunção de inocência, na qualidade de princípio e não de regra, é passível de ponderação com outros princípios e valores constitucionais de mesma densidade e cessa a partir do momento em que se comprova a culpabilidade do agente, máxime, em segundo grau de jurisdição, encerrando um julgamento impassível de ser modificado pelos Tribunais Superiores, acerca da matéria fático-probatória.

Nesse sentido, recente julgado deste Tribunal:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO. CABIMENTO. CONDENAÇÃO EM SEGUNDO GRAU. HIGIDEZ. 1. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC nº 126.292, resgatou jurisprudência antes consolidada que entendia constitucional a execução provisória da pena, afastando entendimento de violação à presunção de inocência. Em sessão realizada em 05/10/2016, a nova orientação da Corte Suprema foi confirmada quando, no julgamento das ADCs 43 e 44 o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu que o artigo 283 do Código de Processo Penal não impede o início da execução da pena após condenação em segunda instância (Rel. Min. Marco Aurélio, DJE 216 em 07/10/2016). 2. A 4ª Seção desta Corte, em Sessão realizada em 12/12/2016, editou a 'Súmula nº 122: Encerrada a jurisdição criminal de segundo grau, deve ter início a execução da pena imposta ao réu, independentemente da eventual interposição de recurso especial ou extraordinário'. 3. Os recursos excepcionais, de regra destituídos de efeito suspensivo, visam não propriamente ao julgamento do caso

concreto, mas à preservação da higidez e da coerência do sistema jurídico, buscando a uniformização da interpretação da lei federal e da Constituição. Assim, a formação ou a confirmação de um juízo condenatório em segundo grau exaure, de fato e de direito, a análise probatória e as instâncias ordinárias de jurisdição. 4. O STF não fez distinção das penas privativas de liberdade daquelas restritivas de direitos, tratando do tema de cumprimento das penas em caráter geral, lato sensu. Nesse curso, há pleno cabimento da construção da Suprema Corte no que se refere ao comando sentencial que condena em penas restritivas de direitos. (7ª Turma, HC 5049072-23.2017.404.0000/RS, Relatora. Desa. Federal Cláudia Cristina Cristofani, julgado em 10-10-2017).

Nessa quadra, atendidas as condições estabelecidas nos embargos infringentes e de nulidade nº 5008572-31.2012.404.7002, com o esgotamento da jurisdição ordinária desta Corte, deve a Secretaria realizar a imediata comunicação ao Juízo de origem, para a formação do processo de execução provisória das penas impostas ao réu condenado.

7. Conclusão

Dito isso, estou votando por negar provimento ao recurso defensivo, nos termos da fundamentação.

Mantida, portanto, a condenação do réu CÉSAR LUÍS SOTTILI JÚNIOR pela prática do delito previsto no artigo 20, parágrafo 2º, da Lei nº 7.716/89, as penas de **2 (dois) anos de reclusão**, em regime inicialmente **aberto**, e multa fixada em **10 (dez) dias-multa**, à razão de **1/10 (um décimo) do salário mínimo vigente ao tempo do fato**. A pena privativa de liberdade permanece substituída por duas penas restritivas de direitos: prestação de serviços a comunidade e prestação pecuniária equivalente a **5 (cinco) salários mínimos**, nos termos da sentença.

Ante o exposto, voto por negar provimento ao recurso e determinar, quando houver o esgotamento da jurisdição ordinária desta Corte, a imediata comunicação ao juízo de origem para o início da execução provisória das penas.

Documento eletrônico assinado por **CLÁUDIA CRISTINA CRISTOFANI, Desembargadora Federal Relatora**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **40000772272v8** e do código CRC **3e5b522c**.

Informações adicionais da assinatura:
Signatário (a): CLÁUDIA CRISTINA CRISTOFANI
Data e Hora: 5/12/2018, às 17:10:59

5005254-26.2015.4.04.7005
40000772272 .V8

Conferência de autenticidade emitida em 30/12/2018 10:43:02.

EXTRATO DE ATA DA SESSÃO DE 04/12/2018

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5005254-26.2015.4.04.7005/PR

RELATORA: DESEMBARGADORA FEDERAL CLAUDIA CRISTINA CRISTOFANI

REVISORA: DESEMBARGADORA FEDERAL SALISE MONTEIRO SANCHOTENE

PRESIDENTE: DESEMBARGADORA FEDERAL SALISE MONTEIRO SANCHOTENE

APELANTE: CESAR LUIS SOTILLI JUNIOR (RÉU)

ADVOGADO: ARLEY MOZEL

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (AUTOR)

Certifico que este processo foi incluído na Pauta do dia 04/12/2018, na sequência 17, disponibilizada no DE de 16/11/2018.

Certifico que a 7ª Turma, ao apreciar os autos do processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

ADIADO O JULGAMENTO, POR INDICAÇÃO DA RELATORA, DEVENDO O FEITO SER TRAZIDO EM MESA PARA JULGAMENTO NA SESSÃO DO DIA 11/12/2018.

LISÉLIA PERROT CZARNOBAY

Secretária

Conferência de autenticidade emitida em 30/12/2018 10:43:02.

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

EXTRATO DE ATA DA SESSÃO DE 11/12/2018

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5005254-26.2015.4.04.7005/PR

RELATORA: DESEMBARGADORA FEDERAL CLAUDIA CRISTINA CRISTOFANI

REVISORA: DESEMBARGADORA FEDERAL SALISE MONTEIRO SANCHOTENE

PRESIDENTE: DESEMBARGADORA FEDERAL SALISE MONTEIRO SANCHOTENE

PROCURADOR(A): DOUGLAS FISCHER

APELANTE: CESAR LUIS SOTILLI JUNIOR (RÉU)

ADVOGADO: ARLEY MOZEL

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (AUTOR)

Certifico que a 7ª Turma , ao apreciar os autos do processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A 7ª TURMA , DECIDIU, POR UNANIMIDADE NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO E DETERMINAR, QUANDO HOUVER O ESGOTAMENTO DA JURISDIÇÃO ORDINÁRIA DESTA CORTE, A IMEDIATA COMUNICAÇÃO AO JUÍZO DE ORIGEM PARA O INÍCIO DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DAS PENAS.

RELATORA DO ACÓRDÃO: DESEMBARGADORA FEDERAL CLAUDIA CRISTINA CRISTOFANI

VOTANTE: DESEMBARGADORA FEDERAL CLAUDIA CRISTINA CRISTOFANI

VOTANTE: DESEMBARGADORA FEDERAL SALISE MONTEIRO SANCHOTENE

VOTANTE: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ CARLOS CANALLI

LISÉLIA PERROT CZARNOBAY

Secretária

Conferência de autenticidade emitida em 30/12/2018 10:43:02.