

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5001026-06.2014.4.04.7017/PR

RELATOR : Des. Federal VICTOR LUIZ DOS SANTOS LAUS

APELANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

APELADO : J. E. D.

PROCURADOR : HENRIQUE GUIMARAES DE AZEVEDO (DPU) DPU129

EMENTA

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE DISCRIMINAÇÃO. ARTIGO 20, §2º, DA LEI 7.716/89. COMENTÁRIO PUBLICADO EM REDE SOCIAL. AUSÊNCIA DE ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO. ATIPICIDADE. CRITÉRIOS HERMENÊUTICOS DO DIREITO PENAL. AVERIGUAÇÃO DO BEM JURÍDICO. MÍNIMA OFENSIVIDADE. COLISÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. PREPONDERÂNCIA DA LIVRE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO. APLICAÇÃO PURAMENTE SUBSUNTIVA DA *ULTIMA RATIO*. DESPROPORCIONALIDADE. DESPROVIMENTO.

1. O preenchimento do tipo penal previsto no artigo 20 da Lei 7.716/89, conforme doutrina e assentada jurisprudência, exige a presença do elemento subjetivo (vulgarmente chamado de "dolo específico") consubstanciado na intenção de promover preconceito ou discriminação contra um grupo de pessoas distinguíveis por um dos critérios listados em seu *caput* (raça, cor, etnia, religião, procedência nacional). Ausente esse requisito, a conduta é formalmente atípica.

2. O Poder Judiciário deve analisar com prudência a nova realidade dos meios de manifestações de opinião, notadamente o espargimento e a intensificação dos debates ensejados pela *internet*, de modo a evitar um indevido engrandecimento da intervenção do Direito Penal sobre uma ordem de fatos que cada vez mais se repetirão: acaloradas emissões de opiniões, comentários de "mal gosto" e mesmo piadas no bojo de discussões de cunho político, econômico ou social.

3. Utilização dos critérios de interpretação da (1) intervenção mínima, (2) fragmentariedade, (3) subsidiariedade e (4) necessidade na aplicação do Direito Penal, todos já reconhecidos e manejados pelo Supremo Tribunal Federal (HC 114060, 2ª Turma, Relatora Ministra Cármen Lúcia, Relator para o acórdão Ministro Joaquim Barbosa, Dje-038 27-02-2013).

4. A análise concreta da eventual ofensa a bens jurídicos, enquanto dados fundamentais para a realização pessoal dos indivíduos ou para a subsistência do sistema social nos limites de uma ordem constitucional, poderá concluir pela atipicidade material da conduta do imputado.

5. Ao se promover a subsunção de qualquer manifestação de pensamento ao artigo 20, § 2º, da Lei 7.716/89, deve ser considerada a primazia da liberdade de expressão em casos de mínima ofensividade da conduta em tela,

sob pena de o Estado brasileiro, na acomodação dos choques que ocorrem no processo de concretização dos direitos fundamentais, se prestar a amordacar seus cidadãos por meio do Direito Penal.

6. Desprovimento da apelação ministerial.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação criminal, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre - RS, 25 de outubro de 2017.

Des. Federal VICTOR LUIZ DOS SANTOS LAUS

Relator

RELATÓRIO

Trata-se de ação penal inaugurada pelo Ministério Público Federal em desfavor de **J. E. D.** pela suposta prática do crime previsto no artigo 20, § 2º, da Lei 7.716/89. Consta na denúncia (processo originário, evento 1, DENUNCIA2):

"Fato

No dia 5 de abril de 2013, o denunciado J. E. W. - com vontade livre e plena consciência - praticou, induziu e incitou a discriminação e o preconceito à raça indígena, por intermédio de meio de comunicação social (a internet, mais especificamente a rede social denominada "Facebook"), ao publicar, às 18h09min., o seguinte comentário sobre a questão indígena nesta localidade: "Ou ensinar nosos (sic) cachorros a comer indio (sic) , em vez de ração , (sic) um a cada dois dias já tá (sic) bom!!!! kkkkkkkk".

Circunstâncias relevantes

Na ocasião acima mencionada, o acusado publicou a referida mensagem, no site FACEBOOK, após a veiculação de fotografia de uma faixa em que havia as seguintes inscrições "Ou Brasil acaba com a FUNAI ou a FUNAI acaba com o Brasil" (f. 3/Evento2/INF1), em alusão à presença de indígenas nesta região de Guaíra/PR e Terra Roxa/PR, e à necessidade de demarcação de terras. O conteúdo da publicação feita pelo acusado é significativamente ofensivo e demonstra o seu menosprezo e a evidente prática de discriminação contra toda a comunidade indígena, além de induzir e incitar a prática de violência contra tais pessoas."

A denúncia foi recebida em 23-06-2014 (processo originário, evento 3).

Instruído regularmente o feito, sobreveio sentença, disponibilizada em 06-12-2016 (processo originário, evento 145), que absolveu o acusado com base no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

O Ministério Público Federal interpôs recurso de apelação e apresentou as suas razões (processo originário, evento 151). Em síntese, alega que restaram suficientemente comprovados a materialidade, a autoria e o dolo do acusado, devendo-se condená-lo.

A defesa ofereceu contrarrazões (processo originário, evento 154).

Nesta instância, a Procuradoria Regional da República apresentou parecer pelo desprovimento do recurso ministerial (evento 7).

É o relatório. À revisão.

Des. Federal VICTOR LUIZ DOS SANTOS LAUS
Relator

VOTO

A controvérsia trazida a este Regional cinge-se à absolvição do réu em relação à prática do delito do artigo 20, § 2º, da Lei 7.716/89, com base na não comprovação de elemento subjetivo do tipo.

1. Contextualização dos fatos

Nos termos da exordial, em 5 de abril de 2013, o denunciado teria praticado, induzido e incitado a discriminação e o preconceito à raça indígena, utilizando-se de meio de comunicação social (a *internet*), ao comentar imagem publicada na rede social "Facebook" com os seguintes termos (*ipsis litteris*): "*Ou ensinar nosos cachorros a comer " indio" ,em vez de ração , um a cada dois dias já tá bom!!!!kkkkkkkk*".

A referida imagem abrangia uma reunião em que se estendeu uma faixa na qual estava escrito: "*O Brasil acaba com a FUNAI ou a FUNAI acaba com o Brasil*" (autos 5001084-43.2013.4.04.7017, evento 1, PORT_INST_IPL1, página 5), em alusão à presença de indígenas na região de Guáira/PR e Terra Roxa/PR e à demarcação de terras.

2. Tipicidade

Segundo a acusação, a conduta se amoldaria ao artigo 20, § 2º, da Lei 7.716/89, que dispõe:

"Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

(...)

§ 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."

O tipo penal em tela, conforme doutrina e assentada jurisprudência, abarca o elemento subjetivo consubstanciado na intenção de promover preconceito ou discriminação contra um grupo de pessoas distinguíveis por um dos critérios listados (raça, cor, etnia, religião, procedência nacional). Por vezes, ainda se encontra referência a esse aspecto psicológico do agente como "dolo específico". Colhe-se exemplo jurisprudencial:

"(...) CRIME DO ART. 20, § 2º, DA LEI 7.716/89. CONDENAÇÃO. ALEGADA ATIPICIDADE DA CONDUTA. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. DESNECESSIDADE DE INCURSÃO. SÚMULA 7 DESTA STJ. NÃO INCIDÊNCIA. TIPO PENAL QUE EXIGE A PRESENÇA DE DOLO ESPECÍFICO. VONTADE LIVRE E CONSCIENTE DE PRATICAR, INDUZIR OU INCITAR A PRÁTICA DE PRECONCEITO OU DISCRIMINAÇÃO RACIAL. AUSÊNCIA DO ELEMENTO SUBJETIVO. ABSOLVIÇÃO DEVIDA. EXEGESE DO ART. 386, III, DO CPP. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Para a verificação da configuração ou não do crime em questão não há necessidade de incursão na matéria fático-probatória colacionada aos autos, exigindo-se tão-somente examinar se a conduta denunciada enquadra-se no tipo penal em comento ou não. Súmula n. 7 deste STJ que não se aplica na espécie.

2. Na esteira da intenção protecionista da Constituição de 1988, o que a lei penal busca reprimir é a defesa e difusão de idéias preconceituosas e segregacionistas que afrontem a dignidade daqueles pertencentes a toda uma raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

3. Para que o Direito Penal atue eficazmente na coibição às mais diversas formas de discriminação e preconceito, importante que os operadores do Direito não se deixem influenciar apenas pelo discurso politicamente correto que a questão da discriminação racial hoje envolve, tampouco pelo nem sempre legítimo clamor social por igualdade.

4. Mostra-se de suma importância que, na busca pela efetividade do direito legalmente protegido, o julgador trate do tema do preconceito racial despido de qualquer pré-concepção ou de estigmas há muito arraigados em nossa sociedade, marcada por sua diversidade étnica e pluralidade social, de forma a não banalizar a violação de fundamento tão caro à humanidade e elencado por nossos constituintes como um dos pilares da República Federativa do Brasil: o da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88).

5. Para a aplicação justa e equânime do tipo penal previsto no art. 20 da Lei n. 7.716/89, tem-se como imprescindível a presença do dolo específico na conduta do agente, que consiste na vontade livre e consciente de praticar, induzir ou incitar o preconceito ou discriminação racial.

6. O dolo, consistente na intenção de menosprezar ou discriminar a raça indígena como um todo, não se mostra configurado na hipótese, sequer eventualmente, na medida em que o conteúdo das manifestações do recorrente em programa televisivo revelam em verdade simples exteriorização da sua opinião acerca de conflitos que estavam ocorrendo em razão de disputa de terras entre indígenas pertencentes a comunidades específicas e colonos, e não ao povo indígena em sua integralidade, opinião que está amparada pela liberdade de manifestação, assegurada no art. 5º, IV, da Constituição Federal.

7. Ausente o elemento subjetivo do injusto, de ser reconhecida a ofensa ao art. 20, § 2º, da Lei do Racismo, e absolvido o acusado, nos termos do art. 386, III, do CPP.

8. Recurso especial conhecido e provido parcialmente para, acolhendo a ofensa ao art. 20, § 2º, da Lei 7.716/89, com fundamento no art. 386, III, do CPP, absolver o recorrente." [destaquei] (STJ, REsp 911.183/SC, 5ª Turma, Relator Ministro Felix Fischer, Relator para o acórdão Ministro Jorge Mussi, DJe 08-06-2009)

3. Materialidade e autoria

A materialidade está demonstrada por meio da cópia da tela do sítio eletrônico contendo a postagem (autos 5001084-43.2013.4.04.7017, evento 1, PORT_INST_IPL1, página 5). Já a autoria é lastreada pela confissão do réu perante a autoridade policial por meio de seu defensor (autos 5001084-43.2013.4.04.7017, evento 10, página 1) e pelo cotejo das informações prestadas pelo "Facebook" (processo original, evento 72, EXTR2) com as imagens do perfil (página pessoal) do acusado na referida rede social (processo original, evento 1, OUT10 a OUT13).

4. Dolo

O juiz de origem assim se pronunciou sobre a questão (processo originário, evento 145):

"No caso dos autos, entendo que, ao publicar a postagem, o réu não estava imbuído do dolo específico necessário para a caracterização do tipo penal que lhe é atribuído.

Nessa perspectiva, a despeito de não ter sido interrogado na esfera policial, nem tampouco na judicial, quando intimado para manifestar interesse na designação de nova audiência de interrogatório, o réu declarou ao Oficial de Justiça que "apenas quis brincar com fatos de grande repercussão local e não teve intuito preconceituoso" (evento 83, CERT1).

De fato, analisando a mensagem postada pelo réu, reputo não ser possível concluir que sua real intenção fosse praticar, induzir ou incitar a discriminação contra os índios, o que torna a conduta materialmente atípica.

Na verdade, entendo que a intenção do acusado acabou sendo contaminada por um fenômeno bastante recente: a rede mundial de computadores. A rapidez com que as meias-informações circulam, e o alcance das redes sociais fizeram surgir uma nova figura: o "hater", que, numa tradução livre, significa "aquele que odeia".

A possibilidade de comentar, de interagir com a notícia, mudou a forma como os consumidores de informação pensam seu lugar no mundo. O fato de o comentário feito por alguém poder ser lido por outros é, muitas vezes, compreendido como uma oportunidade de se participar da notícia publicada. Essa nova forma de participação faz com que as opiniões ganhem muito mais espaço, atinjam terceiros de uma forma mais direta e, potencialmente, causem estragos, por vezes irreparáveis.

Nessa ordem de ideias, é preciso diferenciar aquilo que realmente configura um discurso de ódio, do que é meramente produto da desinformação e resultado da inclusão digital de uma sociedade que, por vezes, não está preparada para ela.

Assim sendo, a solução que melhor se amolda ao caso vertente é a absolvição do réu.

Embora o comentário seja preconceituoso, após longa reflexão, confesso ter ficado com sérias dúvidas sobre a presença do dolo específico, necessário, conforme já frisado, para a configuração do delito, o que atrai a incidência do princípio do in dubio pro reo."

Com efeito, o único elemento, presente nos autos, oriundo diretamente do acusado e que pode clarear sua intenção quanto ao comentário objeto desta ação, é a declaração do réu ao Oficial de Justiça, por este registrada na certidão de ciência. Transcrevo (processo originário, evento 83, CERT1):

"Certifico, ainda, que o Sr. J. compreendeu o conteúdo do mandado e manteve raciocínio claro durante a diligência (encontrava-se trabalhando em sua loja de informática pela manhã, aparentemente sozinho; fez considerações a respeito do fato de que é acusado e de seus desdobramentos; após a recusa inicial, reconsiderou e mostrou-se disposto a comparecer em juízo para esclarecer que "apenas quis brincar com fatos de grande repercussão local e não teve intuito preconceituoso")." [destaquei]

Portanto, em seu recurso de apelação, com pretensão condenatória, o Ministério Público Federal vai bem além de *interpretar* o comentário quando, ao tentar descobrir a intenção por trás dele, adiciona palavras que não constam na frase postada na rede social. Refiro-me ao seguinte trecho do recurso ministerial (processo originário, evento 151, página 4):

"Nota-se que a frase postada na rede mundial de computadores pelo apelado é dotada de forte carga de preconceito e ódio, indicando que seria bom treinar cachorros para que atacassem e devorassem indígenas. Ou seja, o autor da frase demonstra pouco ou nenhum apreço para pessoas de etnia indígena, desconsiderando a própria qualidade de seres humanos, dotados de dignidade e o direito à vida, além de todos outros direitos de natureza fundamental, sejam aqueles indicados na Constituição Federal, sejam outros decorrentes de tratados internacionais firmados pelo Brasil"

Embora haja no comentário analisado uma alusão ao adestramento de cães para atacar indígenas, com sugestão de periodicidade, não se pode antever nada de sério nesse escrito, pois é nítida a intenção de pilhéria da proposição.

A propósito, destaco a representação de risos que se segue às palavras supostamente discriminatórias ("kkkkkkk"), tudo a indicar ter o acusado dado tom de jocosidade, ainda que de gosto duvidoso, ao que escreveu, isto é, a intenção, ao menos do ponto de vista dele, era ser engraçado, e, talvez, lograr com seu exibicionismo alguma popularidade por meio, segundo o jargão das redes sociais, algumas "curtidas" (sinal positivo, ou seja, dedo polegar para cima, indicando que quem leu apreciou o texto), mas não o de prejudicar ou hostilizar determinado grupo social.

Portanto, se esse voto aqui se encerrasse, constataria ausente o elemento subjetivo do tipo, de modo que declararia atípica a conduta em face da ausência de dolo. Mas tecerei outras considerações, devido à importância do tema, que parece ser cada vez mais recorrente nos tribunais desde, sem pretensão de precisão, o ano de 2013.

5. Subsidiariedade do direito penal e o cenário de crescente polarização nos debates virtuais

Não se olvida que o ano de 2013 foi marcado por enorme tensão social, abastecida por diversos matizes ideológicos e políticos, que culminou nos maiores protestos de rua da história do país. Esses eventos só foram possíveis, já se reconhece, devido à inédita ferramenta de comunicação provida pela *internet* e suas redes sociais. Por meio delas, organizaram-se as manifestações. Mas engana-se quem pensa que as tensões desapareceram porque não mais expressadas nas ruas com a mesma intensidade de 2013. É nas próprias redes sociais que as diversas opiniões, das mais efêmeras às mais exaltadas, são publicadas e chocam-se entre si. Nas palavras de socióloga e professora da FGV:

*"Analistas e integrantes de movimentos sociais e de organizações políticas tradicionais manifestaram sua perplexidade diante da eclosão de um movimento que extravasava as formas tradicionais de ação coletiva. Questionava-se a ausência de partidos, de lideranças e de propostas claras. O movimento era múltiplo em seu foco e em sua composição, **resultando ainda de uma nova forma de mobilização na esfera pública, por meio das redes sociais.**"* *[destaquei]*(FARAH, Marta Ferreira Santos. *Política e sociedade: as manifestações de rua de 2013 e 2015*. Estadão, 12 mai. 2015. Disponível em: [<http://politica.estadao.com.br/blogs/gestao-politica-e-sociedade/politica-e-sociedade-as-manifestacoes-de-rua-de-2013-e-2015/>] Acesso em: 28 set. 2017)

Nesse itinerário, as eleições de 2014 só agravaram a polarização social, e é também nas redes sociais que os choques de opiniões sucessivos acontecem com maior frequência. Não se pode fechar os olhos para essa realidade inédita. Os meios impressos, frente à velocidade da informação virtual, cederam a primazia enquanto veículo de comunicação à *internet*. E o Direito terá de considerar as consequências dessa nova realidade.

Com efeito, e para não se estender muito sobre dados sociológicos, tem-se que os fatos em análise nessa apelação datam do ano de 2013 e, mais do que isso, estão atrelados a uma das questões de conflito social acima mencionadas. Mais precisamente, a imagem comentada pelo acusado trata da disputa no âmbito de demarcação de terras indígenas (autos 5001084-43.2013.4.04.7017, evento 1, PORT_INST_IPL1, página 6).

Uma vez que, conforme exposto, os debates nas redes sociais só tendem a aumentar em quantidade e intensidade, deve ser enfrentada a questão da "dosagem" da aplicação do Direito Penal nessa seara. Pois, se não analisada com prudência a nova realidade dos meios de manifestações de opinião, o Poder Judiciário poderá dar ensejo a um indevido engrandecimento da intervenção do Direito Penal sobre uma ordem de fatos que cada vez mais se repetirão: acaloradas emissões de opiniões, comentários de "mal gosto" e mesmo piadas no bojo de debates de cunho político, econômico ou social.

Trata-se de aplicar os critérios de interpretação da intervenção mínima, fragmentariedade, subsidiariedade e necessidade na aplicação do Direito Penal. Todos já reconhecidos pelo Supremo Tribunal Federal:

*"Habeas Corpus. Furto tentado. Lesão patrimonial de valor insignificante. Incidência do princípio da insignificância. Atipicidade da conduta. Ordem concedida. Constatada a irrelevância penal do ato tido por delituoso, principalmente em decorrência da inexpressividade da lesão patrimonial e do reduzido grau de reprovabilidade do comportamento, é de se reconhecer a atipicidade da conduta praticada ante a aplicação do princípio da insignificância. Ausência, na hipótese, de justa causa para a ação penal. **Incidência dos princípios da subsidiariedade, da fragmentariedade, da necessidade e da intervenção mínima que regem o Direito Penal. Inexistência de lesão ao bem jurídico penalmente tutelado.** Ordem concedida para determinar o trancamento da ação penal de origem, por efeito do reconhecimento da atipicidade da conduta." (STF, HC 114060, 2ª Turma, Relatora Ministra Cármen Lúcia, Relator para o acórdão Ministro Joaquim Barbosa, Dje-038 27-02-2013)*

Sobre o ponto, oportuna a lição transcrita:

*"Para nós, a intervenção mínima surge como a alternativa efetivamente acolhida pela ordem jurídica nacional para a configuração de seu Direito Penal, e, mais especificamente, no âmbito da hermenêutica penal. Constitui, sim, matéria de observância necessária no âmbito da política criminal, mas, também, **instrumental apto e suficiente a exercer controle do excesso incriminador no interior dos tipos penais, ocupando papel relevante no campo da prática do direito, quando nada para diminuir o alcance da respectiva incidência (dos tipos)**, quando desconectada com o sistema geral de reprovações e de condutas proibidas. Em um Estado de Direito, o máximo que se concebe em matéria penal é a intervenção mínima.*

E, como desdobramento necessário da proibição de excesso, e diante de uma ausência - óbvia - de sua explicitação em texto positivo, entendemos o minimalismo penal também como pauta de interpretação. [...]

E é exatamente do postulado de intervenção mínima que se pode também deduzir o caráter fragmentário do Direito Penal.

*Ora, se a intervenção penal deve ser mínima, segundo uma valoração racional quanto à importância e à necessidade de tutela penal de determinados bens jurídicos, é preciso, então, que o universo das incriminações somente incida de modo fragmentário, isto é, sobre apenas alguns daqueles bens (jurídicos). E não só. **Que incida apenas quando se tratar de danos de maior gravidade, na medida em que a própria intervenção penal é também, por ela mesma, igualmente grave.** O que nem de longe implicará qualquer recusa à sua necessidade, quando destinada à proteção de bens jurídicos essenciais à coexistência - tutela penal dos direitos fundamentais - **contra ações e condutas tendentes à produção de danos mais graves e relevantes.***

*Tem-se, portanto, junto ao aspecto fragmentário do Direito Penal, a sua subsidiariedade - também arrolada entre os princípios [no sentido de critérios hermenêuticos] fundamentais que implica dizer que a **intervenção mínima significa não só a eleição de determinados bens e interesses para a sua proteção, mas também a exigência qualificada de sua incidência, reservada sempre como última ratio, a dar preferência para outras formas de intervenção menos gravosa e mais adequada.**" [*destaquei*] (PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. *Manual de direito penal: parte geral*. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2015, p. 88)*

Como visto, ao se abordar a subsidiariedade e outros critérios hermenêuticos do Direito Penal, praticamente impossível não tangenciar a questão do bem jurídico. É exatamente sobre isso o próximo tópico.

6. O bem jurídico com limite ao poder punitivo estatal, e a ofensividade da conduta

Segundo a sucinta definição de Pacelli e Callegari, o "*princípio da lesividade impõe que todo tipo penal deve descrever ou abrigar um comportamento suficiente a produzir danos concretos ou perigo efetivo de danos à pessoa, assim considerados aqueles que atinjam o conjunto dos atributos reconhecidos ao Homem, como necessários ao desenvolvimento de suas potencialidades.*" (Obra citada, p. 91)

Luís Greco, após administrar certa organização na confusão terminológica quanto ao que seria um bem jurídico ("interesse juridicamente protegido", "valor elementar da vida em comunidade", "unidade funcional social", "pretensão de respeito", outros), oferece uma definição que conecta o âmbito fático com o jurídico-constitucional, chegando a um resultado harmônico com o conceito de lesividade acima exposto. Conforme o mencionado autor, bens jurídicos são "*dados fundamentais para a realização pessoal dos indivíduos ou para a subsistência do sistema social, nos limites de uma ordem constitucional*" (GRECO, Luís. **Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato**: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (Org.). Doutrinas essenciais: direito penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1, p. 355-401).

E adverte o penalista: em não se podendo delimitar um bem jurídico a ser tutelado por um tipo penal, está-se diante de um crime de comportamento (GRECO, Luís. Obra citada, p. 371). Indo mais além: esse mesmo resultado é alcançado quando são usadas locuções cuja lesão de seu significado é difícil ou impossível de ser verificada na realidade. Pode ser o caso do tipo penal em tela, cujo bem jurídico a ser tutelado varia conforme a obra: "direito à igualdade" (SANTOS, Christiano Jorge. **Crimes de preconceito e discriminação**. Max Limonad, 2001), "dignidade da pessoa humana" (TEJO, Célia Maria Ramos. **Dos crimes de preconceito de raça ou de cor**. EDUEP, 1998).

Nessa tarefa de encontrar um bem jurídico tutelado pela norma penal, Claus Roxin alerta para alguns critérios necessários (os dispositivos de leis alemãs são omitidos da transcrição):

"[u]m conceito de bem jurídico como o aqui proposto tem consequências de alta relevância: ele exclui o moralismo puro (por ex. a punição do homossexualismo entre adultos, de atos sexuais como animais etc.), porque nesse caso não se lesionam as possibilidades de desenvolvimento de ninguém; ele exclui também o paternalismo duro (hard paternalism) [...]. A ideia de bem jurídico não permite qualquer proteção de sentimentos, que pune já a provocação de cenas indesejadas [...]. Tampouco a lesão de tabus [...] é objeto do Direito Penal. Em todos esses casos, nem um terceiro, nem a coletividade é lesionada. O fato de que alguém se sinta ofendido por um desses comportamentos não basta para legitimar a pena. "Não pertence às condições de desenvolvimento da pessoa que ela não seja molestada em suas convicções"

peçoais de valor moral. Em nossa sociedade pluralista [...] tais perturbações anímicas têm de ser suportadas." [nota no original: Sternberg-Lieben, in: Die Rechtsgutstheorie, p. 75]

Tampouco são bem jurídicos os objetos de proteção de grau de abstração impalpável, como a figura da idoneidade para perturbar a paz pública, que aparece em diversos dispositivos penais. Leis penais simbólicas, que são aquelas que, primariamente, não previnem danos, mas querem demonstrar um compromisso do legislador com determinados valores ou finalidades, não punem lesões a bens jurídicos. Também os chamados bens jurídicos aparentes são inaptos a fundamentar dispositivos penais. Trata-se aqui de conceitos gerais, como a "saúde pública" ou a "capacidade de funcionamento do sistema de seguros", a que se chega por uma adição de várias lesões a bens jurídicos concretos e que são usados para fundamentar uma punibilidade que não poderia ser fundamentada se só se tivessem um conta as ações lesivas concretas." [destaquei] (ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Org.). O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 187 e 188)

Com base no que exposto até aqui, fica a severa dúvida sobre se alguma pessoa teve suas possibilidades de desenvolvimento, dentro da moldura constitucional, prejudicadas (ou sequer postas em risco) pelo comentário que o acusado publicou em rede social. Em verdade, ao se tentar encontrar um bem jurídico a ser tutelado neste caso concreto, parece que se ficciona uma entidade coletiva, um ente metafísico, a partir da locução "etnia (ou raça) indígena", de forma a legitimar uma sanção penal. Como se esse ente metafísico-coletivo tivesse sua possibilidade de desenvolvimento comprometida. Ora, não se pode lastrear a lei penal em tais ficções. Afinal, como já citado acima, a intervenção penal, ela mesma, é grave.

E neste caso concreto, saliento, a gravidade exaspera-se. Isso porque, colidindo com a tutela, via sanção penal, de um suposto bem jurídico por demais abstrato, está o direito fundamental da liberdade de expressão. Trato dessa questão no tópico que segue.

7. Discurso de ódio, liberdade de expressão vs. tutela da honra e da imagem, e a aplicação da lei penal

7.1. "Discurso de ódio" e critérios

Embora já pudesse ser considerada resolvida a questão sobre a devida absolvição do réu em face da ausência de ofensividade jurídico-penal na conduta, resta relevante carrear à argumentação elementos sobre o "discurso de ódio" (*hate speech*), aventado no recurso ministerial. Para tanto, mostra-se deveras útil a contribuição de Walter Claudius Rothenburg e Tatiane Stroppa:

"O primeiro ponto consiste em definir o que é o discurso de ódio.

Segundo Rosane Leal da Silva et al, o "discurso de ódio" caracteriza-se pelo conteúdo segregacionista, fundado na dicotomia da superioridade do emissor e na inferioridade do atingido (a discriminação), e pela externalidade, ou seja, existirá apenas quando for dado a conhecer a outrem que não o próprio emissor.

Salientando a discriminação preconceituosa Winfried Brugger (2007, p. 118) afirma que: "[...] o discurso do ódio refere-se a palavras que tendem a insultar, intimidar ou assediar pessoas em

virtude de sua raça, cor, etnicidade, nacionalidade, sexo ou religião, ou que têm a capacidade de instigar violência, ódio ou discriminação contra tais pessoas".

*Em outras palavras, o discurso do ódio consiste na divulgação de mensagens que difundem e estimulam o ódio racial, a xenofobia, a homofobia e outras formas de ódio baseadas na intolerância e que confrontam os limites éticos de convivência com o objetivo de justificar a privação de direitos." (ROTHENBURG, Walter Claudius; STROPPA, Tatiana. **Liberdade de expressão e discurso do ódio: o conflito discursivo nas redes sociais**. 3º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade, 27 a 29 de maio de 2015 - Santa Maria/RS - Universidade Federal de Santa Maria. Disponível em: [<http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2015/6-21.pdf>]. Acesso em: 28 set. 2017)*

Estabelecidos os conceitos adotados, o segundo passo que se vislumbra está em buscar parâmetros para a análise dos conteúdos. Os autores Walter Claudius Rothenburg e Tatiana Stroppa, acima mencionados, indicam um caminho, citando o artigo "Panorama sobre discurso de ódio no Brasil", no qual são apontados alguns critérios para uma manifestação ser enquadrada como "discurso do ódio", como segue:

i. severidade: a ofensa deve ser a mais severa e profunda forma de opróbrio.

ii. intenção: deve haver a intenção de incitar o ódio.

iii. conteúdo ou forma do discurso: devem ser consideradas a forma, estilo e natureza dos argumentos empregados.

iv. extensão do discurso: o discurso deve ser dirigido ao público em geral ou a um número de indivíduos em um espaço público.

v. probabilidade de ocorrência de dano: o crime de incitação não necessita que o dano ocorra de fato, entretanto é necessária a averiguação de algum nível de risco de que algum dano resulte de tal incitação.

vi. iminência: o tempo entre o discurso e a ação (discriminação, hostilidade ou violência) não pode ser demasiado longo de forma que não seja razoável imputar ao emissor do discurso a responsabilidade pelo eventual resultado.

*vii. contexto: o contexto em que é proferido o discurso é de suma importância para verificar se as declarações têm potencial de incitar ódio e gerar alguma ação." (ARTIGO 19. **Panorama sobre discurso de ódio no Brasil**. São Paulo, Artigo 19, n.d. Disponível em: [http://artigo19.org/centro/files/discurso_odio.pdf]. Acesso em: 16 fev. 2015)*

Ora, conforme já referido acima, avaliando-se sem pressuposições o comentário do acusado, mais pareceu ter se tratado de uma tentativa de fazer graça do que de uma "profunda forma de opróbrio" (i); portanto, também não se pode inferir que sua intenção fosse incitar ódio (ii). Além disso, a probabilidade de ocorrência de dano (v) a partir do "post" em ambiente virtual é nula (haja vista as milhares de postagens que acontecem todos os dias, evidenciando sua inocuidade), e não há notícia alguma de que qualquer resultado mais grave decorreu da publicação opinativa (vi). Portanto, bem se investigando, de discurso de ódio não se trata aqui.

Situação e, portanto, conclusão diferentes são as de precedente em *habeas corpus* julgado pelo Supremo Tribunal Federal (HC 82424, Tribunal Pleno, Relator Ministro Moreira Alves, Relator para acórdão Ministro Maurício Corrêa, DJ 19-03-2004), em cujo caso, também normatizado pelo artigo 20 da Lei 7.716/89, o tribunal entendeu que a conduta (analisada sob o aspecto penal)

de escrever, editar, divulgar e comercializar livros fazendo apologia de ideias preconceituosas e discriminatórias contra determinada comunidade étnica, produzia sérios riscos à possibilidade de convivência social das pessoas que a compunham.

Quanto a esse precedente, consta no voto do Ministro Gilmar Mendes (mais precisamente, na página 957 da numeração oficial) trecho da obra "Por que o 'discurso de ódio' é um tema problemático?" de Kevin Boyle que trata da colisão entre liberdade de expressão e direito à não-discriminação, ambos princípios caros à ordem democrática. Transcrevo:

*"A resposta reside no fato de estarmos diante de um conflito entre dois direitos numa sociedade democrática - liberdade de expressão e o direito à não-discriminação. A liberdade de expressão, incluindo a liberdade de imprensa, é fundamental para uma democracia. Se a democracia é definida como controle popular do governo, então, se o povo não puder expressar seu ponto de vista livremente, esse controle não é possível. Não seria uma sociedade democrática. Mas, igualmente, o elemento central da democracia é o valor da igualdade política. 'Every one counts as one and no more than one', como disse Jeremy Bentham. Igualdade política é, conseqüentemente, também necessária, se uma sociedade pretende ser democrática. Uma sociedade que objetiva a democracia deve tanto proteger o direito de liberdade de expressão quanto o direito a não discriminação. Para atingir a igualdade política é preciso proibir a discriminação ou a exclusão de qualquer sorte, que negue a alguns o exercício de direitos, incluindo o direito a participação política. Para atingir a liberdade de expressão é preciso evitar a censura governamental aos discursos e à imprensa. (Boyle, Kevin. *Hate speech*, cit., p. 490)" [destaquei]*

Neste caso concreto, como já se afirmou acima, não se afere na conduta do réu potencial algum para - sequer - excluir ou minorar o exercício de direito de qualquer pessoa pertencente a etnia alguma. Então, resta necessário abordar a questão da proporcionalidade de eventual sanção penal, neste contexto, sobre o acusado. Mas antes será exposto precedente mundialmente conhecido que tange diretamente o tema.

7.2. Liberdade de manifestação do pensamento e o paradigmático caso Lüth

Segundo breve lição de Robert Alexy (ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução e organização de Luís Afonso Heck. 3ª ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 106 e 107), o tribunal constitucional alemão, ainda na metade do século passado, percebeu a necessidade do uso da ponderação (aplicação de princípios) conjuntamente ao da subsunção (aplicação de regras) para a concretização de direitos fundamentais. Essa necessidade foi evidenciada na decisão do processo que ficou conhecido como "caso Lüth".

Ainda na esteira da doutrina de Alexy, narro brevemente a questão jurídica. Erich Lüth conclamava os cidadãos alemães e os proprietários de cinemas e distribuidoras de filmes para boicotarem as obras produzidas pelo

cinasta Veit Harlan, pois este, no passado, havia trabalhado na composição de propaganda para o regime nazista, muito embora nunca mais tivesse tratado do tema. O tribunal de segunda instância de Hamburg, com base no § 826 do código civil alemão, decidiu que Lüth não poderia, ao promover os boicotes, mencionar o novo filme de Veit Harlan, pois nada tinha de nazista. A norma infraconstitucional que lastreou a decisão proibia causar dolosamente a outrem dano de um modo que infringisse os "bons costumes".

Lüth recorreu ao tribunal constitucional federal, alegando que a decisão violava seu direito fundamental à liberdade de manifestação de opinião, amparada pela constituição alemã em seu artigo 5, alínea 1, que dispõe: "*Cada um tem o direito de manifestar e de propagar livremente a sua opinião em palavra, escrita ou imagem e de informar-se, sem entraves, nas fontes gerais acessíveis. A liberdade de imprensa e a liberdade de reportagem por meio de radiodifusão e filme serão garantidas. Uma censura não tem lugar.*" (tradução conforme nota de rodapé n. 6 da página 106 da obra citada).

O tribunal constitucional afirmou que realmente Lüth tinha esse direito protegido *prima facie* pela constituição. Mas lembrou que já na alínea seguinte havia três cláusulas que limitavam-no. Dispõe a alínea 2: "*Esses direitos encontram suas barreiras nas prescrições das leis gerais, nas determinações legais para a proteção à juventude e no direito da honra pessoal.*" (tradução conforme nota de rodapé n. 7 da página 106 da obra citada). Ainda, afirmou que o dispositivo do código civil enquadrava-se na locução "leis gerais" da alínea 2, e que "a concepção jurídica e de costumes democrática do povo alemão" (fazendo remissão ao § 826 do código civil) proibia um chamamento ao boicote das obras de Harlan.

Conforme leciona Alexy, se o tribunal constitucional operasse somente por meio de subsunção (aplicação de regras), o caso estaria encerrado aí, vedando-se a manifestação de pensamento de Lüth. Mas não é assim que ocorreu. Transcrevo:

"O tribunal constitucional federal é da opinião que não é suficiente fazer essas duas subsunções isoladas. Ele exige, ao contrário, que sempre então, quando a aplicação de normas do direito civil leva à limitação de um direito fundamental, deve ter lugar uma ponderação dos princípios constitucionais colidentes. O resultado da ponderação do tribunal constitucional federal foi que ao princípio da liberdade de opinião deve ser dada a primazia perante os princípios em sentido contrário. Ele exigiu que a cláusula "contra os bons costumes", no § 826 do código civil, deve ser interpretada de acordo com essa prioridade. Concisamente: Lüth ganhou." [destaquei] (ALEXY, Robert. Obra citada, p. 107)

O "caso Lüth" ficou mundialmente conhecido como paradigma da irradiação da eficácia dos direitos fundamentais para as relações entre cidadãos. Antes, costumava-se pensar que esses direitos só seriam concretizados como garantias de defesa do cidadão em face do Estado. Ora, essa é a concepção clássica dos direitos fundamentais. Ela foi ampliada, mas certamente não abandonada. E neste caso concreto, em que se pretende aplicar sanções penais a

um cidadão porque sua conduta seria subsumível a um dispositivo de lei penal, ela revela-se ainda atualíssima. Portanto, passo a analisar a colisão de direitos fundamentais neste caso concreto, por meio da técnica da proporcionalidade (análise de idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).

7.3. Proporcionalidade

O Ministério Público Federal, em seu recurso, afirma que "*não se pode conceber a ideia de que um pensamento ou opinião sobre determinado tema venha a ofender a honra ou a dignidade de outras pessoas, e, muito menos, venha a incitar a discriminação ou preconceito a determinada raça ou etnia*" (processo original, evento 151).

Pois bem. Em tópico acima, já foi abordada a questão da vacuidade do eventual bem jurídico tutelado quando o sujeito passivo seria uma raça ou uma etnia (seria algo como um ente coletivo metafísico), não restando demonstrado como peças humanas teriam, devido à conduta do acusado, tido prejudicado o desenvolvimento de suas potencialidades.

Então agora passo a focar a colisão de princípios constitucionais que, a partir da manifestação ministerial, estariam colidindo no caso concreto. De um lado, a liberdade de expressão (artigo 5º, inciso IV, da constituição da República) do acusado; de outro, a honra e a imagem das pessoas (inciso X) de etnia indígena.

Primeiramente, reconheço a idoneidade do uso da lei penal para tutelar os direitos fundamentais e, sem dúvida, nossa constituição elevou a honra e a imagem das pessoas a tal patamar. A partir disso, dispositivos penais bem delimitados, tanto quanto aos verbos nucleares como quanto ao contexto das condutas proibidas, seriam bem-vindos.

Em um segundo passo, ao verificar a necessidade da aplicação da lei penal frente a este caso concreto, pergunto-me seriamente se uma ação no âmbito cível, proposta por alguém que tenha se sentido ofendido pelo comentário, não seria mais do que suficiente para reparar eventual dano causado pelo acusado e, ao mesmo tempo, desencorajá-lo a repetir a conduta. Revela-se desnecessário o manejo da *ultima ratio* para tanto.

Porém, por afeição à argumentação, dou por superada a segunda fase da análise para verificar, ainda no caso concreto, qual princípio constitucional colidente prevalece. Para tanto, valho-me de tudo o que exposto até aqui sobre quem seria o sujeito passivo da conduta em tela. Ora, se não se responder a essa pergunta com um ficcionado ente coletivo, resta entender que seria, ainda bem abstratamente, cada uma das pessoas distinguíveis como pertencentes à etnia indígena. Por óbvio, também estar-se-ia diante de uma grande ficção, vez que é bem possível que ninguém dessa etnia tenha tomado

conhecimento do comentário postado na rede social, ou mesmo que, se alguém o lera, não tenha se importado minimamente. Ainda, caso se afirmasse que não seria necessário pessoa alguma ter tido ciência do comentário para que restasse maculada a honra e/ou a imagem das pessoas da etnia indígena (ficção do ente metafísico), não consigo classificar eventual violação aos mencionados direitos, oriunda de um "post no Facebook", senão como pequena.

Por outro lado, em caso de aplicação da sanção penal contra o acusado, seria inarredável a pesada intervenção em sua liberdade de manifestação de pensamento. Tenha o réu objetivado fazer um comentário meramente jocoso ou mesmo ofensivo, a realidade é que o emprego do braço penal do Estado teria efeitos *concretos* graves sobre o direito fundamental de um indivíduo, uma pessoa humana. Para além da questão particular, *ad argumentandum tantum*, imagine-se os efeitos de uma proliferação da intervenção penal frente à, acima abordada, expansão das manifestações de pensamento por meio das redes sociais.

Portanto, ao se promover a subsunção de qualquer manifestação de pensamento ao artigo 20, § 2º, da Lei 7.716/89, deve ser considerada a primazia da liberdade de expressão em casos de mínima ofensividade da conduta em tela.

Com isso, creio fica evidente que, em situações jurídicas como a presente, **prevalece o direito fundamental à livre manifestação do pensamento, sob pena de o Estado brasileiro, na acomodação dos choques que ocorrem no processo de concretização dos direitos fundamentais, se prestar a amordazar seus cidadãos por meio do Direito Penal.**

8. Conclusão

Dessa forma, em face do que dispõe o artigo 20, § 2º, da Lei 7.716/89, resta formal e materialmente atípica a conduta do acusado, devido, respectivamente, à ausência de dolo (por falta de elemento subjetivo do tipo) e à mínima ofensividade jurídico-penal da conduta. Mantenho, portanto, a absolvição do réu, mas com base no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

9. Dispositivo

Ante o exposto, voto no sentido de **negar provimento** à apelação criminal.

Des. Federal VICTOR LUIZ DOS SANTOS LAUS
Relator

Documento eletrônico assinado por **Des. Federal VICTOR LUIZ DOS SANTOS LAUS, Relator**, 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 **9192365v29** e, se solicitado, do código CRC **8F582331**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): Victor Luiz dos Santos Laus

Data e Hora: 24/11/2017 19:51

EXTRATO DE ATA DA SESSÃO DE 25/10/2017
APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5001026-06.2014.4.04.7017/PR
ORIGEM: PR 50010260620144047017

RELATOR : Des. Federal VICTOR LUIZ DOS SANTOS LAUS
PRESIDENTE : Desembargador Federal Leandro Paulsen
PROCURADOR : Dr. Adriano Augusto Silvestrin Guedes
REVISOR : Des. Federal JOÃO PEDRO GEBRAN NETO
APELANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
APELADO : J. E. W.
PROCURADOR : HENRIQUE GUIMARAES DE AZEVEDO (DPU) DPU129

Certifico que este processo foi incluído na Pauta do dia 25/10/2017, na seqüência 19, disponibilizada no DE de 06/10/2017, da qual foi intimado(a) o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL e a DEFENSORIA PÚBLICA.

Certifico que o(a) 8ª Turma, ao apreciar os autos do processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A TURMA, POR UNANIMIDADE, DECIDIU NEGAR PROVIMENTO À APELAÇÃO CRIMINAL, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

RELATOR : Des. Federal VICTOR LUIZ DOS SANTOS LAUS
ACÓRDÃO : Des. Federal VICTOR LUIZ DOS SANTOS LAUS
VOTANTE(S) : Des. Federal VICTOR LUIZ DOS SANTOS LAUS
: Des. Federal JOÃO PEDRO GEBRAN NETO
: Des. Federal LEANDRO PAULSEN

Lisélia Perrot Czarnobay
Diretora de Secretaria

Documento eletrônico assinado por **Lisélia Perrot Czarnobay, Diretora de Secretária**, 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 **9223940v1** e, se solicitado, do código CRC **5DC32EA**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): Lisélia Perrot Czarnobay

Data e Hora: 25/10/2017 19:09
