



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA NA 3ª REGIÃO**

EGRÉGIO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Nº: 546/2025 – VF/PRR-3/MPF

ApCrim nº: 5003889-93.2024.4.03.6181/SP

Apelante: Leonardo de Lima Borges Lins

Apelado: Ministério Público Federal – PR/SP

Relator: Desembargador Federal Ali Mazloum – Quinta Turma

PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO DEFENSIVA. CRIMES DE ÓDIO DOS ARTS. 20, §§2º E 2º-A, DA LEI 7.719/1989 E 88, § 2º, DA LEI 13.146/2015.

PRELIMINAR DE NULIDADE DA PROVA. IMPROCEDÊNCIA. FALTA DE ALEGAÇÃO OU DEMONSTRAÇÃO DE MANIPULAÇÃO OU ADULTERAÇÃO DO ARQUIVO AUDIOVISUAL REFERENTE AO VÍDEO INCRIMINADO. DESCABIMENTO DE ANULAÇÃO DA PROVA, POR SUPOSTA QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA, À MÍNGUA DE PREJUÍZO, NÃO SUSCITADO NEM COMPROVADO. INTELIGÊNCIA DO ART. 563 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PRECEDENTES DO STJ. DESNECESSIDADE DE PERÍCIA, DIANTE DA POSSIBILIDADE DE EXAME DIRETO DO VÍDEO COLETADO. CONFLITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. CRIMINALIZAÇÃO DO DISCURSO DE ÓDIO, PREVISTA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, COMO LIMITAÇÃO AO DIREITO À LIVRE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO.

CARÁTER CRIMINOSO DO DISCURSO PRECONCEITUOSO OU DISCRIMINATÓRIO QUANDO LEGITIMADA A SUPRESSÃO OU REDUÇÃO DO PLEXO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DO DIFERENTE APONTADO COMO INFERIOR. PRECEDENTE DO STF.

MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO ESPECÍFICO DEMONSTRADOS. PRÁTICA DE TANTOS CRIMES QUANTAS SÃO AS COLETIVIDADES AFETADAS (SETE), EM CONCURSO FORMAL, E NÃO EM CONTINUIDADE DELITIVA. AFASTAMENTO DA NEGATIVAÇÃO DAS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME, EM RAZÃO DE *BIS IN IDEM*. NECESSÁRIA ADEQUAÇÃO DO VALOR DO DIA-MULTA. REGULARIDADE DA CONDENAÇÃO EM VALOR MÍNIMO A TÍTULO DE REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS COLETIVOS, A SER REDUZIDA, TENDO EM CONTA O NÚMERO DE MINORIAS AGREDIDAS, INFERIOR AO DA SENTENÇA.

PARECER PELO CONHECIMENTO E PROVIMENTO PARCIAL DO APELO.

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, por intermédio do Procurador Regional da República infra-assinado, em conformidade com o art. 242 do Regimento Interno desse Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, nos autos do processo em epígrafe, vem manifestar-se, nos seguintes termos:



I – RELATÓRIO SUCINTO

Cuida-se de recurso de apelação criminal interposto por LEONARDO DE LIMA BORGES LINS, em autos de ação penal movida pelo MPF em seu desfavor, em face da sentença de ID 327465287, prolatada pelo Juízo da 3ª Vara Criminal Federal de São Paulo – SP, que, julgando procedente o pedido da denúncia, condenou o réu, ora apelante, pela prática dos crimes dos arts. 20, §§ 2º e 2º-A, da Lei 7.719/1989 e 88, § 2º, da Lei 13.146/2015, na forma do art. 69 do Código Penal, fixando-lhe a pena definitiva em 08 (oito) anos, 03 (três) meses e 09 (nove) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e multa de 39 (trinta e nove) dias-multa, cada qual no valor de 30 (trinta) salários-mínimos vigentes ao tempo dos fatos.

Nos termos da denúncia oferecida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo (ID 327464207, págs. 04/13) e ratificada pelo MPF (ID 327464214), assim foram imputados os fatos ao denunciado, literalmente (ID 327464207, págs. 04/13):

“Consta dos autos do incluso Procedimento Investigatório Criminal que, de data incerta, mas sabendo-se que no ano de 2022, até o presente momento, na rede mundial de computadores, **LEONARDO DE LIMA BORGES LINS**, vulgo ‘**LÉO LINS**’, já qualificado na cota introdutória, praticou, induziu e incitou, por diversas vezes, em continuidade delitiva, a discriminação e o preconceito de cor, etnia, religião ou procedência nacional, em contexto e com intuito de descontração, diversão e recreação, por meio de tratamento dado a grupos minoritários que causa constrangimento, humilhação, vergonha, medo ou exposição indevida e que usualmente não se dispensa a outros grupos em razão da cor, etnia, religião ou procedência.

Consta também dos referidos autos que, nas mesmas circunstâncias de tempo e local anteriormente descritos, **LEONARDO DE LIMA BORGES LINS**, vulgo ‘**LÉO LINS**’, praticou, induziu e incitou, por diversas vezes, em continuidade delitiva, discriminação contra pessoa em razão de sua deficiência por intermédio de meios de comunicação social e publicação na rede mundial de computadores. Segundo apurado, o denunciado ‘**LÉO LINS**’ publicou e distribuiu, na plataforma de streaming Youtube e em redes sociais a ele vinculadas, vídeos com conteúdo preconceituoso e discriminatório contra minorias e vulneráveis, dentre eles um vídeo contendo a gravação da apresentação do show de ‘*Stand Up Comedy*’ por ele realizado, intitulado ‘**Léo Lins - PERTURBADOR** (show pode ser EXCLUÍDO em breve)’, conforme cartaz de divulgação está abaixo copiado: [...]

O CyberGaeco-MPSPa foi acionado pela Promotoria de Justiça de Direitos Humanos do MPSP, reportando atos graves de discriminação às pessoas com deficiência perpetrada pelo denunciado, notadamente pelo vídeo então acessível na *internet* através do seguinte link: <https://youtu.be/ZRMoBdC5cFA>.

A gravação audiovisual em apreço foi veiculada pela plataforma do Youtube, contando com cerca de 3 milhões visualizações: [...]

O vídeo acima foi retirado pelo denunciado, com grande publicidade realizada por ele, humorizando e tentando colocar a opinião pública contra o Poder Judiciário e Ministério Público, conforme é facilmente verificado pelas veiculações mantidas nas contas e perfis de “**LÉO LINS**”. Para fixação da materialidade delitiva, indicamos o link <https://mpspb.sharepoint.com/:v/s/cybergaeco/Ec9oEkyhgvxMnk2C2XmLnGMBbIDoNgTx00ZGmS1WpZmhGA?e=EbnAYW>, que contém a íntegra do vídeo objeto dessa ação



penal.

Durante toda a apresentação - que tem tempo total de 01h:14m:35s, **LEONARDO** tece comentários odiosos, preconceituosos e discriminatórios contra toda a sorte de pessoas pertencentes a grupos marcados por fortes discriminações e expostos a todo tipo de violência ao longo da história. Reproduz discursos e posicionamentos, hoje repudiados, como a escravidão, perseguição religiosa, exclusão das minorias e discriminação contra as pessoas com deficiências, incitando, assim, a discriminação e o preconceito de cor, etnia, religião ou procedência nacional, bem como em razão de deficiência física e intelectual.

O denunciado, já no título do vídeo, define seus atos como perturbadores e escarnece dos órgãos de controle estatal, manifestando desdém à possibilidade de que o vídeo venha a ser excluído.

Já na abertura do vídeo, eram exibidas diversas reportagens e imagens de pessoas conhecidas e autoridades, repudiando as odiosas ações do humorista, que se vangloria por ofender e incitar a discriminação contra pessoas com deficiência, negros, indígenas, anões, nordestinos, pessoas idosas e situação de vulnerabilidade, além de zombar de atrocidades históricas como a escravidão e o holocausto e de calamidades de grandes proporções, como o incêndio à Boate Kiss, em Santa Maria/RS, e o rompimento das barragens de minérios em Brumadinho/MG.

Em seguida, '**LÉO LINS**' inicia seu 'show' dizendo possuir um 'livro do humor negro', onde anota suas 'piadas mais pesadas', o qual ainda não foi publicado por não haver interesse das editoras, afirmando que '*Esse livro já ouviu mais não que um estuprador*'.
[...]

Ao ouvir risadas de seus expectadores, o requerido exclama: '*É essa plateia que eu gosto. Cumplices de um crime!*' e, em seguida, passa a tecer comentários de ódio, preconceito e discriminação contra pessoas com todo tipo de deficiência.

Para melhor se visualizar as práticas criminosas, destacamos abaixo o teor reproduzido no intervalo entre 5m49s e 6m10s, onde nota-se o seguinte discurso:

'Eu acho, de verdade, que o tipo de humor que eu faço é o mais inclusivo de todos. Eu faço piada de tudo e de todos. Quer show mais inclusivo do que esse? Eu já cheguei a contratar intérprete de libras, só pra ofender surdo-mudo. Não adianta fingir que não ta ouvindo não...'

Em seguida, emite sons 'imitando', de forma discriminatória, pessoas mudas: '*Ahn, ahn, ahn*' e diz: '*Sinal você entende. Entende esse aqui?*' – e faz um gesto obsceno, levantando o dedo médio:

[...]

LEONARDO ainda prossegue dizendo:

'Eu ia trazer um intérprete hoje, só não trouxe porque eu pensei: 'ah foda-se os surdos né?' (...)' Eu até aprendi algumas. Vou ensinar pra vocês. Sabe como o surdo e mudo fala bom dia? – Ahnnn! Boa noite? - Nhanhanhan'.

No intervalo ente 16m58s e 17m30s, o denunciado volta a insultar pessoas com deficiência, ao mesmo passo em que se vangloria por receber ameaças em razão de suas condutas criminosas, veja-se:

'Acho que eu sou o único stand up no Brasil que no dia do show, por conta das ameaças, na porta do teatro, colocaram um detector de metal. (...) E graças ao detector a gente impediu a entrada de 1 canivete e 2 cadeirantes. Os cadeirantes eram muito meus fãs, vieram se arrastando me ver. Parecia um soldado na trincheira eles vindo assim.'

Ato contínuo, simula, de forma degradante, uma pessoa cadeirante rastejando para se locomover:

[...]

Além das pessoas com deficiência física e auditiva, o denunciado destila palavras de ódio e discriminação contra indivíduos com nanismo que, por sua condição, também são enquadradas legalmente como pessoas com deficiência física:

'Agora na Síria tem um anão (finge estar segurando o riso) combatendo o Estado islâmico. (...) Eu acho que esse anão ficou puto porque expulsaram ele do Estado Islâmico. Não dá nem pra ele ser um homem bomba! Vai ser o quê? Um homem estalinho? Eles usam anão em festa junina.' Em seguida, simula atirar anões no chão, emitindo os sons '*Pá! Pá! Pá!*' e prossegue: '*Se tiver algum anão aqui, no final do show a gente estoura. Mais um processo! Pelo menos vai ser pequenas causas*'. (27m56s a 28m55s).

LÉO LINS também profere palavras de ódio e discriminação contra pessoas com deficiência intelectual:

'Eu mando mensagem, ele não responde. Eu converso e ele não olha pra mim. É um padre



artista ou um padre autista? (...) Apareceu a associação dos autistas do Brasil. Uma mãe mandou mensagem pra mim. (...) Eu falei: Vou fazer igual seu filho e te ignorar. Já tá acostumada mesmo!’ (59m a 59m36s)

Na apresentação, definida pelo denunciado como ‘humor negro’, ocorre ainda incitação à discriminação e preconceito em razão de procedência nacional ou regional, como se vê no intervalo entre 11m59s e 12m45s, em que ele faz as seguintes declarações:

‘Você pegar voo pro Nordeste é uma experiência, porque tem umas pessoas com aparência primitiva. (...) A roupa também eles usam diferente. A calça eles usam lá em cima. E quanto mais sobe a calça mais desce o pescoço. O cinto vira uma coleira.’

A cena é encerrada com movimentos corporais reproduzindo, de modo preconceituoso, o que ele diz ser a ‘aparência primitiva dos nordestinos’:
[...]

O denunciado também faz declarações preconceituosas, depreciativas e injuriosas contra população negra, além de ser referir ao período escravagista como época em que, segundo suas palavras, negros gozavam de privilégios, como se extrai dos trechos abaixo:

‘O rico tenta ter filho e não consegue. Vai pro médico, faz inseminação artificial, vai pra África buscar um. Lá tem plantação. Lá você escolhe no pé! ‘Esse tá bem escurinho, vai dar like no insta!’

‘Tem gente que fala: ‘O negro não consegue arrumar emprego!’. Mas na época da escravidão já nascia empregado e também achava ruim! Ai difícil ajudar!’

Também combina as falas contra a população negra a discurso antissemita. Ao mencionar o Dia da Consciência Negra, relaciona o feriado de ‘Quarta-Feira de Cinzas’ ao povo judeu em alusão ao Holocausto:

‘Aliás, se o Dia da Consciência Negra é feriado pelos negros, Quarta-Feira de Cinzas devia ser judeu!’ (1h05m07s a 1h09m10s).’

Com o propósito de fazer cessar as ações criminosas e a divulgação do conteúdo criminoso disponibilizado pelo denunciado, ajuizamos a medida cautelar nº 1011931-27.2023.8.26.0050, pleiteando a suspensão da atividade econômica utilizada para a prática de delitos. A medida foi deferida por esse MM. Juízo (fls. 63/68 e 139/141 dos autos supra), razão pela qual o vídeo retirado da plataforma Youtube.

Todavia, conforme apontamos na cota introdutória, o conteúdo foi replicado por diversas vezes por intermédio de trechos da apresentação na forma ‘shorts’ ou ‘cortes’, no canal do Youtube e nas redes sociais de ‘LÉO LINS’. Verifica-se, portanto, que o denunciado continua divulgando conteúdo que induz e incita discriminação e o preconceito de cor, etnia, religião ou procedência nacional, bem como em razão de deficiência em links distintos, o que leva a conduta a assumir um caráter de permanência e continuidade delitiva.

Os fatos ocorreram em contexto e com intuito de descontração, diversão ou recreação. Com o subterfúgio de fazer comédia, o denunciado busca tornar risível graves discriminações e episódios históricos repugnantes.

Intencionalmente teceu inúmeras declarações depreciativas e injuriosas contra grupos vulneráveis e minorias, ofendeu a dignidade e o decoro de milhões de pessoas, como também induziu e incitou, de forma disseminada, discriminação e preconceito em razão de raça, cor, etnia, procedência nacional e condição de pessoa com deficiência.”

Em suas razões de apelação apresentadas nesta Superior Instância (ID 330399176), a defesa de LEONARDO DE LIMA BORGES LINS requer o conhecimento e o provimento do apelo, em prol 1) do reconhecimento da nulidade da prova, tendo em vista i) a quebra da cadeia de custódia na juntada do vídeo do aplicativo *Youtube*, eis que a) o “serviço de streaming possui o vídeo original”, de modo que a acusação poderia ter requisitado diretamente ao *Youtube* uma cópia, sem utilização de ferramentas de terceiros para o seu *download*; b) o relatório do Ministério Público do Estado de São Paulo “*não identifica a ferramenta utilizada para baixar o vídeo; apresenta vídeos com durações*



diferentes; códigos hash que não se repetem; divergência de meta dados etc”; c) “[u]ma vez que há divergências sobre os dados e metadados da prova, configurada está a quebra da cadeia de custódia da prova”; e d) o órgão ministerial “deveria ter requerido a realização de exame de corpo de delito por perito oficial para atestar a confiabilidade, integridade e imutabilidade do vídeo, o que não foi feito neste caso”; e ii) a violação ao art. 158 do Código de Processo Penal, dada a “indispensabilidade do exame de corpo de delito, realizado por perito oficial, para comprovar que a autenticidade do vídeo objeto deste processo criminal” e o fato de que “o parquet desistiu da oitiva da testemunha ISRAEL GUARNIERI (ID 335330499), não tendo produzido sob contraditório qualquer prova no sentido de legitimar o vídeo que embasou sua exordial”; 2) da absolvição dos crimes dos arts. 20, §§ 2º e 2º-A, da Lei 7.719/1989 e 88, § 2º, da Lei 13.146/2015, tendo em vista i) a ausência de dolo, haja vista que a) o apelante é “artista profissional, nacionalmente e internacionalmente reconhecido, e não [...] alguém que se utilizaria de piadas para outros subterfúgios”, possuindo “em seu trabalho algumas características que visam deixar claro ao público, tratar-se de uma obra cênica, cujo conteúdo não reflete a opinião pessoal do artista pessoa física”, tanto que “tudo é performado no palco de um teatro, com cenário, texto padronizado, enredo, iluminação cenográfica e demais elementos correspondentes a uma apresentação lúdica”; b) “as piadas entendidas como discriminatórias pela r. sentença condenatória fazem parte das falas de uma personagem, em um contexto completo do show e que não devem ser interpretadas isoladamente, pois perdem completamente sua estrutura”, inexistindo “qualquer menção a comportamento discriminatório por parte do apelante – seja em suas redes sociais ou no mundo físico, exceto piadas pinceladas de um show de comédia”; c) “o recorrente possui conduta inclusiva e incentivadora a todos os grupos sociais, não é por menos que seus shows são frequentados por negros, PCDs, portadores do espectro autista, cadeirantes, gordos, pessoas com nanismo etc.”; d) há o exercício da “liberdade artística e de expressão, que são constitucionalmente protegidas e que, para o afastamento deste escudo é imperiosa a comprovação do dolo direto em ofender”; e) “o recorrente é comunicador, uma pessoa pública, que leva a informação através de seus shows, através de sua voz, sendo, inclusive, permitido por nossa própria Carta Magna, tal direito, ao caput do art. 220, CF/88”; f) a “liberdade de expressão é mais aplicada no âmbito da difusão de ideias pela imprensa, entretanto, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL-STF, ao julgar a ADI 4451/DF, conhecida como ADI do Humor, decidiu que o humor compõe atividade de imprensa e



*merecem as mesmas garantias”; g) as “pessoas têm o direito de escolher seu entretenimento e, no caso em debate, o fazem sabendo plenamente do tipo de humor que irão ver no espetáculo do recorrente”; h) o “julgamento da Reclamação Constitucional nº 38.782/RJ, de Relatoria do E. Ministro Gilmar Mendes, ao analisar o HC do ‘Porta dos Fundos’, que ao realizar um especial de Natal com uma sátira de humor bem pesado, retratando histórias de Jesus Cristo, aquela Corte Constitucional entendeu que não era necessário retirar o quadro das redes, tampouco fosse censurado” (sic); i) a “acusação propositalmente omitiu na denúncia a transcrição completa de uma das piadas imputadas como criminosa, pois demonstraria a inexistência de dolo na fala do apelante”; j) “temos o interrogatório do acusado, que negou expressamente o dolo específico”; ii) que não foram produzidas provas na instrução processual quanto à materialidade e à autoria delitiva, tanto que, “após a instauração do contraditório, as únicas provas produzidas foram: os documentos juntados pela defesa; depoimento das testemunhas de defesa e interrogatório do recorrente” e a “sentença, ora guerreada, utilizou-se exclusivamente do relatório informativo, elaborado unilateralmente na fase pré-processual, para fundamentar a condenação imposta”, tendo violado o art. 155 do Código de Processo Penal; iii) não houve comprovação da autoria delitiva, haja vista que o “fato de o vídeo ter sido supostamente baixado do canal do Youtube do apelante não o torna automaticamente responsável penalmente, sob o risco de aplicação da Responsabilidade Objetiva no Direito Penal”; e iv) há dúvida quanto ao dolo, tanto que o “Juízo sentenciante, ao invés de aplicar o Princípio do In dubio pro reo, decidiu, após encerrada a instrução processual e sem dar oportunidade de submissão ao contraditório e ampla defesa, diligenciou extra processualmente buscando vídeos aleatórios no Youtube, postado por terceiros, para rechaçar a tese defensiva”, inclusive violando o “art. 3º-A, do Código de Processo Penal, art. 5º, incisos LIV, LV, da Constituição Federal e Princípio in dubio pro reo”; 3) do afastamento da causa de aumento de pena da continuidade delitiva, eis que i) o “**parquet** Federal, ao ratificar a denúncia oferecida pelo MPSP, descreveu que a continuidade delitiva e a permanência do crime estariam demonstradas pela suposta reiterada postagem de vídeos”, mas a “sentença se utilizou de outro fundamento para reconhecer a continuidade delitiva”, de modo a violar o princípio da correlação; ii) a “acusação não comprovou ou confirmou, sob o crivo do contraditório, a autenticidade do vídeo onde constaria o show completo”; iii) “[n]ão foram objeto da instrução processual, ainda, eventuais outros vídeos cuja publicação se imputou ao recorrente”; e iv) “esses alegados*



vídeos sequer foram objeto da instrução processual; não constam do relatório informativo do MPSP ou do MPF, não havendo que se falar em mais de uma conduta”; 4) do reconhecimento de um único crime, excluindo o concurso material entre os delitos dos arts. 20, §§ 2º e 2º-A, da Lei 7.719/1989 e 88, § 2º, da Lei 13.146/2015, eis que a “imputação feita ao recorrente é de supostamente ter postado o vídeo de um show em seu canal do Youtube” e “se a conduta imputada é a de divulgar e, não sendo objeto da instrução processual a existência de mais de um vídeo, não se pode falar em concurso material”; 5) do afastamento da qualificadora do art. 20, §§ 2º e 2º-A, da Lei 7.719/1989, eis que i) adicionadas apenas com a Lei 14.532/2023, posterior à data dos fatos, na medida em que “havia sido postado 5 meses antes da alegada data de coleta do vestígio digital, ou seja, a postagem ocorrera aproximadamente em 19/10/2022”; ii) a “permanência do crime, conforme exposto no capítulo anterior deste recurso, teria ocorrido pelas posteriores postagens de outros vídeos”, mas “essa reiteração de postagens não foi objeto da instrução processual, nem consta comprovada nos autos”; e iii) a “qualificadora em questão não serve para perseguir artistas que realizam apresentações; mas para punir pessoas que utilizando subterfúgio do evento artístico/cultural praticam crimes com dolo de ofender”; 6) da diminuição das penas-base ao mínimo legal, vez que i) ausentes circunstâncias judiciais desfavoráveis; ii) a “majoração de 1/3 (um terço) da pena base realizada pelo e. Juízo de Primeira /Instância, ante o suposto alcance do vídeo não pode prosperar, uma vez que não ficou comprovada esse alcance durante a instrução processual”; e iii) a “Magistrada atribuiu circunstância judicial desfavorável ao apelante, através da já combatida diligência extraprocessual, após encerrada a instrução”; 7) da fixação do regime inicial menos gravoso e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos; 8) do afastamento da condenação à reparação mínimo de danos ou a diminuição do valor, haja vista que “não há nos autos comprovação de efetivo dano coletivo decorrente da conduta imputada ao acusado”; e 9) da diminuição do valor do dia-multa, ao argumento de que i) a “elevada quantia de 30 salários mínimos por dia-multa extrapola o máximo legal, demonstrando flagrante ilegalidade”; e ii) a “Magistrada sentenciante ignorou não apenas a fixação monetária legal como também a necessidade de motivação idônea acerca da capacidade econômica do apelante, conforme exige o art. 59 e 60 do CP”.

Este órgão observa que o Núcleo Criminal desta Procuradoria Regional da República na 3ª Região, entre 13 e 14.08.2020, deliberou, coletivamente, que, quando



exercida pela defesa a faculdade do art. 600, § 4º, do Código de Processo Penal, o MPF, nesta instância, passaria a requerer exclusivamente a abertura de vista à defesa para oferecimento das razões de seu apelo, manifestando-se, após, apenas em parecer, dispensadas as contrarrazões da acusação ante seu caráter facultativo, com isso se aderindo a prática rotineiramente empregada nas Procuradorias Regionais da República na 1ª e 4ª Regiões.

Eis, em síntese, o relatório.

II – DOS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO

O recurso de apelação criminal interposto é cabível e mostra-se adequado, além de ser tempestivo e encerrar plena regularidade procedimental. O réu, como apelante, tem legitimidade para recorrer e nisso demonstra interesse. Não há, de outra plana, qualquer fato impeditivo ou extintivo do direito de recorrer.

Por isso, é de rigor o conhecimento do recurso de apelação.

III – DA APRECIÇÃO DO MÉRITO RECURSAL

Analisem-se, separadamente, os fundamentos do apelo, conforme os tópicos adiante dispostos:

III.a) Da alegada nulidade de prova por quebra da cadeia de custódia e por ausência de exame pericial

O apelo defensivo sustenta a nulidade da juntada aos autos do vídeo incriminado, por quebra da cadeia de custódia, bem como em razão da ausência de exame pericial de corpo de delito sobre a mídia para atestar a sua autenticidade.

A sentença apelada refutou as nulidades suscitadas pela defesa de LEONARDO DE LIMA BORGES LINS com base nos seguintes fundamentos, *in verbis* (ID 327465287, págs. 03/07):

“I- PRELIMINARMENTE

De início, deve-se analisar a questão acerca da ‘quebra da cadeia de custódia’ arguida pela defesa, a qual se revela anterior ao mérito por versar sobre a idoneidade e regularidade da prova que embasou a própria acusação.



Alega a defesa que os dados, metadados e ferramentas utilizadas pela acusação para a extração do vídeo não se encontram estampados no Relatório de Colheita de Prova Digital elaborado pelo MPSP. Aduz que tal relatório também não identifica qual ferramenta foi utilizada para baixar o vídeo; não traz informações sobre acesso autorizado ao vídeo armazenado no SharePoint, sobre a imutabilidade do dado onde se encontra armazenado nem sobre políticas de anti-destruição. Afirma haver divergências entre as informações constantes dos documentos elaborados pelo MPSP e pelo MPF no que diz respeito à duração do vídeo e tamanho do arquivo. Aduz que o Ministério Público deveria ter requerido a realização de exame de corpo de delito por perito oficial para atestar a confiabilidade, integridade e imutabilidade do vídeo, o que não foi feito, sendo que por ocasião da audiência de instrução inclusive se dispensou a oitiva da testemunha que teria sido responsável pela colheita da prova, o que configuraria violação ao artigo 158-A do Código de Processo Penal e teria restado comprovado pelo depoimento da testemunha de defesa MARLON DE PAULA durante a instrução.

De sua parte, o Ministério Público sustenta que obtenção dos vestígios digitais tratados nos autos observou o sistema criado pelo art. 158-A do Código de Processo Penal, inexistindo qualquer mácula. Rebate ponto a ponto as afirmações da testemunha MARLON DE PAULA, afirmando que *‘a defesa procurou, com a oitiva da testemunha em questão, induzir o Juízo em erro, comparando o arquivo coletado com um suposto ‘arquivo de origem’, ao qual somente a defesa, ou o provedor de serviço de streaming teriam acesso; questionando os métodos utilizados pelo Analista de Sistemas do MPSP, sem ‘atentar’ que no particular tipo de coleta não existem ferramentas perenes e oficiais para tanto, e para o fato de que o próprio YouTube não mede esforços para derrubar as ferramentas existentes; e apontando ‘divergências’ entre relatório do MPSP e informação do MPF, relativos a um mesmo arquivo, que são ora irrelevantes, ora simplesmente inexistentes’*, sic, p. 17 do ID 359104037.

Pois bem. Primeiramente, imperioso consignar que a introdução dos artigos 158-A a 159-F no Código de Processo Penal se deu pela Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, chamada de ‘Pacote Anticrime’, a qual inseriu algumas regras no processo penal no que tange à captação, conservação e descarte de vestígios materiais do crime, com o objetivo de assegurar, em última instância, o **devido processo legal, a paridade de armas entre as partes, o contraditório, a ampla defesa, o sistema acusatório e a imparcialidade do juiz**.

Os dispositivos legais acerca da ‘cadeia de custódia’ estabelecem um procedimento regrado e formal, que documente todo o caminho percorrido, tudo que exista referente àquela prova, para então, ser possível a validação em juízo e haver efetivo controle epistêmico:

‘Uma cadeia de custódia bem feita traz suas consequências em um segundo momento – no processo. Será nele que todo o trabalho realizado pelos agentes Estatais, feito de forma coerente e conforme as formalidades exigidas produzirão seus frutos. Visa-se diminuir ao máximo a discricionariedade judicial e assim a decisão não dependerá do juízo de valor do juiz acerca da interioridade dos agentes Estatais. Além do que, regras objetivas e precisas são fortes instrumentos de escudo contra o decisionismo’.

Tais considerações acerca da razão de ser da cadeia de custódia são importantes na medida em se deve ter em mente que a alegações dentro do processo, formuladas no caso concreto, devem servir a um fim, preferencial e logicamente compatível à *mens legis*.

Na espécie nem o réu nem sua defesa, **em qualquer momento**, alegaram que o conteúdo do vídeo constante dos autos não foi aquele por ele produzido e publicado na rede mundial de computadores; não negaram ser ele a pessoa do vídeo; não impugnaram falas, discursos ou trechos citados na inicial acusatória extraídos do vídeo, ou seja, não aventaram qualquer comprometimento acerca do CONTEÚDO da prova, muito menos demonstrou prejuízo causado à defesa em razão dos ‘problemas técnicos’ supostamente aferidos pela testemunha, perito em segurança da informação, trazido apenas em audiência para, oralmente, afirmar ter havido quebra da cadeia de custódia da prova.

Isso porque parece ilógico a essa magistrada se perquirir sobre quais foram os ‘os metadados do processo de coleta’, as ‘informações sobre a ferramenta utilizada para a coleta do vídeo’, assim como sobre ‘codecs, frames e parâmetros de codificação’ quando nada se alega a respeito do próprio vídeo e seu conteúdo.

Se o réu em nenhum momento- repita-se- negou ter proferido os discursos constantes do vídeo e nem questionou a integridade deste (negando sim a ausência de dolo e a tipicidade



dos fatos em si), não há finalidade em se exigir que os Relatórios trazidos pelos Ministério Públicos, estadual e federal, contenham informações técnicas de informática extras apenas por apego a uma formalidade que não procede, haja vista existir SIM nos autos elementos que atestam a correta extração e armazenamento da prova.

Vejamos. O Relatório informativo elaborado pelo MPSP nas pp. 26/29 do ID 324659990 e Informação Técnica elaborada pelo MPF no ID 327334351 esclarecem como se deu a extração do vídeo da plataforma 'Youtube', assim como informam o formato em que este foi armazenado (mp4), mostram como realizar o acesso e informam como é possível conferir a integridade do arquivo.

Conforme esclareceu o Ministério Público Federal em seus memoriais, a extração de um arquivo de uma plataforma de streaming como no caso do 'YouTube' sempre gerará um arquivo diferente em cada coleta realizada, seja por diferença de codec, de parâmetros utilizados, de erros de transmissão entre outros, motivo pelo qual os metadados do arquivo originário pertencem unicamente àquele que realizou o upload do vídeo para a plataforma e serão necessariamente diferentes a cada download.

O que assegura a integridade entre o conteúdo do vídeo tal qual exibido pelo YouTube e o vídeo coletado são os códigos 'Hash' gerados durante a execução da coleta por servidor habilitado - no caso dos autos, o Analista de Sistemas que ocupa a função de Assessor Técnico da Promotoria do Cyber Gaeco do MPSP, códigos estes devidamente elencados no Relatório de pp. 26/29 do ID 324659990.

Aliás, imperioso frisar que o vídeo permanece disponível tanto na nuvem do MPSP quanto na nuvem do MPF, com links disponibilizados nos autos até o presente momento, podendo ser regularmente acessado por ambas as partes e pelo juízo. Inclusive, após a cassação das medidas liminares pelo Supremo Tribunal Federal, o vídeo foi reativado pelo réu em sua página, como conteúdo 'privado', ou seja, não mais disponível universalmente, mas acessível, através da rede mundial de computadores, àqueles autorizados pelo réu.

Assim, havendo nos autos informações claras e completas sobre a obtenção do vestígio digital, não há falar-se em 'quebra da cadeia de custódia da prova' em razão da ausência de técnicas, isto é, de dados de rigorismo técnico atinentes apenas ao suporte formal da gravação considerada, mas não ao conteúdo daquilo que se foi originalmente exibido e posteriormente gravado, dados estes cuja ausência jamais compromete a integridade da prova. Usando uma imagem, apenas para fins de maior compreensão, o que está em questão neste ponto seria semelhante a uma eventual discussão sobre a falta de identidade absoluta entre a qualidade (a quantidade de pixels, de resolução, de profundidade de cor ou de tamanho) de um arquivo fotográfico sobre determinado documento que tivesse sido trazido aos autos de um processo, comparativamente ao arquivo fotográfico originalmente utilizado em alguma plataforma digital para a prática de um crime, mas sem que se levante qualquer dúvida sobre a identidade das fotos veiculadas em ambos os arquivos considerados.

A suposta divergência sobre o tamanho do arquivo e duração do vídeo restou esclarecida pelo Ministério Público Federal em seus memoriais.

Inicialmente, o *Parquet* esclareceu ter extraído o arquivo de vídeo do próprio link anteriormente disponibilizado pelo MP estadual no programa *Sharepoint*:

'Por seu turno, a Informação Técnica elaborada pelo MPF, presente em ID 327334351, foi realizada a partir do próprio vídeo disponível em <https://mpspbr.sharepoint.com/:v:/s/cybergaeco/Ec9oEkyhgvxMnk2C2XmLnGMBblDoNgTx00ZGmSIWpZmhGA?e=EbnAYW>, e objetivou, tão somente, preservar a evidência em ambiente que o Ministério Público Federal tivesse acesso e controle, com o que não dependeria da manutenção do arquivo na nuvem do MPSP. Conforme exposto na informação técnica, o vídeo foi baixado a partir daquele endereço, resultando "em um arquivo de nome: 'Léo Lins - PERTURBADOR (show pode ser EXCLUÍDO em breve).mp4", padrão de vídeo formato mp4, com 1h14min12seg de tempo de SHA256: '3B4AF1F432105674C1AD1DEABEB4A4B9739F2B9803D0BA06022861D986C8F228" (p. 15 do ID 359104037).

Após, reafirma que o vídeo possui 1 hora, 14 minutos e 35 segundos de duração, o que consta do relatório do MPSP e inclusive **foi confirmado por este juízo ao acessar tanto o link disponibilizado nos autos como o link referido pelo MPF em seus memoriais, disponibilizado por outro usuário na internet e acessível a qualquer pessoa** em <https://www.youtube.com/watch?v=IGoUAC8H5Dk&list=PPSV&t=22s> - o vídeo. Além disso, pelo menos outros cinco links se encontram abertos ao público disponibilizando a



íntegra do show ao se digitar o nome do espetáculo ('Léo Lins Perturbador') na plataforma *Youtube* na data de hoje, o que foi feito pelo Juízo apenas para fins de constatação, tendo-se verificado os cinco com 1 hora e 14 minutos de duração.

Ora, é FATO que o vídeo possui 1 hora, 14 minutos e 35 segundos, não sendo possível esclarecer a razão pela qual a informação de ID 327334351 aponta 23 (VINTE E TRÊS) SEGUNDOS a menos de duração, mas sendo plausível a ocorrência de mero erro, como afirmou o Ministério Público:

'Vamos às divergências'. O vídeo tem 1 hora, 14 minutos e 35 segundos. Isso consta do relatório do MPSP, e pode ser confirmado em <https://www.youtube.com/watch?v=IGoUAC8H5Dk&list=PPSV&t=22s> - o vídeo disponibilizado por outro usuário, acima descrito. Ao baixar o vídeo do SharePoint qualquer usuário, inclusive a defesa, poderá atestar que é essa a duração do vídeo. No entanto, de fato, constou da informação técnica do MPF que o vídeo teria 1h14min12seg. Não há como precisar a razão dessa diferente informacional, mas este órgão ministerial acredito que tenha sido uma razão parecida à que levou a testemunha MARLON a afirmar que a duração do vídeo, constante do relatório do MPSP, era de 1 hora, 14 minutos e 25 segundos, ao invés de 35 segundos: um mero equívoco. Como a coleta foi realizada pelo MPSP, e não pelo MPF, tal questão é, de toda a sorte, irrelevante', sic, p. 15 do ID 359104037.

De qualquer forma, a defesa jamais explicitou ao juízo em que trecho, de que forma ou como tais 23 segundos interfeririam no conteúdo do vídeo ou na defesa do réu, motivo pelo qual é possível concluir ser tal divergência irrelevante ao caso concreto.

Sobre a obrigatoriedade de perícia e oitiva em audiência do servidor estadual que realizou o upload do vídeo, igualmente em nada interferem na cadeia de custódia.

Isso porque consistiriam em provas adicionais, que poderiam ter sido requeridas por qualquer das partes caso assim tivessem entendido necessárias. É certo que em casos de crimes materiais, o corpo de delito deve restar provado no processo. No entanto, não é obrigatório pela legislação processual que tal prova seja necessariamente um exame pericial, podendo se dar por qualquer meio idôneo. Ademais, não se pode descurar que o destinatário da prova é o magistrado, a quem não fez falta o laudo referido pela defesa, assim como a oitiva do servidor que realizou o upload do vídeo, principalmente porque toda informação imprescindível que deveria ter sido fornecida consta do relatório por ele elaborado.

Finalmente, insta consignar não ter sido apontado pela defesa qualquer prejuízo decorrente de todas essas alegações relativas à cadeia de custódia.

Isso porque qualquer nulidade em processo penal, antes de mais nada, depende da efetiva demonstração do prejuízo, não sendo absoluta, mas sim dependente de demonstração da existência e de provas, situação não verificada nos presentes autos.

Com efeito, vigora no processo penal o princípio *pas de nullité sans grief*, segundo o qual *'nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa'* (art. 563 do CPP).

Conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a condenação, por si só, não pode ser considerada como prejuízo pois admitir a nulidade sem nenhum critério de avaliação, apenas por simples presunção de ofensa aos princípios constitucionais seria permitir o uso do devido processo legal como mero artifício ou manobra de defesa e não como aplicação do justo a cada caso, distanciando-se o direito do seu ideal, qual seja, a aplicação da justiça (*Precedentes: STJ, HC 117.952/PB, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 27/05/2010, DJe 28/06/2010 e AgRg no AREsp n. 1.637.411/RS, Relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 26/5/2020, DJe 3/6/2020*).

Ademais, não houve quebra da cadeia de custódia no presente feito, mas, ainda que tivesse ocorrido, a consequência para tanto seria a devida valoração da prova no processo, não a automática anulação de tudo sem qualquer critério.

Conforme sustenta parte da doutrina processualista e já vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça, a questão relativa à quebra da cadeia de custódia da prova merece tratamento acurado, conforme o caso analisado em concreto, de maneira que, a depender das peculiaridades da hipótese analisada, pode-se ter diferentes desfechos processuais para os casos de descumprimento do assentado no referido dispositivo legal, tal como decidido no Habeas Corpus 653.515:

'A quebra da cadeia de custódia não gera nulidade obrigatória da prova colhida.



Nessas hipóteses, eventuais irregularidades devem ser observadas pelo juízo ao lado dos demais elementos produzidos na instrução criminal, a fim de decidir se a prova questionada ainda pode ser considerada confiável. Só após essa confrontação é que o magistrado, caso não encontre sustentação na prova cuja cadeia de custódia foi violada, pode retirá-la dos autos ou declará-la nula'. Grifo nosso.

No caso em tela, reputo que Relatório Informativo elaborado pelo Ministério Público do Estado de São Paulo nas pp. 26/29 do ID 324659990 e Informação Técnica elaborada pelo Ministério Público Federal no ID 327334351 garantam de forma inequívoca a confiabilidade do vídeo tratado nos autos, sendo que ausência de impugnação do conteúdo deste pelo próprio réu apenas ratifica tal fato, não havendo falar-se em quebra da cadeia de custódia.

Aliás, não prospera a tese defensiva sobre hipótese de condenação com base em elementos informativos produzidos na fase inquisitorial, pois o vídeo apresentado pelo Ministério Público não teria sido submetido ao contraditório judicial. A discussão que ora se impõe é a prova cabal de que o vídeo foi- SIM- submetido ao contraditório e ampla defesa, inclusive em audiência, oportunidade em que se ouviu inclusive testemunha a respeito do vídeo. Assim, rejeito a preliminar arguida, passando ao exame do **mérito**."

A defesa de LEONARDO DE LIMA BORGES LINS se limita a questionar os aspectos técnicos do procedimento de extração do vídeo apontada na denúncia, à míngua de alegar ou demonstrar nenhuma adulteração ou manipulação ou eventual prejuízo à sua defesa, o que, por si só, resulta na cabal improcedência da alegação de nulidade por quebra da cadeia de custódia.

Ao ser interrogado em juízo (IDs 327464522, 327464523, 327464524, 327464525 e 327464526), LEONARDO DE LIMA BORGES LINS, em sua autodefesa, tampouco suscita adulteração do vídeo incriminado, extraído de seu canal na plataforma de *streaming YouTube*, optando por suscitar a ausência de dolo específico.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, entretanto, é pacífica quanto à impossibilidade de declarar-se a nulidade da prova, por quebra da cadeia de custódia, quando não estiver comprovada a sua adulteração ou manipulação, tendo em vista o princípio do *pas de nullité sans grief*, conforme os precedentes adiante colacionados por meio de suas ementas (com destaques):

DIREITO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO PRÓPRIO. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO. AGRAVO CONHECIDO. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. I. Caso em exame 1. Agravo regimental interposto contra decisão monocrática que não conheceu do recurso especial, no qual se questiona a condenação por tráfico de drogas, pleiteando a desclassificação para posse de droga para consumo próprio. II. Questão em discussão 2. Há três questões em discussão: (i) verificar se a ausência de lacre nas amostras periciais configura quebra da cadeia de custódia, apta a invalidar o laudo pericial; (ii) analisar se é cabível a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, frente à quantidade, diversidade e natureza das drogas apreendidas, bem como à existência de atos infracionais praticados pelo réu; (iii) definir se o regime inicial fechado para cumprimento da pena é compatível com as circunstâncias do caso concreto. III. Razões de decidir 3. **A ausência de lacre nas amostras periciais não configura, por si só, quebra da cadeia de custódia.** 4. **A quebra da cadeia de custódia, para ensejar a nulidade da prova, exige demonstração concreta de prejuízo para o acusado,**



conforme o princípio do *pas de nullité sans grief* (art. 563 do CPP). No caso, não houve demonstração de adulteração ou prejuízo à confiabilidade do material periciado. 5. A quantidade de droga apreendida, por si só, não justifica a condenação por tráfico, sendo necessário algum elemento que demonstre o intuito mercantil do porte ou posse da substância proscrita. No caso, não foram encontrados elementos que comprovem a destinação comercial da droga. 6. A ausência de elementos que demonstrem de forma inequívoca que o acusado exercia a traficância impõe a desclassificação de sua conduta para aquela prevista no art. 28 da Lei n. 11.343/2006. IV. Dispositivo e tese 7. Agravo regimental provido para desclassificar a conduta do recorrente para aquela prevista no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, determinando a remessa dos autos ao Juizado Especial Criminal competente. Tese de julgamento: "1. A ausência de lacre nas amostras periciais não configura quebra da cadeia de custódia, salvo demonstração concreta de prejuízo. 2. A quantidade de droga apreendida, por si só, não justifica a condenação por tráfico sem elementos que demonstrem o intuito mercantil. 3. A desclassificação para posse de droga para consumo próprio é cabível na ausência de prova inequívoca de traficância". Dispositivos relevantes citados: CPP, art. 563; Lei n. 11.343/2006, arts. 28, § 2º, e 33, § 4º. Jurisprudência relevante citada: STJ, AgInt no AREsp 741.686/RO, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 03/08/2021, DJe 12/08/2021; STJ, HC 705.522/SP, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 14/12/2021, DJe 17/12/2021.

(AgRg no AREsp n. 2.677.012/RJ, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, relator para acórdão Ministro Otávio de Almeida Toledo (Desembargador Convocado do TJSP), Sexta Turma, julgado em 3/6/2025, DJEN de 5/8/2025.)

DIREITO PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GRAVIDADE CONCRETA. QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA. INEXISTÊNCIA DE VÍCIO COMPROVADO. RECURSO DESPROVIDO. I. CASO EM EXAME 1. Agravo regimental interposto contra decisão monocrática que denegou habeas corpus impetrado contra acórdão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, o qual manteve a prisão preventiva decretada em razão da prática, em tese, do crime de tráfico de drogas. A defesa sustenta ausência de fundamentação idônea para a prisão cautelar, invoca a primariedade do paciente e seus bons antecedentes, e aponta suposta quebra da cadeia de custódia da prova material, requerendo a revogação da prisão e a concessão do direito de responder ao processo em liberdade. II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO 2. Há duas questões em discussão: (i) definir se a decisão que manteve a prisão preventiva do agravante está devidamente fundamentada com base em elementos concretos; (ii) estabelecer se houve quebra da cadeia de custódia da prova capaz de comprometer a higidez da persecução penal. III. RAZÕES DE DECIDIR 3. A prisão preventiva encontra-se devidamente fundamentada com base na gravidade concreta do delito, consubstanciada na quantidade significativa de droga apreendida (355g de cocaína), contexto que, segundo o juízo de origem, evidencia risco à ordem pública, especialmente em cidade de pequeno porte. 4. A jurisprudência do egrégio STJ admite a quantidade e natureza da droga como elementos idôneos para justificar a prisão cautelar, desde que demonstrada fundamentação concreta, o que se verifica no caso, não sendo cabível a substituição por medidas cautelares alternativas. 5. **A alegada quebra da cadeia de custódia não foi demonstrada de forma concreta nos autos, tampouco houve indicação de adulteração, interferência externa ou prejuízo à defesa, conforme entendimento consolidado pela jurisprudência, que exige demonstração de efetivo comprometimento da prova.** 6. A existência de condições pessoais favoráveis (primariedade, bons antecedentes, residência fixa) não impede, por si só, a imposição da prisão preventiva quando presentes fundamentos objetivos e subjetivos suficientes, como se observa na hipótese. 7. O agravo regimental deixou de apresentar argumentos novos ou relevantes que infirmassem os fundamentos da decisão monocrática, que deve ser mantida. IV. RECURSO DESPROVIDO.

(AgRg no HC n. 990.581/SC, relator Ministro Carlos Cini Marchionatti (Desembargador Convocado TJRS), Quinta Turma, julgado em 1/7/2025, DJEN de 4/7/2025.)

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. ABSOLVIÇÃO.



REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. AFASTAMENTO DA MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. IMPOSSIBILIDADE DE PROFUNDA INCURSÃO NO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. **1. A quebra da cadeia de custódia não configura nulidade processual, mas afeta a eficácia da prova, devendo ser comprovada a adulteração para invalidá-la. Precedente.** 2. A pretensão de revisão do acórdão impugnado, visando à absolvição, mostra-se incompatível com a estreita via do habeas corpus, por demandar profunda reapreciação do conjunto fático-probatório - especialmente no caso concreto, em que a condenação se fundamentou: a) nos depoimentos judiciais dos policiais; b) no Relatório de Análise Telemática; e c) nos depoimentos extrajudiciais de dois usuários, os quais comprovam a atividade de comercialização ilícita. 3. Do conjunto probatório que instruiu a ação penal, evidenciou-se que a agravante: a) já praticava o crime de tráfico de entorpecentes desde, no mínimo, dezembro de 2023; b) comercializava substâncias ilícitas para terceiros; e c) mantinha rigoroso controle financeiro da atividade criminosa. 4. Nesse contexto, não é possível desconstituir a conclusão da Jurisdição ordinária sobre a dedicação da agravante a atividades criminosas e, por conseguinte, reconhecer a causa de redução de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, notadamente por ser vedado, em habeas corpus, revolver o contexto fático-probatório dos autos. 5. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC n. 999.076/RO, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 24/6/2025, DJEN de 30/6/2025.)

DIREITO PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. QUEBRA DE CADEIA DE CUSTÓDIA. BUSCA E APREENSÃO. TORTURA. AGRAVO NÃO PROVIDO. I. Caso em exame 1. Agravo regimental interposto contra decisão monocrática que não conheceu do habeas corpus impetrado em favor do recorrente, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. 2. O recorrente se encontra foragido e com mandado de prisão pendente, em razão de suposto envolvimento em crimes previstos no art. 2º, §3º, da Lei 12.850/2013, art. 171, §2º-A, do Código Penal, art. 297, caput, do Código Penal, e art. 1º, §4º, da Lei nº 9.613/1998. II. Questão em discussão 3. A questão em discussão consiste em saber se houve constrangimento ilegal decorrente de quebra da cadeia de custódia, ilegalidade na busca e apreensão, e suposta tortura sofrida pelo recorrente. III. Razões de decidir 4. A decisão monocrática não conheceu do habeas corpus por entender que a impetração funcionava como substitutivo de recurso próprio, o que não é permitido. **5. Não se verificou a alegada quebra da cadeia de custódia, pois não há elementos nos autos que demonstrem adulteração da prova ou interferência que a invalide.** 6. A apuração de eventual nulidade da busca e apreensão e prisão do corréu demandaria revolvimento do conjunto fático-probatório, inviável na via eleita. 7. Não há evidências de que as provas obtidas decorreram de agressões policiais, não se configurando coação ilegal que justifique a concessão da ordem de ofício. IV. Dispositivo e tese 8. Agravo não provido. Tese de julgamento: "1. A impetração de habeas corpus como substitutivo de recurso próprio não deve ser conhecida. **2. A quebra da cadeia de custódia deve ser demonstrada por elementos concretos que evidenciem adulteração da prova.** 3. A apuração de nulidades que demandem revolvimento fático-probatório é inviável em habeas corpus. 4. A ausência de evidências de que as provas obtidas decorreram de agressões policiais não configura coação ilegal para concessão de habeas corpus de ofício". Dispositivos relevantes citados: Lei 12.850/2013, art. 2º, §3º; Código Penal, art. 171, §2º-A; Código Penal, art. 297, caput; Lei nº 9.613/1998, art. 1º, §4º. Jurisprudência relevante citada: STJ, AgRg no HC 936880/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 19/09/2024; STJ, HC 574.131/RS, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, julgado em 25/08/2020, DJe 04/09/2020; STJ, AgRg no HC 910455/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 13/09/2024. (AgRg no HC n. 988.272/GO, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 10/6/2025, DJEN de 17/6/2025.)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA. ILEGALIDADE E PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADOS. CONDENAÇÃO BASEADA EM PROVAS DIVERSAS. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. Agravo regimental interposto contra decisão que não conheceu de habeas corpus, por ser substitutivo de



revisão criminal, e deixou de conceder a ordem de ofício, em virtude da ausência de flagrante ilegalidade. 2. O Superior Tribunal de Justiça firmou compreensão de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração quando assim manejado. Observam-se, a respeito: AgRg no HC n. 943.146/MG, Quinta Turma, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 22/10/2024; AgRg no HC n. 874.713/SP, Quinta Turma, relator Ministro Ribeiro Dantas, DJe de 20/8/2024; AgRg no HC n. 749.702/SP, Sexta Turma, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, DJe de 29/2/2024; AgRg no HC n. 912.662/SP, Sexta Turma, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, DJe de 27/6/2024; e HC n. 740.303/ES, Quinta Turma, relator Ministro Jesuíno Rissato - Desembargador convocado do TJDFT, DJe de 16/8/2022. **3. Ausência de comprovação quanto à ocorrência de adulteração e do efetivo prejuízo. O entendimento desta Corte é pacífico no sentido de que a idoneidade da prova é presumida, cabendo à parte que alega a irregularidade demonstrar prejuízo concreto (pas de nullité sans grief), o que não ocorre na hipótese.** 4. Inexistência de demonstração de flagrante ilegalidade apta a conceder a ordem de ofício. 5. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC n. 969.708/RO, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 4/6/2025, DJEN de 10/6/2025.)

De toda forma, observa-se que a investigação se iniciou no Núcleo de Investigação de Crimes Cibernéticos do Ministério Público do Estado de São Paulo mediante provocação resultante de ofício encaminhado pela Promotoria de Justiça de Direitos Humanos do mesmo *parquet*, o qual noticiava a eventual prática de discriminação contra pessoas com deficiência por LEONARDO DE LIMA BORGES LINS e indicava o endereço eletrônico em que o vídeo poderia ser encontrado (ID 327464207, págs. 17/18).

O referido *link* direcionava ao vídeo intitulado “Léo Lins – PERTURBADOR (show pode ser EXCLUÍDO em breve)”, com duração de 01h:14m:35s e disponibilizado no canal de LEONARDO DE LIMA BORGES LINS na plataforma *YouTube*, como bem destacado no Relatório Informativo de ID 327464207, págs. 26/29.

Para preservar a prova da materialidade dos delitos investigados e torná-la acessível nos autos, houve a extração do apontado vídeo, mediante acesso ao aludido endereço eletrônico, na data de 19.03.2023 por Israel Guarnieri, assessor técnico e analista de sistemas do Núcleo de Investigação de Crimes Cibernéticos do Ministério Público do Estado de São Paulo (ID 327464207, págs. 28/29), em procedimento que restou devidamente documentado no já citado Relatório Informativo de ID 327464207, págs. 26/29.

O simples fato de não ter sido identificada a ferramenta tecnológica utilizada para a extração do vídeo não macula o procedimento adotado, máxime quando houve a descrição de como o *download* do vídeo foi realizado, com a captura da tela do instrumento utilizado (ID 327464207, pág. 28) e a descrição das propriedades do arquivo obtido.

No aspecto, como bem apontado pelo órgão ministerial atuante em primeiro



grau, o *YouTube* adota medidas de contrainteligência para impedir a extração de vídeos hospedados em sua plataforma, haja vista que sua política proscree o *download* dos seus arquivos, para o que desenvolve e permanentemente aprimora a sua tecnologia em prol da inutilização de ferramentas de terceiros que viabilizem tal medida.

Com isso, os meios usuais para a extração de vídeo do *YouTube* em crimes cibernéticos envolvem, ordinariamente, a utilização de serviços que permitem o *download*, contornando-se os mecanismos da plataforma que impedem a baixa. Daí porque, inclusive, as ferramentas disponíveis de extração de vídeos hospedados no *YouTube* se vão renovando, em paralelo à evolução das estratégias de bloqueio de *download* da plataforma de *streaming*, passando a ser impossível a repetição do processo de coleta com a mesma ferramenta com o decurso do tempo. É o que, com exatidão, exploram os memoriais de alegações finais do MPF (ID 327464528, págs. 11/12):

“Nesse contexto, e já passando aos itens (ii) e (iii), a descrição da ferramenta utilizada, ainda mais para a coleta de vídeos do YouTube, é algo absolutamente descabido.

No caso do Ministério Público Federal, por exemplo, nas coletas realizadas pelo Núcleo Técnico de Combate a Crimes Cibernéticos são utilizadas extensões do navegador Firefox como ‘YouTube Downloader’, que são sistematicamente derrubadas pelo próprio YouTube, uma vez que o provedor de serviço de streaming não tem interesse algum em permitir que seus vídeos sejam baixados. A cada semana, com a derrubada de extensões pelo YouTube, novas extensões precisam ser utilizadas, de sorte que seria impossível repetir um processo de coleta, com a mesma ferramenta.

E mais. Se em dado momento nenhum software desse tipo estiver disponível e for necessário realizar uma coleta de YouTube, recorre-se ao ‘screen recorder’ do Linux, que, pela sua própria natureza, de gravar a tela do computador enquanto é visualizado um vídeo, gera, inevitavelmente, arquivos diferentes em cada coleta.

Com isso, é absolutamente fora de propósito falar em metadados de coleta, de especificar ferramenta utilizada etc, uma vez que cada coleta de vídeo do YouTube será, inevitavelmente, única.”

No mais, diante da urgência da medida voltada à preservação do conteúdo do vídeo em que proferido o discurso de ódio, máxime quando seu próprio título mencionava a probabilidade de exclusão em breve, tornava-se imprescindível a utilização das ferramentas disponíveis para sua extração imediata.

Em razão do risco de perda da prova da materialidade dos delitos investigados à época, não era recomendável a requisição do vídeo ao *YouTube*, de vez que referido procedimento levaria alguns dias para ser concluído e, nesse ínterim, havia a probabilidade de o arquivo ser excluído.

Não bastasse, diante da disponibilização pública ou universal do vídeo divulgado na plataforma *YouTube*, acessível a qualquer pessoa, a sua extração podia ser realizada mediante o uso das ferramentas antes referidas, sendo desnecessária a adoção de



procedimento formal de requisição junto ao *streaming*.

No tocante à alegação defensiva de que a mídia extraída possui metadados e código *hash* diferentes do vídeo original, o órgão ministerial atuante em primeiro grau explicou, de novo com precisão e rigor técnico, que a divergência decorre do fato de o *download* do vídeo gerar um novo arquivo, apesar de ter o mesmo conteúdo, conforme o seguinte trecho dos memoriais de alegações finais (ID 327464528, págs. 05/07 e 11/12)

“No caso de vídeos presentes em serviços de *streaming*, como Netflix, YouTube etc, o primeiro passo para coletar um arquivo é encontrar algum utilitário que consiga realizar o download do vídeo em um formato que possa ser facilmente acessado.

Obviamente, os serviços de streaming não fornecem tal tipo de funcionalidade em suas plataformas, e mesmo quando o usuário preenche os requisitos para realizar um download, como assinar uma conta ‘premium’, o máximo que ele consegue fazer é salvar o vídeo em seu dispositivo para que ele possa ser acessado ‘off line’ a partir da própria plataforma, e não transportado para outro dispositivo, convertido para formato não proprietário etc.

Dessa forma, a alternativa que resta é recorrer a serviços gratuitos de terceiros, normalmente sites na internet que, a partir da URL de um vídeo, conseguem realizar o download em formato amigável, e com a resolução selecionada dentre as disponíveis.

O vídeo resultante dessa operação terá o mesmo conteúdo do vídeo original, via de regra a mesma duração, mas, além de conter apenas uma das resoluções possíveis, utilizará *codecs* de áudio e de vídeo diferentes dos utilizados pela plataforma.

Tome-se por exemplo o vídeo contido em <https://www.youtube.com/watch?v=IGoUAC8H5Dk&list=PPSV&t=22s>, publicado pelo usuário ‘Belmiro Junior’. Trata-se de um vídeo com 1h14m35s, com o título ‘Léo Lins PERTURBADOR show Censurado 4k’. Sim, é o vídeo objeto da presente ação penal, que algum usuário realizou download do YouTube e posteriormente publicou na mesma plataforma.

O site <https://www.clipto.com/pt/media-downloader/youtube-downloader> é um dos muitos a fornecer uma ferramenta gratuita de download que permite baixar o vídeo, com áudio, na resolução 360p (360 linhas). Uma impressão de tela do site será juntada aos autos com os presentes memoriais.

Realizada a operação, é obtido um arquivo com 172 MB (181.098.125 bytes), com a terminação mp4, que utiliza o codec H.264 para o vídeo e o codec AAC (LC) para o áudio.

De posse desse material, o perito, ou o servidor que lhe faça as vezes, deve utilizar algum software gerador de códigos HASH, como o *freeware* HashMyFiles 2.50.

No exemplo do vídeo acima referido, "Léo Lins PERTURBADOR show Censurado 4k.mp4", foram obtidos os HASHs 525301859a139e88496f98795471a2a6 (MD5), 73bfe4bbd0bd64f621d55e180a91ebd94a80c0f2 (SHA1), 0666f34c (CRC32), d5725f24e8215081938771d90c730da2662906a5470b83e505b904823cd63ad0 (SHA-256), 6b41a72790c01ec3d636e2facae6d46865689b36e72b00ee3eb5cd9afd765419b73-de11a0add492121e13774a33bfd06a609e453ec16e2160c2c2b3f10cf3422 (SHA-512) e 0fc47969626a66d55c555902b0e22530510294d20510c4f15ad0301c9726e71d1b6724db455c768376f49690bde928fb (SHA-384).

Gerados os códigos HASH, o servidor escolhe aquele(s) com que pretende trabalhar, insere os códigos em uma informação ou laudo, e salva o arquivo em algum dispositivo físico, ou em nuvem.

[...]

Pois bem. Quanto aos metadados do arquivo originário (i), essa informação está disponível, tão somente, ao réu e à sua defesa. O arquivo é dele.

Do vídeo tal como disponível na plataforma, somente podem ser obtidas informações gerais, disponíveis a qualquer usuário, como a duração do vídeo, as resoluções em que ele pode ser assistido etc. A duração tem alguma relevância, mas as resoluções, os codecs, a qualidade, frames por segundo, não.



Vale lembrar que não se trata aqui de uma extração de um arquivo de um celular, em um formato, e a sua conversão em outro formato, e sim do download de vídeo de uma plataforma de streaming, que sempre gerará um arquivo diferente em cada coleta realizada, seja por diferença de codec, de parâmetros utilizados, de erros de transmissão etc.

Nesse contexto, e já passando passando aos itens (ii) e (iii), a descrição da ferramenta utilizada, ainda mais para a coleta de vídeos do YouTube, é algo absolutamente descabido.

No caso do Ministério Público Federal, por exemplo, nas coletas realizadas pelo Núcleo Técnico de Combate a Crimes Cibernéticos são utilizadas extensões do navegador Firefox como "YouTube Downloader", que são sistematicamente derrubadas pelo próprio YouTube, uma vez que o provedor de serviço de streaming não tem interesse algum em permitir que seus vídeos sejam baixados. A cada semana, com a derrubada de extensões pelo YouTube, novas extensões precisam ser utilizadas, de sorte que seria impossível repetir um processo de coleta, com a mesma ferramenta.

E mais. Se em dado momento nenhum software desse tipo estiver disponível e for necessário realizar uma coleta de YouTube, recorre-se ao 'screen recorder' do Linux, que, pela sua própria natureza, de gravar a tela do computador enquanto é visualizado um vídeo, gera, inevitavelmente, arquivos diferentes em cada coleta.

Com isso, é absolutamente fora de propósito falar em metadados de coleta, de especificar ferramenta utilizada etc, uma vez que cada coleta de vídeo do YouTube será, inevitavelmente, única.

A correspondência entre o conteúdo do vídeo, tal como exibido pelo YouTube, e o vídeo coletado, é obtida mediante a execução da tarefa de coleta por servidor habilitado - no caso dos autos, o Analista de Sistemas que ocupa a função de Assessor Técnico da Promotoria do Cyber Gaeco do MPSP -, e a integridade do vídeo, a partir da sua coleta, é atestada pelos códigos HASH gerados.

A testemunha tem razão quando afirma que cada ferramenta gera arquivos diferentes, e, conseqüentemente, com HASHs diferentes, mas a indicação da ferramenta utilizada, dos codecs, dos parâmetros de codificação etc, é algo que simplesmente não se aplica a uma coleta de vídeos do YouTube."

Com isso, a divergência entre as propriedades do arquivo extraído e do original é decorrência natural do procedimento de extração, inexistindo irregularidades que maculem a cadeia de custódia.

Por fim, cabe analisar a divergência de 23 (vinte e três) segundos realçada pela defesa. É verdade que o relatório informativo do MPSP (ID 327464207, págs. 26/29) registra que o vídeo coletado tem a duração total de 01h:14min:35s, enquanto a informação técnica do MPF (ID 327464217, págs. 01/03), feita à vista do mesmo vídeo coletado pelo MPSP, consigna a duração de 01h:14min:12s, o que resulta em diferença de 23 (vinte e três) segundos.

A existência de erro meramente material é manifesta na informação técnica do MPF. Os *links* que levam aos arquivos audiovisuais disponibilizados nestes autos, citados na sentença, conforme se pode perceber em análise direta, levam a vídeos de mesma duração: **01h:14min:35s**. Basta conferir por meio dos seguintes endereços:

- 1) "<https://mpsbr.sharepoint.com/:v:/s/cybergaeco/Ec9oEkyhgvyxMnk2C2XmLnGMBblDoNgTx00ZGmS1WpZmhGA?e=EbnAYW> (disponibilizado pelo MPSP)";
- 2) "<https://drive.google.com/drive/folders/1OFjX1Q9yg3Tq3kYqPLLyQWMaN9RaT8f>



[Q?usp=sharing](#) (disponibilizado pelo MPF); e

- 3) “<https://www.youtube.com/watch?v=IGoUAC8H5Dk&list=PPSV&t=22s-ovideo>”
(disponibilizado por outro usuário na internet)

Não por outro motivo, a defesa do apelante deixou de requerer, na resposta escrita à acusação (IDs 327464208, págs. 36/45, e 327464221) ou na fase do art. 402 do Código de Processo Penal (ID 327464516), a realização de qualquer exame pericial para verificar eventual irregularidade nos arquivos em discussão, nem suscitou faltar, em qualquer deles, qualquer trecho constante em outro(s).

Ressalte-se, novamente, o entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça, já abordada neste subtópico, quanto à impossibilidade de reconhecer a nulidade por quebra da cadeia de custódia quanto inexistirem indícios de adulteração ou manipulação da prova coletada, tendo em vista a ausência de prejuízo para a defesa, nos termos do art. 563 do Código de Processo Penal.

Em tempo, diante da ausência de indícios de adulteração ou manipulação da prova, **cuja coleta restou devidamente documentada nos autos, permitindo-se inclusive a apreciação direta do vídeo por parte das partes e dos julgadores**, mostrava-se desnecessária a confecção de laudo de exame de corpo de delito. Com efeito, o acesso aos vídeos por meio dos próprios autos torna despicienda a perícia, eis que os vídeos são visíveis, diretamente, mediante mero acesso por meio dos *links* postos neste feito. Não se cogita, pois, de violação ao art. 158 do Código de Processo Penal.

Assim, inexistente a alegada quebra da cadeia de custódia ou a nulidade da prova coletada.

III.b) Da manutenção da condenação

O desate da principal questão meritória afeta ao recurso defensivo gravita em torno de resolver certa tensão existente entre, de um lado, normas constitucionais que tutelam a liberdade de expressão do pensamento e, de outro, das que estabelecem, até mesmo como objetivo primordial da República Federativa do Brasil, a erradicação dos preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, inclusive por meio da *obrigatória* criminalização daquelas que forem atentatórias aos direitos e liberdades fundamentais, sobretudo o racismo.

A Carta da República, imprimindo perfeita forma a um Estado *Democrático* de Direito, consagrou a liberdade de manifestação do pensamento em diversas de suas normas, dentre as quais sobressaem os seguintes dispositivos, literalmente:



Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

[...]

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

[...]

II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

O Supremo Tribunal Federal, em não poucas oportunidades, realçou a vinculação estrita entre a livre manifestação do pensamento – inclusive por meio do humor – e a máxima efetividade do princípio democrático. A propósito, por sua exatidão e eloquência, merece destaque a dicção do Ministro Ayres Britto na fundamentação da celebrada decisão concessiva da medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.451/DF, *in verbis* (com destaque acrescido):

“[...] pontuo, de saída, não caber ao Estado, por qualquer dos seus órgãos, definir previamente o que pode ou o que não pode ser dito por indivíduos e jornalistas. Dever de omissão que inclui a própria atividade legislativa, pois é vedado à lei dispor sobre o núcleo duro das atividades jornalísticas, assim entendidas as coordenadas de tempo e de conteúdo da manifestação do pensamento, da informação e da criação lato sensu. Vale dizer: não há liberdade de imprensa pela metade ou sob as tenazes da censura prévia, pouco importando o Poder estatal de que ela provenha. Isso porque a liberdade de imprensa não é uma bolha normativa ou uma fórmula prescritiva oca. Tem conteúdo, e esse conteúdo é formado pelo rol de liberdades que se lê a partir da cabeça do art. 220 da Constituição Federal: liberdade de 'manifestação do pensamento', liberdade de 'criação', liberdade de 'expressão'; liberdade de 'informação'. Liberdades, ressalte-se, constitutivas de verdadeiros bens de personalidade, porquanto correspondentes aos seguintes direitos que o art. 5º da nossa Constituição intitula de 'Fundamentais': a) 'livre manifestação do pensamento' (inciso IV); b) 'livre (...) expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação' (inciso IX); c) 'acesso a informação' (inciso XIV). Liberdades, enfim, que bem podem ser classificadas como sobredireitos, sendo que a última delas (acesso à informação) ainda mantém com a cidadania o mais vistoso traço de pertinência, conforme, aliás, candente sustentação oral do jurista e deputado Miro Teixeira quando do julgamento plenário da ADPF 130.

7. Com efeito, são esses eminentes conteúdos que fazem da imprensa em nosso País uma instância sócio-cultural que se orna de 'plena' liberdade (§1º do mesmo art. 220 da Constituição). Plenitude, essa, constitutiva de um patrimônio imaterial que corresponde ao mais eloquente atestado da nossa evolução político-institucional, pois o fato é que, pelo seu reconhecido condão de vitalizar por muitos modos a Constituição, tirando-a mais vezes do papel, a imprensa termina por manter com a democracia a mais entranhada relação de interdependência ou retroalimentação. Estou a falar que a presente ordem constitucional



brasileira autoriza a formulação do juízo de que o caminho mais curto entre a verdade sobre a conduta dos detentores do Poder e o conhecimento do público em geral é a liberdade de imprensa. A traduzir, então, a ideia-força de que abrir mão da liberdade de imprensa é renunciar ao conhecimento geral das coisas do Poder, seja ele político, econômico, militar ou religioso. Um abrir mão que repercute pelo modo mais danoso para a nossa ainda jovem democracia, necrosando o coração de todas as outras liberdades. Vínculo operacional necessário entre a imprensa e a Democracia que Thomas Jefferson sintetizou nesta frase lapidar: 'Se me coubesse decidir se deveríamos ter um governo sem jornais, ou jornais sem um governo, não hesitaria um momento em preferir a última solução'. Pensamento que a própria Constituição norte-americana terminou por positivar como a primeira das garantias individuais da 1ª emenda, verbis:

'O Congresso não legislará no sentido de estabelecer uma religião, ou proibindo o livre exercício dos cultos; ou cerceando a liberdade de palavra, ou de imprensa, ou o direito do povo de se reunir.'

8. A Magna Carta Republicana destinou à imprensa, portanto, o direito de controlar e revelar as coisas respeitantes à vida do Estado e da própria sociedade. A imprensa como a mais avançada sentinela das liberdades públicas, como alternativa à explicação ou versão estatal de tudo que possa repercutir no seio da sociedade e como garantido espaço de irrupção do pensamento crítico em qualquer situação ou contingência. Os jornalistas, a seu turno, como o mais desanuviado olhar sobre o nosso cotidiano existencial e os recônditos do Poder, enquanto profissionais do comentário crítico. Pensamento crítico, diga-se, que é parte integrante da informação plena e fidedigna. Como é parte, acresça-se, do estilo de fazer imprensa que se convencionou chamar de humorismo (tema central destes autos). Humorismo, segundo feliz definição atribuída ao escritor Ziraldo, que não é apenas uma forma de fazer rir. Isto pode ser chamado de comicidade ou qualquer outro termo equivalente. **O humor é uma visão crítica do mundo e o riso, efeito colateral pela descoberta inesperada da verdade que ele revela (cito de memória). Logo, a previsível utilidade social do labor jornalístico a compensar, de muito, eventuais excessos desse ou daquele escrito, dessa ou daquela charge ou caricatura, desse ou daquele programa.**

9. Relançando ou expondo por outra forma o pensamento, o fato é que programas humorísticos, charges e modo caricatural de pôr em circulação ideias, opiniões, frases e quadros espirituosos compõem as atividades de 'imprensa', sinônimo perfeito de 'informação jornalística' (§1º do art. 220). Nessa medida, gozam da plenitude de liberdade que a ela, imprensa, é assegurada pela Constituição até por forma literal (já o vimos). Dando-se que o exercício concreto dessa liberdade em plenitude assegura ao jornalista o direito de expender críticas a qualquer pessoa, ainda que em tom áspero, contundente, sarcástico, irônico ou irreverente, especialmente contra as autoridades e aparelhos de Estado. Respondendo, penal e civilmente, pelos abusos que cometer, e sujeitando-se ao direito de resposta a que se refere a Constituição em seu art. 5º, inciso V. Equivale a dizer: **a crítica jornalística em geral, pela sua relação de inerência com o interesse público, não é aprioristicamente suscetível de censura.** É que o próprio das atividades de imprensa é operar como formadora de opinião pública, lócus do pensamento crítico e necessário contraponto à versão oficial das coisas, conforme decisão majoritária deste Supremo Tribunal Federal na ADPF 130. Decisão a que se pode agregar a ideia, penso, de que a locução 'humor jornalístico' é composta de duas palavras que enlaçam pensamento crítico e criação artística. Valendo anotar que João Elias Nery, em sua tese de doutorado em Comunicação e Semiótica, afirma que tal forma de comunicação apenas se desenvolve em espaços democráticos, pois costumeiramente envolvem personalidades públicas ('Charge e Caricatura na construção de imagens públicas', PUC, São Paulo, 1998). São, nas palavras de Marques de Melo, mecanismos estéticos de informação sobre realidades públicas (Jornalismo opinativo, São Paulo, Mantiqueira, 2003). Sem falar no conteúdo libertador ou emancipatório de frases que são verdadeiras tiradas de espírito, como essa do genial cronista Sérgio Porto, o Stanilaw Ponte Preta: 'a prosperidade de alguns homens públicos do Brasil é uma prova evidente de que eles vêm lutando pelo progresso do nosso subdesenvolvimento'."



O excerto transcrito, sem embargo de exaltar a relevância da liberdade constitucional de manifestação do pensamento, excludente de qualquer forma de censura prévia, opõe-lhe, entretanto, a possibilidade de responsabilização penal ou civil por eventuais excessos, bem como o direito de resposta.

A advertência, por assim dizer, assenta-se em que, para além de não existirem direitos absolutos, a conformação do citado bem jurídico na Constituição da República encontra limitações decorrentes do próprio texto das normas em que consagrado, a saber: a) a vedação do anonimato, no art. 5º, inc. IV; b) a garantia do direito de resposta proporcional ao agravo e da indenização por dano material, moral e à imagem, no art. 5º, inc. V; c) a proibição de restrição, sob qualquer forma, a processo ou veículo de comunicação, na manifestação de pensamento, criação, expressão ou informação, observado, no entanto, o disposto na Constituição, conforme ressalvado pela regra do art. 220, *caput*; d) a possibilidade de que o cumprimento do estabelecido no art. 5º, incs. IV, V, X, XIII e XIV sirva de excepcional restrição à *plena* liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, por força da ressalva disposta na parte final do § 1º do art. 220.

O desenho positivado, portanto, do direito fundamental à livre manifestação do pensamento na Carta Magna institui limites textuais, inspirados em outras normas ou valores que, igualmente, pretendeu proteger o constituinte originário.

Tais contenções não excluem, ainda, outras que defluem do conflito com outros direitos fundamentais, em colisão a ser resolvida, mediante recurso ao princípio da proporcionalidade, pelo devido sopesamento, à vista do caso concreto, dos bens jurídicos implicados, em prol da preservação possível do alcance máximo de aplicação ou efetividade de cada um deles.

Nessa seara, sobretudo diante do fato examinado nestes autos, vem à baila a imperatividade de assegurar, em sua convivência com a liberdade de expressão, a eficácia das normas constitucionais que exigem a erradicação do preconceito e de todas as formas de discriminação, valores de tamanha envergadura na Lei Fundamental, que se irradiam em numerosos dispositivos e até mesmo no preâmbulo da Constituição de 1988, transcritos a seguir:

PREÂMBULO

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA NA 3ª REGIÃO

solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
[...]

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:
[...]

VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos:

[...]

II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação.

A profusão de normas da Constituição da República que repudiam o preconceito e a discriminação já seria suficiente para *desautorizar* a pretensão defensiva de conferir ao direito à livre expressão artística a amplitude que lhe pretendem outorgar as razões de apelação (ID 330399176) para que, com base nela, o apelante desfrutasse de uma tamanha liberdade a ponto de proferir, impunemente, discurso de ódio, na forma e intensidade alcançadas em alguns trechos de sua interpretação teatral veiculada na *internet*. Por aí já se vê que a compreensão do apelo não está em harmonia com a Lei Fundamental.

A par da natural preocupação do constituinte em engendrar a erradicação dos preconceitos e da discriminação em tão múltiplas passagens do texto como estratégia



para assegurar-lhe máxima efetividade em vários setores da vida do Estado Democrático de Direito, optou-se por instituir, nessa seara, igualmente, mandamento constitucional de criminalização.

Nessa perspectiva é que os incs. XLI e XLII do art. 5º da Constituição Federal determinam a punição de qualquer discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais e caracterizam o racismo como crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.

A Corte Suprema, como convém à atividade de hermenêutica constitucional – empreendida na convicção de que Constituição é um sistema aberto de regras e princípios – atribui ao termo “*racismo*” maior alcance, para nele incluir outras formas de discriminação não advindas da raça, compreendendo o vocábulo em sua *dimensão social*. No aspecto, o precedente da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 é um marco da jurisprudência nacional, em cuja ementa se colhe, sobre o tema em apreço, a súmula de importante lição, literalmente (com destaques acrescidos):

E M E N T A: [...] Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem **expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social**, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “in fine”). NINGUÉM PODE SER PRIVADO DE DIREITOS NEM SOFRER QUAISQUER RESTRIÇÕES DE ORDEM JURÍDICA POR MOTIVO DE SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL OU EM RAZÃO DE SUA IDENTIDADE DE GÊNERO – Os integrantes do grupo LGBTI+, como qualquer outra pessoa, nascem iguais em dignidade e direitos e possuem igual capacidade de autodeterminação quanto às suas escolhas pessoais em matéria afetiva e amorosa, especialmente no que concerne à sua vivência homoerótica. Ninguém, sob a égide de uma ordem democrática justa, pode ser privado de seus direitos (entre os quais o direito à busca da felicidade e o direito à igualdade de tratamento que a Constituição e as leis da República dispensam às pessoas em geral) ou sofrer qualquer restrição em sua esfera jurídica em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero! Garantir aos integrantes do grupo LGBTI+ a posse da cidadania plena e o integral respeito tanto à sua condição quanto às suas escolhas pessoais pode significar, nestes tempos em que as liberdades fundamentais das pessoas sofrem ataques por parte de mentes sombrias e retrógradas, a diferença essencial entre civilização e barbárie. AS VÁRIAS DIMENSÕES CONCEITUAIS DE RACISMO. O RACISMO, QUE NÃO SE RESUME A ASPECTOS ESTRITAMENTE FENOTÍPICOS, CONSTITUI MANIFESTAÇÃO DE PODER QUE, AO BUSCAR JUSTIFICAÇÃO NA DESIGUALDADE, OBJETIVA VIABILIZAR A DOMINAÇÃO DO GRUPO MAJORITÁRIO SOBRE INTEGRANTES DE GRUPOS VULNERÁVEIS (COMO A COMUNIDADE LGBTI+), FAZENDO INSTAURAR, MEDIANTE ODIOSA (E INACEITÁVEL) INFERIORIZAÇÃO, SITUAÇÃO DE INJUSTA EXCLUSÃO DE ORDEM POLÍTICA E DE NATUREZA JURÍDICO-SOCIAL – **O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não**



pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito. [...]

(ADO 26, Relator(a): CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 13-06-2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-243 DIVULG 05-10-2020 PUBLIC 06-10-2020)

Por decisão do Supremo Tribunal Federal, a preservação da efetividade do mandamento constitucional de criminalização do racismo, observado este em sua dimensão social, exigiu, até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional, a extensão, por força de provimento judicial em processo objetivo de controle da constitucionalidade, dos preceitos primários de incriminação da Lei 7.716/1989 para colher, entre os crimes de ódio, práticas desferidas em razão do preconceito ou discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero (homofobia e transfobia). O precedente, aliás, como se verá adiante (subitem III.b.2, *infra*), aplica-se ao caso destes autos, em que comprovada a perpetração de homotransfobia criminosa.

A transcendente relevância dada à constitucionalização da erradicação da discriminação e da criminalização do racismo, na jurisprudência recente da Suprema Corte, ampara a conclusão de que ditos vetores constitucionais impõem – também eles – limitação à liberdade de expressão, para além daquelas que defluem de restrições textuais constantes das regras escritas que a conformam na Carta de 1988.

Daí porque não se pode admitir a concepção de que o direito fundamental à livre manifestação do pensamento *autorize* a propagação de discursos que induzam ou incitem a discriminação ou o preconceito, mesmo que por meio do humor ou outra forma de expressão artística.

Nessa linha de pensamento, rememore-se que o crime de ódio, mediante induzimento ou incitação à discriminação ou preconceito, executa-se, normalmente, por meio de comunicação, por palavras, gestos, imagens, sons, encenações *etc.* De tal modo, a instituição mesma, no ordenamento jurídico-penal, em cumprimento ao mandamento constitucional de criminalização, dos delitos de ódio, como resultantes do preconceito ou discriminação em razão de raça, cor, etnia, religião, procedência nacional, orientação sexual, identidade de gênero ou deficiência, supõe a proibição de certos discursos, por sua índole extremadamente preconceituosa ou discriminatória, e, portanto, erige-se, por definição, sobre a consciência da limitação ao direito à livre manifestação do pensamento.

Em outras palavras, sem prejuízo da vedação à censura prévia, a Suprema



Corte vem estabelecendo o discurso de ódio como intransponível barreira da liberdade de expressão. Nessa concepção é que, como já enfatizado acima, na decisão que concedeu a medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.451/DF, o Ministro Ayres Brito ressaltava a possibilidade de responsabilização penal ou civil em razão de abusos à liberdade de imprensa.

Na mesma toada, figura da ementa do julgado da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, literalmente (com destaque que não aparece no original):

“A repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa, qualquer que seja a denominação confessional professada, a cujos fiéis e ministros (sacerdotes, pastores, rabinos, mulás ou clérigos muçulmanos e líderes ou celebrantes das religiões afro-brasileiras, entre outros) é assegurado o direito de pregar e de divulgar, livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento e de externar suas convicções de acordo com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados, bem assim o de ensinar segundo sua orientação doutrinária e/ou teológica, podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os atos de culto e respectiva liturgia, independentemente do espaço, público ou privado, de sua atuação individual ou coletiva, **desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero.**”

A propósito, **em relação ao caso concreto examinado**, já existe decisão transitada em julgado do Supremo Tribunal Federal na vertente desta manifestação ministerial. Na Reclamação nº 60.382/SP, impetrada na Suprema Corte pelo próprio apelante, na sede de decisão monocrática não recorrida e já transitada em julgado o Ministro André Mendonça, após longa digressão em que passa em revista numerosas decisões do Excelso Pretório sobre a liberdade de expressão do pensamento, terminou por cassar o provimento ali reclamado – que, em âmbito cautelar, restringia atividades do apelante –, **sem prejuízo de enfatizar a possibilidade de responsabilização penal**, em caso de “*dolo de se praticar crimes*”, a depender do “*ânimo interno do agente, a ser extraído das circunstâncias de cada caso*”, ao tempo em que chegou a pontuar que “*a declaração de não recepção da antiga Lei de Imprensa, no bojo da ADPF nº 130/DF, não estabeleceu a irresponsabilidade civil ou penal do jornalista, do artista, do comediante ou de qualquer cidadão*”.

Por sua relevância, eis que referente à espécie examinada, bem como pela sua acuidade sobretudo na reconstrução do cenário jurisprudencial sobre a liberdade de expressão – que inspirou a solução dada à controvérsia objeto da reclamação e há de nortear, de igual forma, a resolução da questão meritória principal deste recurso de



apelação –, colaciona-se segmento da aludida decisão monocrática do Ministro André Mendonça, *ad litteram*:

“11. O caso dos autos envolve o pretenso descumprimento de dois paradigmas desta Suprema Corte, proferidos no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade, que versaram sobre as **liberdades constitucionais de manifestação do pensamento e de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação**, firmados pelo Plenário nos julgamentos da ADPF nº 130/DF e da ADI nº nº 4.451/DF.

12. Na ADPF nº 130/DF, o Pretório Excelso declarou **não recepcionado** pela Constituição da República todo o conjunto de preceitos da Lei nº 5.250, de 1967, conhecida como Lei de Imprensa. Transcrevo os principais trechos da respectiva ementa, que dialogam diretamente com o caso dos autos:

“(…) 3. O CAPÍTULO CONSTITUCIONAL DA COMUNICAÇÃO SOCIAL COMO SEGMENTO PROLONGADOR DE SUPERIORES BENS DE PERSONALIDADE QUE SÃO A MAIS DIRETA EMANAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: **A LIVRE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO E O DIREITO À INFORMAÇÃO E À EXPRESSÃO ARTÍSTICA, CIENTÍFICA, INTELLECTUAL E COMUNICACIONAL**. TRANSPASSE DA NATUREZA JURÍDICA DOS DIREITOS PROLONGADOS AO CAPÍTULO CONSTITUCIONAL SOBRE A COMUNICAÇÃO SOCIAL. O art. 220 da Constituição radicaliza e alarga o regime de plena liberdade de atuação da imprensa, porquanto fala: a) que **os mencionados direitos de personalidade (liberdade de pensamento, criação, expressão e informação) estão a salvo de qualquer restrição em seu exercício, seja qual for o suporte físico ou tecnológico de sua veiculação**; b) que tal exercício não se sujeita a outras disposições que não sejam as figurantes dela própria, Constituição. A liberdade de informação jornalística é versada pela Constituição Federal como expressão sinônima de liberdade de imprensa. Os direitos que dão conteúdo à liberdade de imprensa são **bens de personalidade que se qualificam como sobredireitos**. Daí que, no limite, as relações de imprensa e as relações de intimidade, vida privada, imagem e honra são de mútua excludência, no sentido de que as primeiras se antecipam, no tempo, às segundas; ou seja, antes de tudo prevalecem as relações de imprensa como superiores bens jurídicos e natural forma de controle social sobre o poder do Estado, sobrevivendo as demais relações como eventual responsabilização ou consequência do pleno gozo das primeiras. (...). **Não há liberdade de imprensa pela metade ou sob as tenazes da censura prévia, inclusive a procedente do Poder Judiciário, pena de se resvalar para o espaço inconstitucional da prestidigitação jurídica**. Silenciando a Constituição quanto ao regime da internet (rede mundial de computadores), não há como se lhe recusar a qualificação de **território virtual livremente veiculador de ideias e opiniões, debates, notícias e tudo o mais que signifique plenitude de comunicação**.

4. MECANISMO CONSTITUCIONAL DE CALIBRAÇÃO DE PRINCÍPIOS. O art. 220 é de instantânea observância quanto ao desfrute das liberdades de pensamento, criação, expressão e informação que, de alguma forma, se veiculem pelos órgãos de comunicação social. Isto sem prejuízo da aplicabilidade dos seguintes incisos do art. 5º da mesma Constituição Federal: vedação do anonimato (parte final do inciso IV; do direito de resposta (inciso V); direito a indenização por dano material ou moral à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas (inciso X); livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer (inciso XIII; direito ao resguardo do sigilo da fonte de informação, quando necessário ao exercício profissional (inciso XIV). (...).

(…) 7. RELAÇÃO DE INERÊNCIA ENTRE PENSAMENTO CRÍTICO E IMPRENSA LIVRE. A IMPRENSA COMO INSTÂNCIA NATURAL DE FORMAÇÃO DA OPINIÃO PÚBLICA E COMO ALTERNATIVA À VERSÃO OFICIAL DOS FATOS. **O pensamento crítico é parte integrante da informação plena e fidedigna. O possível conteúdo socialmente útil da obra compensa eventuais excessos de estilo e da própria verve do autor**. O exercício concreto da liberdade de imprensa assegura ao jornalista o direito de expender críticas a



qualquer pessoa, ainda que em tom áspero ou contundente, especialmente contra as autoridades e os agentes do Estado. **A crítica jornalística, pela sua relação de inerência com o interesse público, não é aprioristicamente suscetível de censura, mesmo que legislativa ou judicialmente intentada.** O próprio das atividades de imprensa é operar como formadora de opinião pública, espaço natural do pensamento crítico e ‘real alternativa à versão oficial dos fatos’ (Deputado Federal Miro Teixeira).

8. NÚCLEO DURO DA LIBERDADE DE IMPRENSA E A INTERDIÇÃO PARCIAL DE LEGISLAR. A uma atividade que já era ‘livre’ (incisos IV e IX do art. 5º), a Constituição Federal acrescentou o qualificativo de ‘**plena**’ (§ 1º do art. 220). Liberdade plena que, repelente de qualquer censura prévia, diz respeito à essência mesma do jornalismo (o chamado ‘núcleo duro’ da atividade). (...). Tirante, unicamente, as restrições que a Lei Fundamental de 1988 prevê para o ‘estado de sítio’ (art. 139), o Poder Público somente pode dispor sobre matérias lateral ou reflexamente de imprensa, respeitada sempre a ideia-força de que **quem quer que seja tem o direito de dizer o que quer que seja. Logo, não cabe ao Estado, por qualquer dos seus órgãos, definir previamente o que pode ou o que não pode ser dito por indivíduos e jornalistas.** (...). Ou, nas palavras do Ministro Celso de Mello, ‘a censura governamental, emanada de qualquer um dos três Poderes, é a expressão odiosa da face autoritária do poder público’. (...)” (ADPF nº 130/DF, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, j. 30/04/2009, p. 06/11/2009; grifos nossos).

13. Alguns anos depois desse paradigmático julgamento, a Suprema Corte debruçou-se sobre possível inconstitucionalidade de dispositivo legal que teria a finalidade de **restringir ou cercear a liberdade de expressão, inclusive no contexto da produção artística de natureza humorística** – situação destes autos – em período eleitoral. A decisão do Plenário, unânime, foi novamente peremptória em favor da **ampla liberdade de criação e expressão artístico-humorística**, conforme ementa a seguir transcrita:

“LIBERDADE DE EXPRESSÃO E PLURALISMO DE IDEIAS. VALORES ESTRUTURANTES DO SISTEMA DEMOCRÁTICO. INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS NORMATIVOS QUE ESTABELECEM PREVIA INGERÊNCIA ESTATAL NO DIREITO DE CRITICAR DURANTE O PROCESSO ELEITORAL. **PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL AS MANIFESTAÇÕES DE OPINIÕES DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO E A LIBERDADE DE CRIAÇÃO HUMORÍSTICA.**”

1. A Democracia não existirá e a livre participação política não florescerá onde a liberdade de expressão for ceifada, pois esta constitui condição essencial ao pluralismo de ideias, que por sua vez é um valor estruturante para o salutar funcionamento do sistema democrático.

2. A livre discussão, a ampla participação política e o princípio democrático estão interligados com a liberdade de expressão, tendo por objeto não somente a proteção de pensamentos e ideias, mas também opiniões, crenças, realização de juízo de valor e críticas a agentes públicos, no sentido de garantir a real participação dos cidadãos na vida coletiva.

3. São inconstitucionais os dispositivos legais que tenham a nítida finalidade de controlar ou mesmo aniquilar a força do pensamento crítico, indispensável ao regime democrático. Impossibilidade de restrição, subordinação ou forçosa adequação programática da liberdade de expressão a mandamentos normativos cerceadores durante o período eleitoral.

4. Tanto a liberdade de expressão quanto a participação política em uma Democracia representativa somente se fortalecem em um ambiente de total visibilidade e possibilidade de exposição crítica das mais variadas opiniões sobre os governantes.

5. **O direito fundamental à liberdade de expressão não se direciona somente a proteger as opiniões supostamente verdadeiras, admiráveis ou convencionais, mas também aquelas que são duvidosas, exageradas, condenáveis, satíricas, humorísticas, bem como as não compartilhadas pelas maiorias. Ressalte-se que, mesmo as declarações errôneas, estão sob a guarda dessa garantia**



constitucional.

6. Ação procedente para declarar a inconstitucionalidade dos incisos II e III (na parte impugnada) do artigo 45 da Lei 9.504/1997, bem como, por arrastamento, dos parágrafos 4º e 5º do referido artigo.”

(ADI nº 4.451/DF, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, j. 21/06/2018, p. 06/03/2019; grifos nossos).

14. No âmbito dessa mesma ação direta de inconstitucionalidade, por ocasião do referendo da medida cautelar deferida initio litis pelo então Relator, Ministro Ayres Britto, o Plenário da Corte assentou a **perfeita equiparação entre a liberdade de imprensa – foco da ADPF nº 130/DF – e a liberdade de criação do humorista**. Naquela ocasião, restou assentado:

“(…) 5. Programas humorísticos, charges e modo caricatural de pôr em circulação ideias, opiniões, frases e quadros espirituosos compõem as atividades de ‘imprensa’, **sinônimo perfeito de ‘informação jornalística’** (§ 1º do art. 220). **Nessa medida, gozam da plenitude de liberdade que é assegurada pela Constituição à imprensa**. Dando-se que o exercício concreto dessa liberdade em plenitude assegura ao jornalista o direito de expender críticas a qualquer pessoa, ainda que em tom áspero, contundente, sarcástico, irônico ou irreverente, especialmente contra as autoridades e aparelhos de Estado. (...)” (ADI nº 4.451-MC-Ref/DF, Rel. Min. Ayres Britto, j. 02/09/2010, p. 24/08/2012; grifos nossos).

15. Cumpre ressaltar que a observância dessa “*plenitude de liberdade*” não é voltada apenas às autoridades administrativas ou ao legislador. **Também o Poder Judiciário deve se submeter a esse postulado jurídico-político fundamental da Carta Constitucional**, consoante bem advertido pelo eminente Ministro Celso de Mello:

“Tenho assinalado, de outro lado, em diversas decisões que proferi no Supremo Tribunal Federal, que **o exercício da jurisdição cautelar por magistrados e Tribunais não pode converter-se em prática judicial inibitória, muito menos censória, da liberdade constitucional de expressão e de comunicação**, sob pena – como já salientei em oportunidades anteriores – de **o poder geral de cautela atribuído ao Judiciário qualificar-se, perigosa e inconstitucionalmente, como o novo nome de uma inaceitável censura estatal em nosso País**.”

(Rcl nº 18.566/SP, Rel. Min. Celso de Mello, j. 13/11/2018, p. 16/11/2018; grifos nossos).

16. É sabido, porém, que os direitos fundamentais, por importantes que sejam, não se revestem de caráter absoluto, razão pela qual também não encontra abrigo no ordenamento jurídico uma suposta licença total e irrestrita do exercício da liberdade de expressão. O uso estará sempre sujeito ao risco do abuso, o qual, uma vez ocorrido, deve ser sancionado. Entretanto, os **limites do exercício** e o **tratamento jurídico preferencial** de eventuais excessos, consoante o entendimento desta Corte, estão albergados no ordenamento jurídico, que prevê, por exemplo, a vedação do anonimato, o direito de resposta e a indenização por dano material ou moral. **Além disso, ninguém está imune à responsabilização criminal**, hipótese, contudo, que, por se tratar da ultima ratio, exige firme demonstração do ânimo de se praticar delitos tipificados na legislação penal, como calúnia, difamação, incitação pública à prática de crime, dentre outros.

Pois bem.

17. Desse conjunto de decisões, bem como de conhecida doutrina e consolidada jurisprudência acerca da temática, é possível estabelecer as seguintes premissas firmadas pelo STF:

“[i] O exercício das liberdades de pensamento, expressão e comunicação, notadamente no âmbito das atividades de imprensa, salvo situações excepcionalíssimas, **não pode ser objeto de cerceamento ou censura prévia, nem mesmo judicial**;

[ii] A atividade humorística, enquanto manifestação da liberdade de criação artística, **amolda-se à perfeição à liberdade de imprensa que protege a atividade jornalística**, sendo ambas **igualmente abrangidas** pela firme jurisprudência protetiva da Suprema Corte;

[iii] As liberdades de manifestação do pensamento e de expressão da atividade



intelectual, artística, científica e de comunicação, **inclusive a criação e apresentação de conteúdos humorísticos, possuem posição apriorística preferencial** (*preferred position*) – o que não se confunde com superioridade (inexistente) – em relação aos demais direitos fundamentais constitucionalmente protegidos;

[iv] Tendo em vista o caráter relativo dos direitos fundamentais, eventuais abusos no exercício dessas liberdades **devem, preferencialmente, ser objeto de exame posterior, nos termos da legislação civil ou até mesmo penal**, dispondo o ordenamento jurídico brasileiro de mecanismos normativos e processuais aptos a equacionar os bens jurídicos conflitantes; e

[v] Somente em situações **absolutamente excepcionais**, vale dizer, em que restar **concreta e objetivamente demonstrada a evidente lesividade para a sociedade**, à luz inclusive dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, pode ser cogitado o afastamento cautelar, initio litis, do amplo exercício das liberdades em comento, **surgindo pesadíssimo ônus argumentativo para justificar decisão judicial que implique censura prévia.**”

18. Assentadas tais premissas, cumpre examinar o conteúdo da decisão reclamada, proferida pelo Juízo de 1º Grau em sede de processo cautelar (“Cautelar Inominada Criminal”).

19. Assumidamente perfunctória, e calcada em princípios de **baixa densidade normativa**, o que, ipso facto, reclama **maior densidade axiológica** e, portanto, maior propensão ao subjetivismo hermenêutico, a decisão reclamada opta, initio litis, pela medida excepcional, isto é, parte desde logo para o extremo de impor, sob pesada multa pecuniária diária, **uma série de graves e severas restrições ao exercício da liberdade de expressão e da atividade profissional do reclamante**, na medida em que fixa as seguintes determinações:

“(a) Proibição de manter, transmitir, publicar, divulgar, distribuir, encaminhar ou realizar download de quaisquer arquivos de vídeo, imagem ou texto, com conteúdo depreciativo ou humilhante em razão de raça, cor, etnia, religião, cultura, origem, procedência nacional ou regional, orientação sexual ou de gênero, condição de pessoa com deficiência ou idosa, crianças, adolescentes, mulheres, ou qualquer categoria considerada como minoria ou vulnerável;

(b) Proibição de realizar, em suas apresentações, quaisquer comentários, bem como de divulgar, transmitir ou distribuir, quaisquer arquivos de vídeo, imagem ou texto, com conteúdo depreciativo ou humilhante em razão de raça, cor, etnia, religião, cultura, origem, procedência nacional ou regional, orientação sexual ou de gênero, condição de pessoa com deficiência ou idosa, crianças, adolescentes, mulheres, ou qualquer categoria considerada como minoria ou vulnerável

(c) Obrigação de retirar do ar em plataformas virtuais, sites, redes sociais ou qualquer aplicação de internet arquivos de vídeo, imagem ou texto, com conteúdo depreciativo ou humilhante em desfavor em razão de raça, cor, etnia, religião, cultura, origem, procedência nacional ou regional, orientação sexual ou de gênero, condição de pessoa com deficiência ou idosa, crianças, adolescentes, mulheres, ou qualquer categoria considerada como minoria ou vulnerável, comprovando-se nos autos;

(d) Proibição de se ausentar da Comarca em que reside por mais de 10 (dez) dias, sem autorização judicial;

(e) Comparecimento mensal em juízo para informar e justificar suas atividades.” (e-doc. 4, p. 5).

20. Com efeito, avulta desses abrangentes comandos decisórios o **descumprimento** dos precedentes vinculantes apontados como paradigma, bem assim da **principiologia hermenêutica que os inspirou**, porquanto optou-se, **desde logo**, pela imposição de **censura prévia** ao reclamante, adotando-se técnica coativa que, inclusive, gera grave insegurança jurídica, além de franca violação aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

21. Embora tenham sido apontados exemplos de suposta prática ilícita pelo reclamante, mencionando-se “indícios de incitação à violência e franco desrespeito à dignidade de grupos histórico e socialmente minoritários e vulneráveis”, a decisão não



ordenou a exclusão de falas específicas, mediante a indicação concreta do ilícito, em tese, praticado. Limitou-se a exarar **comandos genéricos de ampla proibição**, fazendo largo uso do termo “*quaisquer*” para se referir a “*arquivos de vídeo, imagem ou texto*”, “*conteúdos*”, “*comentários*” etc. que, **abstratamente**, possam ser tidos como “*depreciativo ou humilhante*” para “*qualquer* categoria considerada como minoritária ou vulnerável”.

22. A decisão, portanto, desbordou do que fora decidido pelo Supremo Tribunal Federal nos julgados de referência, visto que uma **proibição ampla e genérica dessa magnitude**, imposta a um profissional reconhecidamente atuante na criação e apresentação artístico-humorísticas, impedindo-o de manifestar *qualquer conteúdo que possa ser interpretado como ofensivo*, sob pena de multa diária de R\$ 10.000,00, ao fim e ao cabo, **constitui a famigerada censura prévia**, cujo elevadíssimo ônus argumentativo, de obrigatoria observância, não foi contemplado no caso concreto.

23. Sustenta-se haver “*indicativos do cometimento de diversos delitos*” pelo reclamante, relacionados com o exercício da sua liberdade artística e de expressão. Sendo assim, na esteira da **superior proteção conferida pela Suprema Corte a tais liberdades**, o deferimento de medidas cautelares – sobretudo as atípicas (“inominadas”) – seria medida excepcionalíssima, a exigir **analítica e rigorosa** demonstração não apenas do **fumus commissi delicti** acerca da prática dos tipos penais abstratamente cogitados, como também da **necessidade e adequação** dessas medidas (art. 282, incs. I e II, do CPP).

24. A decisão reclamada também viola **os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, bem como o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão** (art. 5º, inc. XIII, da CRFB), ao determinar a “*proibição de se ausentar da Comarca em que reside por mais de 10 (dez) dias, sem autorização judicial*” e o dever de “[C]omparecimento mensal em juízo para informar e justificar suas atividades”. À míngua de fundamentação robusta e idônea, tais medidas carecem de demonstração de **necessidade e adequação**.

25. Ademais, havendo “*indicativos*” de materialidade e autoria de crimes, **no contexto do exercício das liberdades artística e de expressão**, o procedimento constitucionalmente consentâneo com a preferred position firmada pela Suprema Corte, ao menos a priori, deve ser o oferecimento de denúncia pelo Parquet, com a regular instrução do devido processo legal, sob os auspícios do contraditório e da ampla defesa, para, ao final, **havendo condenação com trânsito em julgado**, promover-se a respectiva execução penal, inclusive de eventuais penas acessórias. Esse proceder estaria em linha, *mutatis mutandis*, com o que decidido pelo STF nas ADCs nº 44/DF, nº 45/DF e nº 54/DF.

26. Enfatizo que, no julgamento da ADI nº 4.451/DF, em que se reconheceu a inconstitucionalidade de dispositivo legal que hierarquizava direitos fundamentais, em prejuízo do princípio hermenêutico que defende a unidade da Constituição, decidiu-se não ser possível estabelecer prevalências *ex ante*, **especialmente contra a liberdade de manifestação do pensamento, tida e havida como sendo preferencial (preferred position)**. O eminente Ministro Roberto Barroso, naquela assentada, consignou que, no campo dos juízos apriorísticos, a **inexistência de superioridade não se confunde com a existência de preferência**, conforme segue:

“(…) Como nós sabemos, pelo princípio da unidade da Constituição, não existe hierarquia entre direitos fundamentais. Portanto, **quando o legislador os hierarquiza, ele incide, a meu ver, em inconstitucionalidade**. Foi a tese que eu espousei que, de certa forma, prevaleceu no voto igualmente histórico – eu diria – relatado pela Ministra Cármen Lúcia, no caso em que discutimos a exigência de prévia autorização para biografias.

A segunda, além de hierarquizar, esta norma legal não preserva o núcleo essencial da liberdade de expressão, porque fica simplesmente suprimida, a partir de julho **não pode mais falar, pensar ou criar – pensar alto ou criar**.

A terceira e última, Presidente, é que se deixou de levar em conta também um aspecto que eu penso que seja majoritário aqui no Supremo, mas certamente está presente na minha convicção: **é o caráter preferencial da liberdade de expressão**. E aí eu gostaria de, também brevemente, elaborar o que que significa esse caráter preferencial. Significa que, **embora não exista hierarquia entre normas constitucionais, a liberdade de expressão desfruta de uma primazia prima facie, ou seja, em princípio ela deve prevalecer**. Consequentemente, **o ônus argumentativo da demonstração de que outro valor deva sobrepujá-la é da parte que esteja questionando, da parte que esteja impugnando a norma**. E



por que eu acho que, no Direito brasileiro, a liberdade de expressão deve desfrutar desta posição preferencial? Em primeiro lugar, porque o passado condena. Nós temos uma história de desrespeito à liberdade de expressão que começa na certidão de nascimento da nação brasileira, quando o Padre Manuel Aires de Casal mandou cortar vários trechos da carta de Pero Vaz de Caminha que considerou indecorosos. A partir dali veio uma certa tradição de intervenção estatal na liberdade de expressão, da qual não nos livramos até hoje e em relação à qual, eu devo registrar a nosso crédito, **o Supremo Tribunal Federal tem tido um papel importante, quando não decisivo, para superar esta cultura censória que se manifesta muitas vezes, inclusive, por intervenção judicial. (...).**” (ADI nº 4.451/DF, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 21/06/2018, p. 06/03/2019; grifos nossos).

27. Importa ressaltar que, em relação à temática, o Supremo Tribunal Federal não se limitou a esses dois julgados. Há outros casos emblemáticos que ilustram o compromisso desta Corte com a **máxima proteção ao exercício da liberdade de expressão, inclusive a de natureza artística, em situações tão ou mais polêmicas do que a presente.**

28. Cito, nesse contexto, o julgamento do Habeas Corpus nº 83.966/RJ, que resultou no **trancamento da ação penal** a que respondia, pela prática de ato obsceno (art. 233 do Código Penal), o autor e diretor de teatro Gerald Thomas. Eis o que decidido pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal naquela ocasião:

“*Habeas corpus*. Ato obsceno (art. 233 do Código Penal). 2. Simulação de masturbação e exibição das nádegas, após o término de peça teatral, em reação a vaias do público. 3. Discussão sobre a caracterização da ofensa ao pudor público. **Não se pode olvidar o contexto em que se verificou o ato incriminado. O exame objetivo do caso concreto demonstra que a discussão está integralmente inserida no contexto da liberdade de expressão, ainda que inadequada ou deseducada.** 4. A sociedade moderna dispõe de mecanismos próprios e adequados, como a própria crítica, para esse tipo de situação, dispensando-se o enquadramento penal. Ressalva dos votos dos Ministros Carlos Velloso e Ellen Gracie, que defendiam que a questão não pode ser resolvida na via estreita do *habeas corpus*.”

[HC nº 83.996/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, Red. do Acórdão Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. 17/08/2004, p. 26/08/2005).

29. Mais recentemente, também na Segunda Turma da Corte, outro caso polêmico foi examinado envolvendo a produção de conteúdo audiovisual – “*Especial de Natal Porta dos Fundos: A Primeira Tentação de Cristo*” – que, por meio da sátira, **atacava símbolos e crenças religiosas de milhões de brasileiros.** Nada obstante o escárnio, foi ressaltado pelo Colegiado que a censura à liberdade artística deve ser reservada para os “*casos excepcionalíssimos*”, assegurando-se, uma vez mais, a prevalência da liberdade de expressão, **ainda que ofensiva a determinados segmentos da sociedade**, conforme se extrai da respectiva ementa:

“Reclamação. 2. Liberdade de expressão. 3. Decisões reclamadas que restringem difusão de conteúdo audiovisual em que formuladas sátiras a elementos religiosos inerentes ao Cristianismo. 4. Ofensa à autoridade de decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal nos julgamentos da ADPF 130 e da ADI 2.404. 5. **Limites da liberdade artística.** 6. Importância da livre circulação de ideias em um Estado democrático. **Proibição de divulgação de determinado conteúdo deve-se dar apenas em casos excepcionalíssimos,** como na hipótese de configurar ocorrência de prática ilícita, de incitação à violência ou à discriminação, bem como de propagação de discurso de ódio. 7. Distinção entre intolerância religiosa e crítica religiosa. Obra que não incita violência contra grupos religiosos, mas constitui mera crítica, realizada por meio de sátira, a elementos caros ao Cristianismo. 8. Reclamação julgada procedente.”

(Rcl nº 38.782/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. 03/11/2020, p. 24/02/2021; grifos nossos).

30. É consolidado, portanto, o entendimento desta Suprema Corte acerca da preferencial proteção constitucional garantida ao exercício das liberdades criativas do



espírito humano, a abranger a **livre produção e apresentação de quadros humorísticos**, ainda que o produto dessa criação **não guarde consonância** com critérios religiosos, morais ou ideológicos majoritários (ou mesmo minoritários) da sociedade.

31. O caso dos autos comporta, ainda, dois importantes registros complementares. O primeiro diz respeito ao **ambiente** em que as falas, supostamente “indicativas” da prática de ilícito penal, foram proferidas. Trata-se, a toda evidência, de um **show de humor**, conhecido como *stand up comedy*, modalidade atualmente bastante difundida no Brasil, no qual imperam – *e é exatamente isso que esperam os consumidores desses eventos* – o riso, a galhofa, a deformação hiperbólica da realidade, a crítica abusada, debochada, mordaz, polêmica, por vezes ofensiva e, frequentemente, sem qualquer compromisso com o ideário politicamente correto.

32. No julgamento do Referendo na Medida Cautelar na ADI nº 4.451/DF, o eminente Ministro Cesar Peluzo, referindo-se aos programas humorísticos, salientou que “*é próprio da caricatura, da sátira e da farsa, aquilo que se chama de deformação hiperbólica da realidade. Ninguém faz farsa, caricatura ou sátira, sem deformar a realidade*” (ADI nº 4.451-MC-Ref/DF, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, j. 02/09/2010, p. 24/08/2012). Essa constatação reforça a necessidade de **interpretar as falas do reclamante no contexto do ambiente em que são proferidas**.

33. O professor Rony Petterson Gomes do Vale, pesquisador dessa temática, delimita bem o **campo discursivo** do humor praticado sob a forma de *stand up*, auxiliando a compreensão do **ambiente próprio que o envolve**, o qual propicia falas que, em qualquer outro contexto ou ambiente, **provavelmente causariam perplexidade, indignação e repúdio, jamais, risos**. Extraio de seu artigo o seguinte trecho:

“Fruto da escola americana de humor, o *stand-up* é um tipo de espetáculo apresentado por um único humorista (*one man show*) de cara limpa (sem maquiagem) e em pé (por isso, *stand-up*), e, normalmente, realizado em teatros, cinemas, casas noturnas ou bares. Na maioria dos casos, não são utilizados nenhum dos artifícios da arte dramática, como, por exemplo: cenário, figurino, sonoplastia, trilha sonora, personagens, entre outros. **No palco, o humorista tem grande liberdade para dizer aquilo que lhe vem à mente, utilizando-se de vários recursos (verbais e miméticos) e de quaisquer temas (política, sexo, excrementícia, religião, casamento etc.), contanto que faça rir**. Enquanto gênero, algumas regras são estabelecidas como a não interpretação de personagens e, principalmente, a não utilização de piadas ou de ‘causos’ já conhecidos, pois, como afirma Gonzaga, ‘a força está no texto. Muitas vezes, o público aplaude mais uma observação inteligente, com que ele se identifica, do que o engraçado’ (...).

(...). **Autoderrisão, uso de termos chulos, quebra das coerções do gênero: tudo é matéria para fazer rir**. No *stand-up*, não há a proteção da máscara do palhaço ou da personagem sob a qual o ator cômico poderia se esconder: ‘não fui eu quem disse aquelas barbaridades; foi a personagem’. O humorista está totalmente exposto: **seu ethos prévio e discursivo se consubstanciam, e o seu discurso, quando relatado pela mídia, por vezes, não é devidamente contextualizado, o que resulta em dificuldades – às vezes, jurídicas – para desqualificar certas acusações de racismo, homofobia, machismo etc.** E, como a base do *stand-up* é o texto verbal, a linguagem se volta para uma tendência do humor americano e mundial, ou seja, para o politicamente incorreto. (...).”

(VALE, Rony Petterson Gomes do. Humor, humoristas e problemas de topia discursiva. **Linguagem em (Dis)curso** - LemD, Tubarão, SC, v. 15, n. 2, p. 267-283, maio/ago. 2015. Acesso em 12 de setembro de 2023. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ld/a/YFj8rZqfVbKcYwFfXG5LZNQ/?lang=pt>) (grifos nossos).

34. Essa necessária contextualização, embora, como já mencionado, não signifique imunidade penal, é altamente indicativa da configuração do *animus jocandi*, **inerente e presumido em qualquer apresentação artística dessa natureza**, cuja audiência, aliás, demanda postura ativa por parte de quem, livre e conscientemente, escolhe consumir esse tipo de diversão.

35. Daí por que não há que se confundir o presumido *animus jocandi* de um profissional do humor com o **dolo de se praticar crimes**, necessário, em regra, para configurar a maior parte dos tipos penais existentes na legislação (art. 18, parágrafo único, do Código Penal). É certo que, como tudo no direito (e na vida), há limites para o exercício



de qualquer atividade, e não se descarta a possibilidade de, por meio de piadas, cometer-se crimes. Todavia, é o **ânimo interno do agente**, a ser extraído das circunstâncias de cada caso – **inclusive e especialmente do ambiente** – que vai delinear os indicativos da prática, ou não, de ilícitos criminais.

36. O segundo registro que faço diz respeito ao indissociável binômio *liberdade e responsabilidade* que deve acompanhar o exercício de **qualquer atividade comunicacional**. Em feitos análogos, envolvendo ordens judiciais que determinam a supressão de notícias da internet, ao mesmo tempo em que tenho reconhecido, na via reamatória, o direito de se restabelecer o que fora objeto de censura, tenho também exortado as partes reclamantes no sentido de que exerçam as liberdades invocadas perante o Supremo Tribunal Federal de modo responsável. Afinal, a declaração de não recepção da antiga Lei de Imprensa, no bojo da ADPF nº 130/DF, **não estabeleceu a irresponsabilidade civil ou penal do jornalista, do artista, do comediante ou de qualquer cidadão**.

37. Transcrevo, nesse sentido, a advertência feita no âmbito da Reclamação nº 60.575/AC, a qual, embora tratasse de atividade jornalística, **serve igualmente para a criação artística do autor da presente reclamação**:

“18. Ressalto, por fim, que cabe à parte reclamante, no exercício responsável do seu importante munus, ainda que autorizada a retornar todas as publicações envolvendo o episódio em tela, ponderar, inclusive considerando as alegações da parte beneficiária, se não deveria promover eventuais retificações ou ajustes, de conteúdo ou forma, à luz das melhores práticas jornalísticas. **Enfatizo esse ponto porque a presente decisão não implica qualquer juízo acerca do mérito da ação de origem**, não se constituindo, portanto, passaporte para o exercício temerário, irresponsável ou enviesado da relevante atividade de informação.”
(Rcl nº 60.575/AC, de minha relatoria, j. 28/06/2023, p. 29/06/2023; grifos no original).

38. Com essa mesma recomendação, proferi voto divergente, ao final vencedor, no âmbito da Reclamação nº 58.048-AgR/SC. O acórdão restou assim ementado:

“AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO. POSTAGEM DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA NO INSTAGRAM. DETERMINAÇÃO DE EXCLUSÃO LIMINAR. DESCONFORMIDADE COM OS FUNDAMENTOS DA ADPF Nº 130/DF. PRECEDENTES. **PREVALÊNCIA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO, CUJO EXERCÍCIO, CONTUDO, DEMANDA RESPONSABILIDADE DO ÓRGÃO PÚBLICO.**

1. No intuito de proteger a ampla liberdade de expressão e de comunicação, o Supremo Tribunal Federal tem sido mais flexível na admissão de reclamação, adotando-se como parâmetro de confronto os fundamentos albergados no julgamento da ADPF nº 130/DF. Precedentes.

2. A decisão judicial que, em sede de cognição sumária, determina a exclusão de postagem feita pela Defensoria Pública, ou seja, que opta início litis pela supressão liminar da liberdade de informação, aparta-se das diretrizes e dos fundamentos estabelecidos pela Suprema Corte no julgamento paradigma.

3. Agravo regimental provido, para julgar procedente o pedido reamatório, permitindo-se à Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina que, **a seu critério, promova o retorno da postagem, até o julgamento final da ação de origem.**”

(Rcl nº 58.048-AgR/SC, Rel. Min. Nunes Marques, Red. do Acórdão Min. André Mendonça, Segunda Turma, j. 18/04/2023, p. 15/06/2023; grifos nossos).

39. Em outras palavras, a presente decisão não implica juízo de mérito acerca da responsabilidade criminal do reclamante, seja porque não é esse o objeto da reclamação, seja porque não estão presentes, nestes autos, todos os elementos necessários a tal exame, cuja competência, de resto, recai sobre as instâncias ordinárias.

40. Ante o exposto, com base no art. 161, parágrafo único, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, **julgo procedente o pedido formulado, para cassar a decisão reclamada, bem como todos os seu efeitos, sem prejuízo da regular continuidade de eventual inquérito policial ou ação penal em curso, decorrente ou**



conexo ao processo cautelar nº 1011931-27.2023.8.26.0050.”

Tudo, pois, quanto é certo afirmar é que o direito fundamental à livre manifestação do pensamento não franqueia ao apelante a possibilidade de, ainda que no palco e no desempenho de seu ofício de ator ou em veiculação de gravação audiovisual de sua interpretação teatral, utilizar-se, à minguada de responsabilização penal, livremente do discurso para induzir ou incitar a discriminação em desfavor de grupos vulneráveis protegidos pelo ordenamento jurídico-penal, eis que a perpetração de crime de ódio conforma *limite* para o exercício da liberdade de expressão artística.

Bem por isso a decisão dada na Reclamação nº 60.382/SP, por ele mesmo impetrada, sem embargo de afastar a censura prévia, ressalva a viabilidade de caracterização de perpetração delitiva e da correspondente aplicação de pena criminal em caso de dolo.

À vista dessa possibilidade, cuja apreciação incumbe às instâncias ordinárias, é que o *decisum* julgou procedente o pedido formulado e cassou a decisão reclamada em todos os seus efeitos, “sem prejuízo da regular continuidade de eventual inquérito policial ou ação penal em curso decorrente ou conexo ao processo cautelar nº 1011931-27.2023.8.26.0050” (destaque acrescido).

Assim é que, adotados os parâmetros emanados dos precedentes jurisprudenciais antes citados e das conclusões lançadas ao longo da fundamentação da decisão monocrática do Ministro André Mendonça na Reclamação nº 60.382/SP, a tipicidade penal das condutas imputadas na denúncia, à vista das normas incriminadoras dos arts. 20, §§ 2º e 2º-A, da Lei 7.716/89 e 88, § 2º, da Lei 13.146/2015 (ID 327465287) estará a depender da concorrência de dois fatores.

O primeiro, de ordem objetiva, consiste na configuração efetiva da prática, do induzimento ou da incitação à discriminação ou preconceito em desfavor de grupos vulneráveis protegidos pela legislação penal, em trechos da atuação teatral do apelante disponibilizada e divulgada na *internet*, sob forma e grau que se considerem caracterizadores de discurso de ódio – e, portanto, transgressores dos limites da liberdade de expressão –, conforme critérios balizadores que, como se verá, já foram definidos pelo Supremo Tribunal Federal.

O segundo fator, de cunho subjetivo, repousa sobre a demonstração do dolo específico de cometer os delitos imputados – a vontade livre e consciente de



praticar, induzir ou incitar a discriminação ou o preconceito –, cuja aferição revela-se imprescindível na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Pois bem. Estabelecidas as grandezas de cuja apreciação depende a tipificação penal dos fatos imputados, os três subtópicos a seguir dispostos ocupam-se de sua verificação, bem como da prova da materialidade e da autoria delitivas.

III.b.1) *Dos elementos objetivos*

Ante a complexidade de fixar o ponto de inflexão em que o discurso, pela natureza das ideias que propaga, excede os limites da liberdade constitucional de expressão e fere a vedação ao preconceito e à discriminação, passando a configurar conduta criminosa à vista do art. 20 da Lei 7.716/1989, o Supremo Tribunal Federal tem sido chamado a calibrar a incidência dos bens jurídicos implicados, estabelecendo balizas ou critérios para a resolução do conflito entre direitos fundamentais.

O Supremo Tribunal Federal firmou jurisprudência que reconhece que a liberdade de expressão do pensamento cede espaço à possibilidade de caracterização do delito em declarações que tracem distinções e fixem hierarquia entre grupos ou indivíduos e tenham a finalidade de repressão, dominação, supressão ou eliminação.

A máxima jurisprudencial apontada decorre, em verdade, de posição adotada pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal no Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 134.682/BA, assim ementado:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. CRIME DE RACISMO RELIGIOSO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. IMPRESCRITIBILIDADE. PREVISÃO CONSTITUCIONAL EXPRESSA. LIVRO. PUBLICAÇÃO. PROSELITISMO COMO NÚCLEO ESSENCIAL DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO RELIGIOSA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. 1. Não se reconhece a inépcia da denúncia na hipótese em que a tese acusatória é descrita com nitidez e o acusado pode insurgir-se, com paridade de armas, contra o conteúdo veiculado por meio da respectiva peça acusatória. 2. Nos termos da jurisprudência do STF, “a divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social” (HC 82424, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2003), de modo que o conceito jurídico associado ao racismo não pode ser delineado a partir de referências raciais ancoradas em compreensões científicas há muito superadas. Assim, a imprescritibilidade de práticas de racismo deve ser aferida segundo as características político-sociais consagradas na Lei 7.716/89, nas quais se inserem condutas exercitadas por razões de ordem religiosa e que se qualificam, em tese, como preconceituosas ou discriminatórias. 3. A liberdade religiosa e a de expressão constituem elementos fundantes da ordem constitucional e devem ser exercidas com observância dos demais direitos e garantias fundamentais, não alcançando, nessa ótica, condutas reveladoras de discriminação. 4. No que toca especificamente à liberdade de expressão religiosa, cumpre reconhecer, nas hipóteses de religiões que se alçam a universais, que o discurso proselitista é da essência de seu integral exercício. De tal modo, a finalidade de alcançar o outro, mediante persuasão, configura comportamento intrínseco a religiões de tal natureza. Para a consecução de tal objetivo, não se revela ilícito, por si só, a comparação entre diversas religiões, inclusive com explicitação de certa



hierarquização ou animosidade entre elas. **5. O discurso discriminatório criminoso somente se materializa após ultrapassadas três etapas indispensáveis. Uma de caráter cognitivo, em que atestada a desigualdade entre grupos e/ou indivíduos; outra de viés valorativo, em que se assenta suposta relação de superioridade entre eles e, por fim; uma terceira, em que o agente, a partir das fases anteriores, supõe legítima a dominação, exploração, escravização, eliminação, supressão ou redução de direitos fundamentais do diferente que compreende inferior.** 6. A discriminação não libera consequências jurídicas negativas, especialmente no âmbito penal, na hipótese em que as etapas iniciais de desigualdade desembocam na suposta prestação de auxílio ao grupo ou indivíduo que, na percepção do agente, encontrar-se-ia em situação desfavorável. 7. Hipótese concreta em que o paciente, por meio de publicação em livro, incita a comunidade católica a empreender resgate religioso direcionado à salvação de adeptos do espiritismo, em atitude que, a despeito de considerar inferiores os praticantes de fé distinta, o faz sem sinalização de violência, dominação, exploração, escravização, eliminação, supressão ou redução de direitos fundamentais. 8. Conduta que, embora intolerante, pedante e prepotente, se insere no cenário do embate entre religiões e decorrente da liberdade de proselitismo, essencial ao exercício, em sua inteireza, da liberdade de expressão religiosa. Impossibilidade, sob o ângulo da tipicidade conglobante, que conduta autorizada pelo ordenamento jurídico legítima a intervenção do Direito Penal. 9. Ante a atipicidade da conduta, dá-se provimento ao recurso para o fim de determinar o trancamento da ação penal pendente.

(RHC 134682, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 29/11/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-191 DIVULG 28-08-2017 PUBLIC 29-08-2017)

No julgamento que levou à formação do precedente citado, é esclarecedor o trecho do voto condutor do Ministro Relator, Edson Fachin, em que, servindo-se dos ensinamentos de Norberto Bobbio¹, balizou o caráter criminoso que assume o discurso quando ultrapassadas três etapas, a saber:

“Uma de caráter cognitivo, em que atestada a desigualdade entre grupos e/ou indivíduos; outra de viés valorativo, em que se assenta suposta relação de superioridade entre eles e, por fim; uma terceira, em que o agente, a partir das fases anteriores, supõe legítima a dominação, exploração, escravização, eliminação, supressão ou redução de direitos fundamentais do diferente que compreende inferior” (RHC 134682, Relator(a): EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 29/11/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-191 DIVULG 28-08-2017 PUBLIC 29-08-2017).

Ao analisar-se, na linha da compreensão abraçada pelo Supremo Tribunal Federal, o vídeo da obra teatral divulgado pelo apelante, conclui-se que suas falas, em vários segmentos, perpassam, cumulativamente, as três etapas adotadas para fins de parametrização do caráter criminoso do discurso, como se verá adiante.

Antes, entretanto, um esclarecimento faz-se imprescindível. A compreensão do Supremo Tribunal Federal não criminaliza toda e qualquer forma de discurso de cunho preconceituoso, discriminatório ou ofensivo. Por isso, na maior parte da apresentação teatral divulgada, o texto interpretado, apesar de seu teor muitas vezes aviltante para múltiplos grupos vulneráveis, não chega a perfazer-se como discurso criminoso, eis que, embora fixada a desigualdade (caráter cognitivo), não se chega a estabelecer a

¹ BOBBIO, Norberto. Elogio da serenidade. São Paulo: Editora Unesp, 2000.



inferioridade (caráter valorativo) ou, chegando-se a fazê-lo, não se pode identificar o aspecto de dominação, exploração, escravização, eliminação, supressão ou redução de direitos fundamentais do diferente compreendido como inferior.

Em outras palavras, objetivamente, os trechos criminosos do vídeo – a serem apontados a seguir – são aqueles que chegam a propagar desumanização ou, ainda, redução ou supressão de direitos fundamentais do grupo inferiorizado, motivo por que sua divulgação, nesses segmentos, não acobertada pela liberdade de expressão artística, repercute em responsabilização criminal.

Ditos fragmentos, caracterizadores de conduta criminosa, são dispostos avante, separadamente, em relação a cada grupo vulnerável protegido pela lei penal. Por necessidade de melhor contextualização, benéfica na busca por mais acurada compreensão, as transcrições abrangem, de forma mais ampla, a abordagem do apelante quanto à comunidade agredida, figurando em negrito a passagem específica caracterizadora do criminoso induzimento ou incitação ao preconceito ou à discriminação, em que se atinge o grau de abuso ou excesso do direito de liberdade de expressão, em razão do alcance da terceira etapa referida no precedente do Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 134.682/BA (Rel. Min. Edson Fachin, Primeira Turma), mediante legitimação da “dominação, exploração, escravização, eliminação, supressão ou redução de direitos fundamentais do diferente que compreende inferior”.

i) Nordestinos

[00h:10min:48s]Vamos agora região Nordeste.(...)

[00h:11min:11s] As crianças lá tinham mais verme do que brinquedo. Tem cidades tão pobres que crianças da África mandam comida para lá. Eu vi uma campanha na Somália: help Sobral. Eu vi. Olha, tô falando da África, mas meu sonho é fazer um safari. Pô, deve ser incrível. Imagina você andando na selva africana, escuta o estômago do africano roncando de fome. Deve ser incrível. O leão que foge dele. Esse cara vai me comer. Temos alguns representantes do Nordeste, mas deixa eu ver quem aqui já foi pro Nordeste, faz, barulho. Bastante gente. Eu vou contar a próxima, então, que vocês vão, vocês vão se identificar. A maioria das cidades do Nordeste é muito longe, a gente acaba indo de avião e você pegar voo pro Nordeste é uma experiência, **porque tem umas pessoas com aparência primitiva**. Falei: "Esse cara saiu de um livro de geografia". Que negócio é esse?" Ele anda meio de lado assim. Terceira dimensão não chegou na terra dele. Ele anda em 2D. Para embarcar tem que virar o corpo. Começou o embarque. Vamos embora, Rominelson. É um caranguejo. Que negócio é esse, cara? A roupa é diferente também. A roupa também é diferente. A calça eles usam lá em cima, não é? E parece que quanto mais sobe a calça,



mais desce o pescoço. Vai aproximando. O cinto vira uma coleira. Começou o embarque. Que ser humano é esse, né, cara? (...)

[00h:47min:47s] **Eu vi um documentário. Eu fiquei impressionado. Vi um documentário falando que o DNA do chimpanzé é 99% igual do ser humano. 1% não é zoofilia. Rapaz do Mato Grosso concorda comigo. 99. Tem ser humano que não é 99% humano. O nordestino do avião 72.**

A dicção destacada desumaniza os nordestinos, como coletividade. Reputa-os primitivos e chega a dizer que, geneticamente, um chimpanzé seria mais parecido a um ser humano (99% igual) que um nordestino (72% igual, apenas). De forma que nem sequer se pode reputar subliminar, profere-se discurso que desqualifica as pessoas procedentes do Nordeste do Brasil, retira-lhes ou minora-lhes atributos humanos e incentiva, dessa forma, a redução e desrespeito do seu plexo de direitos fundamentais que, como seres humanos, possuem.

Nesse campo, o Superior Tribunal de Justiça, no acórdão que julgou o REsp nº 1.569.850/RN (Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma), ao examinar crime de ódio (*hate speech*) decorrente de postagens em que ficava patente o preconceito ou discriminação contra nordestinos, em razão de procedência nacional, considerou a conduta típica em acórdão assim ementado (destaque acrescido):

RECURSO ESPECIAL. PENAL. ART. 20, § 2º, DA LEI N. 7.716/1989. AUSÊNCIA DE POTENCIALIDADE LESIVA. ADEQUAÇÃO TÍPICA FORMAL E MATERIAL EM TESE DA CONDUTA. JUÍZO DE INFERIORIDADE DE COLETIVIDADES. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. BENS JURÍDICOS TUTELADOS. IGUALDADE, DIVERSIDADE E PAZ PÚBLICA. INCOMPATIBILIDADE. TIPO PENAL DE PERIGO ABSTRATO.

1. O delito do art. 20, § 2º, da Lei n. 7.716/1989, consiste na expressão de superioridade em contraposição à inferioridade de coletividades humanas. A Convenção Interamericana de Direitos Humanos, ao tratar da liberdade de expressão, dispôs explicitamente no art. 13.5 comando criminalizatório do discurso de ódio que, em nosso ordenamento jurídico, o dispositivo em comento faz as vezes.

2. A forma como estruturado o tipo penal e o bem jurídico tutelado são determinantes na incidência, ou não, do princípio da insignificância. A dignidade da pessoa humana, a igualdade e, concomitantemente, o pluralismo, bem como a paz pública não comportam flexibilização, sob pena de negação integral de tais valores.

3. Recurso especial provido a fim de determinar a baixa dos autos à origem para aferição dos demais requisitos para quebra do sigilo de dados.

(REsp n. 1.569.850/RN, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 24/4/2018, DJe de 11/6/2018.)

O voto do Ministro Sebastião Reis Júnior no julgamento que deu origem ao precedente colacionado, com lucidez, aborda o *racismo* contra nordestinos e merece integral transcrição por sua sólida contribuição ao cenário jurisprudencial brasileiro sobre a delito em análise, *ad litteram* (com destaques que não constam do original):

“O presente recurso especial deve ser conhecido, já que reúne os requisitos



intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade.

A questão posta em debate cinge-se à aferir se postagem realizada em rede social tem potencialidade lesiva para configurar o delito do art. 20, § 2º, da Lei n. 7.716/1989.

As postagens objeto de representação foram as seguintes: *Ebola, olha com carinho para o Nordeste e E aí tudo graças aos flagelados nordestinos que vivem de bolsa esmola.*

No mérito, entendo assistir razão ao Ministério Público e o faço com apoio em dois pressupostos básicos: a sua tipicidade em tese da conduta, dada a criminalização do *hate speech*, e a incompatibilidade do princípio da insignificância, tendo em vista a tutela eficiente dos bens jurídicos protegidos e a estrutura abstrata do tipo em epígrafe.

Primeiramente, os fatos representados, em tese e formalmente, conformam-se com a norma penal em discussão.

Como didaticamente observado pelo Ministro Felix Fischer, ao distinguir a injúria racial da prática de discriminação ou incitação de preconceito, o delito em comento consiste na expressão de superioridade em contraposição à inferioridade de coletividades humanas:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. ART. 20, DA LEI Nº 7.716/89. ALEGAÇÃO DE QUE A CONDUTA SE ENQUADRARIA NO ART. 140, §3º, DO CP. IMPROCEDÊNCIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. INOCORRÊNCIA.

I - O crime do art. 20, da Lei nº 7.716/89, na modalidade de praticar ou incitar a discriminação ou preconceito de procedência nacional, não se confunde com o crime de injúria preconceituosa (art. 140, §3º, do CP). Este tutela a honra subjetiva da pessoa. **Aquele, por sua vez, é um sentimento em relação a toda uma coletividade em razão de sua origem (nacionalidade).**

II - No caso em tela, a intenção dos réus, em princípio, não era precisamente depreciar o passageiro (a vítima), mas salientar sua humilhante condição em virtude de ser brasileiro, i.e., a idéia foi exaltar a superioridade do povo americano em contraposição à posição inferior do povo brasileiro, atentando-se, dessa maneira, contra a coletividade brasileira. Assim, suas condutas, em tese, subsumem-se ao tipo legal do art. 20, da Lei nº 7.716/89.

III - A peça acusatória deve vir acompanhada com o mínimo embasamento probatório apto a demonstrar, ainda que de modo indiciário, a efetiva realização do ilícito penal por parte dos denunciados. Se não houver um lastro probatório mínimo a respaldar a denúncia, de modo a tornar esta plausível, não haverá justa causa a autorizar a instauração da *persecutio criminis* (Precedentes da Corte Especial e da Turma). *In casu* há o mínimo de elementos (v.g., prova testemunhal) que indicam possível participação dos recorrentes no delito a eles imputado.

Writ denegado.

(RHC n. 19.166/RJ, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJ 20.11.2006, p. 342)

No caso vertente, ao meu sentir, as frases publicadas assentam suposta inferioridade das coletividades ofendidas, as pessoas oriundas do nordeste do Brasil. Ao considerar que as pessoas dessa coletividade deveriam ser olhadas com carinho pelo ebola, o recorrido, em tese, externou juízo de desprezo sobre todos esses grupos.

Assim, parece-me que, ao emitir tal juízo de valor à mencionada coletividade, o recorrido, em tese, pode ter praticado preconceito de procedência nacional, permitindo a movimentação do aparato persecutório estatal.

Na ocasião, faz-se necessário lembrar que a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, ao tratar da liberdade de expressão, dispôs explicitamente no art. 13.5 que a [...] *lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.*

Trata-se de comando criminalizatório do discurso de ódio que, em meu sentir, nosso ordenamento jurídico, o art. 20, § 2º, da Lei n. 7.716/1989, faz as vezes.

Essa categoria, o discurso de ódio, é tratada por Daniel Sarmento como [...] *a manifestação de ódio, desprezo ou intolerância contra determinado grupos por motivo de preconceitos ligados à etnia, religião, gênero, deficiência física ou mental e orientação sexual, dentre outros fatores* (A liberdade de expressão e o problema do *hate speech*. *Revista de Direito do Estado* – n. 4 (outubro/dezembro 2006). Rio de Janeiro: Renovar, 2006, págs. 53/105).



Por outro lado, pelo princípio da insignificância, os fatos, embora descritos formalmente como crime, se não violarem de modo substancial o bem jurídico tutelado pela norma, não estabelecem com ela relação de tipicidade material.

[...]

Essa pequena digressão na jurisprudência tem como objetivo demonstrar que a forma como estruturado o tipo penal e o bem jurídico tutelado são determinantes na incidência ou não do princípio da insignificância.

O caso em apreço, conforme exposto, trata do delito descrito no art. 20, § 2º, da Lei n. 7.716/1989, que tutela bens jurídicos caríssimos ao ordenamento jurídico, a saber, a igualdade e, concomitantemente, o pluralismo, bem como a paz pública (SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. *Da criminalização do racismo: aspectos jurídicos e criminológicos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006).

Tais valores decorrem de expresse mandamento constitucional criminalizante, bem como de princípios sobre os quais o Estado Democrático de Direito se funda, além de se constituírem objetivos aos quais se persegue, conforme arts. 1º, III, art. 3º, I e IV, e 5º, XLII, todos da Constituição Federal.

O tipo penal em discussão tutela, assim, bens jurídicos que, ao meu sentir, não comportam flexibilização, sob pena de negação integral de tais valores.

Além disso, o tipo está estruturado de forma abstrata, formulado em sentença que, com o fim de antecipar processo de preconceito generalizado, culminando em violência física e risco à incolumidade pública, impôs comando penal para reafirmar os valores e permitir a supressão de atos de fomento à violência.

A apelação ministerial foi desprovida ao seguinte fundamento (fl. 69 – grifo nosso):

[...]

A despeito do entendimento defendido, pelo Procurador Regional da República, em parecer de fls. 72/76, não vislumbro tipicidade nas condutas analisadas.

Isso porque, apesar de os autores das mensagens terem-nas direcionado ao Nordeste, não se observa como seria possível inferir o objetivo de inferiorizá-lo em relação às outras Regiões do país.

O que se extrai dos textos das mensagens de fl. 12 é uma "praga" no sentido de que, sendo responsável pela reeleição da Sra. Dilma Rousseff deveriam os nordestinos ser assolados pelo Ebola.

Reconheço que a frase em apreço ("Ebola, olhe com carinho para o Nordeste") contém apelo" moralmente reprovável. Não enxergo, entretanto, a tipicidade que pretende o Órgão Ministerial conferir-lhe. Assim, entendo não ser possível considerar uma praga direcionada "aos habitantes de uma região, em razão da opção político-eleitoral, como discriminação de origem contida no âmbito do art. 20 da Lei nº 7.716/89.

O mesmo raciocínio há de ser aplicado com relação à análise das declarações constantes das fls. 13 e 14 dos autos ("só não gosto de pobre e gente feia como tô vendo"; "pq tem gente que não tem espelho em Cs kkkkkkkkkkkk"; "e aí tudo isso graças aos aflagelados nordestinos que vivem de bolsa esmola"). Embora reprováveis no âmbito moral, não se enquadram nas condutas tipificadas no art. 20, da Lei n. 7.716/89.

Com efeito, exige-se de toda e qualquer conduta que se pretenda incriminar certo conteúdo ofensivo (potencialidade lesiva), sem o qual não resulta legitimada a intervenção pena. Assim, nem toda conduta imoral ou antiética (como se verifica no caso em apreço) tem a transcendência e a relevância necessárias para justificar a intervenção punitiva.

Mesmo na hipótese de incitação ao racismo, a conduta deve ter aptidão para induzir à prática de um dos demais crimes previstos na Lei nº 7.716/89, todos marcados pela segregação, potencialidade que não se apresenta nas declarações objetos do procedimento investigatório.

[...]

Pelas razões expostas, entendo presente a potencialidade lesiva da conduta, visto que essa se adequa, a *priori* e em tese, ao tipo do art. 20, § 2º, da Lei dos Crimes Resultantes de Preconceito de Raça ou de Cor, tanto pela tipicidade formal como material.

Assim, está satisfeito, o primeiro requisito previsto no art. 22, parágrafo único, I, da Lei n. 12.965/2014, Marco Civil da Internet, para quebra do sigilo de dados.



Ante o exposto, **dou provimento** ao recurso especial a fim de determinar a baixa dos autos à origem para aferição dos demais requisitos para quebra do sigilo de dados.”

ii) Negros

[00h:20min:35s] Eu queria que, quando me visse, atravessasse a rua, era muito melhor. Por isso que eu não entendi quando aquela atriz famosa da Globo, s Thaís Araújo, excelente atriz, muito bonita, casada com o Lázaro Ramos, outro grande ator. Eu tô elogiando bastante que é para eles aliviarem comigo na hora da piada. Eu não entendi. Ela deu uma declaração em público falando: "A cor do meu filho faz as pessoas atravessarem a rua". Eu pensei: **que ótimo! É como se ele fosse uma ambulância. Se eu ver o filho dela na rua, eu vou atrás só no vácuo aqui, ó. Só cortando o trânsito aqui, pô. Ô, isso é um dom. Ela podia alugar o filho. Pô, dispersar a multidão na praia na pandemia. Joga o filho da Thaís Araújo. Ele entra no mar, parece Moisés, o mar abre.** Porque na boa, eu nunca atravessei a rua por causa de um negro. A não ser que ele esteja com uma prancheta de pesquisa. Convenhamos, né? (...)

[00h:54min:09s] Que tipo de policial tem preconceito com os brancos? Os daltônicos. Que que o necrófilo fala no IML? Me vê uma gelada. Não é verdade? Ele sabe disso. **Por que a galinha atravessou a rua? Porque viu o filho da Thaís Araújo. A da Galinha é um clássico. Clássico da comédia.(...)**

[01h:05min:05s] Um rico tenta ter filho e não consegue, vai pro médico, faz inseminação artificial, vai pra África buscar um. Lá tem plantação. Lá você escolhe no pé. Esse tá bem escurinho, vai dar like no Insta. Vou levar mais um que o Bruno Gagliasso vai querer também, senão ele vai pegar o meu. (...)

[01h:05min:59s] Quem que historicamente teve mais liberdade? Os brancos. Por isso que os piores crimes são todos feitos por brancos. Sempre, sequestrador branco. Sempre. O negro pode ser pobre, pobre, pobre, não sequestra. Se ele fizer isso, vai chegar em casa e levar um esporro do pai. Que merda é essa? Sustento quatro crianças, traz a porra de um branco e ainda gordo. Solta o gordo. Soltam ele: “Ai, me botaram para fora.” Ninguém sequestra negro pobre também. “Tô aqui com seu filho.” “Amor, boa notícia. Adotaram Marcelinho.” Sempre branco. Seria killer, branco. Por quê? Porque para ser um assassino em série tem que matar três ou mais pessoas para criar um padrão. O negro não daria tempo. O negro tá andando na rua, a polícia pára. “Tá andando por quê?” “Oi?” “Não, eu tava só andando.” “Mas tá andando muito.” Se o negro brigar com um membro da Ku Klux Klan, ele vai preso por agredir o Zé Gotinha. “Tá estragando a campanha de vacinação.” Olha, o maníaco do parque, ele matou pelo menos seis pessoas no mesmo parque. Ele não se deu o trabalho de mudar o parque, que uma hora o comércio em volta já devia estar reparando. Porra, não é possível. Toda vez lá já devia ter gente comentando. “Pô, aquele maluco ali, ó, toda vez ele vem para cá com uma mulher e vai embora sozinho, cheio de sangue. Tá esquisito isso.” “Porra, pior que é mesmo, hein, cara azarado: só pega mulher menstruada, né? É branco, não vai dar nada. Sempre branco. Pedófilo, branco. O único que seria negro: Michael Jackson, virou branco. Sempre, O lado bom é que tem vários filmes que



mostram o primeiro soldado negro, primeiro médico negro, né? É, é, é sempre uma história bonita de superação, que a gente se emociona. Eu acho que um dia vai ter um filme bonito mostrando a história do primeiro pedófilo negro. A gente vai ter empatia por ele, vai mostrar ele sofrendo preconceito dos pedófilo branco. Todos eles lá no parquinho, os pedófilo branco: “Sai daqui, criança tem medo do escuro.” **Ele vira Papai Noel só para as crianças sentar no colo. Dono do shopping: “Que é isso? Um negro de vermelho. Quero Papai Noel. Não, saci. Fora daqui!” No final do filme, uma criança vai chegar perto dele, mas é o filho da Thaís Araújo. Ah não, chega de pedofilia! Eu vou atravessar a rua.** Então, é importante refletir essas questões sociais, mas tem gente que exagera. Tem gente que fala: “O negro não consegue arrumar emprego, o negro não consegue arrumar emprego”. Mas na época da escravidão já nascia empregado e também achava ruim. Aí, difícil ajudar. Uma coisa terrível: usar o negro como escravo. Graças a Deus, isso acabou. E agora usam os bolivianos. Não dá para entender eles reclamando. “Señor, estoy malo.” “O que? Ele quer uma flauta. Traz uma flauta pro Pokémon tocar, vai.” E o boliviano não é um escravo, é um escravito. Costura ropita, senão chicotadita, vai. Então é importante refletir. Tem o dia da consciência negra. Aliás, se o dia da consciência negra é feriado pelos negros, quarta-feira de cinzas devia ser judeu. Acharam que eu ia no negro? Fui no judeu agora. Enganei vocês. Fiz igual Hitler.

Os segmentos em negrito promovem odiosa coisificação da criança negra, visível na menção à possibilidade de a atriz Thaís Araújo “*alugar*” seu próprio filho ou de ser ele “*jogado*” em meio a uma multidão, com o objetivo de dispersá-la, após ridicularização do relato da atriz sobre o preconceito racial a que exposta sua família. Na mesma linha, elevando o grau de ofensividade, o texto se refere à adoção de crianças africanas, de pele escura, assimilando-as à colheita de frutos no pé, em uma plantação, além de banalizar a intenção dos adotantes, aludida mera forma de autopromoção em redes sociais.

Afere-se destituição de atributos humanos a crianças da raça negra, equiparando-as a objetos ou partes de plantas, com paralelo menosprezo e desvalorização da adoção de afrodescendentes como recurso de exibição social. Para além da desumanização, o discurso desestima, além dos negros de forma geral (como coletividade), as famílias adotantes de crianças negras.

iii) Homossexuais masculinos (gays), transgêneros e pessoas não binárias

[00h:45min:56s] **O cara deixou assim: "Sou gordo, adoro comer e não gosto de fazer exercício. Como vou emagrecer?" Pegando AIDS. Você... Você não adora comer de tudo? Sai comendo gay sem camisinha. Uma hora vai dar certo. Essa piada pode parecer um pouco preconceituosa.**



Por que é! (...)

[01h:01min:54s] Hoje tá tudo muito confuso, né? Outro dia eu tava conversando com o Murilo, com Murilo Couto na rua e falei: "Ah, não sei o que que saiu um clipe do Pablo Vittar." Já vieram me corrigir no meio da rua: "Ei, ei, ei, é a Pablo, porque ela se vê mulher". Falei: "Bom, então o problema dele é miopia, porque não tá vendo a rola aqui embaixo." Não. E Pablo é um nome masculino. Então agora tem que usar o artigo errado, né? Agora querem que a gente fale: a Pablo encontrou o Antônio e elas são amigas. Não aprendi português para falar igual um retardado. Eu virei o Doctor Ray. E e assim, existe mulher trans? É claro que existe, mas tem gente hoje que fala: "Eu não sou homem nem mulher" Mas, então você é o quê? Um minério, uma salada? O que que você é? Eu te cumprimento, te tempero, te adubo? Jogar merda eu gostaria. Você pode se ver do jeito que você quiser. Não quer dizer que a sociedade automaticamente vai te ver desse jeito. Eu não posso falar: "Bom, de agora em diante eu me vejo como um cavalo. Vou andar na rua pelado, cagando e andando." Polícia vai me parar. "Ô, que que é isso?" [Imita o relinchar de um cavalo] Eu vou para hospício, né, cara? Eu acho.

Essa parte da obra teatral divulgada por meio da publicação de vídeo na *internet* atribui aos *gays* a condição de vetores do vírus HIV, referindo-se, explicitamente, à suposta maior probabilidade de contrair-se AIDS em razão do contato sexual sem proteção com homossexuais masculinos (*gays*). A fala promove a estigmatização da comunidade *gay*, reincidindo em odioso discurso discriminatório originado no início da epidemia da doença.

A inferiorização extremada das pessoas trans e não binárias ocorre por meio de ofensa nada sutil. O trecho ridiculariza e menoscaba a identificação dos transgêneros com gênero diverso daquele atribuído ao nascer e de não binários com gênero nenhum, assimilando, no último caso, a identidade de gênero com a intenção absurda de alguém de ser visto como planta, que pudesse ser adubada, ou como um animal, um cavalo, que, *pelado, caga e anda na rua*.

Essa forma de agir equipara a identidade de gênero das pessoas *trans* e não binárias com condições não humanas – de planta ou cavalo –, em contexto agravado pelas alusões escatológicas, em que se chega a estimar a possibilidade de “*jogar merda*” em um não binário, ressaltando-se o despojamento de atributos inerentes ao ser humano, com repercussão negativa sobre o plexo de direitos fundamentais desses grupos vulneráveis.

iv) Índios

[01h:09min:31s] Preconceito para mim é uma coisa primitiva que não devia mais existir. Que nem o índio. Chega! Não precisa mais.



A alusão à aniquilação do índio, por sua completa eliminação como etnia, dada sua suposta condição primitiva, é literal. Nega-se o direito de existir de toda uma etnia. O uso da expressão “*Chega! Não precisa mais.*” traduz de forma especialmente aviltante a intenção de indução ou incitação ao preconceito e à discriminação.

v) Obesos

[00h:37min:25s] E cês veem, eu tô fazendo várias piadas de velho agora e vocês estão rindo tranquilamente, sem pensar se é certo ou errado, tá? Sem medo de julgamento. Por quê? Porque hoje ninguém defende o velho. Já ouviram falar na militância da velhofobia? Se o velho falar: “Ah, eu não gostei dessa piada.” Ah, é mesmo? Foda-se. Você já tá quase morrendo. Reclama direto com Deus”. Ninguém defende o velho, a não ser que seja um velho gordo. Hoje já vai dar... Um velho gordo e gay. Iiiih. Um velho gordo, gay e negro. Iiih. Se for cadeirante também eu já me entrego. Pode levar, doutor. Pode levar. Aí já é racismo, gordofobia, homofobia. Tem tem algumas palavras que hoje a gente tá mais acostumado, mas quando surgiram eu estranhei muito. E gordofobia foi uma. Eu estranhei muito. Por quê? Porque fobia é medo. Gordofobia. Medo de gordo? Se tem uma coisa que eu não tenho medo é o gordo. A não ser que eu fosse feito de Nutella. Ia ficar tenso na rua. Tô no celular lambem em minha bunda. Ei, que isso? Preciso me esconder. Onde é que tem uma academia aqui, hein? Pega dois halter. “Sai daqui, gordo.” Tempero de salada. Em nome do pai, do filho, do... Cai no gordo, queima. “Ai, salada.” Tem... Tem uma situação, **tem uma situação que eu tenho medo de gordo. A gente já tá íntimo, vou me abrir com vocês. Situação é a seguinte: você tem uma viagem longa para fazer. Você tá lá na poltrona 38, tá vazio do seu lado. Entenderam onde eu vou chegar, né? Você pensa: “porra, me dei bem. Vou viajar tranquilinho, vou até me espichar.” De repente, o ônibus inclina. Você vê só a cabeça do gordo entrando. Parece Jurassic Park. Entrou o dinossauro. Fica quieto. O ônibus vem balançando. Aí ele pára na 16. Você fala: “Ufa”. Aí ele continua. Tava só respirando. Que gordo faz isso. Ele respira e fala: “Você aguenta: mais 10 passos?” Mais 10 passos. Chega faz aquele eclipse. Eu fico puto, cara. Porque ele não pagou os 40% da minha poltrona que ele vai usar. Todo mundo fala os problemas que o gordo sofre, ninguém fala os problemas que o gordo causa.** Eu juro para vocês, eu juro que quando eu pensei essas piadas, eu falei também, pô, mas se um dia um gordo ficar puto comigo, né? Bom, aí eu corro. Se ele tiver me alcançando, eu jogo uma coxinha no chão. “Coxinha, coxinha.” Eu já fui cancelado, sei lá, acho que umas cinco vezes aí por gordofobia. Eu tô com três processos de gorda nesse momento, todos da Bahia. Não sei por que. Meu advogado me ligou semana passada, falou: “Como tem gorda na Bahia?” Aleatório, né? Mas enfim, por conta desses cancelamentos, eu fui parar num site de denúncia de gordofobia. É, e foi muito bom porque eu acabei conhecendo esse site e toda vez que eu tô meio desanimado, meio para baixo, eu entro lá e renovo o espírito. É muito bom.



É um espaço online onde os gordos se reúnem. Se fosse físico; só cabia três. Eu não sei como o site ainda não caiu. E aí eu separei algumas denúncias para apreciação dos senhores. Antes de comentar, eu quero deixar claro que pode ter gente pensando, mas qual o problema em ser gordo? Problema nenhum. A não ser que seja muito e pode ser prejudicial à sua saúde, mas eu não vejo problema nenhum. Então para quem tá pensando: “Ah, tá falando de gordo.” Eu digo, não é gordo que a gente tá falando. Vocês precisam saber que a pessoa que enviou essa primeira denúncia, ela tem 1,50 m e pesa 165. Gordos olham para ela e falam: “Tu é gorda”. É aquela gorda que entra no restaurante, os gordo olha e fala: “Ainda dá pra sobremesa? Traz o petit gateau. Não tô tão mal assim, viu?” 1,50, 165. Aí ela deixou a denúncia dela lá. “Eu nem posso fazer exercício. As pessoas me olham na academia.” Porra, claro. Ninguém tá acostumado a ver um aparelho de leg press andando. Porra, um transformer veio malhar. Minha filha! Se você for no zoológico, os animais vão tirar foto. Se fosse um transformer, ia virar uma concessionária. Eu não aguento. Olha essa outra. 11 anos, já tá engajada. 11 anos e 95 kg. Tá indo mais pro McDonald's que pra escola, né? Aí ela deixou a denúncia dela lá. A dessa menina é demais. Quando eu li, eu não aguntei. Eu comecei a rir. Ela deixou lá. É minha voz de gorda. Que idiota. Ela deixou lá. “Fui dançar o Rei Leão na escola e me botaram para ser o elefante.” Olha, minha filha, tinha duas opções. Ou você era o elefante ou todos os outros animais. Mas aí não sobrava papel para mais ninguém. Pô, 11 anos, 95 kg. Tu queria ser o Simba. Coitado do garoto que ia fazer o macaco. Imagina aquela cena do batizado. A diretora atrás da cortina: “Vai! Tem que batizar o Simba.” “Eu tô tentando. Não dá pro Pumba me ajudar aqui também, não? Chama mais bicho da floresta. Vem a mosca da lanchonete. “Deixa que eu julo.” Moleque com 11 anos sai com hérnia de disco do teatro da escola. Nessa hora, o negro da turma ia falar: “Ainda bem que eu não podia ser o macaco. Ia dar processo.” Eu não aguento. Olha esse outro. 495 Kg. Morreu. Que surpresa, não? 495. Mas uma coisa eu achei legal que ele não chegou em 500, né? Um dia ele subiu na balança e falou: “Agora deu. Eu sei a hora de parar”. 495. Aconteceu em São Paulo. O cara morreu, foram transportar o corpo do hospital, botaram na maca. A maca não aguentou. Não era de titânio, né? Arrebentou. O hospital era numa ladeira, o corpo começou a rolar. Vocês estão rindo de um gordo morto rolando. Saiu notícia sobre isso aí. A mãe deixou uma denúncia lá no site. “Esse hospital não tem estrutura para receber meu filho.” Porra, minha senhora, o palco do Rock in Rio não tem estrutura. Meia tonelada. Chama Elise Matsunaga para fatiar esse gordo. Transforma em oito pessoas, manda um para cada cemitério, né? Se for enterrar tudo num só, vão abrir um buraco do metrô ali. Tem que achar um coveiro da Petrobrás. Quando eu vi essa última lá, eu fiquei pensando. É sério. O que ele acha que podem falar para ele? O que que ele tá esperando ouvir? O cara deixou assim: “Sou gordo, adoro comer e não gosto de fazer exercício. Como vou emagrecer?” Pegando AIDS? Você... Você não adora comer de tudo? Sai comendo gay sem camisinha. Uma hora vai dar certo. Essa piada pode parecer um pouco preconceituosa. Por que é!

A assim chamada *gordofobia* pode adquirir contornos criminosos, na forma



do art. 88 da Lei 13.146/2015, se a prática, induzimento ou incitação da discriminação atingir pessoas com sobrepeso causador de *deficiência*, condição que recai sobre aquelas que sofrem de obesidade mórbida, colhida na conceituação prevista no art. 2º do referido diploma legal, *in verbis*:

Art. 2º Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

A descrição do “*gordo*” ao longo do trecho em negrito permite supor referência a obesos mórbidos, bem assim seus termos difundem estímulo à discriminação dos integrantes desse grupo minoritário, por reputá-los incômodos e causadores de problemas na utilização de transportes públicos ou por sua presença em ambientes coletivos. A utilização do pronome “você”, ao longo do texto, busca envolver e causar empatia no ouvinte, implicando-o no contexto discriminatório, com subjacente propagação de isolacionismo social e exclusão dos obesos mórbidos.

III.b.2) *Do dolo específico*

A orientação pretoriana pacífica do Superior Tribunal de Justiça converge para a imprescindibilidade do dolo específico a bem da tipificação dos crimes de ódio, por meio da vontade livre e consciente de praticar, induzir ou incitar o preconceito ou a discriminação. No acervo jurisprudencial daquela Alta Corte, colhe-se, entre outros que, no ponto, seguem a mesma direção, o precedente avante colacionado, particularmente esclarecedor quanto ao elemento subjetivo do tipo nos delitos em debate (destaques não constam do original):

PROCESSUAL-PENAL. DENÚNCIA. DELITOS DOS ARTS. 19, 20 E 21 DA LEI DE IMPRENSA. ADITAMENTO. IMPUTAÇÃO DA PRÁTICA DE RACISMO. MUTATIO LIBELLI. ABERTURA DE PRAZO PARA A DEFESA. FLUÊNCIA SEM QUALQUER MANIFESTAÇÃO. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 384, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPP, INOCORRENTE. NOVA DEFINIÇÃO JURÍDICA DO DELITO. NÃO ENQUADRAMENTO NAQUELES PREVISTOS NA LEI DE IMPRENSA. DESNECESSIDADE DE CUMPRIMENTO DO DISPOSTO NO ART. 45, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 5.250/67. OFENSA NÃO PATENTEADA. DEFESA DEVIDAMENTE PRODUZIDA EM SEDE DE ALEGAÇÕES FINAIS. NULIDADE AFASTADA.

1. O aditamento realizado pelo Ministério Público não trouxe nenhum fato novo, limitando-se a dar capitulação jurídica diversa aos acontecimentos em tese criminosos noticiados na denúncia e imputados ao acusado.
2. O Juízo processante, diligentemente, reconsiderou o despacho anteriormente proferido, em que entendeu tratar-se de mera emendatio libelli e, considerando a possibilidade de apenação mais grave - mutatio libelli - nos termos do parágrafo único do art. 384 do CPP, abriu vista à defesa para, querendo, manifestar-se sobre a nova imputação, tendo esta, contudo, deixado fluir em branco o prazo que lhe foi ofertado.
3. O novo crime capitulado na exordial acusatória não era daqueles previstos na Lei de



Imprensa, pelo que não poderia ter sido aplicado o contido no parágrafo único do art. 45 da Lei n. 5.250/67.

4. Por ocasião das alegações finais, o causídico constituído rebateu a imputação de cometimento de crime de racismo, requerendo a absolvição do ora recorrente.

5. Não há o que se falar em cerceamento de defesa que ensejasse a nulidade do processo, por ofensa aos arts. 384, parágrafo único, do CPP, e 45, parágrafo único, da Lei 5.250/67, quando foram obedecidas as normas processuais aplicáveis à hipótese. PROCESSUAL-PENAL. DILIGÊNCIAS. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DA DEFESA. NULIDADE RELATIVA. CONVALIDAÇÃO PELA NÃO ARGUIÇÃO NO MOMENTO PROCESSUAL OPORTUNO. PRECLUSÃO. PRECEDENTES DESTES STJ E DO STF. CONTRARIEDADE AOS ARTS. 499 DO CPP OU 10 DA LEI 8.038/90 NÃO VERIFICADAS. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. NÃO COMPROVAÇÃO.

1. A jurisprudência deste Superior Tribunal, na esteira de decisões da Suprema Corte, firmou o entendimento de que a ausência de intimação para os fins do art. 499 do CPP constitui nulidade relativa, e não absoluta, devendo ser levantada em sede de alegações finais, sob pena de preclusão, oportunidade em que deverá ser demonstrado o efetivo prejuízo sofrido pela parte com a sua supressão.

2. Como admite o recorrente, no momento processual oportuno - por ocasião do oferecimento das derradeiras alegações - nada foi levantado acerca da ausência de intimação da defesa para os fins do art. 499 do CPP ou do art. 10 da Lei n. 8.038/90, que se aplica nas ações penais originárias, nem se indicou qualquer prejuízo ocorrido em razão da aludida supressão que justificasse o acolhimento da aventada mácula procedimental.

3. Não obstante tenha o recorrente obedecido ao que prescreve o art. 255, e seus parágrafos, do Regimento Interno do STJ, não conseguiu demonstrar a divergência interpretativa em relação à aplicabilidade da regra do art. 499 do CPP, na medida em que os arestos indicados na petição recursal constituem precedentes isolados no âmbito desta Corte Superior, não sendo capazes de configurar o dissenso alegado. CRIME DE RACISMO. PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO PELA NÃO TIPIFICAÇÃO DA CONDUTA CRIMINOSA. INDICAÇÃO INDIRETA DE CONTRARIEDADE OU NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 20, § 2º, DA LEI 7.716/89. RAZÕES RECURSAIS QUE PERMITEM A EXATA COMPREENSÃO DA CONTROVÉRSIA. SÚMULA 284 DESTES STJ. INAPLICABILIDADE. MÉRITO DO INCONFORMISMO CONHECIDO.

1. Busca o recorrente, com o especial, a absolvição, argumentando, para tanto, que o crime de racismo pelo qual foi condenado não se configurou, por falta de uma das elementares do tipo, qual seja, o dolo.

2. A petição recursal permite a exata compreensão da controvérsia trazida à exame, não sendo caso de incidência do enunciado na Súmula 284 deste STJ, pois aponta a não tipificação do delito em que o recorrente foi condenado, podendo-se concluir que, embora indiretamente, levantou a ofensa ao art. 20, § 2º, da Lei n. 7.716/89, expressamente mencionado.

3. Deve o reclamo especial ser conhecido, até porque não pode esta Corte Superior, cunhada com a especial designação de "Tribunal da Cidadania", restringir, ante a considerada atecnicidade do reclamo, a admissibilidade de inconformismo em que se invoca matéria da mais alta relevância - absolvição de delito imprescritível - especialmente quando se infere a plausibilidade jurídica do pleiteado. **CRIME DO ART. 20, § 2º, DA LEI 7.716/89. CONDENAÇÃO. ALEGADA ATIPICIDADE DA CONDUTA. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. DESNECESSIDADE DE INCURSÃO. SÚMULA 7 DESTES 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 despidido 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.

(REsp n. 911.183/SC, relator Ministro Felix Fischer, relator para acórdão Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 4/12/2008, DJe de 8/6/2009.)

O MPF nesta instância considera inquestionável a existência de dolo específico na conduta imputada, traduzido na vontade livre e consciente de induzir ou incitar o preconceito e a discriminação, em menoscabo à dignidade das pessoas integrantes dos grupos vulneráveis afetados pelas dicções criminosas salientadas no subtópico precedente (II.b.1, *supra*).

Com efeito, como elemento *psicológico*, o dolo não se expressa de forma concreta, apreensível ou aferível pelos sentidos, de tal forma que sua presença se extrai, indiretamente, a partir de aspectos da conduta criminosa, notadamente do planejamento e preparação da infração penal, do *modus operandi* utilizado, dos instrumentos empregados, do grau de violação do bem jurídico protegido, entre outras nuances.

Nessa perspectiva, o criterioso exame dos fatos, tal como demonstrados nos autos, permite distinguir uma série de indisfarçáveis especificidades reveladoras do dolo específico.

(1) Chama a atenção, primeiramente, o grau de vulneração do bem juridicamente protegido, em decorrência da forma de atuação adotada na perpetração da conduta delitiva. As ofensas contra as minorias vulneradas atingem níveis exponenciais,



mediante tratamento altamente indignificante.

Há frases que, de forma muito patente, pela extrema ofensividade de que se impregnam, veiculam o preconceito e a discriminação de forma tão nítida, categórica ou manifesta, que não seria razoável supor que o apelante, como autor e intérprete do texto, não agiu impelido pelo dolo específico. Observe-se.

“Todo mundo fala os problemas que o gordo sofre, ninguém fala os problemas que o gordo causa”, em contexto que normaliza o preconceito ou discriminação contra o obeso mórbido, caracterizando-o como fonte de incômodo. Desqualifica-se o nordestino, reputando-o menos humano que um chimpanzé. Coisifica-se a criança negra, assimilando-a a frutos ou partes de plantas, a serem colhidos, para servir ao interesse de exibição social de seus adotantes. Estigmatizam-se os *gays* com a condição de vetores do HIV. Destitui-se o atributo de humanidade das pessoas *trans*, equiparando sua identidade de gênero a coisas ou animais, em meio a alusões escatológicas. *“Jogar merda eu gostaria”*. Diz-se que os índios não precisam mais existir, aludindo-se à eliminação ou aniquilação étnica.

Diante de investidas tão rotundas contra esses grupos vulneráveis, no grau que se conferiu ao discurso, alegar a inexistência da vontade livre e consciente de induzir ou incitar o preconceito e a discriminação seria o mesmo que opor a ausência de *animus necandi* ao uso comprovado de uma metralhadora em um homicídio.

O modo de atuação revela o dolo específico. As frases elaboradas e ditas pelo apelante exteriorizam-no, cabalmente.

(2) Não fosse só isso. A prática criminosa não se conteve ao ambiente físico do teatro, porque, deliberadamente, o recorrente escolheu propagá-la por meio da *internet*, disponibilizando o vídeo para um número indeterminado de pessoas, a ponto de que, ao tempo da denúncia, já eram três milhões as visualizações.

A opção consciente do apelante, pois, foi a de divulgar sua obra teatral pelos quatro cantos do mundo, **potencializando ao máximo o agravo e permitindo que o discurso discriminatório chegasse ao conhecimento não apenas da plateia, mas de todos quantos, advertidos ou não do conteúdo, de qualquer idade ou formação, mais ou menos influenciáveis pelas dicções aviltantes, indutoras e incitadoras, pudessem assistir à gravação**. Nessa medida, o meio de propagação ou difusão do vídeo corporifica importante aspecto revelador do dolo específico.

Nesse ponto, o MPF agrega importante matiz. A defesa procura minorar a



ofensividade da conduta ao suscitar que os espectadores sempre estiveram conscientes da natureza da obra teatral e, tendo deliberadamente escolhido o que iriam “consumir” – no teatro ou diante de equipamento conectado à rede mundial de computadores –, não podem ser ofendidos por ela. A estratégia defensiva, aliás, já foi preordenada ao longo da própria apresentação teatral, no âmbito do seguinte fragmento, ao final da obra:

[01h:10min:49s] Eu sei que para algumas pessoas a piada pode agir como uma cura e despertar sentimentos bons, mas para outras pode agir como um gatilho e trazer sensações ruins. Mas eu acho muito injusto e até egoísta a dor opcional de uma pessoa servir de justificativa para impedir o sorriso de outras. Opcional porque você tem a escolha. Eu sempre falo que humor não tem limite; o ambiente, sim. Aqui a gente tá num palco de teatro, num show de standup. O show tá disponível num canal de humor. Se você não gosta, não consome. Se você tem alergia a amendoim, porra, não come um bolo de amendoim, filho da puta. Você vai morrer ou processar a padaria, que é o que acontece.

A escusa ou alegação, entretanto, mostra-se de todo inconsistente, por vários motivos.

A uma, porque a redação dos tipos penais violados não franqueia a possibilidade de veiculação do preconceito e discriminação a público previamente advertido ou cientificado da vulneração pretendida. Embora isso não tenha ocorrido no presente caso, não é raro que o discurso de ódio se efetive entre frequentadores de determinados círculos ou espaços, físicos ou virtuais, de culto do preconceito ou da discriminação, sem que isso desnature a infração penal. Em outras palavras, ainda que o crime imputado houvesse sido cometido em meio a integrantes de grupo reunido em torno de tão deplorável interesse ou objetivo, a divulgação do discurso preconceituoso ou discriminatório tipifica crime, inclusive pela propagação de novos expedientes ofensivos ou, quando menos, aprofundamento das convicções, com aumento da probabilidade de agravos ou radicalizações contra as coletividades vulneráveis.

A duas, porque, à vista do *modus operandi* empregado, não há possibilidade de real controle da audiência. Ainda que seja provável que, entre os espectadores da plateia do teatro, a maioria se haja informado minimamente sobre a natureza da obra a que assistiriam, o mesmo não se pode dizer da veiculação da gravação audiovisual no *Youtube*, na rede mundial de computadores, em que os internautas – até mesmo crianças e adolescentes –, por variadas causas, podem-se deparar com o conteúdo incriminado de modo inadvertido e até acidental, amplamente inscientes do induzimento ou incitação a que se exporão.



A três, porque as vítimas das infrações penais imputadas não são os espectadores ou, pelo menos, a eles não se restringem. De fato, os sujeitos passivos dos crimes de ódio são os incontáveis membros dos grupos vulnerabilizados – atacados em sua dignidade, integridade moral e segurança –, em favor dos quais a tutela penal ou tutela constitucional penal é dirigida. Os induzimentos e incitações detêm potencial para elevar a probabilidade da prática efetiva de atos preconceituosos ou discriminatórios em detrimento dos integrantes dessas minorias, seja pela estimulação perniciosa para tanto que corporificam, seja pela difusão de ideias ou recursos que podem ser facilmente utilizados em novas ofensas, seja pela normalização ou banalização das agressões.

A propósito, em nada lhe aproveita a exploração que a defesa empreende do apreço que um ou outro membro de coletividades ultrajadas possa demonstrar pela obra do recorrente especificada na denúncia. A proteção penal incide em favor do grupo vulnerável, de tal maneira que nenhum de seus integrantes está habilitado a renunciar, em nome da minoria como um todo, à tutela da norma criminal, instituída – vale sempre lembrar – em cumprimento a mandamento constitucional de criminalização.

A quatro, porque não existe exceção ou norma autorizativa, legal ou constitucional, que institua um lugar, círculo de pessoas ou intervalo de tempo, em que o discurso de ódio possa ser praticado à míngua de responsabilização penal. A erradicação do preconceito e de todas as formas de discriminação é um valor *primário* na Constituição de 1988, disposto já no seu preâmbulo – por isso, de índole até mesmo pré-constitucional e informador do processo constituinte –, erguido literalmente como objetivo da República Federativa do Brasil, de modo que não é possível *transigir* com ele, em qualquer seara, mesmo sobre um palco ou na veiculação de gravação audiovisual de uma interpretação teatral, ainda que diante de público advertido do conteúdo ou a ele tolerante.

(3) Em outro enfoque, o dolo específico transparece, igualmente, em passagens do próprio arquivo audiovisual apontado na denúncia, em falas do próprio apelante e por ele elaboradas. Observem-se as dicções a seguir transcritas:

[00h:04min:20s] Foram mais de 3.000 pessoas nessa gravação. Eu valorizo cada um de vocês. Cada um que veio aqui assistir o show, porque só de estar aqui, vocês já estão semicancelados. Para vocês terem noção, para divulgar essa gravação, eu publiquei um minuto do show. Um minuto. Recebi mais dois processos. Ai ai. Esse aqui é o meu terceiro especial de standup. Primeiro foi o Piadas Secretas, que era um show um pouco mais light. Depois eu fiz o Bullying Art, que foi muito além do que eu esperava. Porra, eu fui proibido em 29 prefeituras. Tô respondendo processo até hoje daquele show. Eu recebi várias moção de repúdio, ameaça. Eu tive ameaça



de morte. Teve uma vez que eu fui agredido na rua. Aí eu falei: "É, tá na hora de parar com esse show e começar um mais pesado". Que é esse que vocês vão ver agora. Para quem viu o Bullying Art, esse show também tem o livro do Humor Negro. E esse livro é um caderninho onde eu anoto as minhas piadas mais pesadas. Ele será lançado futuramente. Eu só não lancei ainda porque nenhuma editora quis. Eu mandava o livro, elas: Não, não, não." Esse livro já ouviu mais não que um estuprador. É essa a plateia que eu gosto. Cúmplices de um crime. Olha, muito obrigado. Vou usar vocês no tribunal. É. E olha para quem fala: "Ai, humor pesado, humor ácido." Eu acho de verdade que o tipo de humor que eu faço é o mais inclusivo de todos. Eu faço piada com tudo e todos. Quer show mais inclusivo do que esse? Eu já cheguei a contratar intérprete de Libras só para ofender surdo-mudo.(...)

[00h:28min:31s] Eles usam anão em festa junina. Pá pá pá. Olha, se tiver algum não hoje aqui, no final do show, a gente estoura. Pá, para terminar o... Mais um para processo. Ah, pelo menos vai ser pequenas causas. (...)

[00h:46min:00s] Essa piada pode parecer um pouco preconceituosa. Por que é! (...)

A intenção de menoscabo ao direito dos grupos vulnerabilizados mostrou-se clara. Ela é explícita no texto da peça e nela explorada. O réu expõe sua vontade de atingir o extremo, indo mais longe do que em produções anteriores, com isso revelando a vontade de alcançar a terceira etapa do discurso discriminatório delineada no precedente resultante do julgamento, no Supremo Tribunal Federal, do Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 134.682/BA (Rel. Min. Edson Fachin, Primeira Turma), em que se legitima "*a dominação, exploração, escravização, eliminação, supressão ou redução de direitos fundamentais do diferente que compreende inferior*".

Nos fragmentos citados, o apelante refere-se à plateia (ainda que injustificadamente), como "*cúmplices de um crime*". Menciona livro de sua autoria que nenhuma editora quis publicar, em alusão ao admitido conteúdo criminoso com o qual as empresas do setor não se poderiam querer comprometer. Alude à alta probabilidade de novo processo em razão de uma ou outra fala aviltante, fazendo chacota com a consciente transgressão criminosa. Chega a admitir o caráter francamente preconceituoso de piada, logo após a ter utilizado na peça.

Na mesma toada, com correção, a sentença destaca a intenção deliberada do apelante à vista das seguintes considerações (ID 327465287):

"No trecho abaixo, percebe-se que o réu, ao criar as falas de seu show, reflete sobre a real possibilidade de ofender pessoas e, mesmo assim, além de decidir prosseguir com a "piada", demonstrando inclusive descaso com possível reação das vítimas:

"Eu juro pra vocês. Eu juro que quando pensei nessas piadas, pensei: e se algum dia um gordo ficar puto comigo? Bom, aí eu corro (dá risada) e se ele tiver me



alcançando eu jogo uma cozinha no chão: coxinha, coxinha!” (37m35s a 41m30s).

Outros excertos mostram a consciência do réu sobre praticar preconceito ao afirmar que “receberá mais um processo”, ao afirmar que “tudo hoje pode dar problema”, assim como de que a “associações” reclamariam sobre as “piadas”, como a associação dos autistas e a das pessoas com lábio leporino:

“Se tiver algum anão aqui, no final do show a gente estoura. Mais um processo! Pelo menos vai ser pequenas causas” (27m56s a 28m55s).

“Tudo hoje pode dar problema. Uma vez eu fiz uma piada sobre lábio leporino. Porra. Apareceu a associação dos lábios leporinos. Todos me xingando. Eu fechei os comentários, eles acharam uma fenda. Essa é de letra, piscou, perdeu” (49m07s a 49m27s).

“Eu mando mensagem, ele não responde. Eu converso e ele não olha pra mim. É um padre artista ou um padre autista? (...) Apareceu a associação dos autistas do Brasil. Uma mãe mandou mensagem pra mim. (...) Eu falei: Vou fazer igual seu filho e te ignorar. Já tá acostumada mesmo” (59m a 59m36s).

Ora, não tivesse plena consciência de que está promovendo discursos discriminatórios, o réu nada diria a respeito de ser preso, processado, “cancelado”, sendo **nítida sua ação livre e voluntária, com dolo direto**:

“Eu já fui cancelado, sei lá acho que umas cinco vezes aí por gordofobia, eu devo estar com uns três processos de gorda no momento, todas da Bahia, não sei porquê. Meu advogado me ligou semana passada falou: como tem gorda na Bahia. Aleatório, né? Por conta desses cancelamentos eu fui parar num site de denúncia de gordofobia. E foi muito bom, porque eu acabei conhecendo esse site. Aí toda vez que eu meio desanimado, meio pra baixo. Eu entro lá e renovo o espírito. É muito bom. É um espaço online onde os gordos se reúnem. Se fosse físico só cabia três. Eu não sei como o site ainda não caiu” (37m35s a 41m30s).”

Em conclusão, o recurso à arte humorística, tendo em conta os elementos realçados, não dissimula o dolo específico de praticar os delitos imputados. Com isso, cabe ao Poder Judiciário julgar demonstrado o elemento subjetivo, assegurando a efetividade da Constituição Federal, ao reconhecer, no caso, a intolerável transgressão dos limites da liberdade de expressão artística, em prol de afastar a tese defensiva de que os induzimentos e incitações ao preconceito e à discriminação já delineadas em tópico próprio (II.b.1, *supra*) devam ser tidos como exercício da livre manifestação artística e carentes de intenção preconceituosa ou discriminatória.

A Constituição Federal assegura a utilização do humor, mesmo que ácido, satírico, sarcástico ou irônico, sem que, tomando de empréstimo a bem-lançada ressalva do Ministro Ayres Britto, na fundamentação da decisão concessiva da medida cautelar na já citada Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.451/DF, “*eventuais excessos desse ou daquele escrito, dessa ou daquela charge ou caricatura, desse ou daquele programa*” adentrem necessariamente o terreno da ilicitude, porque compensados pela utilidade social emanada da liberdade de imprensa e da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, bem como de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e



o saber.

Esse espaço de autonomia e autodeterminação garantido pela Carta de 1988 não legitima, entretanto, o **deliberado** abuso do direito fundamental à liberdade de expressão, sequer para autorizar **o uso do humor, ao contrário, como instrumento de discriminação, a exemplo do que ocorre na espécie**. A piada, a charge, o texto de uma comédia, um programa humorístico televisivo não podem servir de veículo nem pretexto para o discurso de ódio.

Nesse cenário, mostra-se relevante a contribuição para a jurisprudência nacional do precedente do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios resultante do julgamento da Apelação Cível nº 0704077-07.2021.8.07.0001 (Relator para o acórdão Desembargador DIAULAS COSTA RIBEIRO, 8ª TURMA CÍVEL, data de julgamento: 18/08/2022, publicado no DJe: 24/08/2022), sobre *fake news*. Muito embora o aresto se tenha debruçado sobre questão cível indenizatória, a análise do *animus jocandi* e das limitações do direito constitucional à liberdade de expressão acomodam-se, igualmente, na seara penal. A ementa do julgado, mantido pelo Superior Tribunal de Justiça, em decisão monocrática transitada em julgado no Agravo em Recurso Especial nº 2.326.818 (Rel. Min. Nancy Andrighi), foi assim lavrada, literalmente (com destaques que não estão no original):

APELAÇÃO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. INFLUENCIADOR DIGITAL. REDES SOCIAIS. OFENSA. HONRA. INTIMIDADE. ABUSO DE DIREITO. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. EXCESSO. SEXUALIDADE. INTIMIDADE. RACISMO. INJÚRIA RACIAL. EQUIPARAÇÃO. ANIMUS JOCANDI. RECURSO ARGUMENTATIVO DISSONANTE DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA (CF, ART. 1º, III); FAKE NEWS. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO.

1. A Constituição Federal garante a todos o direito de liberdade de manifestação de pensamento, vedando apenas o anonimato. Esse direito não pode sofrer qualquer forma de controle ou limitação de divulgação (CF, art. 220, § 2º), salvo quando houver violação de normas ou outros direitos constitucionalmente protegidos.

2. **“A liberdade de expressão é não só uma componente essencial dos regimes democráticos, como o grau de democraticidade de um Estado pode ser razoavelmente aferido através do grau efetivo de liberdade de expressão de que gozam seus cidadãos.”** (Francisco Teixeira da Mota. *A liberdade de expressão em tribunal*. Lisboa: FFMS, 2013, p. 11).

3. **“A liberdade de expressão está profundamente ligada à liberdade de imprensa já que foi a partir da invenção da Imprensa que as questões relativas à liberdade de expressão se colocaram de uma forma mais premente em termos sociais e legais por a imprensa permitir a divulgação de opiniões ou informações por um número indeterminado e não controlado de leitores.”** (Idem, p. 12). Afirmação do princípio.

4. **“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.”** (STF, HC 82424, Relator(a): Moreira Alves,



Relator(a) p/ Acórdão: Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2003, DJ 19/03/2004, p. 24).

5. “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 impliquem ilicitude penal.” (Idem)

6. “Liberdade de expressão não é liberdade de agressão! Liberdade de expressão não é liberdade de destruição da democracia, das instituições e da dignidade e honra alheias! Liberdade de expressão não é liberdade de propagação de discursos mentirosos, agressivos, de ódio e preconceituosos!” (STF, Petição 10.474 - Distrito Federal. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 20/07/2022).

7. A garantia constitucional da liberdade de expressão é o direito de expor uma opinião. A garantia da liberdade de informação ou de imprensa é o direito de divulgar um fato verdadeiro na Imprensa. A garantia da liberdade de criação é o direito de inventar “fatos” no campo restrito das Artes, da ficção, de que é exemplo o realismo fantástico de Gabriel García Marquez, de Jorge Luís Borges, de Machado de Assis, de Murilo Rubião, de Jorge Amado, de Franz Kafka.

8. O direito de criação e de expressão da atividade artística comporta a “invenção da verdade” e tem proteção constitucional (CF, art. 5º, IX). Fora das Artes, a invenção e divulgação de fatos não tem proteção constitucional. No Brasil, nunca teve. É o que se chama fake news.

9. Imputar fato falso que ofende a dignidade, o decoro, a honra subjetiva e objetiva de outrem é crime há, pelo menos, quinhentos anos. Mudaram, nesses cinco séculos, detalhes da tipologia, mantendo-se a essência: Ordenações Filipinas (Título 84), Código Criminal do Império, de 1831 (Arts. 229-235 e 240-246), Código Penal de 1890 (Arts. 315, 316, 321, 323 a 325), Consolidação das Leis Penais do Brasil, de 1932 (Arts. 315-321), Código Penal de 1940 (Arts. 138 a 140).

10. O direito de informar um “fato verdadeiro” é prerrogativa da Imprensa na sua forma tradicional e digital. A Constituição Federal assegura, inclusive, o sigilo da fonte (CF, art. 5º, XIV). Mas “Imprensa” não é mera manifestação em rede social. Ninguém se transforma em Imprensa e em Jornalista, destinatários da proteção constitucional dada à comunicação social, por uma mera afirmação íntima, apenas por se dispor de acesso regular ou eventual a alguma aplicação nas redes sociais da rede mundial de computadores (Internet).

11. Fake news é uma praga tão nociva quanto o vírus da covid-19. Identificar e combater notícia falsa é um compromisso da humanidade para o qual o Poder Judiciário é ator relevantíssimo e indispensável, cabendo-lhe separar o que é direito do que é simulacro de direito ou abuso de direito.

12. Cabe ao Poder Judiciário punir e reprimir aquele que cria e/ou divulga notícia falsa (fake news); aquele que, “sem saber o que é Direito, faz as suas próprias leis” (Roberto Carlos).

13. “Na colisão de direitos fundamentais, após a análise do caso concreto, deve-se resolver o conflito com a aplicação do princípio da concordância prática, também denominado de princípio da ponderação dos valores em jogo.” Precedente.

14. A sexualidade alheia não está sujeita, nem por insinuação, a julgamento da opinião pública porque ninguém é censor da intimidade e da vida privada das pessoas, que são invioláveis por determinação constitucional.

15. Quando a sexualidade é tema de violação pública do decoro e da dignidade de outrem, o que se consuma é um estupro moral coletivo.

16. Íntimo “É um substantivo abstrato derivado do termo latino interior, cujo superlativo é intimus. O íntimo é o mais interior que uma pessoa tem ou possui.” (Diego Gracia. Prólogo. Carmen Sánchez Carazo. A intimidad y el secreto médico. Madrid: Dias de Santos, 2000, p. XI-XVI).

17. Há um tipo de escárnio sobre a sexualidade que migrou das “conversas fiadas” para o Código Penal. São as referências de cunho homofóbico, que tipificam crime de racismo. Homofobia, independente da orientação sexual da vítima, é racismo: STF, ADO 26, Relator(a): Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 13/06/2019, DJe-243 Divulg. 05/10/2020 Public. 06/10/2020).

18. É preciso pôr fim ao racismo explícito ou ambíguo. É preciso pôr fim ao racismo elíptico e ao dubitativo. É preciso pôr fim ao racismo condicionado ou por hipótese. É preciso pôr fim ao racismo irônico, que busca proteção constitucional sob o simulacro de direito “à liberdade de expressão do humor”.



19. É preciso intolerância com o racismo, com a injúria racial e com qualquer outra forma de discriminação.
20. Não se admite regressão dos valores civilizacionais, até aqui conquistados, à barbárie do preconceito, na qual se inclui o racismo disfarçado de humor.
21. A expressão latina “*animus jocandi*” se refere, no Direito Penal, a uma excludente de tipicidade da injúria. É de uma época em que se admitiam piadas com referências a uma lista sem fim de vítimas, que compreende negros, membros da comunidade LGBTQIA+, judeus, evangélicos, muçulmanos, católicos, ateus, loiras, deficientes, gordos, filhos de pais incógnitos, suas mães etc. Essas piadas ofensivas à dignidade humana foram normalizadas e toleradas sob o fundamento da liberdade ilimitada do humor. A expressão é contemporânea da escravidão, que também já foi normalizada, tolerada e institucionalizada.
22. Também é dessa época e desse mesmo contexto social a “horrenda, nefasta e anacrônica” tese da “legítima defesa da honra” invocada por homens que (ainda) matam mulheres e que resultou na normalização e na tolerância institucionalizada da pena de morte hoje tipificada como feminicídio, refutada em 2021 pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF 779.
23. Nesta Era consagrada aos Direitos Humanos como uma conquista inegociável da Civilização, o “*animus jocandi*”, também horrendo, nefasto e anacrônico, é recurso argumentativo dissonante da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III); não é habeas corpus perpétuo para a prática de ofensas inconsequentes contra a honra alheia. O lugar do humor não é terra sem lei.
24. Quando são rompidos os parâmetros de civilidade, que diferenciam a sociedade civilizada de uma alcateia, cabe ao Poder Judiciário, por natureza uma conquista e uma garantia contínua do processo civilizacional, impedir que o homem seja o lobo do próprio homem (*Lupus est homo homini lupus*). Fake news é uma forma de violação dos padrões de civilidade. Racismo, também.
25. A reparação de dano moral não tem um parâmetro econômico absoluto, uma tabela ou um “baremo”, mas representa uma estimativa feita pelo Juiz sobre o que seria razoável, levando-se em conta, inclusive, a condição econômica das partes, sem enriquecer, ilicitamente, o credor, e sem arruinar o devedor. (Código Civil, art. 953, parágrafo único).
26. As circunstâncias do caso concreto; as condições pessoais e econômicas das partes; a extensão do dano, potencializado pela divulgação das ofensas na rede mundial de computadores (Internet); assim como a razoabilidade e a proporcionalidade adequadas ao instituto, revelam que a quantia fixada a título de reparação de dano moral, observados precedentes desta Turma, assegura que não haverá enriquecimento indevido do ofendido, nem empobrecimento dos devedores. (Código Civil, art. 953).
27. A supressão dos vídeos com as ofensas reconhecidas no acórdão, dos canais que os réus mantêm na rede mundial de computadores, é um efeito da condenação principal, assim como a publicação de um pedido de desculpas, que não está compreendido no valor do dano moral, sob pena de multa.
28. Recurso conhecido e provido.
(Acórdão 1604763, 0704077-07.2021.8.07.0001, Relator(a): MÁRIO-ZAM BELMIRO, Relator(a) Designado(a): DIAULAS COSTA RIBEIRO, 8ª TURMA CÍVEL, data de julgamento: 18/08/2022, publicado no DJe: 24/08/2022.)

Nessa medida, o acolhimento da tese de defesa alicerçada no exercício regular do direito à liberdade de expressão implicaria admitir a existência do direito de induzir e incitar o preconceito e a discriminação contra grupos vulneráveis protegidos pela lei penal, por meio do humor.

É natural, aliás, que, como prática criminosa, o discurso de ódio – no caso dos autos impregnado em peça humorística divulgada pela *internet* –, não se dissemine de forma ostensiva. Atenta a essa realidade, a jurisprudência tem reconhecido ser possível a



perpetração delitiva mediante, por exemplo, a difusão de teorias pseudocientíficas ou por meio de revisão histórica.

A propósito, revisãoismo e conspiracionismo, há muito veículos do antissemitismo, foram reconhecidos pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do emblemático *Habeas Corpus* nº 82.424, como possíveis formas *veladas* de praticar-se a incitação à discriminação ou ao preconceito tipificada na Lei 7.716/1989. No apontado *leading case*, a Corte Suprema, para além de definir que a discriminação e o preconceito em desfavor dos judeus constituem racismo, reconheceu a possibilidade de que o tipo do art. 20, *caput* e § 2º, da Lei 7.716/1989 seja cometido pela publicação de conteúdo que distorça a realidade histórica, a fim de propagar a intolerância, em precedente marcante, assim ementado (com destaques):

HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA. 1. Escrever, editar, divulgar e comercializar 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 aéticas 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 perpetuum 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 impliquem 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 nexo estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoia 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.
(HC 82424, Relator(a): MOREIRA ALVES, Relator(a) p/ Acórdão: MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2003, DJ 19-03-2004 PP-00024 EMENT VOL-02144-03 PP-00524)

De forma análoga ao que se decidiu no julgado colacionado, assim como não se pode tolerar, à míngua de responsabilização criminal, a edição e publicação de livros de história com distorção de fatos históricos incontroversos, de forma a projetar subliminarmente *“a pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu”* eis que tal prática equivale *“à incitação ao discrimen com acentuado conteúdo racista”*, não se pode igualmente admitir, sem a resposta penal adequada, que as piadas de uma peça de *stand up comedy* se contaminem de discurso de ódio, ainda que oculto ou subliminar.

Relembre-se o uso abusivo do humor, durante a Segunda Guerra Mundial, na retratação de judeus em charges ou caricaturas como forma de disseminar o ódio e incentivar a discriminação em seu desfavor durante o regime nazista.

O interesse de fazer rir ou de ganhar dinheiro com a comédia ou com a monetização viabilizada com a veiculação de gravação audiovisual da peça em



plataforma de *streaming* não exclui, mas ao contrário, convive com o dolo específico exigido pelos tipos penais violados e que ao mesmo tempo intenta mascarar.

Em outras palavras, de fato, no caso dos autos, a arte humorística, com tudo o que normalmente a garante – como o objetivo de estimular o riso e de ganhar dinheiro com a obra artística –, foi utilizada como instrumento do induzimento ou incitação ao preconceito e à discriminação. Isso demonstra que a jocosidade, na espécie, não afasta, mas confirma, o dolo específico. Ela existiu para intentar ocultá-lo.

III.b.3) *Da materialidade e da autoria*

A materialidade e a autoria das infrações penais imputadas, para além do dolo específico – este já abordado em subtópico próprio (III.b.2, *supra*) –, encontram-se adequadamente demonstrados nos autos.

A propósito, consta corretamente da sentença, *in verbis* (ID 327465287):

A **materialidade** delitiva está presente na espécie.

O Relatório Informativo elaborado pelo Ministério Público do Estado de São Paulo nas pp. 26/29 do ID 324659990 e Informação Técnica elaborada pelo Ministério Público Federal no ID 327334351 atestam a existência de um vídeo denominado “Léo Lins – PERTUBARDOR (show pode ser EXCLUÍDO em breve)”, consistente na gravação de um show de “Stand up comedy” realizado pelo réu na cidade de Curitiba, e que contava com cerca de 3 milhões visualizações quando teve a sua exibição no YouTube suspensa em agosto de 2023.

Conforme já mencionado nesta sentença, o vídeo está disponível através dos links:

“<https://mpspbr.sharepoint.com/:v/s/cybergaeco/Ec9oEkyhgvxMnk2C2XmLnGMBblDoNgTx00ZGmS1WpZmhGA?e=EbnAYW> (disponibilizado pelo MPSP)”;

“<https://drive.google.com/drive/folders/1OFjX1Q9yg3Tq3kYqPLLyQWMan9RaT8fQ?usp=sharing> (disponibilizado pelo MPF)”

“<https://www.youtube.com/watch?v=lGoUAC8H5Dk&list=PPSV&t=22s-ovideo> (disponibilizado por outro usuário na internet).

[...]

De igual modo, está provada na espécie a **autoria** dos crimes.

Em interrogatório, LEONARDO respondeu ser falsa a acusação, a qual reputa bem absurda. Disse estar claro que o ambiente é fictício, que se trata de um personagem no palco. Costuma dizer que ali está no ambiente adequado. As pessoas entram por livre e espontânea vontade. É um espetáculo teatral com texto, figurino, onde deixa claro o conteúdo. Tanto, que é um dos únicos comediantes que adota uma única roupa para todo espetáculo. Ao final dá uma desmontada e tem uma conversa com a plateia deixando claro a distinção do ambiente teatral. Acha que o humor alivia a dor seja ela qual for, uma piada pode aliviar a dor opcional de uma pessoa, que não pode ser justificativa para impedir o sorriso de outra. Seu intuito é fazer o público rir. Se não rirem, ou edita a piada ou tira do show. O que lhe mantém seguindo em frente é o público. É muito gratificante receber relatos de que suas piadas salvaram a vida de alguém, por exemplo. Racismo, gordofobia, gênero, sotaque são temas que fazem parte do show. Há um simbolismo no cartaz, porque são conteúdos que podem ser debatidos e podem ser feitos piadas, desde que bem construídas a tinjam seu objeto de fazerem dar risada. São temas contemporâneos e o humor lida com isso, pegar tópicos relevantes na sociedade e tratar isso sob a ótica do humor. Indaga sobre considerar a internet um lugar restrito, respondeu que publicou o vídeo em um canal que é de humor, sua página é de humor e quem entra ali quer, quem não quiser, pode bloquear, não assiste. Nem que queira conseguir fazer seu conteúdo chegar a alguém que não quer. Não chegou a ver viu o vídeo que está no processo. Não sabe dizer



exatamente quanto tempo de duração tinha seu vídeo original. Não considera que suas declarações são depreciativas. Nunca teve notícias de que alguém tenha sido incentivado a cometer ato preconceituoso após ver o seu show. Pelo contrário, muitos PCDs, autistas, cadeirantes, pessoas que sofreram AVC frequentam o seu show. Inclusive nesse show em Curitiba, logo após a repercussão do processo, as primeiras pessoas que levantaram e o aplaudiram de pé eram negras. Entende que não praticou nenhum crime. Acha que o crime do artigo 20 é praticado, por exemplo, quando pessoas dão declarações abertas de que são contra grupos minoritários. Nunca foi processado criminalmente não. Já teve que pagar em ação civil por uso indevido de imagem, em caso que também entende errado, pois a pessoa era pública. Ficou dez meses suspenso em razão das cautelares do processo e isso lhe prejudicou bastante. Suas redes sociais pararam de crescer, seus vídeos não entregam mais. Algumas as testemunhas que vieram hoje são seus fãs e acompanham seu trabalho. O contato com eles foi basicamente virtual. Não tem ideia de quanto o show perturbador lhe gerou em rendimentos. Não sabe quanto lhe gerou à época, até porque é um vídeo de 2022. Não sabe dizer quanto o Youtube lhe rendia à época. Também não sabe se alguém viu e achou alguma diferença entre o vídeo original e aquele baixado pelos Ministérios Públicos nos autos. Acha que as piadas foram editadas de forma tendenciosa na denúncia. A piada que fala de racismo, por exemplo. A piada tem uma estrutura. O setup é o preparo, baseado na realidade e o punchline é uma distorção, um absurdo onde usam figuras de linguagem para falar absurdos e criar contextos que geram risada no público. Na piada em que fala dessa questão do racismo tem uma parte em que fala “mas graças a Deus acabou, a escravidão, esse tipo de coisa” e essa parte foi especificamente removida da denúncia. Essa parte mais séria ao final de show, onde fala sobre preconceitos, consta do Youtube no vídeo original, mas não foi transcrita na denúncia, o que para ele parece que a acusação “pinçou algumas coisas”. Acredita que não fala para uma “minoridade dentro da minoria”, tal como indagado pelo Ministério Público Federal. Caso sejam uma minoria, essa minoria não merece respeito? Se apresenta pelo Brasil inteiro e não tem a percepção de que fala para um público que não representa as minorias. Sua intenção nunca foi incentivar que as pessoas fossem preconceituosas. Não quer que alguém se machuque por sua causa. Mas se a pessoa assiste Tropa de Elite e sai com vontade de dar um tapa na cara de alguém, quem tem que ser punida é essa pessoa e não o ator Wagner Moura. Quem é mais sensível ou tiver gatilhos com alguns temas, espera que entenda que esse show não é para ela. Ficou entre os três melhores shows de standup esse ano. Sobe a foto de fl. 13 do ID 357473624, diz que uma moça com nanismo subiu no palco espontaneamente para que ele fizesse piadas. Depois do show ela inclusive ficou para lhe agradecer. Nas pp. 14/19, também são pessoas que subiram no palco para que ele fizesse piadas de forma espontânea em shows, são todas pessoas com alguma deficiência. Já levou intérprete de libras a seu show, não sabe se outro comediante já fez isso. Não reproduz piadas e conteúdos de seu show em sua vida cotidiana. Acha que piada é no palco. Se está andando na rua e vê uma anã, não vai fazer piada, ou no mercado e vê uma pessoa com sobrepeso, não está no ambiente para isso e ela não está ali para isso (arquivos audiovisuais de ID 357560581, 357560586, 357560589 e 357561307).

Das declarações acima nota-se a negativa do réu quanto ao elemento subjetivo do tipo, porquanto afirma não ter agido com intenção de praticar, induzir ou incitar discriminação ou preconceito, afirmando ainda tratar-se de uma personagem, cujas falas teriam sido proferidas em um “contexto teatral”.

No mesmo sentido, em seus memoriais, a defesa alega que “as piadas realizadas no palco do teatro, e cujo alegado vídeo reproduziria esse show, no ambiente do Youtube, não têm o intuito de ofender, discriminar ou incitar preconceito contra minorias. Ao contrário, a prova dos autos é no sentido de que tais piadas proporcionam um ponto de vista diferente às pessoas, fazendo-as se sentirem incluídas”.

Tanto o réu quanto a defesa técnica citam os depoimentos das testemunhas ouvidas em audiência, cujos depoimentos foram no sentido de que as falas do réu em seu espetáculo não seriam preconceituosas.

Descartada, conforme abordagem do subtópico III.a, *supra*, a suscitada invalidade da coleta do vídeo incriminado, eis que, inversamente à proposição defensiva,



resultaram respeitadas as regras da cadeia de custódia, o arquivo audiovisual correspondente compõe legitimamente o conjunto fático-probatório, de maneira que não há dúvida sobre a efetiva disponibilização e divulgação imputadas na denúncia, de resto não negadas nem pelo próprio réu em seu interrogatório em juízo (IDs 327464522, 327464523, 327464524, 327464525 e 327464526).

Quanto à autoria, ao ser interrogado nos autos da ação penal, LEONARDO DE LIMA BORGES LINS assumiu a publicação do vídeo incriminado em seu canal de humor, bem como com isso ter auferido rendimentos. Daí porque nem mesmo em sua autodefesa o apelante deu corpo à tese defensiva de negativa de autoria – nem sequer para atribuir a outrem responsabilidade pela disponibilização –, esforçando-se, muito ao contrário, na pretensa ausência de dolo específico, como forma de verberar a falta, isto sim, de tipicidade.

As testemunhas arroladas pela defesa, ademais, afirmaram acompanhar o trabalho do réu, inclusive por meio de suas redes sociais. Augusto Zacarias Correa Leite e Jhenifer Cristina Vianna Silva disseram ter assistido ao show “*O Perturbador*” on line.

A prova da materialidade e da autoria é, pois, torrencial.

O questionamento das razões recursais quanto à suposta violação ao art. 155 do Código de Processo Penal, por ter sido a condenação, ao que se alega, exclusivamente amparada em provas pré-processuais não submetidas ao contraditório judicial, não tem razão de ser. Não se perca de vista a exceção disposta ao final da regra apontada (com destaque acrescido):

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, **ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.**

A coleta do vídeo consiste em prova *irrepetível*, com o que a medida probatória, implementada na fase inquisitorial para preservar e integrar o arquivo audiovisual correspondente ao conjunto cognitivo, adquire, na fase judicial, aptidão para a fundamentação da sentença, eis que submetida a contraditório diferido, na forma da parte final do art. 155, *caput*, do Código de Processo Penal.

Demais disso, a condenação, não apenas calcada nesse central elemento de convicção, ampara-se igualmente na prova oral produzida em juízo, especialmente no interrogatório do réu e nos depoimentos testemunhais.

Assim, eis que ricamente demonstrada a materialidade, a autoria e o



dolo específico, é de rigor a manutenção da condenação.

III.c) Da tipificação penal

A sentença julgou procedente o pedido da ação penal para condenar LEONARDO DE LIMA BORGES LINS “*pela prática dos delitos previstos no artigo 20, parágrafos 2º e 2º-A da Lei nº 7.719/89, assim como no artigo 88, parágrafo 2º da Lei nº 13.146/2015*” (ID 327465287).

A leitura da dosimetria da pena revela que, efetivamente, a condenação deu-se pela perpetração do crime do art. 20, §§ 2º e 2º-A da Lei 7.716/1989, **por 08 (oito) vezes e sob a forma da continuidade delitiva (art. 71, caput, do Código Penal)**, por terem sido oito as coletividades afetadas – **em concurso material** com o crime do art. 88, § 2º, da Lei 13.146/2015, **este por 02 (duas) vezes e sob a forma da continuidade delitiva (art. 71, caput, do Código Penal)**, por terem sido afetadas tanto pessoas com deficiência física quanto aquelas com deficiência intelectual.

À vista da prova dos autos, o induzimento e a incitação ao preconceito e à discriminação deram-se, no entender do MPF nesta instância, **por meio de ação única**, consistente na disponibilização ou publicação do vídeo incriminado, intitulado “Léo Lins – PERTURBADOR (show pode ser EXCLUÍDO em breve)”, no canal da plataforma de *streaming YouTube* nomeado “Léo Lins”.

A denúncia do Ministério Público do Estado de São Paulo, ratificada pelo MPF, vislumbra a prática de múltiplas ações, sob a forma da continuidade delitiva, tendo em conta a publicação, por várias vezes, do apontado vídeo, como se extrai do seguinte trecho da narração fática, literalmente (ID 327464207, págs. 04/13):

“Consta dos autos do incluso Procedimento Investigatório Criminal que, de data incerta, mas sabendo-se que no ano de 2022, até o presente momento, na rede mundial de computadores, **LEONARDO DE LIMA BORGES LINS**, vulgo ‘**LÉO LINS**’, já qualificado na cota introdutória, praticou, induziu e incitou, por diversas vezes, em continuidade delitiva, a discriminação e o preconceito de cor, etnia, religião ou procedência nacional, em contexto e com intuito de descontração, diversão e recreação, por meio de tratamento dado a grupos minoritários que causa constrangimento, humilhação, vergonha, medo ou exposição indevida e que usualmente não se dispensa a outros grupos em razão da cor, etnia, religião ou procedência.

Consta também dos referidos autos que, nas mesmas circunstâncias de tempo e local anteriormente descritos, **LEONARDO DE LIMA BORGES LINS**, vulgo ‘**LÉO LINS**’, praticou, induziu e incitou, por diversas vezes, em continuidade delitiva, discriminação contra pessoa em razão de sua deficiência por intermédio de meios de comunicação social e publicação na rede mundial de computadores. Segundo apurado, o denunciado ‘**LÉO LINS**’ publicou e distribuiu, na plataforma de streaming Youtube e em redes sociais a ele vinculadas, vídeos com conteúdo preconceituoso e discriminatório contra minorias e vulneráveis, dentre eles um vídeo contendo a gravação da apresentação do show de ‘*Stand Up Comedy*’ por ele realizado, intitulado ‘Léo Lins - PERTURBADOR (show



pode ser EXCLUÍDO em breve)', conforme cartaz de divulgação está abaixo copiado:
[...]

Com o propósito de fazer cessar as ações criminosas e a divulgação do conteúdo criminoso disponibilizado pelo denunciado, ajuizamos a medida cautelar nº 1011931-27.2023.8.26.0050, pleiteando a suspensão da atividade econômica utilizada para a prática de delitos. A medida foi deferida por esse MM. Juízo (fls. 63/68 e 139/141 dos autos supra), razão pela qual o vídeo retirado da plataforma Youtube.

Todavia, conforme apontamos na cota introdutória, o conteúdo foi replicado por diversas vezes por intermédio de trechos da apresentação na forma 'shorts' ou 'cortes', no canal do Youtube e nas redes sociais de 'LÉO LINS'. Verifica-se, portanto, que o denunciado continua divulgando conteúdo que induz e incita discriminação e o preconceito de cor, etnia, religião ou procedência nacional, bem como em razão de deficiência em *links* distintos, o que leva a conduta a assumir um caráter de permanência e continuidade delitiva."

Com efeito, a alusão que a denúncia ratificada faz à continuidade delitiva gira em torno da publicação e distribuição de vídeos da apresentação teatral integral ou de trechos dela na forma de *shorts* ou *cortes*, por várias vezes, em canais do YouTube e em redes sociais.

De ver-se, entretanto, que embora a cota introdutória da denúncia (ID 327464207, pág. 01/03) faça referência a algumas publicações de *shorts* ou *cortes* no *YouTube* e no *Tiktok*, não houve descrição específica na exordial acusatória a respeito de veiculações outras para além daquela referente ao vídeo intitulado "Léo Lins – PERTURBADOR (show pode ser EXCLUÍDO em breve)" no canal do *YouTube* nomeado "Léo Lins". Não bastasse, é essa a única disponibilização e divulgação comprovada no feito, mediante a coleta do vídeo respectivo.

Por isso, a sentença anda bem quando não condena por continuidade delitiva com base na multiplicidade de veiculações.

As razões de apelação atacam, entretanto, a utilização que a sentença fez de outro fundamento – o número de coletividades vulneráveis atingidas –, diverso daquele apontado na denúncia, para a caracterização da continuidade delitiva, o que o *decisum* fez com base no seguinte raciocínio da magistrada sentenciante (ID 327465287):

"Pois bem. De início, insta consignar que a reiteração delitiva no caso concreto não se refere à quantidade de visualizações do vídeo, pois a publicação de vídeo na rede mundial de computadores é inerente à forma qualificada prevista no art. 20, § 2º, da Lei nº 7.716/89 (já aplicada na primeira fase da dosimetria). Igualmente, não se está a falar sobre a quantidade de vídeos postados pelo réu, mas sim à quantidades de atos discriminatórios cometidos pelo réu em relação a vítimas diversas: pessoas idosas, gordas, portadores do vírus HIV, nordestinos, judeus, evangélicos, homossexuais, negros e indígenas, além de deficientes.

Em seu show, disponibilizado na rede mundial de computadores, o réu cometeu vários atos de discriminação diversos, cada um podendo ser considerado crime único, por se referir à vítima específica.

Nesse sentido, considerando que se tratam das mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução, deve-se aplicar o artigo 71 do Código Penal, considerando-se a pena de um só dos crimes aumentada de um sexto a dois terços.



No caso do crime do artigo 20, §2º-A da Lei n. 7.716/89, consideradas ofensas proferidas no mínimo contra oito coletividades, isto é, pessoas idosas, gordas, portadores do vírus HIV, nordestinos, judeus, evangélicos, homossexuais, negros e indígenas, aumento a pena na fração intermediária de 1/3, fixando-a em **05 (cinco) anos e 13 (treze) dias de reclusão, além de 24 (vinte e quatro) dias-multa.**

Já para o crime previsto no artigo 88, §2º da Lei n. 13.146/2015, consideradas ofensas proferidas contra pessoas deficientes físicas (surdos, mudos, pessoas com nanismo) e deficientes intelectuais, aumento a pena na fração de 1/5, fixando-a em **03 (três) anos, 02 (dois) meses e 12 (doze) dias de reclusão, além de 15 (quinze) dias-multa.**

Somadas ambas as penas nos termos do artigo 69 do Código Penal, fica o réu condenado à pena definitiva de 08 (oito) anos, 03 (três) meses e 09 (nove) dias de reclusão, além de 39 (trinta e nove) dias- multa."

A modificação, entre a denúncia e a sentença, do critério jurídico adotado para a configuração da continuidade delitiva e para a fixação do número de delitos parcelares da série não pode ser validamente questionada pela defesa. O tema diz respeito diretamente à capitulação jurídico-penal das condutas narradas na denúncia, campo em que o magistrado está livre, na sentença, para, diante da sua convicção, dar nova tipificação aos eventos narrados na exordial, **com base no art. 383 do Código de Processo Penal**, ainda que seja para adotar enquadramento penal mais gravoso.

Trata-se de clássico caso de *emendatio libelli*, no qual a Juíza Federal não se afastou minimamente da descrição fática constante da denúncia, que comporta a forma de ver da sentença, máxime quando a narração fática da exordial aponta todas as coletividades afetadas.

De todo modo, embora não se possa questionar a *possibilidade* de nova classificação à vista da narração fática da denúncia, este órgão ministerial supõe equivocada a visão da sentença. A disponibilização e divulgação imputadas do vídeo, como forma de difundir discurso preconceituoso e discriminatório, traduz ação única, ainda que voltada a atingir diversas coletividades.

Daí porque a correta tipificação dos fatos exige, no sentir deste órgão, considerar configurados tantos crimes dos arts. 20, §§ 2º e 2º-A, da Lei 7.716/89 e 88, § 2º, da Lei 13.146/2015 (ID 327465287) quantos forem os grupos vulneráveis ofendidos, tendo em conta a pluralidade de vítimas, mas praticados, ao mesmo tempo, mediante ação única **e, pois, em concurso formal (art. 70 do Código Penal).**

A abordagem do tópico III.b.1, *supra*, desta peça expõe a compreensão do MPF nesta instância a respeito da caracterização do discurso de ódio, unicamente, em relação às seguintes coletividades: nordestinos, negros, homossexuais masculinos (*gays*), transgêneros, não binários, índios e obesos mórbidos, estes na condição de pessoas com deficiência, conforme art. 2º da Lei 13.146/2015. A tanto corresponde a perpetração do



crime do art. 20, §§ 2º e 2º-A da Lei 7.716/1989, **por 06 (seis) vezes**, e do art. 88, § 2º, da Lei 13.146/2015, **por 01 (uma) vez**, sob a forma do concurso formal (art. 70, *caput*, do Código Penal).

Deve-se preservar a incidência das qualificadoras dos §§ 2º e 2º-A do art. 20 da Lei 7.716/1989, certo como é que a veiculação do vídeo deu-se por meio da plataforma de *streaming YouTube* na *internet* e no contexto de atividades artísticas e culturais, tendo em conta a divulgação de uma apresentação teatral.

Não vinga a impugnação defensiva referente à data da entrada em vigor das mencionadas qualificadoras. A denúncia ratificada situa a conduta criminosa no tempo como praticada em “*data incerta, mas sabendo-se que no ano de 2022, até o presente momento*” (ID 327464207, pág. 04), isto é, 31.07.2023 (dia em que foi ofertada).

Veja-se que, a tratar-se de delito permanente, a prática criminosa imputada, julgada demonstrada, manteve-se até 31.07.2023, quando já vigiam as qualificadoras dos §§ 2º e 2º-A do art. 20 da Lei 7.716/1989, acrescentadas pela Lei 14.532/2023, a qual entrara em vigor, com sua publicação, em 11.01.2023.

A própria coleta do vídeo deu-se em 19.03.2023 (ID 327464207, pág. 29), a demonstrar que a disponibilização subsistiu após a data de 11.01.2023, quando, embora advertido do recrudesimento do tratamento penal, o apelante permaneceu na prática delitiva.

III.d) Da dosimetria da pena

Eis a operação dosimétrica levada a efeito na sentença (ID 327465287):

“1º fase – Circunstâncias Judiciais

Na análise do art. 59, do Código Penal, merecem registro as seguintes circunstâncias judiciais:

A) culpabilidade: o acusado é culpável, já que tinha conhecimento do caráter ilícito do fato e condições de autodeterminação. Apresentava e apresenta sanidade mental que lhe permitia não realizar a conduta ilícita, sendo exigível que agisse de modo diverso. Não há nos autos qualquer prova da existência de causa excludente da culpabilidade. Nesse tópico, deve-se considerar que o réu tem a prática de discursos discriminatórios como meio de vida, inclusive que consistem em fonte de renda. Questionado em interrogatório, o acusado confirmou que a internet proporciona remuneração. As pessoas se inscrevem no canal de Youtube e a plataforma lhe remunera, dependendo do número de visualizações”. Indagado especificamente pelo Ministério Público sobre quanto lhe rendeu o espetáculo “Perturbador” no Youtube, o réu afirmou não saber responder, mas é fato que a culpabilidade não pode ser considerada igual a de um cidadão qualquer que, mesmo cometendo crimes de discriminação/preconceito, não faz disso um meio de vida e de obter dinheiro. Assim, tenho que a culpabilidade deve ser considerada em grau normal, não havendo motivos que determinem necessidade de acentuação.

B) antecedentes: Trata-se de requisito objetivo, que impede qualquer análise subjetiva do julgador. No caso, inexistem apontamentos em desfavor do réu.



C) conduta social e da personalidade: Nada digno de nota foi constatado além do desvio que o levou à prática delitiva.

D) motivo: são as razões que moveram o agente a cometer o crime, ligados à causa que motivou a conduta. É o fator íntimo que desencadeia a ação criminosa (honra, moral, inveja, cobiça, futilidade, torpeza, amor, luxúria, malvadez, gratidão, prepotência etc) (SCHMITT, Ricardo Augusto. Sentença Penal Condenatória – Teoria e Prática. 8. ed. Salvador: Juspodvim, 2013. p. 133). No caso em tela os motivos alegados pelo réu para o cometimento do crime não ensejam valoração negativa ou positiva.

E) circunstâncias e consequências: As circunstâncias do crime não prejudicam o réu. As consequências do crime, contudo, devem ser valoradas negativamente, pois é inegável que atos como os ora julgados fomentam a prática dos chamados “discursos de ódio”. Ora, tanto a Constituição da República quanto o legislador ordinário (este ao criminalizar o racismo e o preconceito) atentaram para a necessidade de assegurar a prevalência dos princípios da igualdade, da inviolabilidade da honra e da imagem das pessoas para, considerados os limites da liberdade de expressão, coibir quaisquer manifestações violentas, preconceituosas ou discriminatórias que atinjam valores da sociedade brasileira. A ocorrência de atos como os ora julgados certamente estimulam a propagação de violência verbal na sociedade, fomentando a não-aceitação das diferenças e a intolerância, prática nociva e que deve ser desencorajada. Assim, tal efeito extrapola as consequências normais do tipo penal, devendo ser valorada em desfavor do réu.

Considerando-se que a Lei n. 7.716/89 prevê duas circunstâncias qualificadoras que incidem no caso em tela, constantes do artigo 20º, parágrafos 2º e 2º-A e apenas uma pode ser considerada como qualificadora, a outra será ora valorada como circunstância judicial.

Assim, o fato de o crime ter sido cometido no contexto de atividade artística ou cultural destinada ao público (§ 2º-A) será valorado como qualificadora e o fato de ter sido cometido por intermédio dos meios da rede mundial de computadores, em rede social (§2º), será considerado circunstância do crime.

Assim, deve-se valorar as circunstâncias do crime negativamente, pois o crime ter sido praticado através da rede mundial de computadores, na plataforma de streaming Youtube torna o fato muito mais grave.

A veiculação de um vídeo na rede mundial de computadores é mais danosa porque, além de atentar contra toda uma coletividade de uma só vez, não permite qualquer tipo de controle, a propagação se dá de modo rápido e escalonado, sendo muito difícil, para não se dizer impossível, excluir definitivamente o conteúdo publicado.

Conforme já se mencionou nessa sentença, em agosto de 2023 quando decisão judicial determinou a suspensão cautelar do vídeo, este já contava com mais de três milhões de visualizações. Após a cassação de tal decisão pelo Supremo Tribunal Federal o réu voltou a colocar o vídeo em sua página, mas de modo “privado”, ou seja, apenas acessível após autorização, não sendo possível constatar o número de visualizações atualmente. Em que pese tal fato, consulta feita por esta magistrada no próprio Youtube localizou ao menos cinco outras publicações da íntegra do vídeo do réu feitas por terceiras pessoas, apenas no último ano, as quais somavam nesta data mais de 3.588.000 visualizações. Isso significa que a publicação na rede mundial de computadores permite a divulgação e propagação do conteúdo criminoso a milhares de pessoas dia após dia, sendo incontrolável pelo Estado, com a violação reiterada e contínua da dignidade humana de coletividades, razão pela qual essa circunstância judicial deve ser valorada significativamente em desfavor do réu.

F) comportamento da vítima: não há comportamentos de vítimas no caso concreto que ensejem valoração.

Assim, considerando as penas abstratamente cominadas no preceito secundário do art. 20, §2º da Lei n. 7.716/89 entre os patamares de 02 (dois) a 05 (cinco) anos de reclusão e multa, qualificadora aplicada em razão de ter sido o crime cometido no contexto de atividade artística ou cultural destinada ao público, havendo três circunstâncias desfavoráveis, aumento a pena-base acima em 1/3, o que resulta **02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa.**

Considerando as mesmas circunstâncias e as penas abstratamente cominadas no preceito secundário do art. 88 da Lei n. 13.146/2015, §2º, segundo o qual se qualquer dos crimes previstos no caput deste artigo é cometido por intermédio de meios de comunicação social ou de publicação de qualquer natureza a pena fica entre os patamares de 02 (dois) a 05 (cinco) anos de reclusão e multa, fixo a pena-base acima do mínimo legal, aumentando-a



em 1/3 em razão de haver três circunstâncias desfavoráveis, o que também resulta em **02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa.**

2º fase – Circunstâncias atenuantes e agravantes

Não há circunstâncias agravantes ou atenuantes a serem consideradas nesta fase de aplicação da pena, não tendo havido confissão por parte do réu, sequer qualificada.

3º fase – Causa de diminuição e causas de aumento

Na terceira fase da dosimetria, aplica-se a causa de aumento prevista no art. 20-A da Lei n. 7.716/89, segundo a qual “os crimes previstos nesta Lei terão as penas aumentadas de 1/3 (um terço) até a metade, quando ocorrerem em contexto ou com intuito de descontração, diversão ou recreação”, hipótese que não configura bis in idem com a qualificadora prevista pelo artigo 20º, §2º-A, aplicada na primeira fase da dosimetria.

Com efeito, nem toda atividade artística se dá em contexto de diversão, descontração. Da mesma forma, nem todo contexto de diversão envolve uma atividade artística. No entanto, se a atividade artística envolvendo crimes de racismo/discriminação está em contexto de descontração e diversão o fato é mais grave, justamente por se dar em um contexto de lazer, no qual as pessoas deveriam desfrutar e acabam perpetuando estruturas racistas pela impressão de descontração.

Referida causa de aumento foi inserida pela Lei n. 14.532/2023 e trata da hipótese do chamado racismo recreativo, já abordada nessa sentença.

Destarte, considerando a relevância do réu e de seu show, o aumento aplicado não pode ser o mínimo, pois não se trata de uma pessoa comum, razão pela qual aumento a pena na fração intermediária (entre 1/3 e 1/2) de 5/12, totalizando **03 anos, 09 meses e 10 dias, e 18 dias-multa.**

Quanto ao concurso de crimes, tem-se o seguinte: o Ministério Público Federal requereu a aplicação da figura do crime continuado (artigo 71 do Código Penal) em relação a ambos os crimes. A defesa, por sua vez, requereu o afastamento do crime continuado, afirmando inexistir provas sobre ter havido mais de uma publicação do vídeo pelo acusado.

Pois bem. De início, insta consignar que a reiteração delitiva no caso concreto não se refere à quantidade de visualizações do vídeo, pois a publicação de vídeo na rede mundial de computadores é inerente à forma qualificada prevista no art. 20, § 2º, da Lei nº 7.716/89 (já aplicada na primeira fase da dosimetria). Igualmente, não se está a falar sobre a quantidade de vídeos postados pelo réu, mas sim à quantidades de atos discriminatórios cometidos pelo réu em relação a vítimas diversas: pessoas idosas, gordas, portadores do vírus HIV, nordestinos, judeus, evangélicos, homossexuais, negros e indígenas, além de deficientes.

Em seu show, disponibilizado na rede mundial de computadores, o réu cometeu vários atos de discriminação diversos, cada um podendo ser considerado crime único, por se referir à vítima específica.

Nesse sentido, considerando que se tratam das mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução, deve-se aplicar o artigo 71 do Código Penal, considerando-se a pena de um só dos crimes aumentada de um sexto a dois terços.

No caso do crime do artigo 20, §2º-A da Lei n. 7.716/89, consideradas ofensas proferidas no mínimo contra oito coletividades, isto é, pessoas idosas, gordas, portadores do vírus HIV, nordestinos, judeus, evangélicos, homossexuais, negros e indígenas, aumento a pena na fração intermediária de 1/3, fixando-a em **05 (cinco) anos e 13 (treze) dias de reclusão, além de 24 (vinte e quatro) dias-multa.**

Já para o crime previsto no artigo 88, §2º da Lei n. 13.146/2015, consideradas ofensas proferidas contra pessoas deficientes físicas (surdos, mudos, pessoas com nanismo) e deficientes intelectuais, aumento a pena na fração de 1/5, fixando-a em **03 (três) anos, 02 (dois) meses e 12 (doze) dias de reclusão, além de 15 (quinze) dias-multa.**

Somadas ambas as penas nos termos do artigo 69 do Código Penal, fica o réu condenado à pena definitiva de 08 (oito) anos, 03 (três) meses e 09 (nove) dias de reclusão, além de 39 (trinta e nove) dias- multa.

A pena deverá ser cumprida inicialmente no regime fechado, em vista da quantidade de pena aplicada, nos termos do art. 33, caput e §2º, “a” do Código Penal.

Considerando a renda do réu declarada em interrogatório de R\$10.000,00 a R\$100.000,00 por mês (arquivo audiovisual de ID 357560581), fazendo-se uma média de tais montantes,



o fixo o valor de cada dia-multa em trinta salários mínimos vigente à época dos fatos, devidamente corrigido (art. 49, § 2º, do Código Penal).
Diante da pena aplicado, ausentes os requisitos dos artigos 44 e 77 do Código Penal, sendo incabível substituição por penas restritivas de direitos, assim como do sursis.”

A negatização das consequências do crime, considerado o embasamento fático que lhe deu a sentença, implica *bis in idem*, certo como é que o fomento ao discurso de ódio e o estímulo à propagação de violência verbal na sociedade ou à “não-aceitação das diferenças” e à intolerância são inerentes ao tipo penal transgredido.

A sentença, de forma correta, apreendeu como circunstância judicial desfavorável (circunstâncias do crime) uma das duas qualificadoras aferidas em desfavor do apelante – especificamente, aquela do art. 20, § 2º, da Lei 7.716/1989 –, possibilidade admitida pela jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça, espelhada nos seguintes arestos:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. FURTO QUALIFICADO. DUAS QUALIFICADORAS. UMA VALORADA PARA QUALIFICAR O DELITO E OUTRA COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. POSSIBILIDADE. BIS IN IDEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração sequer deveria ser conhecida segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável o processamento do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal. 2. **É firme na jurisprudência desta Corte Superior que “na hipótese de pluralidade de qualificadoras, é plenamente possível a utilização de uma delas para qualificar o delito e das demais para exasperar a pena-base ou agravar a pena intermediária na segunda fase do critério trifásico.”** (HC 296.009/SC, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 17/2/2016). 3. A questão referente à violação ao princípio do non bis in idem não foi discutido pelo Tribunal a quo por ocasião do julgamento da apelação, o que inviabiliza a sua análise no âmbito deste mandamus por caracterizar inviável supressão de instância. 4. Este Sodalício tem entendimento firme no sentido de que a negatização das consequências nos delitos patrimoniais não pode estar fundada no prejuízo sofrido pela vítima, salvo se demonstrado que o prejuízo extrapola os limites ínsitos aos crimes desta natureza, o que não ocorreu no caso vertente. 5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para determinar ao Juízo da Execução que refaça a dosimetria do paciente, considerando o redimensionamento da pena-base referente ao crime de furto qualificado para 2 anos e 6 meses de reclusão, mantidos os demais termos do acórdão impugnado.

(HC 448.053/TO, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 14/05/2019, DJe 21/05/2019)

PROCESSUAL PENAL E PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO POR ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO E CONCURSO DE AGENTES. UTILIZAÇÃO DE UMA DAS QUALIFICADORAS NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA PARA VALORAR DE FORMA NEGATIVA AS CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. PENA INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. REGIME SEMIABERTO. CABÍVEL. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. **In casu, no crime de furto imputado ao agravante incidiram duas qualificadoras, quais sejam, rompimento de obstáculo e concurso de agentes, sendo uma delas utilizada no édito condenatório para qualificar o crime e ou-**



tra para majorar a pena na primeira fase da dosimetria, valorando de forma negativa a moduladora circunstâncias do crime. 2. A existência de circunstância judicial desfavorável autoriza a fixação do regime imediatamente mais grave, segundo o quantum da sanção aplicada. Na hipótese, havendo valoração negativa de circunstância judicial e tendo a pena definitiva sido estabelecida em patamar inferior a 4 anos, o regime semiaberto é o cabível. 3. Agravamento regimental desprovido.

(AgRg no HC 508.697/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 05/11/2019, DJe 11/11/2019)

A mera incidência da qualificadora considerada a título de circunstância judicial é suficiente à elevação da pena-base. No mais, o Relatório Informativo do Ministério Público do Estado de São Paulo (ID 327464207, págs. 26/29) demonstra que, ao tempo da denúncia, o vídeo incriminado, no *YouTube*, já tinha mais de três milhões de visualizações, o que ampara o aumento da pena-base, a título de circunstâncias do crime, no cômputo de 1/3 (um terço), dado o nível da divulgação alcançado quando da oferta da acusação.

Com isso, muito embora a magistrada se tenha equivocado ao lançar mão de consulta informal na *internet*, realizada sem materialização nos autos e após a instrução, para dar conta do nível de disseminação atual do vídeo na rede mundial de computadores, a informação agregada é despicienda para a manutenção da negatificação e da correspondente quantificação da elevação da pena basilar.

A defesa questiona a quantificação do dia-multa no importe de 30 (trinta) salários-mínimos vigentes à época dos fatos, devidamente corrigido, o qual supera o limite máximo do art. 49, § 1º, do Código Penal (de cinco salários-mínimos), mesmo quando triplicado na forma do art. 60, § 1º, do mesmo Código.

A fundamentação da sentença considera “*a renda do réu declarada em interrogatório de R\$ 10.000,00 a R\$ 100.000,00 por mês (arquivo audiovisual de ID 357560581), fazendo-se a média de tais montantes*”. Diante desse raciocínio, entende o MPF que o dia-multa deve ser adequado para o valor equivalente a 1,13 salário-mínimo do tempo dos fatos (cerca de R\$ 1.500,00), correspondente ao valor médio diário de rendimento do réu, na linha de pensamento adotado na decisão primeva, mas com ajuste matemático.

Por fim, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça admite a fixação de valor mínimo indenizatório para fins de reparação de danos morais coletivos na forma do art. 387, inc. IV, do Código de Processo Penal, uma vez comprovado o dano e à vista de instrução específica, na linha dos seguintes precedentes:



DIREITO PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. FIXAÇÃO DE DANOS MORAIS COLETIVOS. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE INSTRUÇÃO PROBATÓRIA ESPECÍFICA. PRECEDENTES DESTA CORTE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I. Caso em exame

1. Agravo regimental interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais contra decisão monocrática que não conheceu do recurso especial, com base no art. 255, § 4º, I, do RISTJ, referente à fixação de valor mínimo para reparação de danos morais coletivos em caso de tráfico de drogas.

II. Questão em discussão

2. A discussão consiste em saber se a fixação de valor mínimo para reparação de danos morais coletivos, em casos de tráfico de drogas, exige instrução probatória específica ou se basta o pedido expresso na denúncia.

III. Razões de decidir

3. A fixação de danos morais coletivos requer instrução probatória específica para demonstrar o abalo à esfera moral coletiva, especialmente em crimes como tráfico de drogas, em que o sujeito passivo é indeterminado.

IV. Dispositivo e tese

4. Agravo regimental desprovido.

Tese de julgamento: "1. A fixação de danos morais coletivos exige instrução probatória específica para demonstrar o abalo à esfera moral coletiva".

Dispositivos relevantes citados: CPC, art. 932; CPP, art. 387, IV;

RISTJ, art. 34. Jurisprudência relevante citada: STJ, AgRg no REsp n. 2.083.986/MG, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, DJEN de 24/4/2025; STJ, AgRg no REsp n. 2.150.485/MG, Rel. Min. Otávio de Almeida Toledo (Desembargador Convocado do TJSP), Sexta Turma, DJEN de 25/3/2025.

(AgRg no AREsp n. 2.928.372/MG, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 2/9/2025, DJEN de 8/9/2025.)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DANOS MORAIS COLETIVOS. REQUISITOS CUMULATIVOS. AUSÊNCIA DE INSTRUÇÃO PROCESSUAL ESPECÍFICA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Segundo o entendimento desta Corte, não há óbice a que o Magistrado, ao proferir uma sentença condenatória, fixe determinado valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração penal cometida, considerando os prejuízos sofridos pela vítima, a teor do enunciado no art. 387, IV, do CPP.

2. No entanto, "quando se trata de dano moral coletivo, essa possibilidade deve ser verificada no caso concreto, com instrução processual específica que demonstre a relevância do dano causado à sociedade e a razoabilidade do valor fixado, porquanto o dano moral coletivo somente se configurará se houver grave ofensa à moralidade pública, objetivamente considerada, causando lesão a valores fundamentais da sociedade e transbordando da tolerabilidade" (AgRg no REsp n. 2.055.996/MG, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, 6ª T., DJe 22/5/2024). Ou seja, o simples pedido de fixação de um valor indenizatório, com a indicação de um montante, não resulta na condenação automática do acusado por tráfico de drogas à reparação por danos morais coletivos. É imprescindível que haja uma instrução probatória específica sobre esse tema no processo.

3. No caso, não foram preenchidos, cumulativamente, todos os requisitos necessários para a fixação de valor mínimo a título de reparação por danos morais coletivos, quais sejam: a) pedido expresso na denúncia; b) indicação / quantificação do valor pretendido; c) realização de instrução processual específica para garantir o contraditório e a ampla defesa.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp n. 2.926.751/MG, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 12/8/2025, DJEN de 15/8/2025.)

A sentença ampara o arbitramento do montante de 200 (duzentos) salários-minimos – R\$ 303.600,00 (trezentos e três mil e seiscentos reais) –, a título de indenização



mínima por danos morais coletivos, na seguinte justificativa:

“Na espécie, houve grave ofensa à moralidade pública, objetivamente considerada, causando lesão a valores fundamentais da sociedade e transbordando da tolerabilidade, de maneira inescusável e injusta. Deve-se considerar a capacidade financeira do réu, o terceiro maior comediante do Brasil segundo a própria defesa (p. 24 do ID 360093059), cuja renda declarada em interrogatório varia entre R\$10.000,00 a R\$100.000,00 por mês (arquivo audiovisual de ID 357560581), sendo o que referido show lhe gerou rendimentos não só através do Youtube, mas também em apresentações presenciais, razão pela qual fixo o montante de **duzentos salários mínimos, R\$303.600,00 (trezentos e três mil e seiscentos reais) à título de indenização por danos morais coletivos.**”

A denúncia ratificada pleiteara a fixação do *quantum* mínimo indenizatório em favor da sociedade, em razão do dano moral coletivo experimentado, *ad litteram* (ID 327464207, pág. 14):

“Requeiro seja recebida e atuada esta, determinando-se a citação do denunciado e instaurando-se, por consequência, o devido processo nos moldes do rito ordinário previsto no art. 394, §1º, I, cc. art. 396 a 405 do Código de Processo Penal, observando-se, inclusive, o efeito condenatório previsto no § 4º do art. 88 da Lei nº 13.146/15, bem como, o mínimo indenizatório em favor da sociedade, em razão do dano moral coletivo experimentado, em observância ao art. 387, IV do Código de Processo Penal.”

Por esse motivo, já estabelecida essa hipótese probatória na inicial acusatória, convergiu para o objetivo de demonstrar a causação do dano moral coletivo e de estimar seu valor a produção de provas havida ao longo da instrução criminal, na qual se incluem aquelas que a magistrada teve em mira para essa fixação de montante mínimo indenizatório: 1) o interrogatório do réu e, da mesma forma, 2) o próprio vídeo incriminado, este colhido como evidência pré-processual cuja força probante se preserva na fase judicial, eis que submetido a contraditório diferido, em conformidade com a parte final do art. 155, *caput*, do Código de Processo Penal.

Nessa concepção, a geração e a avaliação do dano moral coletivo, abrangidos que foram entre os temas da instrução probatória, serviram de objeto de produção específica de provas, a ponto de que a Juíza Federal fundou a imposição do valor mínimo indenizatório correspondente não apenas na convicção a respeito da “grave ofensa à moralidade pública, objetivamente considerada, causando lesão a valores fundamentais da sociedade e transbordando da tolerabilidade” decorrente da disponibilização e divulgação do vídeo incriminado coletado, como também na renda declarada mensal do apelante e nos rendimentos gerados pelo show “não só através do Youtube, mas também em apresentações presenciais”, como extraído do interrogatório judicial.

Nessa perspectiva, a fixação do valor mínimo indenizatório em prol da reparação de danos morais coletivos, como efeito condenatório previsto no art. 387, inc.



IV, do Código de Processo Penal, mostra-se bem fundamentada e legítima, à vista da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

De todo modo, o MPF nesta instância entende que a prática criminosa *stricto sensu* – isto é, a manifestação de pensamento que chega a adquirir os contornos de discurso de ódio, segundo os critérios adotados no julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 134.682/BA (Rel. Min. Edson Fachin, Primeira Turma) – deu-se em desfavor de um número menor de coletividades vulneráveis do que aquele vislumbrado na sentença, o que deve, paralelamente, repercutir em diminuição do cômputo mínimo fixado, naquele provimento, a título de indenização por danos morais coletivos.

IV – CONCLUSÃO

Isto posto, o MPF nesta instância oficia pelo provimento parcial do recurso de apelação da defesa de LEONARDO DE LIMA BORGES LINS, para que:

- 1) a condenação seja mantida, embora, diferentemente da sentença, pela prática do crime do art. 20, §§ 2º e 2º-A da Lei 7.716/1989, **por 06 (seis) vezes**, e do art. 88, § 2º, da Lei 13.146/2015, **por 01 (uma) vez, sob a forma do concurso formal (art. 70, caput, do Código Penal)**, com os reflexos sobre as penas de reclusão e multa;
- 2) seja afastada a negatização das vetorial das consequências do crime, com os reflexos sobre as penas de reclusão e multa;
- 3) seja readequado o valor do dia-multa para 1,13 salário-mínimo do tempo dos fatos; e
- 4) seja diminuído o valor mínimo fixado a título de reparação por danos morais coletivos, tendo em conta a manutenção da condenação em relação a um menor número de coletividades vulneradas em comparação com a sentença recorrida.

São Paulo, data da assinatura eletrônica.

VINÍCIUS FERNANDO ALVES FERMINO
- Procurador Regional da República -