



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
8ª Câmara Criminal

Avenida Borges de Medeiros, 1565 – Porto Alegre/RS – CEP 90110-906

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5075245-35.2021.8.21.0001/RS

TIPO DE AÇÃO: Crimes Resultante de Preconceito de Raça ou de Cor (Lei 7.716/89)

RELATORA: DESEMBARGADORA ISABEL DE BORBA LUCAS

APELANTE: POLIBIO ADOLFO BRAGA (RÉU)

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL (AUTOR)

RELATÓRIO

O MINISTÉRIO PÚBLICO da 11ª Vara Criminal do Foro Central de Porto Alegre ofereceu denúncia contra POLÍBIO ADOLFO BRAGA, nascido em 18/06/1941, com setenta e nove anos de idade à época dos fatos, dando-o como incurso nas sanções do artigo 20, §2º, da Lei nº 7716/89, pela prática do seguinte fato delituoso, assim descrito na exordial acusatória (processo 5075245-35.2021.8.21.0001/RS, evento 1, DOC1):

*No dia 18 de maio de 2021, por volta das 04h31min, nesta Capital, o denunciado **praticou, induziu e incitou a discriminação e preconceito de cunho homofóbico**, mediante publicação feita por intermédio do meio de comunicação social Blogger/Usuário Políbio Braba.*

Ao agir, o imputado, contrariado pela conduta adotada pelo Poder Executivo do Estado do Rio Grande do Sul, em face da celebração pela data intitulada como Dia Internacional contra a Homofobia, Transfobia e a Biofobia, publicou, por meio de seu blog, texto intitulado 'Eduardo Leite manda bordar as cores do arco-íris gay na fachada do Piratini', no qual escreveu as seguintes frases de caráter homofóbico:

'O Governador Eduardo Leite decidiu comemorar em alto estilo a legalização do homossexualismo como opção da vontade sexual das pessoas e não como patologia, pelo menos do ponto de vista da polêmica OMS.

Ontem foi o Dia Internacional do Universo LGBTQIA+, que engloba não só o homossexualismo, mas ainda não compreende a zoofilia.'

A conduta do denunciado configura a prática de homofobia, pois menosprezou a dignidade humana das pessoas integrantes da população LGBTQIA+, atingindo-os de modo genérico por sugerir a patologização e a imoralidade das identidades de orientação sexual e de gênero nela inseridas.

Primeiramente, porque legitimou práticas homofóbicas ao expressar que tais indivíduos poderiam ser compreendidos como portadores de uma patologia, a depender dos diversos pontos de vista dos atores sociais, invalidando o pensamento científico que superou tal visão, na medida em que o qualificou como mera opinião da supostamente polêmica Organização Mundial da Saúde.

Ainda, por deliberadamente utilizar o sufixo 'ismo', que costuma denotar doença, ao invés de prestigiar o consagrado termo homossexualidade, reivindicado pela comunidade LGBTQIA+

justamente para excluir o caráter patológico de tais identidades pareando-as com a noção de homossexualidade.

Também, por ventilar que as identidades de orientação sexual e de gênero contidas na sigla LGBTQIA+ foram, ou deveriam, ser ilegais, na medida em que usa a expressão 'legalização do homossexualismo', o que propaga a ideia - e o discurso de ódio daí resultante - de que essa população está à margem da lei e da sociedade, criminalizando-a.

Finalmente, por comparar e associar o modo de vida das identidades de orientação sexual e de gênero componentes da sigla LGBTQIA+ à prática de zoofilia (relação sexual entre humanos e animais), dessa forma induzindo ao pensamento discriminatório e incitando aos leitores do referido blog, meio de comunicação digital, ao preconceito e discurso de ódio contra essa população.

Na sequência, adoto o relatório da sentença (evento 132, DOC1):

A denúncia foi recebida em 20/07/2021 evento 4, DESPADEC1

O réu foi citado evento 11, CERTGM1 e apresentou resposta à acusação por meio de Defensor Constituído, teceu considerações sobre sua carreira de cunho jornalístico, apontou diferenças ideológicas de cunho político com Deputada que seria vinculada ao responsável pelo registro de ocorrência policial, na ocasião, identificado como vítima, que deu causa ao ajuizamento da presente ação penal, postulando a rejeição da denúncia por ausência de dolo, de justa causa e pela atipicidade da conduta, bem como a necessidade de proteção ao direito de livre expressão evento 16, DEFESA PRÉVIA1, juntou diversos documentos, fotografias e mensagens (Evento 16).

Saneado o feito evento 21, DESPADEC1, foi designada audiência de instrução evento 30, DESPADEC1.

Durante a instrução, de início, suscitada pela Magistrada a possibilidade de oferta de Acordo de Não Persecução Penal, foi recusada pelo acusado diante da necessidade de confissão; a seguir, foram ouvidos os informantes CAIO CESAR KLEIN e GABRIEL GALLI AREVALO, arrolados pelo Ministério Público; e logo depois as testemunhas arroladas pela Defesa GABRIEL SOUZA, ADÃO JOSÉ PAIANI e JULIO RIBEIRO. Ainda, indeferido o pedido de substituição da testemunha MARIA DE LOURDES MARTINS LUCCHIN pelo ex-Governador EDUARDO LEITE, pela intempestividade, feito apenas no dia da audiência. Ao final, interrogado o réu e encerrada evento 111, TERMOAUD1.

Atualizados os antecedentes criminais evento 113, CERTANTCRIM1.

O Ministério Público ofertou memoriais requerendo a condenação do réu nos termos da denúncia evento 117, ALEGAÇÕES1.

O réu, por sua vez, por ocasião dos memoriais finais, reiterou a ausência de dolo, atipicidade da conduta, tratando-se de mera manifestação do pensamento, protegida pela Constituição Federal através da liberdade de expressão, apontando perseguição política dos informantes ouvidos que efetuaram o registro de ocorrência, vinculados a partidos políticos com os quais o demandado possui desavenças. Postulou a improcedência evento 128, ALEGAÇÕES1.

Sobreveio a sentença, evento 132, DOC1, publicada em 14/11/2022, que julgou procedente a denúncia, condenando POLIBIO ADOLFO BRAGA às penas de **02 (dois) anos de**

reclusão, a ser cumprida em regime inicial aberto, e de **10 (dez) dias-multa, no valor unitário mínimo legal**, porque incurso nas sanções do art. 20, §2º, da Lei nº 7.716/89. Preenchidos os requisitos, a decisão substituiu a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária, no valor de 05 (cinco) salários mínimos, para a conta das penas alternativas da comarca de Porto Alegre. Além disso, o réu foi condenado ao pagamento das custas processuais, sendo a ele concedido o direito de apelar em liberdade.

A dosimetria da pena deu-se da seguinte forma:

*Considerando as circunstâncias judiciais do art. 59, do CP, a **culpabilidade**, tomada como grau de reprovabilidade da conduta, já qualifica o crime, razão pela qual não justifica maior rigor na punição no ponto; à luz do Enunciado 444 da Súmula do STJ, o acusado não ostenta **antecedentes evento 113, CERTANTCRIMI**; **personalidade e conduta social** sem elementos para apreciação; o **motivo** do crime, ao que tudo indica, foi intrínseco ao tipo; **circunstâncias e consequências** foram inerentes crime, de perigo abstrato, sem notícia de consequências mais nefastas; a **vítima**, pelo contexto dos autos, em nada contribuiu para o crime.*

*Diante das moduladoras acima analisadas, nenhuma delas reputada como negativa, fixo a pena-base em **02 (dois) anos de reclusão**.*

Intimado o réu pessoalmente da sentença (evento 161, DOC1), nada manifestou.

A defesa apelou (evento 142, DOC1), acostando razões ao evento 8, DOC1, nas quais, preliminarmente, requereu o deferimento da assistência judiciária gratuita e suscitou a nulidade do feito, pela violação do princípio da correlação entre imputação e sentença, bem como pela ausência de fundamentação para o decreto condenatório. No mérito, postulou a absolvição, por atipicidade da conduta, diante da ausência de dolo, e pela insuficiência de provas, porque, havendo duas interpretações ao texto publicado, deve ser considerada a mais favorável ao réu, em atenção ao princípio do *in dubio pro reo*. A defesa, ainda, acostou documentos (evento 8, DOC2, 8.3, 8.4, 8.5, 8.6, 8.7).

Com as contrarrazões recursais (evento 11, DOC1), pelo desprovimento do apelo, vieram os autos.

Nesta Corte, a ilustre Procuradora de Justiça, Dra. Maria Cristina Cardoso Moreira de Oliveira, opinou pelo parcial provimento do apelo manejado pela defesa, a fim de ser concedido ao recorrente, o benefício da gratuidade da Justiça, eximindo-o do pagamento das custas processuais, confirmando-se quanto ao mais, a sentença penal condenatória operada (evento 14, DOC1).

Esta 8ª Câmara Criminal adotou o procedimento informatizado utilizado pelo TJRS, atendido o disposto no art.609 do CPP, bem como no art.207, II, do RITJERGS.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de recurso interposto pela defesa de POLIBIO ADOLFO BRAGA, no qual, preliminarmente, requereu o deferimento da AJG e suscitou a nulidade do feito, por violação ao

princípio da correlação entre imputação e sentença, bem como pela ausência de fundamentação para o decreto condenatório. No mérito, postulou a absolvição, por atipicidade da conduta, diante da ausência de dolo, e pela insuficiência de provas, porque, havendo duas interpretações ao texto publicado pelo réu, deve ser considerada a mais favorável, em atenção ao princípio do *in dubio pro reo*.

De início, verifica-se, de ofício, questão prejudicial que impede o enfrentamento do recurso defensivo, qual seja, a incompetência absoluta da Justiça Estadual para processar e julgar o presente feito.

Depreende-se dos autos que as investigações relativas ao presente fato tiveram curso na delegacia de polícia de combate à intolerância, após registro de ocorrência policial, realizada pela *ONG Somos*, informando ter o jornalista, ora réu, POLÍBIO ADOLFO BRAGA, veiculado, em página eletrônica de sua propriedade¹, texto de caráter homofóbico, cujas ofensas atingiam toda comunidade LGBTQIAPN+. O crime, em tese, foi perpetrado em um *blog*, na *internet*, em espaço virtual acessível em qualquer lugar do mundo.

Para que seja de competência da Justiça Federal, aplicando-se ao caso o art. 109, V, da Constituição Federal, faz-se necessário que o delito esteja *previsto em tratado ou convenção internacional* - que o Brasil seja signatário -, *quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente*. Assim, de acordo com a jurisprudência da Suprema Corte², são necessários três requisitos essenciais e cumulativos: 1) que o fato seja previsto como crime em tratado ou convenção; 2) que o Brasil seja signatário do tratado ou convenção, comprometendo-se a combater esse delito; 3) que exista relação de internacionalidade entre a conduta criminosa e o resultado produzido ou que deveria ter sido produzido.

Pois bem. Em interpretação realizada pela Suprema Corte, na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO 26/DF20), homofobia e transfobia passaram a se enquadrar na tipificação da Lei nº 7.716/89, que *define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor*³. Assim, praticar, induzir ou incitar condutas homofóbicas, em publicação na *internet*, na forma como narrado o fato, na denúncia, é conduta tipificada no art. 20, §2º, da Lei nº 7.716/89, caracterizando o crime de racismo homofóbico.

O crime de racismo, por sua vez, é previsto na Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial⁴, ratificada pelo Brasil e incorporada à legislação pátria pelo Decreto nº 65.810/69. E, considerando o entendimento de traduzir, a homofobia, expressão de racismo, cabe a ambos idêntico tratamento legal.

Por outro lado, para fins de preenchimento do terceiro requisito acima mencionado, importa que se extraia o atributo da internacionalidade da conduta praticada. E o conceito da internacionalidade foi amplamente discutido no RE 628.624, assim como o entendimento adotado pelo STF passou a ser seguido também pelo STJ. De acordo com a Suprema Corte, no Recurso Extraordinário, cuja Repercussão Geral foi reconhecida, *A extração da potencial internacionalidade do resultado advém do nível de abrangência próprio de sítios virtuais de amplo acesso, bem como da reconhecida dispersão mundial preconizada no art. 2º, I, da Lei 12.965/2014, que instituiu o "Marco Civil da Internet no Brasil". Basta que a publicação tenha sido feita em "ambiência virtual de sítios de amplo e fácil acesso a qualquer sujeito, em qualquer parte do planeta, que esteja conectado à internet"*. Colaciono, no ponto, a jurisprudência mencionada:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. PENAL. PROCESSO PENAL. CRIME PREVISTO NO ARTIGO 241-A DA LEI 8.069/90 (ESTATUTO DA

CRIANÇA E DO ADOLESCENTE). COMPETÊNCIA. DIVULGAÇÃO E PUBLICAÇÃO DE IMAGENS COM CONTEÚDO PORNOGRÁFICO ENVOLVENDO CRIANÇA OU ADOLESCENTE. CONVENÇÃO SOBRE DIREITOS DA CRIANÇA. DELITO COMETIDO POR MEIO DA REDE MUNDIAL DE COMPUTADORES (INTERNET). INTERNACIONALIDADE. ARTIGO 109, V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL RECONHECIDA. RECURSO DESPROVIDO. 1. À luz do preconizado no art. 109, V, da CF, a competência para processamento e julgamento de crime será da Justiça Federal quando preenchidos 03 (três) requisitos essenciais e cumulativos, quais sejam, que: a) o fato esteja previsto como crime no Brasil e no estrangeiro; b) o Brasil seja signatário de convenção ou tratado internacional por meio do qual assume o compromisso de reprimir criminalmente aquela espécie delitiva; e c) a conduta tenha ao menos se iniciado no Brasil e o resultado tenha ocorrido, ou devesse ter ocorrido no exterior, ou reciprocamente. 2. O Brasil pune a prática de divulgação e publicação de conteúdo pedófilo-pornográfico, conforme art. 241-A do Estatuto da Criança e do Adolescente. 3. Além de signatário da Convenção sobre Direitos da Criança, o Estado Brasileiro ratificou o respectivo Protocolo Facultativo. Em tais acordos internacionais se assentou a proteção à infância e se estabeleceu o compromisso de tipificação penal das condutas relacionadas à pornografia infantil. 4. Para fins de preenchimento do terceiro requisito, é necessário que, do exame entre a conduta praticada e o resultado produzido, ou que deveria ser produzido, se extraia o atributo de internacionalidade dessa relação. 5. Quando a publicação de material contendo pornografia infanto-juvenil ocorre na ambiência virtual de sítios de amplo e fácil acesso a qualquer sujeito, em qualquer parte do planeta, que esteja conectado à internet, a constatação da internacionalidade se infere não apenas do fato de que a postagem se opera em cenário propício ao livre acesso, como também que, ao fazê-lo, o agente comete o delito justamente com o objetivo de atingir o maior número possível de pessoas, inclusive assumindo o risco de que indivíduos localizados no estrangeiro sejam, igualmente, destinatários do material. A potencialidade do dano não se extrai somente do resultado efetivamente produzido, mas também daquele que poderia ocorrer, conforme própria previsão constitucional. 6. Basta à configuração da competência da Justiça Federal que o material pornográfico envolvendo crianças ou adolescentes tenha estado acessível por alguém no estrangeiro, ainda que não haja evidências de que esse acesso realmente ocorreu. 7. A extração da potencial internacionalidade do resultado advém do nível de abrangência próprio de sítios virtuais de amplo acesso, bem como da reconhecida dispersão mundial preconizada no art. 2º, I, da Lei 12.965/14, que instituiu o Marco Civil da Internet no Brasil. 8. Não se constata o caráter de internacionalidade, ainda que potencial, quando o panorama fático envolve apenas a comunicação eletrônica havida entre particulares em canal de comunicação fechado, tal como ocorre na troca de e-mails ou conversas privadas entre pessoas situadas no Brasil. Evidenciado que o conteúdo permaneceu enclausurado entre os participantes da conversa virtual, bem como que os envolvidos se conectaram por meio de computadores instalados em território nacional, não há que se cogitar na internacionalidade do resultado. 9. Tese fixada: “Compete à Justiça Federal processar e julgar os crimes consistentes em disponibilizar ou adquirir material pornográfico envolvendo criança ou adolescente (arts. 241, 241-A e 241-B da Lei nº 8.069/1990) quando praticados por meio da rede mundial de computadores”. 10. Recurso extraordinário desprovido. (RE 628624, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 29/10/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-062 DIVULG 05-04-2016 PUBLIC 06-04-2016) (grifei)

Na sequência, verificado que a redação final da tese, na forma como proclamada, admitia interpretações equivocadas - a fim de afastar interpretações de que a competência da Justiça Federal abarcaria a comunicação eletrônica havida entre particulares em canais fechados dentro do território nacional -, foi a tese, em sede de embargos declaratórios, assim definida:

O Tribunal, por unanimidade, acolheu os embargos de declaração, para o fim de fixar a seguinte tese: “Compete à Justiça Federal processar e julgar os crimes consistentes em disponibilizar ou adquirir material pornográfico, acessível transnacionalmente, envolvendo criança ou adolescente, quando praticados por meio da rede mundial de computadores (arts. 241, 241-A e 241-B da Lei nº 8.069/1990)”, nos termos do voto do Relator. Não participou deste julgamento o Ministro Celso de Mello. Plenário, Sessão Virtual de 7.8.2020 a 17.8.2020.(RE 628624 ED,

Relator: EDSON FACHIN, julgado em 18/08/2020, DATA DE PUBLICAÇÃO DJE 11/09/2020 - ATA Nº 151/2020. DJE nº 225, divulgado em 10/09/2020).

Ainda que o paradigma da repercussão geral diga respeito a crime diverso, o raciocínio aplicado é o mesmo, na espécie, pois o acórdão da Suprema Corte repisa o que vem disposto na Carta Magna, a qual estabelece a competência da Justiça Federal, não só nas hipóteses de acesso de publicação por alguém no estrangeiro, mas igualmente nos casos em que a amplitude do meio de divulgação tenha o condão de possibilitar o acesso do conteúdo no exterior.

Destarte, para que se perfectibilize a internacionalidade, basta que o crime seja praticado na rede mundial de computadores, em plataforma aberta ao acesso de qualquer pessoa, desimportando que tenha, de fato, havido acesso ao conteúdo no exterior.

No ponto, jurisprudência da Suprema Corte:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MATÉRIA CRIMINAL. DIVULGAÇÃO E PUBLICAÇÃO DE MÚSICA COM SUPOSTO CONTEÚDO DE PRECONCEITO RACIAL POR MEIO DA REDE MUNDIAL DE COMPUTADORES. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. ARTIGO 109, INCISO V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. TRANSNACIONALIDADE DO DELITO. OCORRÊNCIA. 1. Nos crimes cometidos mediante divulgação ou publicação de dados proibidos por meio da rede mundial de computadores, o requisito da transnacionalidade do delito infere-se da própria potencialidade de abrangência de sítios virtuais de amplo acesso. 2. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes.

(RE 626510 AgR-ED, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 28/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-224 DIVULG 19-10-2018 PUBLIC 22-10-2018).

No mesmo sentido o entendimento do E. STJ:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. PROCESSUAL PENAL. HOMOFOBIA. RACISMO EM SUA DIMENSÃO SOCIAL. CONTEÚDO DIVULGADO NO FACEBOOK E NO YOUTUBE. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. CONFLITO CONHECIDO PARA DECLARAR COMPETENTE O TRIBUNAL SUSCITANTE.

1. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26, de relatoria do Ministro Celso de Mello, deu interpretação conforme à Constituição, "para enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional".

2. Tendo sido firmado pelo Supremo Tribunal Federal o entendimento de que a homofobia traduz expressão de racismo, compreendido em sua dimensão social, caberá a casos de homofobia o tratamento legal conferido ao crime de racismo.

3. No caso, os fatos narrados pelo Ministério Público estadual indicam que a conduta do Investigado não se restringiu a uma pessoa determinada, ainda que tenha feito menção a ato atribuído a um professor da rede pública, mas diz respeito a uma coletividade de pessoas.

4. Demonstrado que as falas de suposto cunho homofóbico foram divulgadas pela internet, em perfis abertos da rede social Facebook e da plataforma de compartilhamento de vídeos Youtube, ambos de abrangência internacional, está configurada a competência da Justiça Federal para o processamento e julgamento do feito.

5. Conflito conhecido para declarar competente o Tribunal Regional Federal da 4.ª Região, o Suscitante.

(CC n. 191.970/RS, relatora Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 14/12/2022, DJe de 19/12/2022.)

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. ART. 20, § 2º, DA LEI 7.716/89. DISCRIMINAÇÃO E PRECONCEITO CONTRA O POVO JUDEU. CONVENÇÃO INTERNACIONAL ACERCA DO TEMA. RATIFICADA PELO BRASIL. DISSEMINAÇÃO. PRATICADA POR MEIO DA REDE SOCIAL "FACEBOOK". SÍTIO VIRTUAL DE AMPLO ACESSO. CONTEÚDO RACISTA ACESSÍVEL NO EXTERIOR. POTENCIAL TRANSNACIONALIDADE CONFIGURADA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. IDENTIFICAÇÃO DA ORIGEM DAS POSTAGENS. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE TERCEIRO JUÍZO ESTRANHO AO CONFLITO.

1. O presente conflito de competência deve ser conhecido, por se tratar de incidente instaurado entre juízos vinculados a Tribunais distintos, nos termos do art. 105, inciso I, alínea d da Constituição Federal - CF.

2. Segundo o art. 109, V, da Constituição Federal - CF, compete aos juízes federais processar e julgar "os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente".

3. Na presente investigação é incontroverso que o conteúdo divulgado na rede social "Facebook", na página "Hitler Depressão - A Todo Gás", possui conteúdo discriminatório contra todo o povo judeu e não contra pessoa individualmente considerada. Também é incontroverso que a "Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial", promulgada pela Assembléia das Nações Unidas foi ratificada pelo Brasil em 27.03.1968. O núcleo da controvérsia diz respeito exclusivamente à configuração ou não da internacionalidade da conduta.

4. À época em que tiveram início as investigações, não havia sólido entendimento da Suprema Corte acerca da configuração da internacionalidade de imagens postadas no "Facebook". Todavia, o tema foi amplamente discutido em recurso extraordinário cuja repercussão geral foi reconhecida. **"A extração da potencial internacionalidade do resultado advém do nível de abrangência próprio de sítios virtuais de amplo acesso, bem como da reconhecida dispersão mundial preconizada no art. 2º, I, da Lei 12.965/2014, que instituiu o Marco Civil da Internet no Brasil" (RE 628624, Relator Min. MARCO AURÉLIO, Relator p/ Acórdão: Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, Dje 6/4/2016)**

5. Muito embora o paradigma da repercussão geral diga respeito à pornografia infantil, o mesmo raciocínio se aplica ao caso concreto, na medida em que o acórdão da Suprema Corte vem repisar o disposto na Constituição Federal, que reconhece a competência da Justiça Federal não apenas no caso de acesso da publicação por alguém no estrangeiro, mas também nas hipóteses em que a amplitude do meio de divulgação tenha o condão de possibilitar o acesso.

No caso dos autos, diante da potencialidade de o material disponibilizado na internet ser acessado no exterior, está configurada a competência da Justiça Federal, ainda que o conteúdo não tenha sido efetivamente visualizado fora do território nacional.

6. Na singularidade do caso concreto diligências apontam que as postagens de cunho racista e discriminatório contra o povo judeu partiram de usuário localizado em Curitiba.

Nos termos do art. 70 do Código de Processo Penal - CPP, 'a competência será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumar a infração, ou, no caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução'.

7. "A jurisprudência tem reconhecido a possibilidade de declaração da competência de um terceiro juízo que não figure no conflito de competência em julgamento, quer na qualidade de suscitante, quer na qualidade de suscitado" (CC 168.575/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, DJe 14/10/2019).

8. Conflito conhecido para declarar a competência da Justiça Federal atuante em Curitiba - SJ/PR, a quem couber a distribuição do feito.

(CC n. 163.420/PR, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Terceira Seção, julgado em 13/5/2020, DJe de 1/6/2020.) (grifei)

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TROCA DE IMAGENS PORNOGRÁFICAS COM ADOLESCENTE VIA WHATSAPP E SKYPE. ART. 241-1 DA LEI 8.069/90. ÂMBITO PRIVADO DAS MENSAGENS. COMPETÊNCIA ESTADUAL. ALEGAÇÃO DE LITISPENDÊNCIA. NÃO CONSTATAÇÃO. PRISÃO PREVENTIVA. NECESSIDADE DE GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL. PREVENÇÃO DA REITERAÇÃO DELITIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. EVENTUAIS CIRCUNSTÂNCIAS PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. INSUFICIÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. RECURSO DESPROVIDO. 1. A Justiça Federal é competente, conforme disposição do inciso V do art. 109 da Constituição da República,

quando se tratar de infrações previstas em tratados ou convenções internacionais, como é caso do racismo, previsto na Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, da qual o Brasil é signatário, assim como nos crimes de guarda de moeda falsa, de tráfico internacional de entorpecentes, de tráfico de mulheres, de envio ilegal e tráfico de menores, de tortura, de pornografia infantil e pedofilia e corrupção ativa e tráfico de influência nas transações comerciais internacionais. 2. Deliberando sobre o tema, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 628.624/MG, em sede de repercussão geral, assentou que a fixação da competência da Justiça Federal para o julgamento do delito do art. 241-A do Estatuto da Criança e do Adolescente (divulgação e publicação de conteúdo pedófilo-pornográfico) pressupõe a possibilidade de identificação do atributo da internacionalidade do resultado obtido ou que se pretendia obter. 3. **Por sua vez, a constatação da internacionalidade do delito demandaria apenas que a publicação do material pornográfico tivesse sido feita em "ambiência virtual de sítios de amplo e fácil acesso a qualquer sujeito, em qualquer parte do planeta, que esteja conectado à internet" e que "o material pornográfico envolvendo crianças ou adolescentes tenha estado acessível por alguém no estrangeiro, ainda que não haja evidências de que esse acesso realmente ocorreu"** (RE 628.624, Relator Min. MARCO AURÉLIO, Relator para acórdão: Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 29/10/2015, acórdão eletrônico REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-062 DIVULG 05-04-2016 PUBLIC 06-04-2016) 4. Hipótese na qual não há imputação de que o conteúdo pornográfico tenha sido divulgado em sítios virtuais de amplo e fácil acesso, na internet, uma vez que as mensagens teriam sido trocadas por meio dos aplicativos whatsapp e skype, aplicativos em que a comunicação se dá entre destinatários escolhidos pelo emissor da mensagem. Trata-se de troca de informação privada que não está acessível a qualquer pessoa. 5. Desse modo, não tendo sido preenchido o requisito estabelecido pela Corte Suprema de que a postagem de conteúdo pedófilo-pornográfico tenha sido feita em cenário propício ao livre acesso, não se sustenta a alegação de incompetência da Justiça estadual para o julgamento do caso. 6. Não se sustenta alegação de litispendência em hipótese na qual os processos versam sobre fatos diversos, ocorridos em datas distintas, e inclusive com tipificação penal diferente. 7. A privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime reveste-se de caráter excepcional em nosso ordenamento jurídico (art. 5º, LXI, LXV e LXVI, da CF). Assim, a medida, embora possível, deve estar embasada em decisão judicial fundamentada (art. 93, IX, da CF), que demonstre a existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal. Exige-se, ainda, na linha perflhada pela jurisprudência dominante deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, que a decisão esteja pautada em motivação concreta, sendo vedadas considerações abstratas sobre a gravidade do crime. 8. Hipótese na qual a prisão encontra-se justificada pela necessidade de assegurar a aplicação da lei penal, uma vez que o recorrente não apresenta vínculo com o distrito da culpa e permaneceu foragido, sendo preso em outra unidade da Federação. 9. A necessidade da prisão fica reforçada pelos veementes indícios de que as condutas em tela eram praticadas de modo habitual pelo recorrente, tendo ele declarado que "fazia contato com outros menores, do sexo feminino e masculino, no mesmo sentido pedindo fotos e vídeos para esses menores, estando eles nus e também mandava fotos suas para os demais menores, sendo que a maioria das fotografias encontradas nos seus celulares eram dessas crianças e adolescentes". 10. As circunstâncias que envolvem o fato demonstram que outras medidas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal não surtiriam o efeito almejado para a proteção da ordem pública e da aplicação da lei penal. 11. Estando presentes os requisitos autorizadores da segregação preventiva, eventuais condições pessoais favoráveis não são suficientes para afastá-la. 12. Recurso desprovido. (RHC n. 85.605/RJ, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 26/9/2017, DJe de 2/10/2017.) (grifei)

Não haverá, contudo, competência da Justiça Federal, quando o panorama fático revelar ter havido comunicação eletrônica em canais fechados de transmissão, cujo conteúdo ficou restrito aos participantes da conversa virtual, não se podendo, assim, cogitar na internacionalidade do resultado - como bem salientado no julgamento dos Embargos Declaratórios ao Recurso

Extraordinário nº 628.624, já acima referido. Serve de exemplo, no ponto, o mais recente julgado desta 8ª Câmara Criminal acerca do tema - processo de nº 5037674-30.2021.8.21.0001, de relatoria da MMª Desembargadora Naele Ochoa Piazzeta -, o qual, por tratar de ofensas racistas divulgadas em grupo fechado de *WhatsApp*, é de competência desta Justiça Estadual.

Também nos casos em que as ofensas são dirigidas a pessoas determinadas ou que aconteçam em um contexto nacional - como, a exemplo, em casos de declarações preconceituosas dirigidas a pessoas em razão da sua naturalidade (RE 1.053.961, Rel. Min. Dias Toffoli) -, a Corte Suprema também já afastou a transnacionalidade, definindo pela competência da Justiça Estadual para processamento e julgamento do feito.

Diante dessas exceções, assentou-se a jurisprudência de que *a divulgação de mensagens incitadoras da prática de crime pela rede mundial de computadores não é suficiente para, de per si, atribuir à prática do crime a demonstração de resultado além do território nacional*.

A título exemplificativo, os seguintes julgados do E. STJ:

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CRIME DE RACISMO PRATICADO PELA INTERNET. COMPETÊNCIA. DISCUSSÃO JÁ DECIDIDA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. JUSTIÇA COMUM. 1. Tal como consta no parecer do Ministério Público Federal, “a questão ora em análise competência jurisdicional para o julgamento de feito relativo à prática do crime de racismo via internet ’ foi devidamente analisada em momento processual próprio, assentando-se na ocasião tanto no âmbito do STJ (em sede de conflito de competência), quanto no âmbito do STF (em sede de habeas corpus), o entendimento jurisprudencial prevaletente, qual seja, o de que o processo e julgamento do feito competia à Justiça Estadual”. 2. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que “a divulgação de mensagens incitadoras da prática de crime pela rede mundial de computadores não é suficiente para, de per si, atribuir à prática do crime a demonstração de resultado além do território nacional (ACO 1.780, Rel. Min. Luiz Fux). Ainda nessa linha, veja-se o RE 1.053.961, Rel. Min. Dias Toffoli. 3. Agravo interno a que se nega provimento.

(ARE 1169322 AgR, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 29/03/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-069 DIVULG 04-04-2019 PUBLIC 05-04-2019)

HABEAS CORPUS. ALEGAÇÃO DE VÍCIO PROCEDIMENTAL. COMPETÊNCIA PARA PROCESSAR E JULGAR CRIME DE INCITAÇÃO À DISCRIMINAÇÃO COMETIDO POR MEIO DA INTERNET. OFENSAS DIRIGIDAS A PESSOAS DETERMINADAS. 1. Não se declara a nulidade do ato processual que não houver influído na decisão da causa. 2. É da Justiça estadual a competência para processar e julgar o crime de incitação à discriminação racial por meio da internet cometido contra pessoas determinadas e cujo resultado não ultrapassou as fronteiras territoriais brasileiras. 3. Ordem denegada.

(HC 121283, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 29/04/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-091 DIVULG 13-05-2014 PUBLIC 14-05-2014)

O presente fato, todavia, não abarca qualquer desses cenários.

Aplicando, assim, o entendimento das Cortes Superiores ao caso em julgamento, deve ser reconhecida a competência da Justiça Federal, porque: a) o crime está previsto em tratado internacional ratificado pelo Brasil; b) as mensagens de caráter homofóbico foram divulgadas na *internet*, em um *blog*, sítio virtual acessível no exterior; c) dirigidas a pessoas indeterminadas; d) tratando, por fim, de situação fática fora de contexto nacional. Portanto, aqui estão devidamente preenchidos todos os requisitos elencados no art. 109, V, da Constituição Federal.

Destarte, está caracterizada a hipótese de nulidade prevista no artigo 564, inciso I, do Código de Processo Penal, por incompetência da Justiça Estadual. E, na forma do artigo 567, do mesmo estatuto processual penal, porque nulidade absoluta, são nulos todos os atos processuais, desde o recebimento da denúncia, devendo ser remetido o processo para a Justiça Federal.

Em conclusão, reconheço a incompetência da Justiça Estadual para o julgamento do presente delito e declaro nulos os atos processuais, determinando a remessa do feito para a Justiça Federal.

Por derradeiro, saliento que, em se tratando de infração ao art. 20, § 2º, da Lei nº 7.716/1989, sobre o qual incide cláusula de imprescritibilidade, nos termos do art. 5º, XLII, da Constituição Federal, não há que se falar em prescrição.

FV

EM FACE DO EXPOSTO, voto no sentido de reconhecer, de ofício, a incompetência da Justiça Estadual para o julgamento do presente feito, declarando nulos os atos processuais realizados e determinando a sua remessa para a Justiça Federal, prejudicado o recurso defensivo.

Documento assinado eletronicamente por **ISABEL DE BORBA LUCAS, Desembargadora Relatora**, em 27/9/2023, às 18:24:51, conforme art. 1º, III, "b", da Lei 11.419/2006. A autenticidade do documento pode ser conferida no site https://eproc2g.tjrs.jus.br/eproc/externo_controlador.php?acao=consulta_autenticidade_documentos, informando o código verificador **20003450994v75** e o código CRC **7aa1d9a5**.

Informações adicionais da assinatura:
Signatário (a): ISABEL DE BORBA LUCAS
Data e Hora: 27/9/2023, às 18:24:51

-
1. <https://polibiobraga.blogspot.com/2021/05/eduardo-leite-manda-bordar-as-cores-do.html>
 2. RE 628624, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 29/10/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-062 DIVULG 05-04-2016 PUBLIC 06-04-2016;
 3. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm
 4. Decreto nº 65.810/69, que promulgou a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D65810.html>

5075245-35.2021.8.21.0001

20003450994 .V75



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
8ª Câmara Criminal

Avenida Borges de Medeiros, 1565 – Porto Alegre/RS – CEP 90110-906

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5075245-35.2021.8.21.0001/RS

TIPO DE AÇÃO: Crimes Resultante de Preconceito de Raça ou de Cor (Lei 7.716/89)

RELATORA: DESEMBARGADORA ISABEL DE BORBA LUCAS

APELANTE: POLIBIO ADOLFO BRAGA (RÉU)

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL (AUTOR)

EMENTA

APELAÇÃO CRIMINAL. HOMOFOBIA. ART. 20, §2º, DA LEI Nº 7.716/89. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO N. 26 QUE, INTERPRETANDO CONFORME A CONSTITUIÇÃO, ENQUADROU A HOMOFOBIA E A TRANSFOBIA NA TIPIFICAÇÃO DA LEI DO RACISMO. CRIME PRATICADO PELA *INTERNET*. CONTEÚDO HOMOFÓBICO PUBLICADO EM SÍTIOS VIRTUAIS DE ACESSO AMPLO E PÚBLICO, DE FÁCIL DISPERSÃO. POTENCIAL INTERNACIONALIDADE CONFIGURADA. INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA. NULIDADE DOS ATOS PROCESSUAIS. RECONHECIMENTO DE OFÍCIO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

É da competência da Justiça Federal, conforme disposição do art. 109, V, da Carta Magna, processar e julgar infrações previstas em tratados ou convenções internacionais, quando, iniciada a execução no país, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente. O crime de racismo foi incorporado à legislação pátria pelo Decreto nº 65.810/69, que promulgou a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. E, considerando o entendimento de que a homofobia traduz expressão de racismo - conforme interpretação realizada pela Suprema Corte, na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão - ADO 26/DF20 -, cabe a ambos idêntico tratamento legal. Por outro lado, de acordo com o entendimento da Suprema Corte, em Recurso Extraordinário, cuja Repercussão Geral foi reconhecida, "A extração da potencial internacionalidade do resultado advém do nível de abrangência próprio de sítios virtuais de amplo acesso, bem como da reconhecida dispersão mundial preconizada no art. 2º, I, da Lei nº 12.965/2014, que instituiu o Marco Civil da *Internet* no Brasil" (RE 628.624, julgado em 29/10/2015). De acordo com esse entendimento, basta que a publicação tenha sido feita em "ambiência virtual de sítios de amplo e fácil acesso a qualquer sujeito, em qualquer parte do planeta, que esteja conectado à internet". Assim, é competente a Justiça Federal nas hipóteses em que a amplitude do meio de divulgação tenha o condão de possibilitar o acesso internacional. No caso dos autos, o sítio virtual em que publicado o texto supostamente homofóbico trata-se de um *blog*, página que pode ser acessada no

exterior, preenchendo, assim, o requisito de crime com potencial abrangência internacional. Portanto, o crime tipificado no art. 20, §2º, da Lei nº 7.716/89, decorrente de publicação pela *internet*, de postagem de cunho homofóbico, diante da possibilidade de o material disponibilizado na *internet* ser acessado no exterior, é, *in casu*, de competência da Justiça Federal. Está, assim, caracterizada a hipótese de nulidade prevista no artigo 564, inciso I, do Código de Processo Penal, por incompetência da Justiça Estadual. Na forma do artigo 567, do mesmo estatuto processual penal, diante da nulidade absoluta, encontram-se nulos os atos processuais do presente feito, desde o recebimento da denúncia, devendo ser remetido para a Justiça Federal.

COMPETÊNCIA DECLINADA PARA A JUSTIÇA FEDERAL. DETERMINAÇÃO DE REMESSA DO PROCESSO À JUSTIÇA COMPETENTE. PREJUDICADO O RECURSO DEFENSIVO.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 8ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul decidiu, por unanimidade, reconhecer, de ofício, a incompetência da Justiça Estadual para o julgamento do presente feito, declarando nulos os atos processuais realizados e determinando a sua remessa para a Justiça Federal, prejudicado o recurso defensivo, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que integram o presente julgado.

Porto Alegre, 27 de setembro de 2023.

Documento assinado eletronicamente por **ISABEL DE BORBA LUCAS, Desembargadora Relatora**, em 27/9/2023, às 18:24:24, conforme art. 1º, III, "b", da Lei 11.419/2006. A autenticidade do documento pode ser conferida no site https://eproc2g.tjrs.jus.br/eproc/externo_controlador.php?acao=consulta_autenticidade_documentos, informando o código verificador **20003450995v25** e o código CRC **e791ef81**.

Informações adicionais da assinatura:
Signatário (a): ISABEL DE BORBA LUCAS
Data e Hora: 27/9/2023, às 18:24:24

5075245-35.2021.8.21.0001

20003450995 .V25