

AÇÃO PENAL Nº 2009.71.08.004943-2/RS

AUTOR : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Réu : IVAR PAULO HARTMANN

ADVOGADO : FILIPE MERKER BRITTO

: LUIZ FERNANDO DEPIZZOL ANDRADE

SENTENÇA

I - RELATÓRIO

Trata-se de Ação Penal movida pelo Ministério Público Federal em face de **IVAR PAULO HARTMANN**, brasileiro, casado, colunista do Jornal Novo Hamburgo e promotor de justiça aposentado, inscrito no RG sob o nº 1017961275 e no CPF sob o nº 047.204.310-20, nascido em 15.12.1940, filho de Pedro Alberto Hartmann e de Miloca Hartmann, residente na Rua General Osório, 1.139/402, Novo Hamburgo/RS.

O réu foi denunciado pela prática do delito previsto no art. 20, § 2º, da Lei nº 7.716/89.

O fato delituoso foi assim descrito na peça acusatória:

"

No dia 15 de outubro de 2008, o denunciado, IVAR PAULO HARTMANN veiculou texto intitulado 'Raposa do Sol e outras raposas', publicado no Jornal NH (Grupo Sinos), contendo grave ofensa à dignidade do povo indígena, com expressões preconceituosas e discriminatórias, quais sejam:

'(...) No Brasil de hoje, as tribos remanescentes são compostas por indivíduos semi-civilizados, sujos, ignorantes e vagabundos, vivendo das benesses do poder branco. (...)'

A Lei nº 7.716/89, prevê que os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, com a especificação do artigo 20 quanto à praticar, induzir ou incitar a discriminação - qualificado quando é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza (§ 2º) - serão punidos com pena de reclusão de dois a cinco anos e multa. A discriminação praticada, explicitada no texto e especificamente nas expressões 'semi-civilizados, sujos, ignorantes e vagabundos, vivendo das benesses do poder branco', carregada de conteúdo preconceituoso, além de pejorativas e agressivas, disfarçada de suposta crítica social, também incita a população, pois reduz os indígenas à margem de qualquer valor moral, cultural ou intelectual. Dessa forma, suas palavras podem sugerir que outras pessoas também praticarem a discriminação e o preconceito em relação ao povo indígena, encorajando-os a não tolerarem a presença destes em nossa Sociedade. A palavra 'vagabundo', desconsiderou qualquer tipo de trabalho que os indígenas realizam, praticando preconceito em relação à cultura, modos de sustentabilidade e de vida do índio.

Tal ofensa atinge os índios do Brasil, mas especialmente aqueles da Região, pois temos a etnia Kaingang (com Aldeia fixada em São Leopoldo) e a etnia Guarani (com duas Aldeias fixadas em Riozinho),

os quais transitam por aqui, juntamente com outros índios de diversos municípios do Rio Grande do Sul, especialmente e em maior número na cidade de Novo Hamburgo, justamente onde circula diariamente o Jornal NH.

Mais ainda, o Jornal NH, onde foi publicado o texto, tem circulação impressa em toda a Região (sem levar em consideração a edição eletrônica, acessada por milhares de internautas), tendo, assim, grande abrangência:

*'Os jornais diários (...) somam uma **tiragem diária superior a 63.500 exemplares**, distribuídos em cerca de **45 municípios**, uma área que compreende a Região Metropolitana de Porto Alegre, Vale dos Sinos, Vale do Caí, Vale do Paranhana, Serra Turística e parte do Litoral Norte, o que representa 19,29% da população do Rio Grande do Sul. São mais de 2 milhões de habitantes ...'* (www.gruposinos.com.br/estrutura.asp, acesso em 27-04-2009)

Diante disso, seguramente as palavras divulgadas no Jornal NH exercem enorme influência na opinião de seus leitores. Pelas expressões explicitamente preconceituosas, o denunciante também incitou a população local a praticar a discriminação, visto o número expressivo de indígenas que moram ou circulam na região.

Certamente a situação dos povos indígenas no Brasil não é a mais adequada, carecendo, ainda, de diversas medidas por parte do Poder Público e da Sociedade, existindo diversas demandas por parte da população indígena - inclusive aquela que vive na região abrangida por Esta Subseção Judiciária - no que diz respeito à saúde, educação, moradia, sustentabilidade - condições mínimas de dignidade. Por outro lado, o desconhecimento acerca da cultura indígena, suas variadas etnias, sua forma de instrução, de educação dos filhos, seus conceitos de família e sua forma de trabalho não servem como atenuante à veiculação de opiniões como a que fornece substrato fático para o oferecimento da presente denúncia.

Diga-se que a presente peça incoativa teve origem em Representação protocolizada na Procuradoria da República no Município de Novo Hamburgo, pelo Conselho de Missão entre Índios - COMIN, da Igreja Evangélica de Confissão Luterana do Brasil - IECLB. Em decorrência disso, o Ministério Público Federal expediu ofício ao denunciado para que este se manifestasse sobre tal publicação, o qual respondeu e encaminhou cópia de outra publicação do Jornal NH, de 26 de novembro de 2008, também de sua autoria, intitulada simplesmente **'Desculpas'**. Ainda que o título do segundo texto (Desculpas) não atraia, talvez, a mesma atenção dos leitores quanto ao título da primeira publicação (Raposa do Sol e outras raposas), elogiável o reconhecimento do denunciado - referido por ele mesmo como decorrente de reclamação de leitores - frente às preconceituosas e discriminatórias palavras.

No entanto, vale ressaltar que o crime de discriminação previsto na Lei nº 7.716/89 não admite o instituto da retratação. No caso em tela, o bem jurídico a ser protegido é a dignidade humana de um povo, de uma etnia - diferentemente do crime de injúria, por exemplo, onde o bem tutelado é a honra da pessoa (CPP, artigos 143 e 144). A dignidade humana é um direito fundamental expresso em nossa Carta Magna, onde o bem protegido pertence ao Estado e à Sociedade como um todo. Ratifica-se essa idéia pela lembrança da **Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial** (Decreto nº 65.810/69), da qual o Brasil é signatário, onde é conceituada a expressão 'discriminação':

qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada na raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tem por objeto ou efeito anular ou restringir o recebimento, gozo ou exercício num mesmo plano (em igualdade de condições), de direitos humanos e liberdades fundamentais no domínio político econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio da vida pública.

Destarte, a despeito da iniciativa do denunciado, resta sem valor jurídico referida tentativa de retratação" (sic) (grifos no original).

Ao final, o Ministério Público Federal requereu que fosse determinada, como efeito da condenação, a reparação do dano mediante a publicação na íntegra da sentença condenatória no mesmo espaço utilizado para veicular o texto atacado.

A denúncia foi recebida em 09.09.2009 (fls. 31/32).

O réu apresentou defesa preliminar às fls.42-74, alegando: a) a competência da Justiça Estadual para processar e julgar o feito, em consonância com a Súmula nº 140 do STJ; b) a inépcia da inicial, por falta de descrição do tipo de dolo e suas circunstâncias; c) ter direito ao deferimento do benefício da suspensão condicional do processo; d) a impossibilidade de recebimento da denúncia antes da apresentação da defesa preliminar; e) falta de justa causa para a ação penal, dada à inexistência de comprovação do dolo na conduta do réu.

Diante da ausência de quaisquer hipóteses previstas no art. 397 do CPP, o Ministério Público Federal requereu o prosseguimento do feito (fls. 75/76).

Não sendo caso de absolvição sumária, o Juízo ratificou o recebimento da denúncia (fls. 77-79).

Na instrução foram inquiridas 1 (uma) testemunha de acusação (fls. 90/91) e 5 (cinco) testemunhas de defesa (fls. 116-118, 121, 162, e 175-178), sendo que, em virtude de falecimento, 1 (uma) destas foi substituída e devidamente inquirida por precatória (fls. 144-147, 171 e áudio MP3 do processo eletrônico 5000565-73.2010.404.7114 - fl. 198v.)

O réu foi interrogado ao final (fls. 216-303), apresentando documentos em audiência.

E atenção ao disposto no art. 402 do CPP, as partes nada requereram (fl. 215).

Em alegações finais (fls. 307-324), o *parquet* requereu a condenação por reputar comprovadas a materialidade e a autoria. Concluiu que o dolo estava comprovado, dada à *"intenção de se obter o resultado de discriminação em relação aos índios, suas palavras, publicadas em meio de grande circulação de massa (Jornal NH), provocou, ou tem o potencial de provocar, discriminação, ainda que inconscientemente, por parte do leitor em relação aos indígenas da região"*, citando um precedente jurisprudencial no qual se entendeu que *"comete o crime de racismo, quem emprega palavras pejorativas, contra determinada pessoa, com a clara pretensão de menosprezar ou diferenciar determinada coletividade, agrupamento ou raça"*.

Por outro lado, em suas alegações finais (fls. 330-361), a defesa reiterou a fundamentação da defesa preliminar e aduziu que não restaria comprovado o dolo na conduta do réu, ressaltando que:

"

A crônica formulada pelo réu, de um modo geral, tentou alardear a possibilidade de que a decisão do STF poderia entregar parte do território nacional aos indígenas (o que causaria uma segregação), sendo que os mesmos não assumiriam a responsabilidade sozinhos, diante da já mencionada presença estrangeira na região.

Não há, de fato, nenhum cunho racista no texto da crônica 'Raposa do Sol e Outras Raposas', de autoria do réu. O povo indígena apenas é apresentado como frágil, pouco culto, e conseqüentemente facilmente ludibriado por grupos que tem algum interesse subjacente.

Fazer alguma interpretação de apenas um excerto de um texto é incorrer no erro de fazer uma interpretação errônea da mensagem, que é bem maior do que a parte, conduta esta praticada pelo Parquet".

Vieram os autos conclusos.

É o relatório.

II - FUNDAMENTAÇÃO

As alegações de (a) competência da Justiça Estadual para processar e julgar o feito, em consonância com a Súmula nº 140 do STJ; (b) inépcia da inicial, por falta de descrição do tipo de dolo e suas circunstâncias; (c) direito ao deferimento do benefício da suspensão condicional do processo; e (d) a impossibilidade de recebimento da denúncia antes da apresentação da defesa preliminar já foram rejeitadas na decisão das fls. 77-79, cuja fundamentação adoto como razão de decidir nos seguintes termos:

"

a) Incompetência da Justiça Federal

*A súmula 140 do STJ aplica-se aos casos em que se discute direitos ou interesses **particulares** dos índios. No caso em tela, teria ocorrido, em tese, **ofensa à dignidade do povo indígena, coletivamente considerado**, sendo, portanto, competência da Justiça Federal.*

b) Inépcia da inicial

A peça oferecida pelo Parquet preenche os requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal. Com efeito, consta da exordial a exposição do fato criminoso: (...) o denunciado veiculou texto intitulado 'Raposa do Sol e outras raposas', publicado no Jornal NH (Grupo Sinos), contendo grave ofensa à dignidade do povo indígena, com expressões preconceituosas e discriminatórias, quais sejam:

'(...) No Brasil de hoje, as tribos remanescentes são compostas por indivíduos semi-civilizados, sujeitos, ignorantes e vagabundos, vivendo das benesses do poder branco (...)'.

Logo, havendo razoáveis indícios da materialidade e autoria, e garantido o pleno conhecimento do fato, restou assegurado o exercício absoluto da ampla defesa e do contraditório, requisitos estes que tornam a denúncia apta.

c) Suspensão condicional do processo

O art. 89, § 5º, da Lei nº 9.099/1995, dispõe que nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a 1 (um) ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo. Contudo, o réu foi denunciado pelo crime previsto no art. 20, § 2º, da Lei 7.716/1989, cuja pena mínima é de 02 (dois). Incabível, portanto, o benefício processual.

d) Recebimento da denúncia

Dispõe o art. 396 do CPP:

Art. 396. Nos procedimentos ordinário e sumário, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, recebê-la-á e ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias.

Veja-se que, tal dispositivo, ao utilizar os termos "recebê-la-á", "citação" e "acusado", deixa claro que o efetivo recebimento da denúncia ocorre quando o processo vai ao magistrado pela primeira vez, antes da defesa preliminar. Essa idéia é reforçada quando se recorre ao art. 363 do Código de Processo Penal, que dispõe que 'o processo terá completada a sua formação quando realizada a citação do acusado'. Ora, se o 'acusado' é 'citado' para (e não após) oferecer defesa preliminar, formando-se a relação processual (que prescindirá de ato posterior), é evidente que isso ocorre porque a denúncia já foi recebida, e isso ocorreu na fase prevista no art. 396".

Tipicidade

O réu foi denunciado pela prática do delito previsto no art. 20, § 2º, da Lei nº 7.716/89, com a redação dada pela Lei nº 9.459/97, *in verbis*:

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

(...)

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

Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa".

O referido tipo penal possui três núcleos ou ações típicas: ***praticar, induzir ou incitar***.

E o ***elemento subjetivo*** do tipo é o ***dolo***, ainda que eventual.

O dolo consiste na vontade livre e consciente de praticar, induzir ou incitar o preconceito ou discriminação racial, sabendo o agente que o seu comportamento - *"baseado que está nas noções vulgares de raça, cor ou etnia - restringe, limita, exclui, dificulta, separa, cria preferências, priva alguém de direitos, ou concorre perigosamente para essa privação"*.

E há um ***elemento subjetivo especial***: a conduta discriminatória deve ter sido motivada por preconceito, que, *"de maneira geral"* corresponde a *"um conjunto de idéias que defendem a superioridade inata de determinado grupo sobre outro(s)"*.

Nesse sentido, é o entendimento adotado pelo STJ no voto-condutor proferido pelo Ministro Jorge Mussi no julgamento do REsp nº 911.183/SC, de acordo com o qual:

"

A prática, segundo a doutrina, 'ocorre quando o agente perfaz a figura criminosa' (SILVA, José Geraldo e outros, Leis Especiais Anotadas, 9ª ed., Millenium: SP, 2007, p. 303). 'Como bem asseverado por Fábio Medina Osório e Jairo Gilberto Schafer: 'Praticar é o mais amplo dos verbos, porque reflete qualquer conduta discriminatória expressa. A ação de praticar possui forma livre, que abrange qualquer ato desde que idôneo a produzir a discriminação prevista no tipo incriminador.' (Dos crimes de discriminação e preconceito: anotações à Lei 8081, de 21.9.1990 . RT 714/329)' (SANTOS, Christiano Jorge, Racismo e injúria - Os limites que diferenciam as duas tipificações, artigo retirado do site www.consultorjuridico.com.br, datado de 27-3-2004, notas de rodapé n. 5), ou seja, o sujeito age discriminando determinada raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, de forma preconceituosa.

Incitar ou induzir, por sua vez, como já deliberado por este Superior Tribunal, consiste em 'instigar, provocar ou estimular e o elemento subjetivo consubstancia-se em ter o agente vontade consciente e dirigida a estimular a discriminação e o preconceito. Para a configuração do delito sob esse prisma, basta que o agente saiba que pode vir a causá-lo ou assumir o risco de produzi-lo. Há necessidade, portanto, do dolo (seja direto ou eventual)' (REsp n. 157.805, rel. Min. Jorge Scartezzini, Quinta Turma, j. em 17-8-99).

(omissis)

*(...) para a aplicação justa e equânime do tipo penal previsto no art. 20 da Lei n. 7.716/89, tem-se, portanto, como imprescindível verificar 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, sem olvidar ainda a existência do chamado elemento subjetivo especial, que exige seja perscrutado o motivo da eventual conduta discriminatória ou preconceituosa.***

Nesse sentido, da doutrina, tem-se:

*'Os crimes raciais são exclusivamente dolosos, não tendo sido prevista, em nenhuma hipótese, a modalidade culposa (princípio da excepcionalidade, como expresso no art. 18, parágrafo único, do CP). Assentou-se, pois, que o preconceito e a discriminação raciais não derivam de comportamento negligente, antes, da consciência e vontade deliberadas. Destarte, pratica dolosamente um crime racial aquele que, representando intelectualmente os elementos objetivos dos tipos legais de crime previsto na Lei n. 7.716/89, age livre e conscientemente no sentido de realizá-los.' [...]. 'À guisa de verificação do dolo, antes deve haver, portanto, a certeza quanto aos elementos objetivos da conduta real ou potencialmente discriminatória. Somente então, há de se proceder ao juízo de tipicidade subjetiva, indagando, em primeiro lugar, se o agente sabia e queria praticar ou coadunar-se com a discriminação racial. Ou seja, se o agente teve a consciência e a vontade de discriminar (ou incitar ou induzir a discriminação) determinada pessoa (ou coletividade), por eleição dos critérios da raça, cor ou etnia. Como visto no tópico 2.4.1, retro, não se pede mais do que uma representação profana destes critérios, por meio da qual **o agente sabe que o seu comportamento** - baseado que está nas noções vulgares de raça, cor ou etnia - **restringe, limita, exclui, dificulta, separa, cria preferências, priva alguém de direitos, ou concorre perigosamente para essa privação**'. 'Finalmente, deve-se registrar que a **necessidade de comprovação do motivo de preconceito racial como elemento subjetivo especial dos crimes em apreço não afasta tecnicamente a figura do dolo eventual**. Admitem-na, em tese, os crimes raciais. [...]. 'Elemento subjetivo especial. O dolo não esgota o juízo de tipicidade subjetiva dos crimes raciais, sem embargo. **Há necessidade, ainda, de perscrutar o motivo da conduta discriminatória. Em outras palavras, se o agente foi movido por preconceito**. Este, como estado intelectual, pode ser identificado, de maneira geral, como um conjunto de idéias que defendem a superioridade inata de determinado grupo sobre outro(s) - idéias às quais se filia o agente, discreta ou ostensivamente. Como estado de ânimo, porém, é que o preconceito racial começa a modelar o injusto penal, desencadeando a ação discriminatória in concreto'. 'O preconceito responde, assim, pela última condição anímica do agente antes da prática discriminatória. E é justamente essa predisposição para agir que confere pleno significado à conduta material, circunscrevendo o desvalor jurídico-penal de ação. Deduz-se, pois, no exame do fato histórico, que a discriminação dificilmente teria ocorrido se inexistisse o preconceito, que lhe serviu de móvel, de inspiração, de estímulo, de impulso. Destarte, o preconceito é o estado de ânimo imediatamente anterior ao comportamento discriminatório, traduzindo-se na motivação que o agente trazia intimamente consigo (ou seja, o antecedente psicológico da ação), contribuindo, pois, para explicar, do ponto de vista causal, o acontecer futuro da discriminação' (SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. Da criminalização do racismo: aspectos jurídicos e sociocriminológicos. Belo Horizonte: Del Rey. 2007, p. 148 a 151)" (grifei) (STJ, 5ª Turma, REsp nº 911.183/SC, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 08.06.2009.*

E, na dicção do Ministro Mauricio Correa, no voto-condutor do julgamento do HC nº 82.424/RS pelo STF, é:

"(...) indiscutível que o racismo traduz valoração negativa de certo grupo humano, tendo como substrato características socialmente semelhantes, de modo a configurar uma raça distinta, à qual se deve dispensar tratamento desigual da dominante. Materializa-se à medida que as qualidades humanas são determinadas pela raça ou grupo étnico a que pertencem a justificar a supremacia de uns sobre os outros. Nesse sentido a doutrina de Van der Berghe" (grifei) (item 36).

De qualquer sorte, especificamente quanto ao tipo penal previsto no § 2º do art. 20 da Lei nº 7.716/89, forçoso é reconhecer a presença de uma colisão de direitos fundamentais.

Isto porque o problema do *hate speech*, como este tema é tratado no âmbito do Direito Internacional, envolve a colisão:

1) do ***direito fundamental à liberdade de expressão e de informação*** (previsto nos incisos IV, IX e XIV do art. 5º, bem como no *caput* e §§ 1º e 2º do art. 220 da Constituição Federal); com

2) os ***direitos fundamentais à honra e imagem e à igualdade*** (previstos, respectivamente, nos incisos V e X do art. 5º e no *caput* do art. 5º da Constituição Federal).

Para a solução dessa colisão se deve recorrer a um juízo de ***proporcionalidade***:

a) que não descuide de um objetivo fundamental expressamente adotado pela Constituição Federal no inciso IV do art. 3º: ***a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação***; e

b) que, afinal, se paute, na medida daquilo que for necessário, pela proteção de um valor constitucional fundamental expressamente adotado pela Constituição Federal no inciso III do art. 1º: ***a dignidade da pessoa humana***.

Nesse sentido, impende ressaltar, ainda na dicção do Ministro Jorge Mussi no julgamento do REsp nº 911.183/SC, que *"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. 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)" (grifei).*

Nessa mesma linha, também preocupado com os excessos que o *"discurso politicamente correto"* possam acarretar, Daniel Sarmiento destaca que *"a rigor, é possível ver preconceito em toda a parte"*, motivo pelo qual não se poderia recorrer ao *"desconstrutivismo"* para procurar *"significados latentes ou*

símbolos ocultos" de racismo por toda parte, e que, por isso, seria preciso trilhar um "*caminho do meio*", lecionando que:

"

Quando foi lançado o filme Guerra nas Estrelas Episódio 1: A Ameça Fantasma, algumas lideranças do movimento negro nos Estados Unidos protestaram. Acharam que o filme tinha um conteúdo racista, porque o seu personagem Jar Jar Binks - um ET desengonçado e trapalhão, com longas antenas dependuradas - lembraria os negros do movimento rastafári, com suas ginga e tranças características, e que teria por isso os ridicularizado.

Este exemplo caricatural mostra que, a rigor, é possível ver preconceito em toda parte. Nenhuma obra artística ou literária resiste incólume ao escrutínio de algum militante desconstrutivista, que nela procure encontrar significados latentes ou símbolos ocultos de racismo (...).

(...) se o Estado fosse censurar e reprimir cada ato comunicativo que contivesse rastros de preconceito e intolerância contra grupos estigmatizados, não sobraria nada. (...)

Mas será que cada sociedade tem mesmo de fazer uma 'escolha de Sofia' entre a liberdade de expressão e a igualdade? Pensamos que não: que existe um 'caminho do meio', representado pela ponderação, pautada pelo princípio da proporcionalidade, que busque, em cada caso, encontrar a justa medida para a melhor acomodação dos interesses constitucionais em jogo (...)" (grifei) (SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do Hate Speech. Revista de Direito do Estado, 4:99-101, 2006).

Nesse sentido, não se pode olvidar que a proteção da liberdade de expressão se justifica por ser um instrumento precipuamente voltado à "*busca da verdade*". Na dicção de Daniel Sarmento, "*a liberdade de expressão é vista não como um fim em si, mas como um meio para a obtenção das respostas mais adequadas para os problemas que afligem a sociedade*" (grifei) (op. cit., p. 79).

Para o mais destacado defensor da liberdade de expressão, John Stuart Mill, conforme ressaltado por Daniel Sarmento:

"a principal razão para a proteção da liberdade de expressão não estaria ligada ao direito de quem se expressa, mas sim ao interesse de toda a sociedade em ouvir as idéias de cada um, ainda que elas sejam erradas.

Desenvolvendo o seu raciocínio, o filósofo britânico afirma que, como o ser humano não é infalível, é impossível afirmar com certeza que uma determinada idéia seja completamente errada. Assim, proibir a divulgação de determinados pontos de vista porque eles hoje são considerados equivocados pelo governo ou mesmo pela maioria da população seria um grande erro, pois é provável que a idéia em questão esteja certa, ou que tenha pelo menos algum resquício de correção e, assim, a sua supressão privaria a sociedade do acesso a algo verdadeiro" (grifei) (op. cit., p. 79).

Nessa quadratura, a proteção da liberdade de expressão serve como garantia de um cenário propício para o debate na "*busca da verdade*" e para a tomada de decisões.

Porém, quando a expressão, ou manifestação do pensamento, desborda para ofensas e ataques negativos que em nada contribuem para um debate racional na "*busca da verdade*", em um cenário onde deixa de existir respeito mútuo "*entre debatedores que devem reconhecer-se reciprocamente*

como livres e iguais", acaba sendo comprometida a própria continuidade da discussão, como destacado por Daniel Sarmento (op. cit., p. 80-81), o que acarreta colisão entre os direitos fundamentais já referidos, não podendo ser protegido pelo Direito.

Veja-se que na dicção do *Justice Frankfurter* no caso *Beuharnais vs. Illinois*, julgado pela Suprema Corte americana em 1952:

"as ofensas pessoais 'não são parte essencial de qualquer exposição de idéias, e possuem um valor social tão reduzido como um passo em direção à verdade que qualquer benefício que possa ser derivado delas é claramente sobrepujado pelo interesse social na moralidade e na ordem'" (apud Daniel Sarmento, op. cit., p. 59).

Destarte, não é difícil concluir que todos os casos de crimes de racismo correspondem àquilo que em filosofia do Direito se convencionou chamar de "*casos difíceis*", cuja solução há de ser buscada caso a caso mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade.

De qualquer sorte, cabe registrar que, em linhas gerais, os 2 (dois) precedentes mais importantes sobre crime de racismo do STJ (REsp nº 911.183/SC) e do STF (HC nº 82.424-2/RS), ambos oriundos da 4ª Região, permitem concluir que se a expressão, ou manifestação de pensamento, envolver uma **opinião** sobre uma determinada situação (**a exposição de uma idéia**) ou a **descrição** de uma determinada situação, ainda que em formato agressivo, não haverá crime de racismo, porque se estará no campo legítimo das discussões e na "*busca da verdade*".

Entretanto, quando a expressão, ou manifestação do pensamento, desbordar para **ofensas e ataques negativos** que em nada contribuem para um debate racional na "*busca da verdade*", em um cenário onde deixa de existir respeito mútuo "*entre debatedores que devem reconhecer-se reciprocamente como livres e iguais*", acaba ficando comprometida a própria continuidade da discussão, por se estar tentando, a rigor, desqualificar um dos lados para influenciar no resultado do debate em clara afronta à idéia de que a liberdade de expressão não é um direito absoluto, não é um fim em si mesma, mas, sim, um meio para que a sociedade encontre suas próprias respostas com dignidade e respeito mútuos.

De todo modo, no referido precedente do STF (HC nº 82.424-2/RS), aquela Corte ressaltou, conforme as palavras do Ministro Gilmar Mendes, que "*os diversos instrumentos internacionais subscritos pelo Brasil não deixam dúvida sobre o claro compromisso no combate ao racismo em todas as suas formas de manifestação, inclusive o anti-semitismo*".

Exemplo disso é a *Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial*, promulgada pelo Decreto nº 65.810/69, que, no Artigo I, item 1, assim estabelece:

*"1. Nesta Convenção, a expressão **discriminação racial** significará qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseadas em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que **tem por objetivo ou efeito anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício num mesmo plano (em igualdade de condição) de direitos humanos e liberdades fundamentais** no domínio econômico, social, cultural ou qualquer outro domínio da vida pública" (grifei).*

Materialidade e autoria

A materialidade e a autoria restaram comprovadas no presente caso, posto que o réu assinou e reconheceu a autoria do artigo onde foram expressadas as apontadas ofensas, intitulado "**Raposa do Sol e outras raposas**", que foi veiculado no Jornal NH, na coluna Opinião, edição de quarta-feira, no dia 15.10.2008, em jornal com tiragem diária superior a 63.500 exemplares, distribuídos em cerca de 45 Municípios dentro de área com mais de 2 milhões de habitantes que compreende a Região Metropolitana de Porto Alegre, Vale dos Sinos, Vale do Caí, Vale do Paranhana, Serra Turística e parte do Litoral Norte.

Assim sendo, o que há de se verificar no presente caso é se as expressões descritas na denúncia caracterizam, ou não, o crime de racismo doloso.

Na peça acusatória o Ministério Público Federal imputou ao réu a **prática de racismo** e a **incitação ao racismo** em virtude do seguinte excerto de texto:

"No Brasil de hoje, as tribos remanescentes são compostas por indivíduos semi-civilizados, sujos, ignorantes e vagabundos, vivendo das benesses do poder branco".

Ressaltou, ainda, que seriam preconceituosos e discriminatórios os termos e expressão:

- 1) **semi-civilizados**;
- 2) **sujos**;
- 3) **ignorantes**;
- 4) **vagabundos**; e
- 5) **vivendo das benesses do poder branco**.

O réu, de seu lado, sustenta que o texto da crônica "**Raposa do Sol e Outras Raposas**" não teria nenhum cunho racista, simplesmente apresentando o povo indígena *"como frágil, pouco culto, e conseqüentemente facilmente ludibriado por grupos que tem algum interesse subjacente"*, não se podendo interpretar isoladamente apenas um excerto de texto que tratava sobre disputa de terras indígenas.

De fato, e na iminência do STF decidir a questão, o texto "**Raposa do Sol e Outras Raposas**" tratava sobre a demarcação da área da *"reserva Indígena de Raposa Terra do Sol"*; esse era o tema.

A conclusão do referido texto veiculava a opinião do articulista já denunciada no título - "**Raposa do Sol e outras raposas**", de acordo com a qual *"a luta da ONU, de americanos e europeus e de brasileiros pagos por ONGS estrangeiras"* era no sentido de que *"quinze mil índios"* ficassem *"com 8% do território de Roraima"*, a fim de possibilitar a exploração estrangeira de uma *"área riquíssima em minerais nobres, como urânio e nióbio"*, em prejuízo dos brasileiros, que perderiam parte do seu território.

Essa conclusão partiram da premissa de que os índios da reserva Raposa do Sol seriam manipuláveis por *"outras raposas"*: os estrangeiros. E o texto justificava essa premissa veiculando justamente idéias de inferioridade dos índios em relação aos brancos.

Veja-se que em outras 3 (três) passagens do referido texto o articulista ora réu não apenas deixa clara a idéia de inferioridade dos índios como incita o Exército à violência :

[1ª] "Após a Segunda Guerra Mundial, os Estados Unidos tornaram-se a primeira potência da terra. Seus capitais e multinacionais dominam o globo e estão sempre em busca de mais lucros. Agora se somam os dois: os índios atrasados do Brasil- Norte e os americanos que querem apropriar-se dos recursos minerais de Roraima".

[2ª] "Então a solução é o exército brasileiro tomar conta da área, fechar as fronteiras, botar em fila os estrangeiros que encontrar e expulsá-los do País. E as tribos indígenas voltarão a obedecer a lei do mais forte: do branco brasileiro".

[3ª] "E toda pressão dos brasileiros é válida para o Brasil não perder parte de seu território, se os juízes do STF julgarem favorável a questão da demarcação de reservas indígenas no Estado de Roraima. Quinze mil índios ficarão com 8% do território de Roraima".

E é justamente essa idéia de inferioridade que o réu inclusive reforça nas suas alegações finais, retratando, mas desta vez com mais suavidade, o povo indígena "*como frágil, pouco culto, e conseqüentemente facilmente ludibriado por grupos que tem algum interesse subjacente*".

Ocorre que na introdução do texto o articulista utilizou termos e expressões em relação aos índios, como *semi-civilizados, sujos, ignorantes, vagabundos, e vivendo das benesses do poder branco*, para desqualificá-los, para menosprezá-los, para ofendê-los, atacando-os negativamente na tentativa de influenciar o leitor no resultado do debate proposto pelo texto. Em outras palavras, os referidos termos e expressões foram utilizados expressamente em relação às "*tribos remanescentes*" "*no Brasil de hoje*" e justamente para ressaltar a suposta inferioridade e o suposto atraso dos índios do Brasil - Norte em relação ao "*branco brasileiro*", expressamente rotulado no texto como o "*mais forte*", a quem as tribos indígenas deveriam expressamente "*voltar a obedecer*".

Nesse contexto, embora o texto "*Raposa do Sol e outras raposas*" efetivamente trate sobre disputa de terras indígenas, mais especificamente sobre a demarcação da área da "*reserva Indígena de Raposa Terra do Sol*", os termos e expressões apontados na peça acusatória foram utilizados de forma desnecessária a um debate que deveria ser calcado no respeito mútuo, desbordando para ofensas e ataques negativos que em nada contribuíram para um debate racional que deveria estar voltado à "*busca da verdade*".

Tais termos e expressões foram utilizados como ofensas justamente para inferiorizar o "*grupo dos índios*" em relação ao "*branco brasileiro*".

Saliente-se que, na raiz da proteção racial e étnica está a idéia de que, assim como as ofensas pessoais, as ofensas a grupos raciais e étnicos também hão de ser evitadas por ferirem a própria dignidade dos integrantes desses grupos, como advertia o JusticeFrankfurter no julgamento já citado ao salientar que "*o trabalho de um homem, as suas oportunidades educacionais e a dignidade que lhe é reconhecida podem depender tanto da reputação do grupo racial ou religioso a que ele pertença como dos seus próprios méritos*" (apud Daniel Sarmiento, *op. cit.*, p. 59).

Nesse diapasão, são inegáveis os danos sofridos injustificadamente pelas vítimas do *hate speech*, que, no caso, são os índios.

Ora, ainda conforme as lições de Daniel Sarmiento, "*as manifestações de ódio, preconceito e intolerância tendem a provocar uma babel de sentimentos negativos nas suas vítimas - angústia, revolta, medo, vergonha*",

e justamente a repetição de expressões como "*os índios são preguiçosos*" "*acaba afetando a percepção que a maioria das pessoas têm dos integrantes desses grupos, reforçando estigmas e estereótipos negativos e estimulando discriminações*" (op. cit., p. 90).

E é exatamente isso que acontece no presente caso, como deflui das declarações prestadas em Juízo pelo Cacique da Comunidade Indígena Kaigang de São Leopoldo, Sr. Alécio Garfej de Oliveira, inquirido como testemunha de acusação, que foram sucintamente assim historiadas pelo *parquet*:

"Perguntado, Sr. Alécio respondeu que tomou conhecimento do texto publicado e, ainda, que tenha sido escrito acerca de todas as comunidades do Brasil, atinge de forma direta os indígenas daqui. Disse não ser 'vagabundo', nem 'sujo', pois trabalha e sustenta sua família, e que ficou muito triste com o que estava escrito e que não concorda com nada. Disse sentir-se 'com uma discriminação total' com o que foi escrito. Que ele recebe qualquer pessoa na aldeia, independentemente de cor, raça, não praticando qualquer discriminação, por isso choca-se ao tomar conhecimento das palavras escritas. Disse que receberam um terreno de 2,5 hectares do Município de São Leopoldo, mas após muita luta, e que hoje não recebem quase nada do poder público, sobrevivendo basicamente do artesanato que vendem. Que não é verdade que vivem 'às custas do poder branco', pois muitos ainda vivem ali, na aldeia, embaixo de lonas, com muitas dificuldades. Que moram na aldeia de São Leopoldo aproximadamente vinte e cinco famílias. Perguntado sobre as crianças e mulheres nos semáforos, disse não ter o que dar para eles, e que não recebe amparo de ninguém. Disse que ficou sabendo do segundo texto publicado pelo acusado, mas que isso de nada adiantou, pois atingiu todo o povo indígena" (grifei).

Saliente-se que de nada adianta o réu em seu interrogatório judicial (fls. 216-303) pretender restringir o grupo de índios ofendidos aos índios da região circundante a Novo Hamburgo, seja porque, ainda assim, estaria ofendendo a etnia indígena, seja porque em seu texto houve claro e expresso direcionamento contra "*as tribos remanescentes*" "*no Brasil de hoje*" e aos "*índios atrasados do Brasil-Norte*".

Tampouco de nada adianta o réu em seu interrogatório judicial (fls. 216-303) e as testemunhas de defesa (fls. 116-118, 121, 162, 175-178 e áudio MP3 do processo eletrônico 5000565-73.2010.404.7114 - fl. 198v.) declararem que o texto do réu teria se revestido das características de uma *crítica* às condições de vida dos índios da região circundante a Novo Hamburgo. Ora, o texto do artigo examinado na denúncia foi claro ao usar qualificativos ofensivos e desairosos, designando os índios como *semi-civilizados*, *sujos*, *ignorantes*, *vagabundos*, e que vivem *das benesses do poder branco*, termos e expressão que, talvez à exceção apenas do termo "sujos", nada têm de descritivos de qualquer representação visual que se possa ter dos índios que por vezes circulam pela região do Vale do Sinos e do Vale do Caí.

Ademais, as explicações apresentadas durante o interrogatório para o uso dos termos e expressão descritos como racistas na denúncia não beneficiam a defesa. *Primeiro* porque de nada adianta explicar significações isoladas, posto que o que interessa são as significações resultantes do conjunto do texto, que, como já mencionado, são discriminatórias e preconceituosas. *Segundo* porque chega a ser chocante afirmar em audiência que o termo "semi-civilizados" seria um elogio aos índios, por se encontrarem à margem de qualquer cultura; evidentemente que o referido termo, em qualquer contexto, se reveste da característica de uma ofensa, e não de um elogio. E, *terceiro*, porque também é

chocante pretender fazer corresponder a expressão "*poder branco*" a "*poder público*" (fl. 347).

Com efeito, embora a defesa tenha citado o referido precedente do STJ (HC nº 911.183/SC - fls. 349/350) para afastar a presença de **dolo**, argumentando que em se tratando de **disputa de terras indígenas** as palavras ou ditos são exteriorizados sem a intenção de menosprezar ou discriminar o povo indígena, há que se ressaltar que o contexto examinado na decisão do STJ envolveu a **descrição** de uma determinada situação, ainda que em formato agressivo, e, portanto, tratou realmente sobre a expressão de uma **opinião**, a expressão de uma **idéia**, situação bem diversa daquela presente no caso ora *sub judice*, em que o réu, um homem culto e letrado, que é promotor aposentado, professor de história e colunista há muitos anos, nada descreveu com os termos e a expressão descritos na denúncia (**semi-civilizados, sujos, ignorantes, vagabundos, vivendo das benesses do poder branco**) limitando-se a desferir ofensas e ataques negativos aos índios mediante a utilização de termos e expressão que não serviam para esclarecer qualquer verdade, senão para ressaltar o ponto de vista subjacente a todo o artigo: a inferioridade dos índios em relação ao "branco brasileiro".

Destarte, está comprovado que o réu agiu com dolo, tendo plena consciência de que estava praticando e induzindo o seu leitor a praticar discriminação contra os indígenas com o intento de privá-los de direitos na demarcação de terras, defendendo a superioridade inata do "branco brasileiro".

Cumpre, então, indagar, na esteira do entendimento adotado pelo STF no julgamento do HC nº 82.424/RS, se a presente decisão condenatória atende às três máximas parciais da proporcionalidade.

Quanto à primeira máxima, da **adequação**, se afigura totalmente pertinente ao presente caso a conclusão de nossa Corte Constitucional evidenciada no voto proferido pelo Min. Gilmar Mendes, de acordo com o qual:

É evidente a adequação da condenação do paciente para se alcançar o fim almejado, qual seja, a salvaguarda de uma sociedade pluralista, onde reine a tolerância. Assegura-se a posição do Estado, no sentido de defender os fundamentos da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), do pluralismo político (art. 1º, V, CF), o princípio do repúdio ao terrorismo e ao racismo, que rege o Brasil nas suas relações internacionais (art. 4º, VIII), e a norma constitucional que estabelece ser o racismo um crime imprescritível (art. 5º, XLII)" (grifo no original).

Quanto à segunda máxima, da **necessidade**, também se afigura pertinente ao presente caso a conclusão de nossa Corte Constitucional evidenciada no voto proferido pelo Min. Gilmar Mendes, de acordo com o qual:

"(...) não há dúvida de que a decisão condenatória, tal como proferida, seja necessária, sobre o pressuposto de ausência de outro meio menos gravoso e igualmente eficaz. Com efeito, em casos como esse, dificilmente vai se encontrar um meio menos gravoso a partir da própria definição constitucional. Foi o próprio constituinte que determinou a criminalização e a imprescritibilidade da prática do racismo" (grifo no original).

Quanto à máxima da **necessidade**, especificamente em relação ao presente caso, que versa sobre discriminação étnica veiculada em jornal (diferentemente daquela de cunho anti-semita que foi veiculada em livro, objeto

da decisão do STF no HC nº 82.424/RS), cabe ainda registrar que a proteção especial da imagem e da honra de grupos, como a da etnia indígena no presente caso, não comporta o instituto da **retratação**, como aquela acenada pelo réu no artigo intitulado "Desculpas" que foi veiculado no Jornal NH de 26.11.2008. Embora a Lei de Imprensa admita a retratação em relação à injúria (art. 26 da Lei nº 5.250/67), a lei que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor (a Lei nº 7.716/89) nem sequer cogita da possibilidade de retratação no caso de racismo. E a aplicação por analogia da norma benéfica da Lei de Imprensa (art. 26) quanto ao racismo praticado, como no presente caso, por intermédio dos meios de comunicação, não se mostra cabível porque as vítimas são distintas (a da injúria é *alguém* e a do racismo é um determinado *grupo* de pessoas de mesma origem) e os bens jurídicos protegidos são distintos (a da injúria é a *honra subjetiva* de alguém e a do racismo é a *dignidade da pessoa humana*). Logo, ainda que tenha havido um "pedido de desculpas", a aplicação de pena se impõe no presente caso, inclusive não sendo excessiva porque, como adiante se fundamentará, a pena privativa de liberdade será substituída por penas restritivas de direitos.

Ademais, ainda quanto à máxima da necessidade, mais na sua dimensão como **proibição de excesso**, a condenação penal se mostra insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz. Isto porque, como já referido, o réu não se limitou a expressar idéias ou a descrever fatos agressivamente; diferentemente disso, o réu foi além, ofendendo a dignidade dos índios com o uso de termos e expressões desairosos no intuito de destacar a idéia preconceituosa de inferioridade dos índios em relação ao "branco brasileiro". E a promoção do bem de todos sem preconceito pressupõe que a dignidade humana da pessoa em grupo também seja protegida, sendo injustificáveis as meras ofensas, que em nada contribuem para a "busca da verdade" em debates respeitosos.

Nesse contexto, impende ressaltar que as ofensas apontadas na denúncia não foram encontradas mediante a "*desconstrução*" do texto do réu, não decorrendo de "*significados latentes ou símbolos ocultos*". Tratam-se, na verdade, de ofensas expressas.

Finalmente, quanto à terceira máxima, da **proporcionalidade em sentido estrito**, também se afigura pertinente ao presente caso a conclusão de nossa Corte Constitucional evidenciada no voto proferido pelo Min. Gilmar Mendes, de acordo com o qual:

"

*A decisão atende, por fim, ao requisito da **proporcionalidade em sentido estrito**. Nesse plano, é necessário aferir a existência de proporção entre o objetivo perseguido, qual seja a existência de preservação dos valores inerentes a uma sociedade pluralista, da dignidade humana, e o ônus imposto à liberdade de expressão do paciente. Não se contesta, por certo, a proteção conferida pelo constituinte à liberdade de expressão. Não se pode negar, outrossim, o seu significado inexcusável para o sistema democrático. Todavia é **inegável que essa liberdade não alcança a intolerância racial e o estímulo à violência**, tal como afirmado no acórdão condenatório. Há inúmeros outros bens jurídicos de base constitucional que estariam*

sacrificados na hipótese de se dar uma amplitude absoluta, intangível, à liberdade de expressão na espécie" (grifei).

Quanto à máxima da **proporcionalidade em sentido estrito**, especificamente em relação ao presente caso, cabe destacar que o réu, inclusive, incitou expressamente o Exército à prática de violência ao concluir que "*então a solução é o exército brasileiro tomar conta da área, fechar as fronteiras, botar em fila os estrangeiros que encontrar e expulsá-los do País. E as tribos indígenas voltarão a obedecer a lei do mais forte: do branco brasileiro*" (grifei).

III - APLICAÇÃO DA PENA

Culpabilidade, motivos e circunstâncias: normais à espécie de delitos. Antecedentes: não possui.

Conduta social: é favorável ao agente, o qual tem uma trajetória de vida dedicada ao bem comum, tudo indicando que o fato delituoso foi praticado de forma absolutamente isolada em sua vida.

Personalidade do agente: é favorável ao agente.

Comportamento da vítima: não contribuiu para a consumação do delito.

Consequências dos crimes: normais à espécie.

Com base no exposto, fixo a pena-base no mínimo legal de 2 (dois) anos.

Não existem circunstâncias agravantes e nem atenuantes, motivo pelo qual torno a pena-base em pena provisória.

Não havendo causas especiais de aumento e nem de diminuição, fixo, afinal, a pena definitiva em 2 (dois) anos de reclusão.

Outrossim, fixo a pena de multa, proporcionalmente à pena privativa de liberdade em 10 (dez) dias-multa. Considerando, ainda, a situação econômica do réu [renda declarada de R\$ 20.000,00 mensais - fl. 218], fixo o valor do dia-multa em 1 (um) salário mínimovigente à época do fato (outubro de 2008), atualizado desde então.

O regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade será o aberto (art. 33, § 2º, alínea c, CP).

IV - SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

Considerando que a pena privativa de liberdade aplicada ao réu não resultou superior a 4 (quatro) anos, afigura-se cabível a substituição prevista no art. 44 do Código Penal, tendo em vista que se trata de crime cometido sem violência ou grave ameaça, e que as circunstâncias judiciais lhe são favoráveis, indicando a substituição como suficiente (art. 44, incisos I, II e III, do Código Penal).

Assim sendo, ponderando a natureza do crime e que a pena deve ser suficiente para a sua prevenção e reprovação (art. 59 do Código Penal), bem como considerando que a pena privativa de liberdade aplicada ao réu foi superior a 1 (um) ano, a substituição pode ser feita por 1 (uma) pena restritiva de direitos e multa ou por 2 (duas) restritivas de direitos, conforme o disposto na segunda parte do § 2º do art. 44 do Código Penal, o que, no presente caso, conduz à substituição da **pena privativa de liberdade** aplicada por 2 (duas) penas restritivas de direitos, como passo a analisar.

Em atenção à possibilidade prevista no art. 44, § 2º, do Código Penal, de substituição da pena privativa de liberdade por 1 (uma) pena restritiva de direitos e multa ou por 2 (duas) restritivas de direitos, no presente caso a pena privativa de liberdade merece ser substituída por 2 (duas) penas restritivas de direitos [1 (uma) pena de prestação pecuniária e 1 (uma) pena de prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas], e não por 1 (uma) pena restritiva de direitos e multa por dois motivos. **Primeiro** porque ao crime praticado a legislação penal já comina pena privativa de liberdade e multa, não se afigurando razoável e nem suficiente a substituição da pena privativa de liberdade por outra multa. E, **segundo**, porque a pena de prestação pecuniária se afigura mais adequada à prevenção e à reprovação do crime, bem como socialmente preferível à pena de multa, por reverter em favor da vítima, seus dependentes ou entidade pública ou privada com destinação social, diferentemente da pena de multa, a qual sempre reverte ao Estado, sendo dirigida ao Fundo Penitenciário.

Dentre as penas privativas de liberdade previstas no art. 43 do Código Penal, a substituição escolhida recai sobre as espécies previstas nos incisos I e IV tendo em vista que:

a) a pena de prestação pecuniária é apta à reprovação do crime não violento praticado pelo réu, pois o condenado sentirá os efeitos de uma sanção financeira, mas continuará inserido na sociedade, potencializando-se a possibilidade de sua ressocialização especialmente diante da aplicação combinada com a pena de prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas;

b) a pena de prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas é a pena restritiva de direitos que "*melhor funciona como resposta criminal não invasiva do direito de liberdade*" por possibilitar "*a manutenção do agente na sociedade em que inserido*" e bem cumprir "*a função de resposta criminal específica, pois sente o condenado os efeitos de efetiva pena - pela prestação do trabalho -, que é socialmente útil*" (TRF da 4ª Região, 7ª Turma, ACR nº 2002.71.05.002384-7/RS, Rel. Des. Fed. Néfi Cordeiro, DJU 17.05.2007), exigindo que o condenado no presente caso faça um esforço para reparar socialmente o crime

A pena privativa de liberdade aplicada fica, então, substituída pelas 2 (duas) penas restritivas de direitos já referidas da seguinte forma:

A - uma **pena de prestação pecuniária** (art. 43, inciso I, do Código Penal), fixada, em atenção à já mencionada capacidade econômica do réu, no valor de **24 (vinte e quatro) salários mínimos**, em valor a ser pago conforme o salário mínimo vigente na época do pagamento (STJ, 5ª Turma, REsp nº 896.171/SC, Rel. Min. Félix Fischer, DJU 04.06.2007), **a ser destinada especificamente à Comunidade Indígena Kaingang de São Leopoldo** (que é uma das vítimas do crime, como uma das "tribos remanescentes" "no Brasil de hoje"), podendo ser deferido o seu parcelamento durante a execução penal; e

B - uma pena de **prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas** (art. 43, inciso IV, do Código Penal), a ser definida por ocasião da execução penal, pelo tempo de duração total da pena privativa de liberdade ora substituída [2 (dois) anos].

V - REPARAÇÃO DO DANO

No final da denúncia, o Ministério Público Federal requereu que fosse determinada, como efeito da condenação, a reparação do dano mediante a publicação na íntegra da sentença condenatória no mesmo espaço utilizado para veicular o texto atacado.

Entretanto, considerando a desproporção entre o tamanho da presente sentença e o tamanho da coluna do réu, bem como, e principalmente, ponderando que nos termos do disposto no art. 387, inc. IV, do CPP, a reparação do dano como efeito da condenação tem cunho pecuniário, considero suprido este efeito com a destinação da prestação pecuniária à Comunidade Indígena Kaingang de São Leopoldo, que foi uma das comunidades indígenas brasileiras vitimadas pelo delito perpetrado, o que enseja a parcial procedência da ação penal.

VI - DISPOSITIVO

Ante o exposto, julgo **PARCIALMENTE PROCEDENTE** a ação penal proposta pelo Ministério Público Federal para condenar **IVAR PAULO HARTMANN**, como incurso nas sanções art. 20, § 2º, da Lei nº 7.716/89, às penas de **2 (dois) anos** de reclusão e de multa de **10 (dez) dias-multa** à razão unitária de 1 (um) salário mínimo vigente à época do fato (outubro de 2008), atualizado desde então.

Como já fundamentado, procedo à **substituição da pena privativa de liberdade** pelas seguintes penas:

A - uma **pena de prestação pecuniária** fixada no valor de **24 (vinte e quatro) salários mínimos**, em valor a ser pago conforme o salário mínimo vigente na época do pagamento, **a ser destinada especificamente à Comunidade Indígena Kaingang de São Leopoldo**, podendo ser deferido o seu parcelamento durante a execução penal; e

B - uma pena de **prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas**, a ser definida por ocasião da execução penal, pelo tempo de duração total da pena privativa de liberdade ora substituída [2 (dois) anos].

Saliento que, conforme o disposto no art. 44 do Código de Processo Penal, a substituição objeto dos itens "A" e "B" envolve somente a pena privativa de liberdade, razão pela qual também deverá ser cumprida a pena de multa retro fixada.

Em caso de descumprimento da substituição, o regime para o cumprimento inicial da pena privativa de liberdade deverá ser o aberto (art. 33, § 2º, alínea c, do Código Penal).

Condene o réu, ainda, ao pagamento das custas processuais.

Após o trânsito em julgado:

- a) lance-se o nome do condenado no rol eletrônico dos culpados;
- b) expeça-se ofício ao Tribunal Regional Eleitoral, para os fins do art. 15, inciso III, da Constituição Federal;
- c) cumpra-se o disposto no art. 809, § 3º, do Código de Processo Penal e no art. 304 da Consolidação das Normas da Corregedoria-Geral do TRF da 4ª Região;
- d) altere-se a situação de parte;

e) forme-se o processo de execução criminal.
Publique-se. Registre-se. Intimem-se.
Novo Hamburgo, 28 de março de 2011.

Jacqueline Michels Bilhalva
Juíza Federal