PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

CONCLUSÃO
Em 29 de maio de 2018, faço conclusos estes autos à MMª. Juíza Federal, **Dra. RENATA ANDRADE LOTUFO.**

Thiago
Analista Judiciário – RF 7475

AUTOS Nº 0006166-80.2018.403.6181

SENTENÇA (Tipo D)

Trata-se de denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal em face de **RICARDO ROCCHI,** qualificado nos autos, imputando-lhe a eventual prática do delito tipificado no artigo 141, II e 286, todos do Código Penal.

Segundo o MPF, nos dias 24 de dezembro de 2017 e 31 de janeiro de 2018, o denunciado compartilhou imagens por meio de sua página em rede social (Facebook) oferecendo a quantia de R$ 300,00 (fl. 38) a fim de que pessoas fizessem um " tomataço" " pacífico" contra o atual ministro do STF, Gilmar Ferreira Mendes.

Ademais, compareceu em eventos nos quais esteve presente o ministro do STF, nos quais jogou tomates em protesto às decisões prolatadas por Gilmar Mendes (fls. 42/44).

Ouvido em sede policial, o acusado reforça a sua insatisfação com diversas decisões judiciais prolatadas pelo ministro (fl. 63). Destacou não existir intuito de causar qualquer tipo de lesão a Gilmar Mendes, utilizando-se, para tanto, de tomates maduros ou cozidos.

É o relatório.

DECIDO.

Eventual recebimento (ou rejeição) da presente denúncia passa, necessariamente, por uma análise (ainda que breve, eis que uma decisão judicial não é o local para debates acadêmicos) dos limites da liberdade de expressão.

Para maior clareza, analisarei, em um primeiro momento, o conteúdo e limites da liberdade de expressão e, após, as imputações feitas pelo MPF; notadamente se houve violação de tais limites pelo acusado.

Destaco que, em razão da profundidade do tema, e sem prejuízo da concisão, **é imprescindível uma breve análise do contexto social** em que se deram os fatos objetos da denúncia.

1. Da liberdade de expressão

Trata-se de direito fundamental de 1ª geração, que possui **inegável** posição preferencial em relação aos demais direitos.

Referido direito está positivado em inúmeros tratados e declarações internacionais (cito, como exemplo, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, o Pacto de San Jose da Costa Rica, e o Pacto sobre Direitos Civis e Políticos), todos internalizados ao ordenamento brasileiro.

Do mesmo modo, os tribunais internacionais de direitos humanos combatem de maneira incisiva restrições indevidas a este direito.

No sistema interamericano, por exemplo, as decisões asseguram o direito à liberdade de expressão. A Corte Interamericana, no caso Palamara Iribarne, condenou o Chile por ter impedido a publicação de livro que questionava métodos éticos militares. A Comissão Interamericana, por sua vez, afirmou que a responsabilização por condutas que **atentem contra a honra de funcionários públicos deve se limitar apenas ao âmbito cível** (http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=533&lID=4).

A liberdade de expressão, em linhas bastantes gerais, abrange o direito de se expressar e o **direito de receber informações**. Não por outra razão, em todos os regimes autoritários ao longo da história, houve a adoção de medidas de combate à livre circulação de ideias, como tentativas de regulação da mídia, cancelamento de concessões de emissoras contrárias ao governo, censura de sites de teor crítico.

Neste ponto, causa preocupação que, em um país como o nosso, com recente histórico nefasto de autoritarismo e violação à liberdade de expressão (especialmente durante o regime militar), atualmente tantos agentes políticos, de diferentes espectros políticos (inclusive alguns que tiveram a sua liberdade de expressão violada durante a ditadura) procurem, com frequência, o Judiciário no intuito de impedir manifestações de humoristas, jornalistas e cidadãos em geral. Cabe, neste ponto, um aprendizado: **ideias ruins precisam ser ditas e ouvidas, a fim de que possam ser superadas com argumentos melhores.**

De certo que a liberdade de expressão, ainda que enquanto sobredireito (nos dizeres do Ministro Ayres Britto – ADPF 130, Celso de Mello e Luis Roberto Barroso), não é absoluta, havendo

limites como a vedação ao anonimato, o direito de resposta, a violência etc.

Contudo, talvez **a maior relevância** deste direito fundamental esteja no momento em que se **há divergência de ideias**, eis que, quando as pessoas concordam em um determinado assunto, a liberdade de expressão possui pouca relevância.

Não por outra razão, em debate realizado no âmbito da ADI 4451 (a denominada " ADI do Humor"), o ministro Gilmar Mendes, suposta vítima, assim se manifestou:

> " Outro fato óbvio - inclusive, não só do caráter partidariamente ocupado da administração, às vezes até exageradamente ocupado, como os casos que nós conhecemos de aparelhamento e de patrulhamento que estão hoje na mídia – pode ser observado se imaginarmos uma crítica a um exercente de cargo do Poder Executivo candidato à reeleição. Quer dizer, é um fato mais ou menos óbvio. Críticas cotidianas que a mídia faz a gestores que estão investidos de mandato. Veja, isso, a rigor, estaria vedado pela literalidade deste inciso III, o que é um absurdo.
>
> (...)
>
> Ontem, da tribuna, o advogado chamou a atenção para um editorial que teria sido o último editorial lido por Boris Casoy, dizendo exatamente que, diante da interdição estabelecida, ele agora se limitaria a fazer comentários factuais, relatos das viagens feitas pelos candidatos. Isso foi falado da tribuna.
>
> (...)
>
> **Veja, portanto, o efeito inibitório, notório, quer dizer, o efeito censório que tem dispensado até a intervenção da Justiça.**

(...)

E, em relação ao inciso III, **também me parece absolutamente evidente a necessidade de se retirar a segunda parte, porque realmente se elimina a possibilidade de qualquer posicionamento crítico**, de qualquer editorial por parte das emissoras de rádio e de televisão. Isso está estampado no texto e se presta a esse efeito inibitório, censório, que não é o objetivo da ordem jurídico-constitucional."

Em outro caso emblemático, o STF se manifestou pela legalidade da denominada Marcha da Maconha em que, a despeito de se defender a descriminalização (ou seja, algo que poderia ser visto como apologia a uma conduta, ao menos até o momento, ilícita), o direito ao protesto permaneceria válido:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PEDIDO DE " INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO" DO § 2º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/2006, CRIMINALIZADOR DAS CONDUTAS DE " INDUZIR, INSTIGAR OU AUXILIAR ALGUÉM AO USO INDEVIDO DE DROGA" . 1. Cabível o pedido de " interpretação conforme à Constituição" de preceito legal portador de mais de um sentido, dando-se que ao menos um deles é contrário à Constituição Federal. 2. A utilização do § 3º do art. 33 da Lei 11.343/2006 como fundamento para a proibição judicial de eventos públicos de defesa da legalização ou da descriminalização do uso de entorpecentes ofende o direito fundamental de reunião, expressamente outorgado pelo inciso XVI do art. 5º da Carta Magna. Regular exercício das liberdades constitucionais de manifestação de pensamento e expressão, em sentido lato, além do direito de acesso à informação (incisos IV, IX e XIV do art. 5º da Constituição Republicana, respectivamente). 3. Nenhuma lei, seja ela civil ou penal, pode blindar-se contra a discussão do seu próprio conteúdo. Nem mesmo a Constituição está a salvo da ampla, livre e aberta discussão dos seus defeitos e das suas virtudes, desde que sejam obedecidas as condicionantes ao direito constitucional de reunião, tal como a prévia comunicação às autoridades competentes. 4. Impossibilidade de

restrição ao direito fundamental de reunião que não se contenha nas duas situações excepcionais que a própria Constituição prevê: o estado de defesa e o estado de sítio (art. 136, § 1º, inciso I, alínea " a" , e art. 139, inciso IV). 5. Ação direta julgada procedente para dar ao § 2º do art. 33 da Lei 11.343/2006 " interpretação conforme à Constituição" e dele **excluir qualquer significado que enseje a proibição de manifestações e debates públicos acerca da descriminalização ou legalização do uso de drogas ou de qualquer substância que leve o ser humano ao entorpecimento episódico, ou então viciado, das suas faculdades psicofísicas**. (ADI 4274, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 23/11/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-084 DIVULG 30-04-2012 PUBLIC 02-05-2012 RTJ VOL-00222-01 PP-00146)

No mesmo sentido, em caso envolvendo o artista Gerald Thomas (HC 83996), que tratava sobre cenas de nudez e masturbação em espetáculo artístico, o ministro Gilmar Mendes assim se manifestou:

" No caso em apreço, ainda que se cuide, talvez, de manifestação deseducada e de extremo mau gosto, tudo está a indicar um protesto ou uma reação – provavelmente grosseira – contra o público. (...) De resto, observe-se que a sociedade moderna dispõe de mecanismos próprios e adequados a esse tipo de situação, como a própria crítica, sendo dispensável, por isso, o enquadramento penal. (...) Se essa orientação se aplica às limitações gerais a direitos individuais, com muito maior razão há de se aplicar ao direito penal." (grifo no original)

Cito, por fim, caso recente havido nos Estados Unidos em que, após uma manifestação de denominados supremacistas brancos, houve na semana seguinte, manifestação contrária, contra o racismo, em número infinitamente superior (https://oglobo.globo.com/mundo/marchas-contra-racismo-se-espalham-pelos-estados-unidos-21724944): neste caso, foi por meio da liberdade de livre circulação de pensamento, que se combateu de maneira efetiva o embrião de ideias altamente corrosivas para uma sociedade cada vez mais multicultural e globalizada, na qual o respeito à diferença é fundamental.

Fixadas tais premissas teóricas, passo à análise do caso concreto.

2. **Sobre os crimes imputados ao denunciado**

O denunciado foi acusado pelos crimes previstos nos artigos **141, II, e 286** do Código Penal.

Destaco que o crime previsto no art. 286 (incitar, publicamente, a prática de crime) pressupõe, como núcleo do tipo, que exista um crime a ser incitado, de modo que, ausente este crime, não haverá, por óbvio, que se falar na incitação ao crime.

Neste contexto, verifico que a conduta imputada ao acusado é **atípica**, motivo pelo qual a denúncia deve ser rejeitada.

O acusado vem adotando ativa postura crítica ao ministro Gilmar Mendes, além de políticos dos quais ele discorda.

No caso específico, o denunciado estimula que sejam jogados **tomates.**

Nos autos, há notícias de que o acusado tenha tentado atirar tomates em inúmeros eventos, **não havendo informações, contudo**, de que qualquer outro alimento ou objeto apto a causar lesões tenha sido arremessado.

Do mesmo modo, ouvido pela Autoridade Policial, o acusado afirmou nunca ter pretendido atingir a integridade física, mas apenas protestar.

Ressalte-se, neste ponto, que a Autoridade Policial ou o MPF, **em momento algum**, demonstraram minimamente que o acusado tenha intuito ou já tentou atingir o ministro Gilmar Mendes com objetos diversos, que pudessem causar risco à integridade física.

A esse respeito, é de se argumentar que, se o acusado, por um lado, procurou atirar tomates em diversas vezes, e até o presente momento não adotou (**tampouco MPF e Autoridade Policial demonstraram que ele indicou que faria**) qualquer outra conduta, é de se pressupor que a finalidade seja tão somente esta. Tanto é que nenhuma outra testemunha foi arrolada na denúncia além da suposta vítima.

Corroborando para a ausência de perigo à integridade física, destaque-se existir na Espanha guerra de tomates denominada " Tomatina" , na qual milhares de pessoas se reúnem para atirarem tomates umas nas outras (https://www.terra.com.br/noticias/mundo/europa/guerra-de-tomates-reune-milhares-em-cidade-espanhola,fc0880a7a25c0410VgnVCM5000009ccceb0aRCRD.html). Em razão desse evento, não há, até o momento, notícias de ferimentos.

Destaco, neste ponto, que a citação ao evento europeu acima dá-se tão somente para demonstrar a ausência de lesividade à integridade física no ato de atirar tomates.

Indo além, verifico que a conduta do denunciado, ainda que possa ser tida por reprovável, está inserida no contexto de sua liberdade de expressão, sendo certo que agentes

públicos (tais como este juízo) e, especialmente, pessoas em posições elevadas no espectro político e jurídico, estão sujeitos a um grau maior de crítica social.

Com efeito, se por um lado, o chefe do Executivo está sujeito ao controle do voto, e a processos de *impeachment* (se constatada a prática de crime de responsabilidade), ministros do STF, **em que pese a necessidade de uma constante postura contramajoritária**, não estão sujeitos a fiscalização quanto a demora na prolação de decisões, tampouco à fiscalização do CNJ (conforme decidido pelo próprio STF, na ADI 3367), de modo que à população resta, tão somente, o protesto como forma de exteriorização de sua discordância.

Destaco que **rigorosamente 100% das decisões judiciais serão de alguma maneira criticadas**, eis que, em todos os casos, haverá ao menos uma parte descontente, de modo que não é possível a um pretendente ao cargo de magistrado imaginar que a população (especialmente aquela sem formação jurídica) não fará uso, ainda que de maneira reprovável, de termos pejorativos e palavras de baixo calão tais como descrito na denúncia.

Cabe aqui ressalvar, novamente, que manifestações, tais como imputações criminosas (caso da calúnia) devem ser combatidas. No entanto, não é o presente caso, em que foi utilizado de maneira genérica um adjetivo (ainda que pejorativo).

Em razão deste cenário objetivo, não é incomum que, em razão das diversas espécies de prescrição penal (em abstrato, retroativa, superveniente e executória), de seus prazos exíguos – características estas praticamente únicas no mundo – e do excesso de trabalho do Judiciário, ações penais acabem por prescrever, o que causa justificada insatisfação da sociedade, que vê bilhões em desvio de dinheiro público sem punição, ao mesmo tempo em que uma pessoa idosa com problemas de saúde, sem acesso a um asilo ou hospital particular, seja obrigada a dormir no corredor de um hospital público por não haver dinheiro para a compra de um leito.

Por tais razões, considerando-se (i) a importância elevada do direito à liberdade de expressão (ainda mais em um país com trágicas experiências recentes autoritárias de violação a este direito), (ii) a maior sujeição a críticas a que estão submetidas autoridades públicas, e (iii) a ausência de comprovação, pelo MPF ou pela Autoridade Policial, de qualquer conduta do investigado que

incorresse em ofensas físicas ou pessoais, (iv) e em consonância com diversas decisões de tribunais internacionais de direitos humanos, **REJEITO A DENÚNCIA,** nos termos do art. 395, III, do Código de Processo Penal, em razão de atipicidade.

Diante da separação da esfera penal e cível, anoto que é possível que se possa buscar eventual reparação na esfera cível, se assim entender a suposta vítima, em virtude de eventual dano à sua imagem.

Destaco, por fim, que caso as investigações apontem para a prática de condutas diversas da presente (o que, ao menos até aqui, não aconteceu), nada impede que possa se amoldar a eventual tipificação penal.

Intimem-se.

São Paulo, 29 de maio de 2018.

RENATA ANDRADE LOTUFO

Juíza Federal

DATA

Em _____ de 2018, baixaram estes autos à Secretaria, com o despacho supra. _____

Analista Judiciário – RF