



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2022.0000687011

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0062514-77.2016.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é apelante RODRIGO FERREIRA DA SILVA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Por votação unânime negaram provimento ao recurso Defensivo**, de conformidade com o voto da relatora, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente) E CÉSAR AUGUSTO ANDRADE DE CASTRO.

São Paulo, 27 de agosto de 2022.

FÁTIMA GOMES
Relator(a)
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOTO nº 7281

APELAÇÃO nº 0062514-77.2016.8.26.0050

COMARCA: São Paulo – 21ª Vara Criminal Central

APELANTE: Rodrigo Ferreira da Silva

APELADO: Ministério Público do Estado de São Paulo

APELAÇÃO CRIMINAL – Preconceito racial – Sentença condenatória – Absolvição – Atipicidade da conduta – Descabimento – Materialidade e autoria comprovadas nos autos – Prova cabal a demonstrar que o acusado praticou preconceito racial utilizando-se de meio de comunicação social – Dolo específico – Presença do elemento subjetivo do tipo – Pena corretamente calculada, de forma fundamentada e respeitado o critério trifásico – Regime fixado adequado e compatível com a gravidade do delito – RECURSO DEFENSIVO NÃO PROVIDO.

Vistos.

Trata-se de apelação criminal interposta por Rodrigo Ferreira da Silva contra a r. sentença de fls. 175/184, que o declarou incurso no artigo 20, § 2º, da Lei 7.716/89, condenando-o ao cumprimento da pena de 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime aberto, além do pagamento de 11 (onze) dias-multa, calculados acima do mínimo legal, em meio salário mínimo, considerada a sua condição financeira. A pena privativa de liberdade foi substituída por duas restritivas de direito, consistentes em prestação de serviços à comunidade, em instituição a ser determinada pela Vara das Execuções, e pagamento de dois salários mínimos, preferencialmente a instituições destinadas ao combate do preconceito racial.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Inconformado, apela o acusado. Em suas razões recursais, busca sua absolvição, afirmando que o delito previsto no artigo 20, §2º, da Lei 7.716/89 requer, necessariamente, conduta dolosa por parte do agente, somado ao específico ânimo subjetivo voltado a disseminar o preconceito de raça e cor, o que não ocorreu na presente hipótese. Alega que o elemento subjetivo não foi demonstrado, tendo o apelante postado declaração que, embora infeliz, se mostrou pontual, isolada, e não se destinava a disseminação de ideias voltadas a legitimar preconceito contra a população negra. Aponta que a postagem foi realizada após discussão sobre política de cotas, sendo que o apelante estava embriagado na ocasião. Subsidiariamente, busca a fixação da pena-base no mínimo legal, tendo em vista que as circunstâncias mencionadas na sentença apontam elementos próprios da conduta delituosa imputada ao acusado (fls. 207/215).

O recurso foi recebido, sendo ofertadas contrarrazões às fls. 222/231.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 245/249).

É o relatório.

Consta da denúncia que, no dia 18 de abril de 2016, em horário e local incerto, no Município e Comarca de São Paulo, RODRIGO FERREIRA SILVA praticou preconceito de raça e cor, por intermédio dos meios de comunicação social.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

A materialidade delitiva ficou evidenciada pelos documentos de fls. 25/28, 39/50, 54/55, 72/75, bem como pela prova oral colhida sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

A autoria, por sua vez, é inconteste.

O réu, ainda na fase inquisitorial, relatou ter sido usuário da conta do *Twitter* denominada “Deathstroke” (@DragãoNinja), cadastrada com o e-mail dragaovermelho@hotmail.com, vinculada à sua conta do *facebook*, intitulada “Rodrigo Silva”, e linha telefônica (11) 97142-3075. Declarou não se recordar de ter realizado a postagem, afirmando ser torcedor do “Corinthians”, *“acreditando que poderia estar 'chapado' e chateado já que não teria sido aprovado em um concurso público que havia prestado para fiscal do ISS em razão das 'cotas', demonstrando assim a sua indignação, mas sem a intenção de praticar o preconceito, apontando ainda o tom de deboche já que sequer é torcedor do palmeiras. Informa que não é pessoa preconceituosa, inclusive sua namorada Cláudia é negra”* (fls. 90/91).

Em Juízo, relatou que, pouco antes, foi eliminado de um concurso público em razão da política de cotas, em relação à qual, sempre foi contrário. Conversava a respeito do tema e havia ingerido bebidas alcoólicas. Não se recorda ao certo do que falou. Esclareceu ser corinthiano e que a declaração não reflete seu pensamento. Foi um comentário infeliz, que admite ter saído de sua conta. Afirmou que sua esposa é negra, não sendo racista. Foi uma



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

postagem infeliz. Cancelou todas as suas redes sociais, “*para evitar falar bobagem*”. Vive há dez anos com sua companheira. Asseverou que, na oportunidade, surgiu a conversa de cotas, entre torcedores do Corinthians, tendo se posicionado de forma contrária ao assunto. Em razão disso, foi insultado e resolver “*fazer uma trollagem*”, realizando, por essa razão, a postagem (mídia SAJ).

Como se vê, o conjunto probatório é robusto no sentido de demonstrar que o réu realmente realizou a postagem de cunho discriminatório por intermédio de meio de comunicação social, fato por ele confirmado tanto na fase inquisitorial, quanto em Juízo.

No entanto, em que pese haver o acusado declarado não ser pessoa preconceituosa e não ter tido intenção de praticar ou incitar preconceito racial, não pode ser aceita a tese de atipicidade da conduta.

É dos autos que o acusado efetuou postagem utilizando-se de seu perfil na rede social *Twitter*, em comentário à seguinte publicação: “*#TimedosPovos! Hoje o #Timão recebe 80 refugiados, de 10 países, para acompanhar o jogo na @A_Corinthians*” (fls. 26). Na sequência, o réu postou o seguinte comentário: “*@Corinthians e @A_Corinthians **que merda. Só preto nessa porra. Ainda bem que lá no Allians a torcida é bonita***” (fls. 26).

Para a aplicação do tipo penal previsto no art. 20 da Lei n. 7.716/89, tem-se como imprescindível a presença do dolo



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

específico na conduta do agente, que consiste na vontade livre e consciente de praticar, induzir ou incitar o preconceito ou discriminação racial.

No caso em análise, não se pode afirmar que a conduta imputada ao acusado não configure a prática e incitação a preconceito de raça e cor, tendo em vista ter ele, deliberadamente afirmado, que o fato de o time receber, em sua torcida, refugiados pretos, o desagradaria e tornaria a torcida de time rival “mais bonita”, por ser majoritariamente formada por pessoas brancas, apontando a existência de uma suposta superioridade de brancos, em relação a negros.

Não há como se afirmar que o infeliz comentário seja fruto de “animus jocandi”, eis que patente o intuito de discriminar e segregar, revelando sentimento de superioridade a ferir o princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, do que se infere dos autos, não há dúvidas de que o réu proferiu comentário de cunho discriminatório e preconceituoso em meio de comunicação social, verificando-se a presença do dolo específico exigido para a configuração da conduta criminosa. Caracterizado, portanto, o elemento subjetivo do tipo penal.

Nesse sentido, a recente jurisprudência deste E.
Sodalício:



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

"APELAÇÃO CRIMINOSA. CRIME DE DISCRIMINAÇÃO E PRECONCEITO DE RAÇA E COR. Artigo 20, caput e §2º, da Lei nº 7.716/89. Sentença condenatória. Recurso defensivo. Autoria e materialidade devidamente comprovadas pelo conjunto probatório carreado aos autos. Elementos colhidos na fase inquisitiva que encontram respaldo na etapa judicial. **Dolo caracterizado. Verificação do elemento subjetivo específico do tipo penal, consistente na vontade de menosprezar ou discriminar a raça negra como um todo. Condenação mantida.** Dosimetria e regime escoltos, assim como a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Sentença mantida. RECURSO DESPROVIDO. (...) *Não prospera a tese defensiva orientada pela atipicidade da conduta e ausência de dolo. Com efeito, a Lei nº 7.716/89 define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor e, em seu artigo 20, caput e § 2º, estabelece a conduta criminosa de quem 'Art. 20. caput: 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' (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97). E o comentário feito e compartilhado em grupo de rede social - "olha a cor tb neh!" associado à imagem de uma mulher amamentando uma criança, após tecer críticas a ela, com o uso de expressões chulas, inclusive, aludindo,*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

em seguida, à cor de sua pele, como se somente as pessoas negras agissem da maneira por ela recriminada, demonstra, à evidência, o desiderato discriminatório, ou seja, a intenção da apelante em rebaixar os indivíduos de pele negra, categorizando-os como inferiores. São nítidos o cunho preconceituoso e discriminatório e a ofensa à coletividade de pessoas negras. O elemento subjetivo do tipo é a especial vontade do agente de propagar a ideia de que os cidadãos negros, considerados coletivamente, por serem de cor diversa da sua, seriam inferiores como seres humanos, não possuindo, assim, os mesmos direitos. Em outras palavras, a conduta delituosa deve deixar clara a intenção de, ao praticar discurso discriminatório, sinalizar a diferenciação e a superioridade, visando à dominação, repressão ou eliminação do grupo social tutelado pela norma. consistente na vontade de menosprezar ou discriminar uma raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, como um todo” (Apelação Criminal nº 1500147-56.2019.8.26.0431, 16ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Des. CAMARGO ARANHA FILHO, j. 30 de março de 2022).

Registre-se que o fato de o acusado manter união estável com uma pessoa negra não o isenta de culpa, sendo ainda mais reprovável a sua conduta, pois, em respeito à sua companheira, tinha obrigação de combater o preconceito racial, e não publicar comentários altamente reprováveis como o ora examinado, desmerecendo pessoas de cor de pele distintas da sua.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Outrossim, não se pode afirmar que a conduta seria atípica dada a ausência de dolo, decorrente da suposta embriaguez do acusado.

Prevê o artigo 28, inciso II e § 1º, do Código Penal, ser isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou determinar-se de acordo com esse entendimento, não excluindo a imputabilidade penal, a embriaguez voluntária ou culposa.

Não comprovou a Defesa o preenchimento de qualquer desses requisitos, não havendo sequer indícios nos autos de que efetivamente estivesse o acusado embriagado e que a embriaguez fosse completa ou que não fosse voluntária, nem tampouco que o apelante não tinha condição de entender o caráter ilícito dos fatos a ele imputados. Ao contrário, agiu com vontade livre e consciente de praticá-los, não podendo ser admitida a alegação de atipicidade da conduta a ele imputada.

Nesse sentido, o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

"AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME DE AMEAÇA NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES DOMÉSTICAS. PLEITO ABSOLUTÓRIO. NECESSIDADE DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

7/STJ. AGRAVO IMPROVIDO. (...) 3. Dada a adoção da teoria da actio libera in causa pelo Código Penal, somente a embriaguez completa, decorrente de caso fortuito ou força maior que reduza ou anule a capacidade de discernimento do agente quanto ao caráter ilícito de sua conduta, é causa de redução ou exclusão da responsabilidade penal nos termos dos §§ 1º e 2º do art. 28 do Diploma Repressor. 4. Agravo regimental improvido” (STJ, AgRg no AREsp 1.247.201/DF, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, J: 17/05/2018, DJe: 01/06/2018).

Resta afastada, portanto, a tese defensiva de absolvição por atipicidade da conduta, mostrando-se mesmo de rigor a condenação do acusado pela prática do delito a ele imputado na denúncia.

Outrossim, também restou configurada a forma qualificada do delito, eis que, em razão dos documentos juntados aos autos, verifica-se que o acusado praticou o delito utilizando-se de meio de comunicação social, divulgando o comentário preconceituoso em seu perfil da rede social *Twitter*, conforme comprovam os documentos de fls. 25/28, atingindo, dessa forma, publicidade a atingir número ilimitado de pessoas.

Impunha-se, portanto, a sua condenação pela prática do delito tipificado no artigo 20, § 2º, da Lei nº 7.716/89, não havendo cogitar-se de absolvição por atipicidade da conduta, passando-se à análise da reprimenda imposta.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Na primeira fase da dosimetria, a pena-base foi acertadamente fixada em 1/6 acima do mínimo legal, em 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e pagamento de 11 (onze) dias-multa, utilizando-se a MM. Magistrada sentenciante, dos seguintes fundamentos: *“considerando os critérios norteadores do artigo 59 do Código Penal. De se destacar, em primeiro lugar, as circunstâncias do fato: o preconceito assumiu face de especial repugnância e torpeza, sendo veiculado em uma ação social da Agremiação Esportiva que buscava a integração de refugiados por meio do futebol. Assim, a aplicação de penas mínimas poderia incentivar que outras pessoas manifestassem ideias preconceituosas e que, por outro lado, a sociedade civil se sentisse inibida em ações sociais destinadas à tutela de vulneráveis. Cite-se ainda a personalidade insensível do réu, que aparentemente não se importou em destilar seu ódio em uma fotografia (fls. 26) na qual foram exibidas apenas crianças, o que torna o ato ainda mais repugnante. (...) O réu indicou que seu ódio tem gênese no fato de ter perdido um cargo público por conta de cotas raciais, ações afirmativas destinadas a corrigir justamente o preconceito que ora se discute. Logo, o estabelecimento de penas mínimas violaria claramente a proporcionalidade”* (fls. 182/183).

Registre-se que as circunstâncias do delito imputado ao acusado revestem-se de especial gravidade e extrapolam a conduta prevista no tipo penal, a ensejar maior reprovação, tendo em vista que o comentário depreciativo realizado se refere, como afirmado na r. sentença recorrida, a ação social integrativa que trazia a fotografia de crianças refugiadas, as quais se encontram em situação de extrema vulnerabilidade.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Não é demais lembrar que não há, no ordenamento jurídico pátrio, lei que estabeleça percentuais específicos para sua fixação, de modo que a dosimetria da pena fica a critério subjetivo do Juiz, cabendo a ele observar as circunstâncias específicas do caso, as diretrizes previstas nos artigos 59 e 68, ambos do Código Penal, e os princípios da proporcionalidade, razoabilidade e individualização da pena.

E isso foi devidamente observado pela Meritíssima Juíza da causa, pois a pena foi aplicada em conformidade com os limites mínimo e máximo previstos para o crime, mostrando-se adequada ao caso em exame.

Além disso, vale a pena destacar trecho do Aresto do ilustre Desembargador Silmar Fernandes, que, no julgamento da Apelação Criminal nº 1502037-37.2019.8.26.0655, consignou:

“Inicialmente, ressalto que a dosimetria da pena é uma matéria sujeita à discricionariedade do destinatário da prova, cabendo às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos, das provas, o ônus de fixar, de fato, a reprimenda, competindo, por outro lado, aos Tribunais, em regra, a correção de discrepâncias, apenas se arbitrarias (STF, HC 120283/SP, Rel. Min. ROSA WEBER).

Nessa linha, de se trazer à colação orientação do i. Des. Luís Soares de Mello no sentido de 'prestigiarse e referendar o critério do julgador de origem, quanto ao



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

apenamento. Primeiro porque objetivamente envolvido no caso com a presidência do processo, com direto contato com o acusado e sua personalidade e, por isso e por certo, com maior e muito mais preciso sentir e direcionamento voltados para a realidade do caso concreto. E depois que obedecido exatamente este parâmetro e não fugindo ele de uma conceituação genérica, prudente e ponderada, não haverá porque se alterar os critérios norteadores da fixação da reprimenda. Quer-se dizer com isso, em suma, que **havendo razoabilidade de critérios de formação da reprimenda e sempre obedecidos aqueles constantes do artigo 68 do Código Penal, não há como se mudar o dimensionamento adotado'** (*Apelação n° 0099967-48.2012.8.26.0050, julgada em 12 de novembro de 2013*)” Grifei.

Diante da inexistência de circunstâncias agravantes e atenuantes, a serem consideradas na segunda fase da dosagem, bem como diante da ausência de causas especiais de aumento e diminuição da pena, a incidir na terceira fase da dosimetria, restou como definitiva a reprimenda de 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e pagamento de 11 (onze) dias-multa, a qual resta mantida.

Cabível a manutenção do regime aberto e da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em vista os fins punitivo e dissuasório das penas (artigo 59 do Código Penal), a primariedade da apelante e, ainda, o *quantum* da reprimenda imposta.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ante o exposto, pelo meu voto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso defensivo, mantendo-se a r. sentença prolatada, tal como lançada.

FÁTIMA GOMES

Relatora