



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](mailto: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