



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2024.0000452285

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500376-29.2019.8.26.0459, da Comarca de Pitangueiras, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado CESAR RAIMUNDO ALMEIDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Por maioria de votos, deram parcial provimento ao recurso para aumentar a base, totalizando a pena do réu para 01 ano e 03 meses de reclusão e ao pagamento de 12 dias-multa e substituir uma das restritivas em prestação de serviços à comunidade pelo mesmo prazo da condenação. Vencido o 3º Juiz, DES. FERNANDO SIMÃO, que declara**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores IVANA DAVID (Presidente) E FERNANDO SIMÃO.

São Paulo, 23 de maio de 2024.

MENS DE MELLO
Relator(a)
Assinatura Eletrônica



Apelação nº 1500376-29.2019.8.26.0459

Apelante(s): Ministério Público

Apelado(a)(s): César Raimundo Almeida

Origem: 1ª Vara da Comarca de Pitangueiras

Juiz(a) Prolator(a): Dr. Frederico Pupo Carrijo de Andrade

Data do fato: 25/07/2019

Voto nº 35187

CRIME DE DISCRIMINAÇÃO SEXUAL (HOMOFOBIA) – materialidade e autoria demonstradas pela prova oral – injúria racial – não ocorrência – ofensa embora direcionada à vítima ganhou contornos de discriminação e preconceito contra homossexuais, já que o réu gritou as expressões injuriosas, de modo a incitar, mesmo que indiretamente, que terceiros adotassem o mesmo padrão de comportamento – modalidade incitar – dolo comprovado.

PENA – base – maus antecedentes e consequências do crime – Ministério Público que se insurge contra o aumento da base considerando também a culpabilidade do réu – acréscimo da pena em 1/4 – provimento parcial ao recurso ministerial – demais fases – pena inalterada,

SUBSTITUTIVA – Ministério Público que se insurge com o afastamento ou alternativamente, se a pena substitutiva persistir que uma delas seja por prestação de serviços à comunidade – alteração de uma das restritivas para prestação de serviços à comunidade no mesmo prazo da pena estipulada nesta instância – provimento parcial ao recurso.

REGIME – aberto, mantido ante a inércia ministerial a respeito.

Ao relatório da r. sentença¹ que ora se adota, acrescenta-se que o apelado foi condenado como incurso no artigo 20 da Lei nº 7.716/89, à pena de 01 ano, 02 meses e 12 dias de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 12 dias-multa. A pena privativa de liberdade foi substituída por restritivas de direitos consistentes em duas prestações pecuniárias, cada um em um salário-mínimo, totalizando dois salários-mínimos.

¹ Folhas 127.



O Ministério Público apelou² postulando o aumento da pena base em metade em face das três circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu (culpabilidade, maus antecedentes e consequência do crime), afastando-se a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos ou, no caso de se manter a pena substitutiva, seja fixada a prestação de serviços à comunidade como uma das penas alternativas.

Apresentadas contrarrazões³.

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou⁴ pelo provimento ao recurso.

É o relatório.

Anoto, por oportuno, que não houve decurso do prazo prescricional.

O apelado foi condenado à pena de 01 ano, 02 meses e 12 dias de reclusão, cujo prazo prescricional é de 04 anos consoante artigo 109, inciso V, do Código Penal.

A conduta foi praticada em 25 de agosto de 2019, indicando que não há que se falar em retroação em face da pena aplicada. A denúncia foi recebida em 29 de outubro de 2019⁵ e a sentença publicada em 10 de janeiro de 2023⁶.

Logo, levando-se em consideração os marcos interruptivos não há que se falar em prescrição, pois entre eles não transcorreu prazo superior a 04 anos.

A prova oral comprova tanto a materialidade com a autoria delitiva, no sentido de que o réu agiu imbuído de dolo na discriminação, sob o aspecto da homofobia, ao ofender a vítima, chamando-o de “viadinho”, gesticulando com a

² Folhas 145.

³ Folhas 166.

⁴ Folhas 175.

⁵ folhas 34.

⁶ folhas 137.



mão, “essas pragas têm que morrer”.

O réu negou a prática delitiva, alegando que não chegou a conversar com a vítima. Relatou como se deram os fatos afirmando que estava no camarote de frente ao palco, ia começar o show, quando Andreia saiu para ir ao banheiro. No caminho ela parou no camarote de Rafael que tinha amizade e retornou com olhos cheios de lágrima, afirmando que Rafael teria cochichado com L., o qual se debruçou e falou “biscate”, ocasião na qual ela virou e voltou, eles recuaram e Andreia conversou com Sueli. O depoente queria saber o motivo e chamou o menino, que nem conhecia ele, só conhecia o Rafael. Salientou que a vítima novamente disse que Andreia era biscate. Nunca gostou de briga. Negou que tivesse falado que iria matar ou ofender alguém. Confirmou, contudo, ter se alterado, mas, repetiu que não a ponto de falar que iria matar, ou para xingar. Negou, ainda, que tivesse falado as palavras que constam na denúncia. Não fez nada, permanecendo em seu camarote. Até aquele dia não havia nenhum desentendimento com L. Disse que o L. chegou a ir até o camarote do acusado e repetiu “você é biscate mesmo” e Rafael o puxou para trás.

A negativa do réu não lhe socorre. Não arrolou nenhuma testemunha que confirmasse que a vítima tivesse supostamente ofendido o acusado ou sua companheira, ou seja, não produziu qualquer prova quanto eventual injusta provocação da vítima.

Destaca-se, quando ao ônus de prova, que cabe à acusação a prova dos fatos que ela alega. Produzida prova neste sentido, cumprido está o ônus de prova que lhe era imposto.

Neste caso, existindo alegação da defesa que se contrapõe à prova de acusação produzida, quer por indicar que os fatos se deram de forma diversa, quer por aduzir a presença de uma excludente, a ela incumbe à demonstração do alegado.

FRAMARINO DE MALATESTA⁷, neste sentido, afirma que *“o princípio ontológico coloca o ônus de prova a cargo da acusação, quando considera as duas asserções contrárias, dos acusados e acusado, antes da produção de provas. Mas, desde o momento em que o acusador reuniu as suas provas para sustentar a sua asserção, se o acusado, em contradição à asserção do acusador, emite simples asserção contrária, não faz mais que contrapor uma asserção não provada a uma provada e como esta tem direito de ser tomada como verdadeira de preferência a não prova, sendo a presunção da verdade, neste segundo momento, a favor do acusador, a obrigação da prova incumbe ao acusado”*.

GUSTAVO BADARÓ⁸ reforça tal entendimento ao declarar que o ônus de prova é uma *“posição jurídica na qual o ordenamento jurídico estabelece determinada conduta para que o sujeito onerado obtenha o resultado favorável, deverá praticar o ato previsto no ordenamento jurídico, sendo que a não realização da conduta implica na exclusão de tal benefício, sem, contudo, configurar ato ilícito”*.

Este é o caso dos autos onde presente está a prova de acusação e a defesa nada demonstrou acerca dos argumentos alegados.

Assim esta versão apresentada pelo réu apresenta-se desamparada de provas, provas estas que lhe incumbia produzir, nos termos do artigo 156 do Código de Processo Penal. Como nada produziu, afasta-se.

ESPÍNOLA FILHO⁹, que depois de frisar que o juiz pode de ofício, determinar provas, lembra que *“mantém-se, entretanto, e a isso devem as partes dar a devida atenção, no sentido de ser aquela iniciativa do juiz orientada para a apuração do que, no seu entender, se torna necessário ao esclarecimento completo da verdade, quer dirimindo dúvidas ainda não solucionadas, quer suprimindo a falta dos elementos indispensáveis”*.

Neste sentido a defesa não supriu a falta dos elementos indispensáveis para a realização da prova, visto que não indicou testemunhas, nomes, endereços ou quaisquer provas ou indícios que roborassem o alegado.

Como complementa o festejado autor,

⁷ *A Lógica das Provas em Matéria Criminal* – Campinas: Conan – 1995 – v. I – p. 145-146.

⁸ *Ônus da prova no processo penal* – São Paulo: Editora RT – 2003 – p. 173.

⁹ *In: “Código de Processo Penal Brasileiro Anotado”* – edição histórica – Rio de Janeiro: Editora Rio – 1980 – vol. I – p.455.

na interpretação do mesmo Dispositivo Legal, *“urge tenham a acusação e a defesa presente ser dever seu a prova das respectivas alegações, sem esperarem venha o juiz, de ofício, a fazer o que não fizeram elas. O descaso poderá trazer-lhe amargas decepções”*¹⁰.

Assim não pode alegar a defesa que por seu descaso, o fato por ela alegado e não provado, deve ser aceito em nome da “busca da verdade real” ou do “princípio da presunção de inocência”.

Deste modo, deve-se afastar a versão do réu.

A vítima declarou que ocorreram ofensas homofóbicas consistentes em falas como: “viadinho” e gestos com a mão indicando que “essas pragas têm que morrer”. O ofendido falou a palavra “biscatona” para Sueli e não para Andreia. No entanto, Andrea, namorada do réu, chamou e perguntou se a teria chamado de “biscate”, tendo Sueli respondido que não. O depoente comentou com Rafael, o esposo do depoente, que isso iria dar problema. Saiu com Rafael do camarote e o acusado o chamou para conversarem. Rafael falou que se ele tivesse algo para falar com ele, deveria falar com o esposo dele. Em nenhum momento houve agressão. Rafael e o apelante conversaram, se resolveram e, assim o declarante e Rafael retornaram ao camarote. No dia seguinte fizeram boletim de ocorrência. O camarote em que estavam era de frente ao do réu. Há uma ação de danos morais. Em momento algum houve pedido de desculpas. O ocorrido afetou muito no seu emprego e precisou passar por psicólogo, já que teve muito medo. Ele e Rafael deixaram de frequentar festas e hoje não moram mais em Pitangueiras. Quase não frequentam mais locais públicos na cidade.

Rafael, cônjuge da vítima, ouvido na condição de informante, disse que estavam no camarote, houve uma brincadeira de L. com Sueli, no qual ele a chamou de “biscatona” e, nesse momento, Andreia, namorada do réu, passava a caminho do banheiro e achou que teria sido para ela, perguntando se aquilo era para ela, tendo Sueli respondido

¹⁰ Ob. Cit. – p. 455.

negativamente. Após Andreia retornar ao camarote no qual estava na companhia do acusado contou o que achava que teria ouvido originando confusão e ofensas. O depoente e a vítima foram ao bar quando as ofensas se iniciaram, tendo o réu proferido falas de conteúdo homofóbico e em tom ameaçador, tais como: “sua bichinha” e “vou te pegar na rua”. Pontuou que eles e o apelante acabaram se encontrando em outras situações e, em nenhum momento houve pedido de desculpa, apenas afronta.

A genitora da vítima, ouvido na condição de informante, disse que não presenciou o acusado dirigindo ofensas ao filho, pois estava no banheiro e, ao retornar, tomou conhecimento do ocorrido, isto é, que seu filho estava conversando com Sueli e a chamou de “biscate”. Era uma brincadeira já que a amizade deles é antiga e Andreia que passava por ela achou que aquilo teria sido para ela. Salientou que para uma mãe é humilhante saber dessas ofensas. Esclareceu que seu filho é trabalhador e, em razão do acontecido, teve que procurar psicóloga para se tratar, além de ter afetado o trabalho dele na usina, tendo ele e Rafael mudado de cidade. Não houve pedido de desculpas. Após o ocorrido procura nem ter muito contato com o réu.

Sueli, ouvida na condição de informante, narrou que estava na companhia da vítima e de Rafael no camarote da festa do peão, quando Andreia e a cumprimentou. O ofendido veio até ela, chamando a depoente pelo termo “biscatona, vem aqui”, ocasião em que Andreia foi embora. Passado algum tempo Andreia retornou, perguntando se ele teria falado aquilo para ela, tendo a declarante respondido negativamente. A depoente foi ao banheiro e, quando voltou, ficou sabendo pelo ofendido e Rafael que o réu chamou a vítima de “bicha”. Recorda-se que houve tumulto, mas, no momento da tensão estava todo mundo nervoso.

Vista a prova, comprovada a prática delitiva prevista no artigo 20 da Lei nº 7.716/89, eis que tal dispositivo criminaliza o ato de praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito. Assim com a atitude do réu em proferir ofensas à vítima de conteúdo homofóbico em evento público, demonstram o dolo na sua conduta, em especial em incitar a discriminação ou preconceito, estimulando hostilidade contra a



vítima em razão de sua orientação sexual.

Em 2019, o Pretório Excelso já tinha reconhecido o crime de homofobia e transfobia, e decidiu que tais comportamentos deveriam ser enquadrados no tipo penal de racismo, previsto na Lei nº 7.716/89. Em agosto de 2023, nova decisão ampliou a proteção a homossexuais e a transsexuais, que passaram a ter ofensas diretas contra si passíveis de punição, enquanto injúria racial.

E não há que se falar em injúria racial, pois, embora a ofensa tenha sido direcionada à vítima, a questão ganhou contornos de discriminação e preconceito contra homossexuais, já que o réu gritou as expressões injuriosas, de modo a incitar, mesmo que indiretamente, que terceiros adotassem o mesmo padrão de comportamento.

Neste diapasão o entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

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

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

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

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

4. Demonstrado que as falas de suposto cunho homofóbico foram

divulgadas pela internet, em perfis abertos da rede social Facebook e da plataforma de compartilhamento de vídeos Youtube, ambos de abrangência internacional, está configurada a competência da Justiça Federal para o processamento e julgamento do feito.

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

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

Portanto, a condenação do réu pela prática do crime previsto no artigo 20 da Lei nº 7.716/89 é de rigor.

Da dosimetria penal

O Ministério Público se insurgiu em relação ao aumento da base considerando que três circunstâncias judiciais desfavoráveis devem ser consideradas (culpabilidade – crime praticado em local com altíssimo fluxo de pessoas, na presença de familiares e amigos da vítima, a demonstrar uma heterodoxa reprovabilidade do comportamento do agente –), maus antecedentes ostentados pelo réu e consequências do crime a vítima.

Na primeira fase a base foi fixada em 1/5 acima do mínimo legal em face dos maus antecedentes ostentados pelo réu¹¹ e das consequências do crime causadas à vítima, pelo abalo psicológico sofrido pela vítima em função dos fatos, fazendo com que, inclusive, se mudasse da cidade. Assim a pena ficou estabelecida em 01 ano, 02 meses e 12 dias de reclusão e 12 dias-multa. No entanto considerando-se também a culpabilidade do réu – crime praticado em local com altíssimo fluxo de pessoas, na presença de familiares e amigos da vítima, a demonstrar uma heterodoxa reprovabilidade do comportamento do agente –, conforme pleiteado pelo Ministério Público o aumento será de 1/4, chegando à pena de 01 ano e 03 meses de reclusão e 12 dias-multa,

Nas demais fases as penas se mantiveram inalterada, ante ausência de outras causas

¹¹ Folhas 112 – Processo nº 0000296-14.1997-8.26.0459 – réu condenado no artigo 184, §§ 1º e 2º, do Código Penal.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

modificadoras.

Presentes os requisitos autorizadores do artigo 44 do Código Penal, procedeu-se à substituição das penas privativas de liberdade por restritiva de direito, consistente em prestação pecuniária, no valor de um salário-mínimo cada, ou seja, valor total de dois salários-mínimos.

Em conformidade ao pedido ministerial não afastarei a pena substitutiva, contudo, substituirei uma das restritivas em prestação de serviços à comunidade pelo mesmo prazo da condenação.

No que tange ao regime para início de cumprimento de pena, foi fixado o aberto, o que se mantém ante a inércia ministerial a respeito, diante das circunstâncias judiciais desfavoráveis.

Ante o exposto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso para aumentar a base, totalizando a pena do réu para 01 ano e 03 meses de reclusão e ao pagamento de 12 dias-multa e substituir uma das restritivas em prestação de serviços à comunidade pelo mesmo prazo da condenação.

MENS DE MELLO

Relator

Assinatura Eletrônica



Voto nº 39.084
Apelação Criminal nº 1500376-29.2019.8.26.0459
Comarca: Pitangueiras
Apelante: Ministério Público do Estado de São Paulo
Apelado: CESAR RAIMUNDO ALMEIDA

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

Adoto o relatório constante do voto do E. Desembargador
Relator.

Com a devida licença, divirjo da douta maioria, e apenas não a acompanhei, por entender que não está demonstrado o crime a contento.

Narra a denúncia que:

“Consta do incluso Inquérito Policial que no dia 25 de julho de 2019, às 00h20, no Largo do Ginásio de Esportes, nesta cidade e comarca de Pitangueiras, CÉSAR RAIMUNDO ALMEIDA (qualificado a fls. 12) praticou o preconceito de orientação sexual¹ em face de Lucas Borges da Silva Rosseto.

Segundo apurou-se, os envolvidos encontravam-se em um dos camarotes da festa do peão de rodeio da cidade. Em dado momento a vítima

Lucas conversava com uma colega e fez uma brincadeira com ela, chamando-a de “biscatona”, mas nesse exato instante a esposa de CÉSAR, Andreia Pereira, passava por ali e achou que o “insulto” era dirigido a ela.

CÉSAR, então, passou a chamar a vítima para conversar em tom ameaçador e debochado, quando então começou a gritar, chamando Lucas por repetidas vezes, em tom alto de voz, de 'bichinha', dizendo ainda: 'se eu te encontrar na rua, vou te comer', 'vou te pegar na rua, sua bichinha'.

[...]

Embora a ofensa tenha sido direcionada à vítima, a questão ganhou contornos de discriminação e preconceito contra homossexuais porque o denunciado gritou as expressões injuriosas, de modo a incitar, mesmo que indiretamente, que terceiros adotassem o mesmo padrão de comportamento.” (fls. 28/29)

Então, instaurada a ação penal, durante a instrução, o ofendido foi ouvido, confirmando o quanto trazido na fase inquisitiva.

Contudo, verifico que o ofendido anotou as supostas falas preconceituosas em decorrência de sua orientação sexual, para não esquecê-las. Ora, se as frases marcassem tanto, precisariam de registro para posterior reprodução?

Ademais, pelo que se extrai dos autos, houve uma confusão generalizada e falha de comunicação, do que não se pode concluir automaticamente pela configuração da injúria por orientação sexual.

Veja-se que primeiro o ofendido chamou Sueli de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

“*biscatona*” e, Andrea, naquele contexto, achou que ele se referia à sua pessoa, sendo este o fio da meada para que o réu defendesse inadequadamente a esposa e o desentendimento ocorresse.

Ademais, o ofendido relatou que tinha o hábito de referir-se assim às pessoas, como algo normal e cotidiano. Fato é que quem profere essas palavras em público, assume o risco de causar confusão.

E aqui não se descarta a possibilidade de terem acontecido ofensas pelo acusado, mas em reação ao palavreado inadequado da vítima em local público, em situação que não se permitia perceber ao certo a quem se referia.

Deste modo, com todo respeito ao Douto Desembargador Relator, divirjo de vosso entendimento, para absolver o apelado da imputação da prática do delito do art. 20 da Lei 7.716/89, com fundamento no art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Ante o exposto, pelo meu voto, **CONHECIA** e **NEGAVA PROVIMENTO** ao recurso ministerial e, de ofício, absolvía o apelado da prática do delito do art. 20 da Lei 7.716/89, com fundamento no art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

FERNANDO SIMÃO

3º Juiz



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Este documento é cópia do original que recebeu as seguintes assinaturas digitais:

Pg. inicial	Pg. final	Categoria	Nome do assinante	Confirmação
1	10	Acórdãos Eletrônicos	LAURO MENS DE MELLO	25D39A94
11	13	Declarações de Votos	FERNANDO GERALDO SIMAO	262962A9

Para conferir o original acesse o site:

<https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do>, informando o processo 1500376-29.2019.8.26.0459 e o código de confirmação da tabela acima.