



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2024.0000603260

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0086960-18.2014.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é apelante -----, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **afastadas as preliminares, negaram provimento ao recurso interposto pela D. Defesa, mantendo-se a r. sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos. v.u.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MAURICIO VALALA (Presidente sem voto), JUSCELINO BATISTA E SÉRGIO RIBAS.

São Paulo, 3 de julho de 2024.

FREDDY LOURENÇO RUIZ COSTA

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

VOTO Nº: 7146

Órgão Julgador: 08ª Câmara de Direito Criminal

Apelação nº: 0086960-18.2014.8.26.0050

Apelante: -----

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Comarca: São Paulo

APELAÇÃO CRIMINAL. Incitação à discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional qualificada (Art. 20, §2º da Lei nº 7.716/89). Sentença condenatória. Preliminares repelidas. Pretensão à absolvição. Inadmissibilidade. Materialidade e



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

autoria devidamente comprovadas.

Édito condenatório

mantido. Dosimetria escorreita. Qualificadora bem reconhecida (conduta praticada mediante publicação). Confissão espontânea não verificada. Regime inicial aberto mantido. Recurso não provido.

Trata-se de recurso de Apelação interposto por -----
 contra a r. sentença (fls. 543/546), que julgou procedente a pretensão punitiva estatal, para o fim de condená-la como incurso no art. 20, §2º da Lei nº 7.716/89, ao cumprimento da pena de 02 (dois) anos e 10 (dez) dias de reclusão, no regime inicial aberto, substituída a sanção corporal por duas penas restritivas de direitos, consistentes na prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária, esta no valor de 01 (um) salário-mínimo vigente nesta data, a ser paga à entidade pública ou privada com destinação social, conforme determinar o Juízo da Execução, e devidamente corrigida monetariamente até a data do efetivo pagamento.

2

A i. Defesa, em suas razões recursais (fls. 583/597), suscitou, preliminarmente, a inépcia da exordial, bem como ausência do interesse de agir, pelo não esgotamento da resolução consensual do conflito, decorrente do não oferecimento do acordo de não persecução penal. No mérito, pleiteou a absolvição, por insuficiência probatória e atipicidade. Requeru a aplicação da atenuante relativa à confissão espontânea.

Regularmente processado o recurso interposto e ofertadas as contrarrazões (fls. 602/603), a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do apelo (fls. 616/620).

É o relatório.

Depreende-se dos autos que ----- foi processada coma incurso no art. 20, §2º, da Lei nº 7.716/89, pois, como consta na denúncia, em data e horários não precisos, mas anterior ao dia 24 de julho de 2014, em local incerto, na cidade e comarca de São Paulo, incitou e praticou, por intermédio dos meios de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

comunicação social ou publicação na internet, a discriminação e preconceito de religião contra a comunidade judaica.

Segundo o apurado, foi publicado, por membros integrantes da comunidade judaica, na rede social “facebook” a divulgação de manifestação organizada por integrantes de referida comunidade.

Após referida publicação, a denunciada, em resposta a esta, também utilizando-se da rede social “facebook”, publicaram comentários de conteúdo discriminatório e preconceituoso.

A recorrente publicou “*Eh inacreditável a cara de pau desses lixos em forma de gente*” e “*Com toda certeza terão, os 'coitadinhos' mas mundo esta se sensibilizando Inshallah*”.

Após o regular trâmite da ação penal, adveio a r. sentença, contra a qual se insurge a ré, por meio do presente recurso.

Pois bem. Inicialmente, cumpre apreciar as preliminares arguidas pela d. Defesa, que não merecem acolhimento.

Verifica-se que denúncia foi oferecida com a demonstração prévia e provisória da infração penal, apresentando a suficiente exposição dos fatos criminosos imputados à ré, com todas as suas circunstâncias, de forma

individualizada, bem como a classificação do crime, na forma do art. 41 do Código de Processo Penal, viabilizando o pleno exercício da ampla defesa, não se verificando, desse modo, a propalada inépcia da exordial.

Ad argumentantum tantum, a questão pertinente à inaptidão da peça acusatória encontra-se preclusa, diante do sentenciamento do feito, nos termos da jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça: “*com a prolação de sentença condenatória, em que é realizado um juízo de cognição mais amplo, perde força a discussão acerca de eventual inépcia da denúncia*” (AgRg nos EDcl no AgRg nos EDcl no AREsp 2409220. 5ª Turma. Min. Rel. Ribeiro Dantas. Data do Julgamento: 12/12/2023).

Do mesmo modo, “*o pedido de trancamento da ação penal por ausência de justa causa fica prejudicado com a superveniência de sentença condenatória. Inteligência da Súmula n. 648 desta Corte Superior de Justiça, que dispõe que 'A superveniência da sentença condenatória prejudica o pedido de*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

trancamento da ação penal por falta de justa causa feito em habeas corpus". (STJ. AgRg no RHC 188040. 5ª Turma. Min. Rel. Joel Ilan Paciornik. Data do Julgamento: 08/04/2024).

Ademais, o oferecimento de acordo de não persecução penal, previsto no artigo 28-A do Código de Processo Penal, não consiste em direito subjetivo do investigado, mas sim de ato discricionário do Ministério Público, titular da ação penal pública.

Destarte, nos termos do supracitado dispositivo legal, introduzido pela Lei nº 13.964/19: *“Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente.”*

Nesse sentido, decisão do Superior Tribunal de Justiça: *"As condições descritas em lei são requisitos necessários para o oferecimento do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), importante instrumento de política criminal dentro da nova realidade do sistema acusatório brasileiro. Entretanto, não obriga o*

4
Ministério Público, nem tampouco garante ao acusado verdadeiro direito subjetivo em realizá-lo. Simplesmente, permite ao Parquet a opção, devidamente fundamentada, entre denunciar ou realizar o acordo, a partir da estratégia de política criminal adotada pela Instituição" (AgRg no HC n. 199.892, Primeira Turma, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Dje de 26/5/2021).

Deste modo, caso estejam presentes os pressupostos contidos no supracitado dispositivo legal, o Ministério Público poderá propor o acordo, mediante as condições ajustadas, cumulativa e alternativamente.

Entretanto, a finalidade do acordo é a de, justamente, evitar a persecução penal, esgotando-se na fase pré-processual, de modo que, uma vez recebida a denúncia, a discussão sobre o oferecimento da proposta constitui tema desprovido de relevância jurídica.

A respeito do tema, já se pronunciou a C. Corte Cidadã:

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. DIREITO



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PENAL E PROCESSUAL PENAL. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. ART. 28-A DO CPP, INTRODUZIDO PELA LEI N. 13.964/2019. NORMA HÍBRIDA: CONTEÚDO DE DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. RETROATIVIDADE. POSSIBILIDADE ATÉ O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O art. 28-A do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei n. 13.964/2019, que passou a vigorar a partir de 24/01/2020, traz norma de natureza híbrida, isto é, possui conteúdo de Direito Penal e Processual Penal.
2. Infere-se da norma despenalizadora que o propósito do acordo de não persecução penal é o de poupar o agente do delito e o aparelho estatal do desgaste inerente à instauração do processo-crime, abrindo a possibilidade de o membro do Ministério Público, caso atendidos os requisitos legais, oferecer condições para o então investigado (e não acusado) não ser processado, *desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime*. Ou
5
seja: o benefício a ser eventualmente ofertado ao agente sobre o qual há, em tese, justa causa para o oferecimento de denúncia se aplica ainda na fase pré-processual, com o claro objetivo de mitigar o princípio da obrigatoriedade da ação penal.
3. Se, por um lado, a lei nova mais benéfica deve retroagir para alcançar aqueles crimes cometidos antes da sua entrada em vigor – princípio da retroatividade da *lex mitior*, por outro lado, há de se considerar o momento processual adequado para perquirir sua incidência – *princípio tempus regit actum*, sob pena de se desvirtuar o instituto despenalizador.
4. Ao conjugar esses dois princípios, tem-se **que é possível a aplicação retroativa do acordo de não persecução penal, desde**



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

que não recebida a denúncia. A partir daí, iniciada a persecução penal em juízo, não há falar em retroceder na marcha processual.

5. Agravo regimental desprovido”.

(STJ, AgRg no HC 628.547, Órgão Julgador: 6ª Turma, Min. Rel. Nefi Cordeiro, Data do Julgamento: 09/03/2021, g.n.)

Tal entendimento é corroborado pelo C. Supremo Tribunal Federal:
“AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. CONTRABANDO. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. INVIABILIDADE.

1. As condições descritas em lei são requisitos necessários para o oferecimento do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), importante instrumento de política criminal dentro da nova realidade do sistema acusatório brasileiro. Entretanto, não obriga o Ministério Público, nem tampouco garante ao acusado verdadeiro direito subjetivo em realizá-lo. Simplesmente, permite ao Parquet a opção, devidamente fundamentada, entre denunciar ou realizar o acordo, a partir da estratégia de política criminal adotada pela Instituição.

6

2. O art. 28-A do Código de Processo Penal, alterado pela Lei 13.964/2019, foi muito claro nesse aspecto, estabelecendo que o Ministério Público 'poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições'.

3. **A finalidade do ANPP é evitar que se inicie o processo, não havendo lógica em se discutir a composição depois da condenação, como pretende a defesa** (cf. HC 199950, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe de 18/6/2021; HC 191124 AgR, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, DJe de 13/4/2021; HC 191.464-AgR/SC, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, DJe de 26/11/2020; ARE 1294303



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

AgRsegundo-ED, Relator(a): ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe de 26/4/2021; RHC 200311 AgR, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 4/8/2021).

4. Agravo Regimental a que nega provimento”.

(STF, Ag. Reg. no HC nº 233.371, 1ª Turma, Min. Rel. Alexandre de Moraes, Data do Julgamento: 19.12.2023, g.n.)

Rejeitadas as preliminares, passa-se à apreciação do mérito.

Em que pesem os argumentos expostos, o conjunto probatório é cristalino, apontando a materialidade e a autoria do crime imputado à apelante.

A prova da existência, pelos vestígios materiais _ materialidade _, vem comprovada por meio do registro da postagem na rede mundial de computadores (fls. 10) e relatórios de investigações (fls. 21/22 e 145/148).

Por sua vez, a autoria delitiva, igualmente, é inconteste, tendo em vista as declarações prestadas pelas testemunhas ----- e -----, policiais civis (fls. 515 mídia audiovisual), nos seguintes termos (fls. 543/546):

“(...) os policiais civis ----- e ----- relataram ao magistrado que, em 2.014, havia uma crise entre judeus e palestinos na Faixa de Gaza, razão pela qual a comunidade judaica convocou uma manifestação na Praça

7

Cinquentenário de Israel, situada próxima ao Estádio do Pacaembu, das 19:30 às 22:00 horas do dia 24 de julho de 2.014. Simultaneamente, a comunidade de palestinos marcou uma reunião na Rua Rêgo Freitas, no centro de São Paulo, por volta das 19:00 horas. Havia a possibilidade de "skin heads" se aproveitarem da situação para praticar violência. Na rede social Facebook da denunciada, houve ofensas contra o povo judeu. Por conta disso, a ré ----- foi chamada a depor, mas não participaram de sua oitiva. Desconhecem o conteúdo desse depoimento. (...)”.

Por sua vez, a apelante, em Juízo, “negou a imputação que lhe é



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

feita, aduzindo que sua família paterna é de origem 'síria-libanesa' e que a depoente participava do grupo 'Resistir para existir Palestina' no Facebook, vindo a saber que haveria uma manifestação 'pró Israel'. Foi quando a interroganda realmente fez esse comentário infeliz e se expressou mal no Facebook. Explicou ter um noivo Palestino, que teve a casa destruída. Nunca se conformou com a situação da Palestina. O dono do citado grupo era "-----", descendente de Palestinos. Explicou que o termo árabe 'Inshalá' significa 'Se Deus quiser' (...)'".

A tese defensiva quanto à ausência de dolo, entretanto, não se sustenta.

Mister transcrever a redação do art. 20, *caput*, da Lei nº 7.716/89: “Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa”.

Referido dispositivo legal estabelece como modelo incriminador a oposição indistinta à raça cor, etnia, religião ou procedência nacional, perpetrada através de palavras, gestos, expressões, dirigidas a indivíduo, em alusão ofensiva a uma determinada coletividade, agrupamento ou raça.

O elemento subjetivo exigido pelo tipo consiste no dolo de menosprezar ou diferenciar determinada coletividade, agrupamento ou raça, com vistas a segregar o indivíduo, como preleciona Guilherme de Souza Nucci: “(...) exige-se o elemento subjetivo específico, que é a vontade de discriminar a pessoa,

8

numa autêntica manifestação racista. Nesse sentido: STJ: 'Para a verificação da configuração ou não do crime em questão não há necessidade de incursão na matéria fático-probatória colacionada aos autos, exigindo-se tão somente examinar se a conduta denunciada enquadra-se no tipo penal em comento ou não. Súmula 7 deste STJ que não se aplica na espécie. 2. Na esteira da intenção protecionista da Constituição de 1988, o que a lei penal busca reprimir é a defesa e difusão de ideias preconceituosas e segregacionistas que afrontem a dignidade daqueles pertencentes a toda uma raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. 3. 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. 4. Mostra-



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

se de suma importância que, na busca pela efetividade do direito legalmente protegido, o julgador trate do tema do preconceito racial despido de qualquer 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. 1.º, III, da CF/88). 5. Para a aplicação justa e equânime do tipo penal previsto no art. 20 da Lei 7.716/89, tem-se como imprescindível 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' (REsp 911.183-SC, 5.ª T., rel. Felix Fischer, 04.12.2008, v.u.). TJSP, Ap. 327.399-3, Limeira, 3.ª C., rel. Oliveira Ribeiro, 29.05.2001, v.u.; TJDF, Ap. 14.291/94, 1.ª T., rel. Sérgio Bittencourt, 27.02.1997, v.u. Não existe a forma culposa" (In Código Penal Comentado, 14ª Edição Ed. Forense, p. 271).

Como se depreende do documento de fls. 10, a respeito da comunidade judaica, a recorrente publicou, na rede mundial de computadores, os seguintes dizeres: *"é inacreditável a cara de pau desses lixos em forma de gente"*.

Na hipótese, tem-se bem configuradas as elementares do modelo incriminador, porquanto a ré, ao veicular tais mensagens, na internet mundial de computadores, notadamente pela rede social Facebook, buscou, sem sombra de

9

dúvidas, incitar o menosprezo à comunidade judaica, por meio de comentários e ideias de cunho preconceituoso e discriminatório.

Nesse sentido, já se pronunciou o C. Supremo Tribunal Federal: *"(...) divulgar e comerciar livros fazendo a apologia de ideias, preconceituosas e discriminatórias contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, art. 20) constitui crime de racismo (...). Discriminação que, no caso, se evidencia como deliberada e dirigida especificamente aos judeus, que configura ato ilícito de prática de racismo, com as consequências gravosas que o acompanham. (...) as liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, art. 5º, §2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o 'direito à incitação ao racismo, dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de*



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica". (HC nº 82.424, Tribunal Pleno, Rel. Min. Moreira Alves).

Em hipótese congênere, já decidiu esta E. Corte:

APELAÇÃO CRIMINAL – Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional - Discriminação ou preconceito – Recurso da defesa – **Ausência de dolo na conduta do réu – Inadmissibilidade – Crime de preconceito contra Pernambucanos cometido por intermédio dos meios de comunicação – Da simples narrativa dos fatos, verifica-se encontrar externado, na publicação, o preconceito íntimo do acusado ao povo Pernambucano, subsumindo sua conduta ao tipo constante do art. 20, § 2º, da Lei nº 7.716/89 - Recurso não provido. (TJSP; Apelação Criminal 0032849-52.2015.8.26.0114; Relator**

(a): Sérgio Ribas; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Campinas - 2ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 30/05/2019; Data de Registro: 30/05/2019, g.n.)

DISCRIMINAÇÃO/PRECONCEITO POR PROCEDÊNCIA

10

NACIONAL QUALIFICADO. ART. 20, § 2º DA LEI Nº

7.716/89. Materialidade e autoria bem demonstradas nos autos. Acusado que, silente em solo policial, **admitiu em juízo ter realizado a postagem de comentário depreciativo à população nordestina em rede social (instagram), mas asseverando que não tinha conotação pejorativa** e tampouco mencionou se tratar de alusão à população do nordeste do Brasil. **Versão que se mostra desmentida pelo conteúdo probatório, bastando a leitura das postagens para a cognição imediata a uma depreciação da população nordestina**, reiterada após alerta de outro usuário da rede social para o teor de sua primeira postagem. Condenação mantida. (TJSP; Apelação Criminal 1524288-84.2022.8.26.0577; Relator



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

(a): Gilda Alves Barbosa Diodatti; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Criminal; Foro de São José dos Campos - 2ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 19/12/2023; Data de Registro: 19/12/2023)

Bem marcada a qualificadora prevista no art. 20, §2º da Lei n 7.716/89, dado que a incitação ocorreu por meio de publicação na rede mundial de computadores.

Destarte, nenhum elemento de convencimento foi trazido para que fosse agasalhada qualquer das alegações da i. Defesa, razão pela qual a manutenção da condenação é medida que se impõe.

Tecidas tais considerações, passa-se ao exame da dosimetria da pena e do respectivo regime inicial de cumprimento.

Na primeira fase, nos termos do artigo 59, *caput*, do Código Penal, o MM. Juiz *a quo* fixou a pena-base no mínimo legal, em 02 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, por considerar ausentes circunstâncias judiciais negativas.

Na segunda fase, ausentes agravantes e atenuantes, a sanção não sofreu alteração, não configurada a confissão, porque, inobstante tenha confirmado a postagem, a ré negou o dolo subjetivo exigido para a configuração do tipo penal.

Na terceira fase da dosimetria, não verificadas causas modificadoras, a sanção restou incólume.

O regime inicial aberto fixado está em sintonia com o estabelecido no artigo 33, §2º e §3º, c.c. artigo 59, inciso III, destacando-se a primariedade da ré e, presentes os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal, a sanção corporal restou substituída por duas restritivas de direitos, consistentes na prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária, esta no valor de 01 (um) salário-mínimo vigente nesta data, a ser paga à entidade pública ou privada com destinação social, conforme determinar o Juízo da Execução, e devidamente corrigida monetariamente até a data do efetivo pagamento.

Diante de tais considerações, afastadas as preliminares, **nega-se provimento** ao recurso interposto pela D. Defesa, mantendo-se a r. sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

FREDDY LOURENÇO RUIZ COSTA

Relator