



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo
4ª Câmara Criminal

Registro: 2024.0000852610

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500411-16.2023.8.26.0631, da Comarca de Socorro, em que é apelante ----, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitadas as preliminares, negaram provimento ao recurso. V. U. Sustentou oralmente o Ilmo. Defensor, Dr. Carlos Eduardo de Souza e usou a palavra o Exmo. Procurador de Justiça, Dr. Márcio Sérgio Christino. Determinada a comunicação ao CADCRIM.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente) E CAMILO LÉLLIS.

São Paulo, 10 de setembro de 2024.

ROBERTO PORTO

RELATOR

Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal nº 1500411-16.2023.8.26.0631



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo
4ª Câmara Criminal

Apelação Criminal nº 1500411-16.2023.8.26.0631 - Voto nº

Apelante: ----

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Comarca: Socorro

Voto nº 19349

APELAÇÃO CRIMINAL – Crime de Homofobia (art. 20, §2º, da Lei nº 7.716/89) – Recurso defensivo – Preliminar de nulidade por ofensa ao artigo 217, do CPP – Inocorrência – Nulidade não evidenciada – Prejuízo não comprovado - Preliminar rejeitada – Existência material do fato e autoria comprovadas – Prova oral robusta – Acusado que, durante evento recreativo, praticou preconceito em razão de orientação sexual da vítima – Tipicidade da conduta – Norma que visa proteger a honra e a dignidade do ser humano, pouco importando se o autor da ofensa comunga ou não de princípios preconceituosos – Condenação mantida – Maus antecedentes e maior reprovabilidade da conduta, praticada no ambiente de trabalho da vítima que justificam a fixação da pena-base acima do mínimo – Regime semiaberto – Substituição da pena corporal por restritivas de direitos – Fixação de reparação de dano à vítima – Recurso desprovido.

Trata-se de recurso de apelação interposto por ---- contra a r. sentença de fls. 137/143, em que a Juíza de Direito julgou procedente a ação penal para condená-lo ao cumprimento da pena privativa de liberdade de 03 (três) anos, 02 (dois) meses e 12 (doze) dias de reclusão, a serem cumpridos em regime inicial semiaberto, e pagamento de 14 (catorze) dias-multa, no mínimo legal, por infração ao art. 2-A da Lei nº 7.716/89, substituída a pena corporal pela prestação pecuniária de 02 (dois) salários mínimos em favor da vítima e pagamento de 01 (um) salário mínimo em favor de entidade pública, a ser indicada pelo Juízo das Execuções. Foi fixada indenização em favor da vítima

Apelação Criminal nº 1500411-16.2023.8.26.0631 - Voto nº 19349



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo
4ª Câmara Criminal

2

no montante de R\$5.000,00 (cinco mil reais).

Inconformado, recorre o acusado, suscitando preliminar de nulidade da audiência de instrução, debates e julgamento, por suposto descumprimento do artigo 217 do Código de Processo Penal. Subsidiariamente requer a redução da pena-base e fixação de regime inicial aberto (fls. 150/161).

Oferecidas contrarrazões (fls. 165/171), foram os autos remetidos a esta Corte.

A douta Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo parcial provimento do recurso (fls. 187/190).

É o relatório.

Consta da denúncia que, no dia 11 de novembro de 2023, por volta das 20h20, nas dependências do Hotel ---, na cidade e Comarca de Socorro, ---- injuriou a vítima ----, ofendendo-lhe a dignidade em razão de sua orientação sexual.

---- estava hospedado no hotel ---- no local ocorria uma apresentação teatral. A vítima, homossexual, era um dos atores e participava da peça em trajes femininos.

Ao ver a vítima no palco, ---- foi até ela, exigiu que se retirasse e vestisse roupas que, sob a ótica preconceituosa dele, eram adequadas a pessoas de sexo biológico masculino.

Em um primeiro momento a vítima deixou o palco, mas retornou em seguida. ----, então, passou

3

a gritar em direção à vítima, dizendo que não aceitava “*esse tipo de comportamento*”. Não satisfeito, ---- ainda bateu as mãos contra mesas



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo
4ª Câmara Criminal

de outros hóspedes, externando a insatisfação dele com a presença da vítima em trajes femininos, e os confrontando, questionando-os como “*aceitavam*” aquilo.

Assim agindo ---- adotou conduta homofóbica, nos termos da ADO 26, e discriminatória quanto à orientação sexual da vítima tanto como pessoa quanto como integrante de grupo minoritário (art. 20-C da Lei nº 7.716/89).

Pois bem.

Anoto, de proêmio, que a preliminar arguida Defesa deve ser rechaçada, uma vez que a retirada do Apelante da sala de audiências virtual durante a inquirição da vítima e de testemunha tem lastro no que dispõe o artigo 217, do Código de Processo Penal, com a nova redação dada pela Lei nº 11.609, de 09 de junho de 2008. No caso específico dos autos, a vítima requereu que fosse ouvida sem a presença do acusado, por sentir-se constrangida, o que foi deferido pela MMª. Juíza. Na oportunidade, consignou a ilustre magistrada sentenciante que “*nenhum prejuízo causou ao ato diante da presença do defensor do acusado*”.

Efetivamente, não logrou o Recorrente comprovar efetivo prejuízo com a medida, valendo lembrar que não é permitida a declaração de nulidade processual sem que tenha ocorrido prejuízo efetivo à defesa.

A propósito:

Em tema de nulidades no processo penal, é dogma fundamental a assertiva de que a nulidade de ato deve ser

declarada se dele resulta prejuízo para a acusação ou para a defesa ou se houver influído na apuração da verdade



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo
4ª Câmara Criminal

substancial ou na decisão da causa (STJ 6ª Turma HC Rel. Vicente Leal 15.04.99).

Como se sabe, “*nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa*” (artigo 563 do Código de Processo Penal).]

Desta forma, resguardados os princípios do contraditório e do devido processo legal ao longo da instrução penal e não demonstrado efetivo prejuízo ao réu, não há que se falar em nulidade, valendo ressaltar que “*pas de nullité sans grief*”.

Superada a preliminar, passo ao exame do mérito.

Com efeito, tanto a materialidade e autoria delitiva restaram incontestes nos autos.

A vítima, ----, declarou, sob o crivo do contraditório, que é homossexual e trabalha no hotel há 3 anos. Aos sábados participa de espetáculo em que encena personagem feminino e se fantasia de mulher. Estava dançando e foi surpreendida pelo Réu que a pegou pelo braço e chamou de canto, dizendo para tirar a roupa. Voltou para recreação. ---- falou para todos que estavam na plateia que não tinham que concordar com a encenação. Passou de mesa em mesa falando que não estava certo. A vítima relatou que continuou seu trabalho. Não contente, o acusado foi até o palco para agredi-la e os funcionários tiveram que intervir. Iniciou-se uma confusão e as pessoas se revoltaram. O show foi encerrado.

5

----, gerente do hotel,
 narrou, em Juízo, que havia encerrado suas atividades e estava em casa, quando recebeu uma ligação dando conta do ocorrido. Retornou
 Apelação Criminal nº 1500411-16.2023.8.26.0631 - Voto nº 19349



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo
4ª Câmara Criminal

ao hotel e encontrou muitos hóspedes ofendidos com a atitude do Réu. Diante da confusão generalizada, acionou a polícia.

---- afirmou, sob o crivo

do contraditório, que estavam em confraternização no hotel quando o Réu, alcoolizado, disse que estava com a família e não aceitava a presença da vítima vestida de mulher, dizendo que os filhos não deveriam assistir e que seria uma coisa errada. Os hóspedes não gostaram e o Réu precisou ser contido, pois ficou agressivo e partiu para cima do recreador.

----, ex-

esposa do Acusado, disse, em Juízo, que estavam hospedados no hotel e a vítima fazia um espetáculo, vestida de mulher. O Réu se levantou e fez uma brincadeira, puxando o ofendido do palco. Os outros hóspedes, inclusive um casal homossexual, se sentiram ofendidos e se iniciou uma discussão.

----, afirmou, em Juízo,

ser conhecido do Réu. Na ocasião, estava assistindo ao show e ator estava vestido de mulher. ---- não falou nada, estava com os filhos e a confusão aconteceu.

----, em Juízo, negou os

fatos descritos na denúncia. Confirmou que tomou cerveja o dia todo e que nada tinha contra o ofendido. Tem amigos homossexuais. Interagiu com a vítima e pegou seu braço, por brincadeira. Não se recorda o que disse. As pessoas não entenderam. A encrenca não foi com a vítima, mas sim com as demais pessoas. Disse que se alterou.

6

Eis o arcabouço probatório.

A Constituição da República, no art. 5º, XLII



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo
4ª Câmara Criminal

e XLI, determina que a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei, e a lei punirá qualquer discriminação atentatória aos direitos e garantias fundamentais.

A Lei nº 7.716/89, no art. 20, ao definir os crimes de preconceito, tipifica a conduta de praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

O Colendo Supremo Tribunal Federal, em setembro de 2003, ao julgar o conhecido “Caso Ellwanger”, já reconheceu a inexistência da subdivisão entre seres humanos em raça, na medida em que todos se qualificam como espécie humana. Em relação a raça e racismo, reconheceu-se que a “divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista”. Concluiu-se que o antissemitismo é expressão de racismo, para condenar o editor Ellwanger como incurso no crime de racismo em razão da divulgação de ideias de desqualificação/marginalização em relação ao povo judeu (STF, HC 82424/ RS, DJ 17/09/2003).

Em junho de 2019, na ADO 26, novamente o Supremo Tribunal Federal se manifestou acerca do conteúdo do termo racismo, dessa vez especificamente em relação aos atos de homofobia e/ou transfobia. Reafirmou-se que o conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, de modo abrangente, como deve ser, abarcando não só aspectos biológicos ou fenotípicos, mas também destinado à proteção de MINORIAS, as quais sofrem com

7

preconceito e desigualdade.

Aplicou-se interpretação conforme para

Apelação Criminal nº 1500411-16.2023.8.26.0631 - Voto nº 19349



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo
4ª Câmara Criminal

determinar que as condutas homofóbicas e transfóbicas traduzem expressão de racismo, ajustando-se, mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação delineados na Lei nº 7.716/89.

Segundo a ementa da ADO 26, julgada pelo Tribunal Pleno e que teve como Relator o Ministro CELSO DE MELLO:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO EXPOSIÇÃO E SUJEIÇÃO DOS HOMOSSEXUAIS, TRANSGÊNEROS E DEMAIS INTEGRANTES DA COMUNIDADE LGBTI+ A GRAVES OFENSAS AOS SEUS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM DECORRÊNCIA DE SUPERAÇÃO IRRAZOÁVEL DO LAPSO TEMPORAL NECESSÁRIO À IMPLEMENTAÇÃO DOS MANDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO INSTITUÍDOS PELO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, art. 5º, incisos XLI e XLII) AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DAS CLÁUSULAS CONSTITUCIONAIS FRUSTRADAS, EM SUA EFICÁCIA, POR INJUSTIFICÁVEL INÉRCIA DO PODER PÚBLICO A SITUAÇÃO DE INÉRCIA DO ESTADO EM RELAÇÃO À EDIÇÃO DE DIPLOMAS LEGISLATIVOS NECESSÁRIOS À PUNIÇÃO DOS ATOS DE DISCRIMINAÇÃO PRATICADOS EM RAZÃO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL OU DA IDENTIDADE DE GÊNERO DA VÍTIMA A QUESTÃO DA “IDEOLOGIA DE GÊNERO” - SOLUÇÕES POSSÍVEIS PARA A COLMATAÇÃO DO ESTADO DE MORA INCONSTITUCIONAL: (A) CIENTIFICAÇÃO AO CONGRESSO NACIONAL QUANTO AO

8

SEU ESTADO DE MORA INCONSTITUCIONAL E (B) ENQUADRAMENTO IMEDIATO DAS PRÁTICAS DE HOMOFOBIA E DE TRANSFOBIA, MEDIANTE



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo
4ª Câmara Criminal

INTERPRETAÇÃO CONFORME (QUE NÃO SE CONFUNDE COM EXEGESE FUNDADA EM ANALOGIA “*IN MALAM PARTEM*”), NO CONCEITO DE RACISMO PREVISTO NA LEI Nº 7.716/89 INVIABILIDADE DA FORMULAÇÃO, EM SEDE DE PROCESSO DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE, DE PEDIDO DE ÍNDOLE CONDENATÓRIA FUNDADO EM ALEGADA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO, EIS QUE, EM AÇÕES CONSTITUCIONAIS DE PERFIL OBJETIVO, NÃO SE DISCUTEM SITUAÇÕES INDIVIDUAIS OU INTERESSES SUBJETIVOS IMPOSSIBILIDADE JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, MEDIANTE PROVIMENTO JURISDICIONAL, TIPIFICAR DELITOS E COMINAR SANÇÕES DE DIREITO PENAL, EIS QUE REFERIDOS TEMAS SUBMETEM-SE À CLÁUSULA DE RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI EM SENTIDO FORMAL (CF, art. 5º, inciso XXXIX) CONSIDERAÇÕES EM TORNO DOS REGISTROS HISTÓRICOS E DAS PRÁTICAS SOCIAIS CONTEMPORÂNEAS QUE REVELAM O TRATAMENTO PRECONCEITUOSO, EXCLUDENTE E DISCRIMINATÓRIO QUE TEM SIDO DISPENSADO À VIVÊNCIA HOMOERÓTICA EM NOSSO PAÍS: “O AMOR QUE NÃO OUSA DIZER O SEU NOME” (LORD ALFRED DOUGLAS, DO POEMA “TWO LOVES”, PUBLICADO EM “THE CHAMELEON”, 1894, VERSO ERRONEAMENTE ATRIBUÍDO A OSCAR WILDE) A VIOLÊNCIA CONTRA INTEGRANTES DA COMUNIDADE LGBTI+ OU “A BANALIDADE DO MAL HOMOFÓBICO E TRANSFÓBICO”

9

(PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI): UMA INACEITÁVEL (E CRUEL) REALIDADE CONTEMPORÂNEA vO PODER



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo
4ª Câmara Criminal

JUDICIÁRIO, EM SUA ATIVIDADE HERMENÊUTICA, HÁ DE TORNAR EFETIVA A REAÇÃO DO ESTADO NA PREVENÇÃO E REPRESSÃO AOS ATOS DE PRECONCEITO OU DE DISCRIMINAÇÃO PRATICADOS CONTRA PESSOAS INTEGRANTES DE GRUPOS SOCIAIS VULNERÁVEIS A QUESTÃO DA INTOLERÂNCIA, NOTADAMENTE QUANDO DIRIGIDA CONTRA A COMUNIDADE LGBTI+: A INADMISSIBILIDADE DO DISCURSO DE ÓDIO (CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, ARTIGO 13, § 5º) A NOÇÃO DE TOLERÂNCIA COMO A HARMONIA NA DIFERENÇA E O RESPEITO PELA DIVERSIDADE DAS PESSOAS E PELA MULTICULTURALIDADE DOS POVOS LIBERDADE RELIGIOSA E REPULSA À HOMOTRANSFOBIA: CONVÍVIO CONSTITUCIONALMENTE HARMONIOSO ENTRE O DEVER ESTATAL DE REPRIMIR PRÁTICAS ILÍCITAS CONTRA MEMBROS INTEGRANTES DO GRUPO LGBTI+ E A LIBERDADE FUNDAMENTAL DE PROFESSAR, OU NÃO, QUALQUER FÉ RELIGIOSA, DE PROCLAMAR E DE VIVER SEGUNDO SEUS PRINCÍPIOS, DE CELEBRAR O CULTO E CONCERNENTES RITOS LITÚRGICOS E DE PRATICAR O PROSELITISMO (ADI 2.566/DF Red. p/ o acórdão Min. EDSON FACHIN), SEM QUAISQUER RESTRIÇÕES OU INDEVIDAS INTERFERÊNCIAS DO PODER PÚBLICO REPÚBLICA E LAICIDADE ESTATAL: A QUESTÃO DA NEUTRALIDADE AXIOLÓGICA DO PODER PÚBLICO EM MATÉRIA RELIGIOSA (...) DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL, PROTEÇÃO DOS GRUPOS VULNERÁVEIS E FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO EXERCÍCIO DE SUA

10

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL A BUSCA DA FELICIDADE COMO DERIVAÇÃO CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo
4ª Câmara Criminal

IMPLÍCITA DO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA UMA OBSERVAÇÃO FINAL: O SIGNIFICADO DA DEFESA DA CONSTITUIÇÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO CONHECIDA, EM PARTE, E, NESSA EXTENSÃO, JULGADA PROCEDENTE, COM EFICÁCIA GERAL E EFEITO VINCULANTE APROVAÇÃO, PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DAS TESES PROPOSTAS PELO RELATOR, MINISTRO CELSO DE MELLO. PRÁTICAS HOMOFÓBICAS E TRANSFÓBICAS CONFIGURAM ATOS DELITUOSOS PASSÍVEIS DE REPRESSÃO PENAL, POR EFEITO DE MANDADOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO (CF, ART. 5º, INCISOS XLI E XLII), POR TRADUZIREM EXPRESSÕES DE RACISMO EM SUA DIMENSÃO SOCIAL Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “in fine”). NINGUÉM PODE SER PRIVADO DE DIREITOS NEM SOFRER QUAISQUER RESTRIÇÕES DE ORDEM

11

JURÍDICA POR MOTIVO DE SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL OU EM RAZÃO DE SUA IDENTIDADE DE GÊNERO Os



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo
4ª Câmara Criminal

integrantes do grupo LGBTI+, como qualquer outra pessoa, nascem iguais em dignidade e direitos e possuem igual capacidade de autodeterminação quanto às suas escolhas pessoais em matéria afetiva e amorosa, especialmente no que concerne à sua vivência homoerótica. Ninguém, sob a égide de uma ordem democrática justa, pode ser privado de seus direitos (entre os quais o direito à busca da felicidade e o direito à igualdade de tratamento que a Constituição e as leis da República dispensam às pessoas em geral) ou sofrer qualquer restrição em sua esfera jurídica em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero! Garantir aos integrantes do grupo LGBTI+ a posse da cidadania plena e o integral respeito tanto à sua condição quanto às suas escolhas pessoais pode significar, nestes tempos em que as liberdades fundamentais das pessoas sofrem ataques por parte de mentes sombrias e retrógradas, a diferença essencial entre civilização e barbárie. AS VÁRIAS DIMENSÕES CONCEITUAIS DE RACISMO. O RACISMO, QUE NÃO SE RESUME A ASPECTOS ESTRITAMENTE FENOTÍPICOS, CONSTITUI MANIFESTAÇÃO DE PODER QUE, AO BUSCAR JUSTIFICAÇÃO NA DESIGUALDADE, OBJETIVA VIABILIZAR A DOMINAÇÃO DO GRUPO MAJORITÁRIO SOBRE INTEGRANTES DE GRUPOS VULNERÁVEIS (COMO A COMUNIDADE LGBTI+), FAZENDO INSTAURAR, MEDIANTE ODIOSA (E INACEITÁVEL) INFERIORIZAÇÃO, SITUAÇÃO DE INJUSTA EXCLUSÃO DE ORDEM POLÍTICA E DE NATUREZA JURÍDICO-SOCIAL O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou

12

fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo
4ª Câmara Criminal

pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito. (...) O discurso de ódio, assim entendida aquelas exteriorizações e manifestações que incitem a discriminação, que estimulem a hostilidade ou que provoquem a violência (física ou moral) contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, não encontra amparo na liberdade constitucional de expressão nem na Convenção Americana de Direitos Humanos (Artigo 13, § 5º), que expressamente o repele. A

QUESTÃO DA OMISSÃO NORMATIVA E DA SUPERAÇÃO
 TEMPORAL IRRAZOÁVEL NA IMPLEMENTAÇÃO DE
 ORDENS CONSTITUCIONAIS DE LEGISLAR. A
 INSTRUMENTALIDADE DA AÇÃO DIRETA POR OMISSÃO
 NA COLMATAÇÃO E CONCRETIZAÇÃO DAS CLÁUSULAS
 CONSTITUCIONAIS FRUSTRADAS, EM SUA EFICÁCIA,
 POR INJUSTIFICÁVEL INÉRCIA DO PODER PÚBLICO. (...)

Nada mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente ou, então, do que a promulgar com o intuito de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-

13

la aplicável somente nos pontos que se mostrarem convenientes aos designios dos governantes ou de grupos



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo
4ª Câmara Criminal

majoritários, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos ou, muitas vezes, em frontal desrespeito aos direitos das minorias, notadamente daquelas expostas a situações de vulnerabilidade. A ação direta de inconstitucionalidade por omissão, nesse contexto, tem por objetivo provocar legítima reação jurisdicional que, expressamente autorizada e atribuída ao Supremo Tribunal Federal pela própria Carta Política, destina-se a impedir o desprestígio da Lei Fundamental, a neutralizar gestos de desprezo pela Constituição, a outorgar proteção a princípios, direitos e garantias nela proclamados e a obstar, por extremamente grave, a erosão da consciência constitucional. Doutrina. Precedentes do STF”.

No caso *subjudice*, incontestado que ----, incomodado com o fato da vítima vestir-se de mulher numa apresentação teatral, exigiu que o ofendido retirasse as suas roupas que, conforme seu entendimento pessoal, eram inadequadas.

Não restam dúvidas que o Acusado praticou e induziu a discriminação e preconceito em razão da orientação sexual, fazendo uso de um discurso de ódio.

Ainda que o Acusado queira fazer crer que agiu por “*brincadeira*”, o dolo é certo, sendo inegável a agressividade de sua conduta discriminatória.

Importante salientar que o que se busca aqui, é proteger a honra e a dignidade do ser humano, pouco importando se o autor da ofensa comunga ou não de princípios preconceituosos.

14

Assim, a circunstância do réu afirmar que tem amigos homossexuais não exclui a ilicitude de sua conduta.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo
4ª Câmara Criminal

Inafastável, pois, a condenação do Recorrente pela prática de injúria em razão de orientação sexual.

A dosimetria tampouco merece reparos.

Na primeira fase, a basilar foi fixada acima do mínimo legal, tendo a i. Magistrada *a quo* bem justificado a elevação em razão do Acusado ter cometido o crime no local de trabalho da vítima, na frente de terceiros, circunstâncias que refletem maior reprovabilidade da conduta. Assim, tendo em conta, ainda os maus antecedentes (fls. 32/34), mantém-se a elevação da pena-base.

À míngua de outras causas de modificação, a reprimenda foi definitivamente fixada em 03 (três) anos, 02 (dois) meses e 12 (doze) dias de reclusão e pagamento de 14 (catorze) diasmulta, no piso.

Em razão das circunstâncias judiciais desfavoráveis, tem-se que o regime inicial semiaberto é adequado para repreensão e prevenção de novos delitos.

Por fim, deu-se a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos consistentes em prestação pecuniária em favor da vítima no valor de 02 (dois) salários mínimos e prestação pecuniária em favor de órgãos da comunidade no montante de 01 (um) salário mínimo. Foi, também, fixado o valor mínimo de reparação à vítima em R\$5.000,00 (cinco mil reais).

Ante o exposto, pelo meu voto, **rejeita-se a preliminar e nega-se provimento** ao recurso, mantendo-se, na

15

íntegra, a r. sentença apelada.

ROBERTO PORTO
Relator

Apelação Criminal nº 1500411-16.2023.8.26.0631 - Voto nº 19349



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo
4ª Câmara Criminal