



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000385990

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração Criminal nº 1501942-14.2022.8.26.0554/50000, da Comarca de Santo André, em que é embargante MARIA APARECIDA DOS SANTOS GAMA, é embargado COLENDIA 15ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Rejeitaram os embargos. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CHRISTIANO JORGE (Presidente) E CONCEIÇÃO VENDEIRO.

São Paulo, 22 de abril de 2025.

GILDA ALVES BARBOSA DIODATTI

Relator(a)

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOTO: 021405
EMBARGOS DE DECLARAÇÃO: 1501942-14.2022.8.26.0554/50000
EMBARGANTE: MARIA APARECIDA DOS SANTOS GAMA
EMBARGADA: 15ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL
COMARCA: SANTO ANDRÉ — 3ª VARA CRIMINAL

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO E OBSCURIDADE NO VENERANDO ACÓRDÃO. INEXISTÊNCIA.

Decisão colegiada que bem enfrentou toda a matéria deduzida na inicial, com expressa menção aos motivos da manutenção da condenação da embargante como incurso no artigo 140, § 3º, do Código Penal e redimensionamento das penas aplicadas e do valor da prestação pecuniária substitutiva. Não cabimento de declaração para prequestionamento, pois, como cediço, não há necessidade de menção expressa no acórdão recorrido dos dispositivos legais considerados como violados, bastando análise das teses jurídicas. Ausência de vício no aresto recorrido.

Conhecimento e rejeição dos embargos de declaração.

Trata-se de embargos de declaração, com efeitos modificativos e para fins de prequestionamento, opostos por **MARIA APARECIDA DOS SANTOS GAMA**, contra o Venerando Acórdão desta Colenda 15ª Câmara Criminal, de fls. 331/361, que, por unanimidade, rejeitou a preliminar arguida e, no mérito, deu parcial provimento ao apelo defensivo interposto contra r. sentença que julgou procedente a pretensão acusatória e a condenou pela infração do artigo 140, § 3º, do Código Penal, para reduzir suas

penas a 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa mínimo e redimensionar a 1 (um) salário mínimo o valor da prestação pecuniária substitutiva.

Sustenta a Defesa que o aresto embargado foi omissivo quanto às *“diversas contradições apontadas pela defesa”*, em especial quanto às provas das divergências sobre a real dinâmica dos fatos. Aduz, ainda, que o V. Acórdão contraria o teor da prova oral colhida e que Natasha e Valéria, funcionárias do Hospital Santa Helena ouvidas em juízo, não presenciaram os acontecimentos. Alega, ademais, que a majoração de 1/6 sobre as basilares *“é completamente ilegal e arbitrária”*, procedendo, por fim, ao prequestionamento das matérias ventiladas, com o fito de viabilizar a interposição de recursos aos Tribunais Superiores.

É o breve relatório.

Os embargos de declaração comportam conhecimento e são rejeitados.

É que inexistente omissão, obscuridade ou contradição no Venerando Acórdão de fls. 331/361.

Com efeito, a respeitável decisão colegiada, enfrentou todas as questões de direito e de fato trazidas nas razões recursais, contrarrazões e no parecer do *Parquet*, analisando e apreciando, de forma clara, coesa e bem fundamentada, toda a matéria deduzida, com expressa

motivação acerca das razões que embasaram a manutenção da condenação da embargante por incursão no artigo 140, § 3º, do Código Penal, com a rejeição da matéria preliminar de inépcia da denúncia e parcial acolhimento do apelo defensivo, para readequação das penas e do valor da prestação pecuniária substitutiva.

Nesse sentido, como bem asseverado no

V. Acórdão:

“(…)

Inicialmente, afasto a preliminar arguida pela defesa.

No que tange à propalada inépcia da denúncia, observo que a exordial apresentada pelo Parquet preencheu todos os requisitos exigidos pela legislação processual penal em vigor (CPP, art. 41), porquanto qualificou a acusada e descreveu, de forma clara e pormenorizada, a infração penal imputada (CP, art. 140, § 3º), com todas suas circunstâncias e elementares, permitindo a compreensão da acusação formal e, por conseguinte, o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5º, LV). Além disso, a peça acusatória apresentou rol de testemunhas e foi instruída com suporte probatório mínimo, inexistindo qualquer mácula.

Ademais, após a prolação da sentença penal, resta preclusa a alegação de inépcia da denúncia, consoante pacífico entendimento firmado no Excelso Supremo Tribunal Federal:

'Habeas corpus (...). Alegação de nulidade do processo por inépcia da denúncia, em sede de apelação (...). Jurisprudência do STF no sentido de que resta preclusa a alegação de inépcia da denúncia quando suscitada após a sentença penal condenatória (...). Da leitura da inicial acusatória, verifica-se a descrição suficiente de crimes, com indícios de autoria e materialidade suficientes para a deflagração da persecução penal (...). Ordem denegada.' (STF, Segunda Turma, HC 112.206/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 16/10/2012, DJe de 08/11/2012).

De qualquer forma, importante destacar que o pedido formulado pelo Ministério Público na denúncia, de condenação da ré ao pagamento de valor mínimo reparatório dos danos morais suportados pela vítima - que, diga-se, não foi acolhido na r. sentença -, é expressamente autorizado pelo artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, não configurando bis in idem pelo fato de o ofendido promover contra a acusada ação indenizatória na esfera cível. Isso porque, as esferas cível e criminal são

independentes, nada impedindo o ofendido de buscar indenização em ação própria, ainda que existente pedido reparatorio, pelo Parquet, neste feito criminal. Nesse sentido:

“REVISÃO CRIMINAL - PEDIDO ENQUADRÁVEL NA HIPÓTESE DO ARTIGO 621, INCISO I, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - Sentença que, ao substituir a pena carcerária por duas restritivas de direitos, violou texto expresso do artigo 44, §2º, do Código Penal. Pena privativa de liberdade imposta, igual a um ano de detenção, autoriza a substituição por apenas uma restritiva de direitos, a qual, 'in casu', fica estabelecida em prestação de serviços à comunidade, mais adequada ao caso concreto, com afastamento da prestação pecuniária. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELO CUMPRIMENTO INOCORRÊNCIA Acordo entabulado com a vítima na esfera cível, a título de indenização, não se confunde com a pena aplicada no âmbito penal. Inocorrência de 'bis in idem'. AÇÃO REVISIONAL PARCIALMENTE PROCEDENTE” (Revisão Criminal nº 0010396-70.2022.8.26.0000 Guarujá, TJSP, 8º Grupo Criminal, Rel. Des. Willian Campos, j. 10.10.2022, DJe 10.10.2022 - destaquei).

Outrossim, a pena restritiva de direitos de

prestação pecuniária à vítima, substitutiva à pena privativa de liberdade imposta à ré (CP, arts. 43, I, e 45, § 1º-A), não se confunde com o valor reparatório mínimo pelos danos causados pela infração penal (CPP, art. 387, IV), tampouco com a indenização pleiteada, pelo ofendido, na esfera cível, sendo que o artigo 45, § 1º, parte final, do Código Penal, prevê que “O valor pago - a título de prestação pecuniária substitutiva será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários”, compensação essa que também poderá se dar com o quantum fixado com base no artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal. Nessa linha, é o entendimento do colendo Superior Tribunal de Justiça:

“RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ESTELIONATO MAJORADO. ART. 45, § 1º, DO CÓDIGO PENAL CP. PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA E REPARAÇÃO CIVIL DOS DANOS. VÍTIMA DETERMINADA. PREFERÊNCIA. COMPENSAÇÃO. COMPATIBILIDADE ENTRE OS INSTITUTOS. FINALIDADE REPARATÓRIA. COINCIDÊNCIA ENTRE OS BENEFICIÁRIOS. DEDUÇÃO DO MONTANTE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. Diante de uma interpretação teleológica, o art. 45, § 1º, do Código

Penal previu uma ordem de preferência entre os beneficiários elencados, sendo certo que, havendo vítima determinada, impõe-se que o valor estipulado para prestação pecuniária seja a ela destinado, no caso dos autos, a União. 2. O art. 45, § 1º, do Código Penal prevê que a prestação pecuniária tem natureza de pena (restritiva de direitos), contudo, possui finalidade nitidamente reparatória (cível), ao dispor que "(...) consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social (...)". A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que a referida pena restritiva de direitos guarda correspondência com o prejuízo causado pelo delito, o que reforça seu caráter reparatório. 3. O art. 387, IV, do Código de Processo Penal, assim como ocorre com a pena alternativa de prestação pecuniária, visa a assegurar a reparação cível dos danos causados pela infração penal. 4. No caso dos autos, em razão da finalidade reparatória presente em ambas disposições legais (art. 45, § 1º, do CP e art. 387, IV, do CPP) e diante da coincidência de beneficiários (vítima), impõe-se a dedução do montante fixado com fundamento no art. 387, IV, do Código de Processo Penal do que foi estipulado com fundamento no art. 45, § 1º, do Código

Penal. 5. O montante fixado para reparação dos danos

causados pela infração penal refere-se a um valor mínimo, não impedindo que a vítima requeira valor superior no âmbito cível. 6. Recurso especial provido” (REsp 1882059/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 19.10.2021, DJe 25.10.2021 destaquei).

Assim, não há de se cogitar de inépcia da denúncia, restando afastada a preliminar arguida.

No mérito, para demonstração da materialidade e autoria do ilícito penal, vieram ao feito: boletins de ocorrência (fls. 8/11), relatório de investigação policial (fl. 85) e prova oral coligida.

Na fase de inquérito, a ré limitou-se a negar, de forma genérica, a prática do delito, reservando-se ao “direito constitucional de permanecer calada, falando sobre os fatos somente em juízo” (fl. 72). Em Juízo, Maria Aparecida declarou que se sentiu mal durante o trabalho, em razão do que se dirigiu ao Hospital Santa Helena, acompanhada da filha. Passou rapidamente por uma triagem e foi orientada a aguardar ser chamada na recepção. Após longa espera, e sentindo muita dor, foi perguntar aos funcionários o motivo da demora e o critério de classificação dos pacientes. Enquanto falava com uma

enfermeira, o ofendido (segurança) ingressou na sala e interveio na conversa. Por duas oportunidades, pediu a ele que se calasse. Se sentindo ofendida e coagida, falou: “Cala a boca, seu grosso!” O ofendido passou a lhe dirigir várias palavras, as quais não entendeu. Após ser atendida por um médico, lhe ministraram um ansiolítico e um remédio para dor. Ao se dar conta da situação, havia um policial ao seu lado. Tentou conversar e se desculpar com o ofendido, que apenas disse para que tratasse com o supervisor dele. Não proferiu qualquer ofensa de cunho racista, não sendo de seu feitio conduta desse tipo, mesmo porque seu marido é “até de uma cor mais escura” que a de Rafael, o qual não considera “pessoa de cor” (mídia digital).

Em solo policial, o ofendido relatou que, na data dos fatos, exercia sua função de controlador de acesso, nas dependências do Hospital Santa Helena, quando a ré, paciente ali presente, sem razão aparente o ofendeu, ao falar: “Gorila!”; e, em seguida: “Você é mesmo, você é mesmo!” (fl. 13). Em complementação às suas declarações, Rafael disse, na delegacia, que, na ocasião, a acusada queixava-se de fortes dores, passando o hospital por intercorrências em seu sistema informatizado de atendimento, o que ocasionou demora no chamamento dos

pacientes para as consultas. Nesse ínterim, a ré dirigiu-se à recepção, sendo, então, encaminhada para a enfermeira Natasha, que se prontificou a direcioná-la a nova triagem, a fim de que fosse dada prioridade à sua consulta. Durante o trajeto para o procedimento de triagem, ele acompanhou a acusada e a enfermeira Natasha, momento em que Maria Aparecida olhou para trás e falou: “E esse gorila? Vai me seguir até onde?” Em seguida, a ré reafirmou: “É isso mesmo!” Em resposta, advertiu-a de que era desnecessária aquela ofensa (fl. 51). Em Juízo, Rafael informou que trabalha como segurança no referido nosocômio. No dia dos fatos, problemas no sistema informatizado vinham causando atrasos nas consultas médicas. A ré reclamava de sentir muita dor e estava bastante exaltada. Ela foi orientada pelos funcionários a pedir prioridade no atendimento e se dirigiu à sala onde se encontrava a enfermeira. Resumiu-se a acompanhá-la, ao que a acusada conversou com a enfermeira, que explicou a situação dos atendimentos médicos e orientou que ela passasse, novamente, pela triagem a fim de que fosse atendida com prioridade. A ré retornou à recepção, muito nervosa e aos gritos. Ela retirou nova senha e voltou para a triagem, momento em que, referindo-se a ele, disse: “Esse gorila vai

ficar aqui até quando? Esse gorila vai se encontrar aqui por

quê?” Advertiu-a de que não podia ofendê-lo daquele modo e, em resposta, ela reforçou a ofensa: “Você é um gorila, sim!” Avisou, então, que acionaria a Polícia Militar e a acusada, rindo, falou: “Pode chamar!” Esclareceu ter acompanhado a ré no pronto socorro a pedido da enfermeira, que se sentiu coagida em razão de Maria Aparecida encontrar-se muito nervosa; ou seja, atuou, exclusivamente, para evitar eventual agressão física contra funcionários do hospital. Não havia dito qualquer palavra a ela, mesmo porque é orientado a não conversar com os pacientes. Permaneceu, a todo momento, próximo à enfermeira, sem manter qualquer tipo de contato com a acusada. A filha dela, também presente no local, pediu-lhe desculpas. A advogada da ré compareceu ao local e, após conversar com os policiais, também se desculpou pelo ocorrido. Reforçou que, em momento algum, Maria Aparecida pediu-lhe desculpas. Não usava máscara quando dos fatos (mídia digital).

Valéria Antonia Conceição narrou, em solo policial, que trabalha como auxiliar administrativa no Hospital Santa Helena. Na data em questão, retornava do almoço e notou confusão entre o ofendido, a enfermeira Natasha e a acusada (paciente). Enquanto subia a rampa

de acesso, antes mesmo de chegar à recepção já ouvia a paciente gritar com os funcionários. Ao se aproximar, ouviu, claramente, a seguinte frase: “E esse gorila, vai continuar atrás de mim, me perseguindo?”. Nesse momento, outros pacientes e o próprio ofendido advertiram a acusada para que não o tratasse daquela maneira, ao que ela respondeu: “É isso mesmo!”. Indignado, o ofendido contatou a Polícia Militar, enquanto a ré chamou uma advogada e passou a se desculpar pelo episódio. Esclareceu Valéria, ainda, que, pelo que soube posteriormente, a acusada reclamava da demora no atendimento do hospital, tendo desrespeitado a enfermeira Natasha, a qual lhe prestava auxílio, ao que o ofendido simplesmente se aproximou para evitar eventual agressão à funcionária (fl. 53). Sob o crivo do contraditório, Valéria narrou que a ré procurou atendimento e uma enfermeira da triagem classificou a situação da paciente de acordo com o grau de dor que ela referia sentir. Passado algum tempo, a acusada, nervosa e extremamente alterada, subiu até o setor de atendimento e passou a se desentender com a enfermeira da triagem, questionando-a o do porquê de não ter sido classificada como situação de urgência. O ofendido (segurança) ali compareceu em apoio à enfermeira, a fim de evitar uma agressão física. Presenciou a ré insultar a

vítima, ao dizer: “O que esse gorila está fazendo atrás de mim? Sai de perto de mim, você é um gorila! Outros pacientes manifestaram clara indignação com a situação. E, mesmo Rafael tendo tentado acalmar os ânimos, a acusada insistiu naquele comportamento injurioso. Indignado, o ofendido chamou a Polícia Militar e a ré contatou uma advogada. Asseverou que, durante todo o ocorrido, o ofendido se portou de modo profissional e respeitoso, e de forma alguma foi rude com a acusada. A advogada e a filha da ré pediram desculpas a Rafael, não tendo ouvido Maria Aparecida se desculpar. Esclareceu que Rafael é alto e forte Ouvida em Juízo, Natasha Dias Sabino dos Santos, enfermeira do Hospital Santa Helena, afirmou não se recordar de ter atendido a ré. Pelo que se lembra, houve um “conflito” com ela no setor de triagem. Esclareceu que os seguranças atuam no controle de acesso de pessoas no local e que somente ingressam na área de atendimento em caso de perigo aos funcionários. Confirmou que a acusada ofendeu, verbalmente, Rafael, ao usar a expressão “macaco preto”, de clara conotação preconceituosa. O ofendido se defendeu, dizendo que ela não precisava tratá-lo daquela forma desrespeitosa. Quando os ânimos haviam se acalmado, a ré se dirigiu à vítima e “tentou mudar o que tinha falado”. No episódio,

Rafael atuou com o único propósito de apaziguar a situação conflituosa e, em momento algum, abordou a ré, tendo falado com ela somente após ser xingado. Indignado, o ofendido contatou a Polícia Militar. Reforçou que a injúria racial, realmente, ocorreu. Descreveu Rafael como uma pessoa de pele negra, estatura alta e complexão física forte. Disse que é obrigatório o uso de máscara no hospital (mídia digital).

Manoella Kristina Gama de Melo, filha da ré, declarou, em Juízo, que acompanhou a mãe no hospital. Em razão da demora no atendimento, questionou uma das enfermeiras sobre qual era o critério de classificação dos pacientes, ao que um segurança interveio na conversa. Sua mãe, então, disse para ele se calar. Houve uma segunda intervenção pelo ofendido, ao que a ré o advertiu novamente. Rafael foi “grosso” e passou a expulsá-las da sala, e, em resposta, sua mãe disse: “Sai daqui, seu grosso!” Ele, contudo, entendeu outra palavra. Sua mãe passava por uma crise de ansiedade. A Polícia Militar foi acionada. O ofendido portou-se de forma arrogante durante todo o episódio. Rafael é alto e forte, não se recordando da cor de sua pele. Pediu desculpas a ele. Sua mãe também se desculpou (mídia digital).

Eis de relevante a prova dos autos.

Pelo que se afere do conjunto probatório coligido nos autos, no dia dos fatos, a ré sentiu dores e procurou atendimento no Hospital Santa Helene. Ao ali chegar, passou por breve triagem prévia, sendo orientada a aguardar a consulta com um médico. Por conta de problemas no sistema informatizado do hospital, o tempo de espera estava maior do que o de costume, razão pela qual a acusada foi perguntar aos funcionários o motivo da demora e quais eram os critérios utilizados para classificar os pacientes. O ofendido, segurança do hospital, passou a acompanhar a conversa entre a acusada e uma enfermeira, momento em que os fatos descritos na denúncia teriam ocorrido, ou seja, Maria Aparecida teria injuriado a vítima, ao lhe ofender a dignidade ou o decoro, com emprego de elementos discriminatórios referentes à sua raça, cor e etnia.

A ré, após negar de forma genérica, na delegacia, a prática da infração penal, defendeu-se em Juízo, ao afirmar que, após aguardar longo período de tempo para ser atendida no hospital, procurou uma enfermeira e a questionou acerca da demora no atendimento, momento em que o ofendido (segurança)

interveio na conversa, ao que mandou que ele se calasse. Houve nova intervenção por parte de Rafael e ela repetiu referida ordem, chamando-o de “grosso”, em razão de seu comportamento, o qual considerou inadequado e desrespeitoso. A partir daí, o ofendido passou a lhe dirigir várias palavras, que não compreendeu. Ainda disse ser casada com pessoa “de cor”, pelo que não proferiria tal ofensa.

Na mesma linha a narrativa de sua filha Manoella ouvida em juízo como informante. Disse que após mais de uma hora de espera, foram questionar uma enfermeira acerca de seu atendimento, quando o ofendido compareceu à sala onde se encontravam, passando a intervir na conversa, em razão do que a ré, por duas vezes, mandou que ele se calasse. Em seguida, Rafael começou a expulsá-las daquele recinto, ao que sua mãe disse: “Sai daqui, seu grosso!”

Porém, o restante do acervo probatório vai de encontro a tal versão e corrobora a dinâmica dos fatos, tal como descrita na denúncia.

Nas duas oportunidades em que foi ouvido, Rafael declarou, enfaticamente, que, no exercício de sua

função de segurança do Hospital Santa Helena, a ré se exaltou e, a pedido da enfermeira que a atendeu, o ofendido passou a acompanhar a situação, mas a ré indagou se “Esse gorila vai ficar aqui até quando? Esse gorila vai se encontrar aqui por quê?” E ante reclamação do ofendido, reforçou: “Você é um gorila, sim!” A filha e a advogada da ré pediram desculpas pelo ocorrido, porém Maria Aparecida não se desculpou.

E duas funcionárias do Hospital Santa Helena, testemunhas presenciais, corroboraram as declarações do ofendido, como visto, integralmente, conforme visto nos depoimentos da auxiliar administrativa Valéria Antonia, que ouviu a ré insultando o ofendido com a expressão “O que esse gorila está fazendo atrás de mim? Sai de perto de mim, você é um gorila! Rafael tentou, ainda, acalmar os ânimos, porém, Maria Aparecida insistiu nas ofensas. Outros pacientes manifestaram clara indignação com aquela situação. A enfermeira Natasha Dias Sabino dos Santos também confirmou que a ré se dirigiu à vítima como “macaco preto”, expressão claramente preconceituosa.

Ou seja, inequívoca a prática da infração penal pela acusada, valendo ressaltar que o fato de Maria Aparecida alegar não se recordar da cor da pele do

ofendido não representa, por si só, evidência concreta e suficiente a invalidar os fatos elementos de prova constantes dos autos, que indicam que ela, efetivamente, incorreu em injúria racial contra Rafael, ao, com suas palavras, em postura de odioso preconceito, associá-lo a um macaco.

Alguns argumentos suscitados pela Defesa chamam a atenção e nos obrigam a uma séria reflexão acerca da questão objeto deste feito.

A fim de demonstrar a inocência de Maria Aparecida, o digno defensor afirma que ela “é casada com negro” (fl. 8), reproduzindo, em síntese, o interrogatório judicial de sua cliente, que disse que seu marido é “até de uma cor mais escura” que a de Rafael. Tal expediente, como sabido, é comumente empregado por pessoas para negarem a prática de atos preconceituosos contra negros¹; porém, não representa obstáculo, tampouco garantia contra injúrias raciais, que se repetem, cotidianamente, no Brasil.

Ademais, sustenta-se que “eventual fala inadequada (...) foi proferida em ambiente tumultuado, em que a Ré estava passando por problemas de saúde, em

discussão acalorada e intromissão indevida, inclusive de forma truculenta e grosseira pela vítima”. Importante refutar, veementemente, essa linha argumentativa, já que o suposto contexto de ânimos exaltados e o problema de saúde pelo qual a ré passava na ocasião, qualquer que fosse sua gravidade, não justificavam ou permitiam, sob nenhuma ótica, injuriar racialmente o ofendido, a quem, como visto, Maria Aparecida dirigiu expressão a compará-lo a um macaco.

Como bem apontado na r. sentença: “(...) o que se tem comprovada foi a ação reprovável do ponto de vista criminal - da ré, não sendo de se lhe aplicar a 'forte emoção' invocada pela Defesa em suas alegações finais. Isso porque, à margem da situação de estresse característica do ambiente hospitalar, tem-se que eventual forte emoção tenha servido tão apenas para externar sentimento reprovável de per si, qual seja, o sentimento discriminatório racial. Se o sentimento, a consciência e os posicionamentos não podem ser em si incriminados, as ações praticadas que são motivadas por eles o são, sendo este o caso dos autos” (fl. 236).

Como já decidido por este colendo Tribunal de Justiça: “Aliás, eventual contexto de discussão entre as

partes não tem o condão de afastar ou de mitigar o dolo específico de ofender a honra subjetiva da vítima, com a utilização de elementos referentes a sua cor e raça” (Apelação Criminal nº 1502621-71.2022.8.26.0438 Penápolis, 7ª Câmara Criminal, Rel. Des. Freitas Filho, j. 25.10.2023, DJe 26.10.2023).

Da mesma forma, eventual “intromissão indevida, inclusive de forma truculenta e grosseira pela vítima” que, diga-se, não restou comprovada nos autos - não autorizavam o ato de preconceito por parte da acusada, já que, como cediço, não se admite em matéria penal a compensação de culpas. Nesse sentido, é o entendimento jurisprudencial do colendo Superior Tribunal de Justiça:

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. COMPENSAÇÃO DE CULPAS. IMPOSSIBILIDADE. IMPRUDÊNCIA. NEGATIVA DE AUTORIA. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. REVOLVIMENTO PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. I 'O argumento do acórdão ora impugnado - de que 'não se admite a 'compensação de culpas' no direito penal' - vai ao encontro da jurisprudência desta Corte Superior, segundo a qual, 'no crime de

homicídio culposo ocorrido em acidente de veículo automotor, a culpa concorrente ou o incremento do risco provocado pela vítima não exclui a responsabilidade penal do acusado, pois, na esfera penal não há compensação de culpas entre agente e vítima" (AgRg no HC n. 808.996/MS, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 22/5/2023, DJe de 25/5/2023.) II - In casu, destacou o Tribunal local que 'restou patentemente comprovado nos autos, principalmente por meio das provas periciais colhidas, que o réu teve culpa na produção do resultado (morte) no caso, ao invadir a contramão de direção e colidir com o veículo conduzido pela vítima, que vinha na direção oposta', concluindo que 'o réu agiu com verdadeira imprudência na condução de seu veículo automotor ao se deslocar à contramão de direção, especialmente considerando que o acidente ocorreu no período matutino, em boas condições climáticas e pista seca, conforme conclui a própria perícia defensiva'. III - Inviável, na presente via, ir de encontro à fundamentação esposada pelo Tribunal de origem, uma vez que, por óbvio, demandaria o revolvimento das provas colhidas naquela instância, procedimento esse, como se sabe, obstado pelo enunciado da Súmula n. 7/STJ. Precedentes. IV - Agravo regimental desprovido" (AgRg no AREsp 2257811/MG,

Sexta Turma, Rel. Min. Jesuíno Rissato, j. 15.08.2023, Dje 18.08.2023).

“PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. ACÓRDÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. TESES ABSOLUTÓRIAS QUE DEMANDAM REVOLVIMENTO DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. O Tribunal de origem se pronunciou sobre todos os aspectos relevantes para a definição da causa. Ressalte-se que o julgador não é obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos das partes, bastando que resolva a situação que lhe é apresentada sem se omitir sobre os fatores capazes de influir no resultado do julgamento. 2. No que diz respeito às teses de ausência de provas, falta de nexo de causalidade e culpa exclusiva de terceiro, observa-se que a alteração do julgado na forma pretendida, demandaria necessariamente nova análise do conjunto fático-probatório dos autos, providência inviável em sede de recurso especial, a teor do que dispõe a Súmula 7/STJ. 3. Nos termos da jurisprudência desta Corte, 'no crime de homicídio culposo ocorrido em acidente de veículo automotor, a culpa concorrente ou o incremento do risco

provocado pela vítima não exclui a responsabilidade penal do acusado, pois, na esfera penal não há compensação de culpas entre agente e vítima' (HC 193.759/RJ, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 18/8/2015, DJe 1º/9/2015). 4. Agravo regimental desprovido" (AgRg no AREsp 1799110/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 05.10.2021, DJe 13.10.2021).

De todo modo, conforme indicam as provas produzidas, inclusive, em Juízo especialmente, os depoimentos das testemunhas presenciais Valéria e Natasha, funcionárias do Hospital Santa Helena -, o ofendido agiu nos estritos limites de sua função de segurança do nosocômio, prestando auxílio à enfermeira com a qual a ré, nervosa e alterada, passou a discutir, com vistas a evitar eventual agressão física contra a profissional, tendo entrado em contato com Maria Aparecida somente após ser por ela injuriado, ao adverti-la para que não o ofendesse daquela forma.

No mais, verifica-se que os relatos das testemunhas Valéria e Natasha, na sua essência, concordaram quanto ao cerne da questão discutida nestes autos, ambas atestando que presenciaram a ré praticar injúria racial contra o ofendido. Indiferente para o

desfecho do feito se saber se a acusada se referiu a Rafael como “gorila” ou “macaco preto”, mesmo porque as duas expressões são empregadas, em sórdido preconceito, para comparar pessoas negras a macacos, com escopo depreciativo. Igualmente irrelevante a alegada imprecisão no depoimento de Valéria, quanto ao exato setor do hospital no qual ela se encontrava no momento dos fatos e se havia acabado ou não de retornar do horário do almoço, pois, como asseverou a testemunha nas duas fases da perseguição, ela presenciou a ré injuriar racialmente o ofendido.

Aliás, não passa de mera suposição, desprovida de qualquer substrato probatório, a alegação defensiva de que “Por óbvio pela amizade que a vítima deve possuir com as funcionárias que atenderam a Requerida, lhe rendeu testemunhas que tentaram em vão ajudá-lo” (fl. 276), não servindo, conseqüentemente, de argumento para retirar a credibilidade de seus depoimentos, mesmo porque Valéria e Natasha foram ouvidas em juízo, com o compromisso de dizerem a verdade, sob pena de incorrerem no crime previsto no artigo 342, do Código Penal.

Outrossim, infundada a pretensão da defesa de concessão do perdão judicial, com fundamento no artigo

140, § 1º, inciso I, do Código Penal, o que, se configurado, redundaria na não aplicação de pena à ré. Tal pretensão não encontra arrimo nos elementos de prova dos autos, pois, em momento algum, o ofendido provocou, de forma reprovável, diretamente a injúria. Pelo contrário, como visto, ele apenas acompanhou o contato (hostil) da acusada com uma das enfermeiras do hospital, com o propósito de evitar qualquer tipo de agressão física.

E eventual pedido de desculpas ao ofendido, quer pela acusada, quer por sua filha e advogada, não afasta, tampouco mitiga a reprovabilidade de sua conduta, ainda mais porque não teria como efeito um retorno ao passado, como a cancelar o ato de injúria racial. Em outras palavras, o crime se consumou no instante em que Maria Aparecida comparou, com palavras, Rafael a um macaco, subsumindo-se o fato, perfeitamente, ao tipo legal previsto no artigo 140, § 3º, do Código Penal. A esse título, aliás, importante apontar que o ofendido afirmou que, em nenhum momento, a vítima se desculpou pela injúria praticada, sendo que a testemunha Valéria disse, em Juízo, não ter presenciado pedido de desculpas por parte de Maria Aparecida, enquanto a enfermeira Natasha nada mencionou a esse respeito em seu depoimento judicial.

Por fim, desnecessárias considerações mais aprofundadas em relação às menções e questionamentos, por parte da defesa, quanto à estatura e à compleição física do ofendido, como se suas características físicas tivessem tido alguma influência sobre as ações da acusada, a ponto de causar nela algum tipo de temor em relação a Rafael, na vã tentativa de apontá-lo como pessoa amedrontadora e de postura violenta, e, assim, justificar a injúria racial cometida contra ele.

Assim, diante do conjunto probatório coligido, restaram devidamente comprovados não só a autoria e a materialidade delitivas, mas também o animus injuriandi da acusada, sendo de rigor a manutenção de sua condenação pelo crime de injúria racial (artigo 140, § 3º, do estatuto repressivo). Os elementos colacionados na fase inquisitiva da persecução penal foram corroborados em juízo, pela prova oral que indicou prática de injúria racial, porquanto implicaram em ofensa à honra subjetiva do ofendido, atribuindo-lhe qualificativos depreciativos, com intento de atingir sua autoestima, descabendo falar-se em absolvição por falta de dolo ou insuficiência probatório, tampouco na aplicação do perdão judicial (CP, art. 140, § 1º, I), como aduzido pela defesa técnica.

Passo à análise das penas, que comportam reparos.

A pena-base veio fixada em 1/3 acima do mínimo legal, em 1 ano e 4 meses de reclusão, com o pagamento de 13 dias-multa, porque consideradas desabonadoras à ré as consequências do crime, vez que “No presente caso, não pode passar despercebido que delitos como o praticado pela ré são daqueles que necessariamente apontam para um maior desvalor da conduta social e da personalidade do agente. De igual forma, não se há de desconsiderar que as circunstâncias do crime praticado em local de trabalho da vítima e com acesso ao público o tornam de natureza mais gravosa. Em outros termos, uma vez tratar-se de “crime de ódio”, não se há de se considerar favoráveis as condições judiciais” (fl. 237). Contudo, respeitado o entendimento do douto julgador de primeiro grau, a gravidade abstrata do delito e o fato indiscutível de se tratar de “crime de ódio” já foram considerados pelo legislador para a definição dos limites do preceito secundário do tipo legal em espécie, motivo pelo qual não podem ser adotados como critério para majoração das penas na primeira fase dosimétrica. Remanescem, assim, as graves circunstâncias da infração

penal, cometida contra o ofendido em seu local de trabalho e em meio a várias pessoas, o que, por certo, lhe causou impactos mais deletérios, transbordando os limites ordinários do tipo legal, razão pela qual as basilares são majoradas, agora, em 1/6, ou seja, 1 ano e 2 meses de reclusão e 11 dias-multa.

Ausentes causas modificadoras nas derradeiras fases da dosimetria, as penas concretizam-se no referido patamar.

A pena de multa foi bem dosada e, ao contrário do sustentado pela defesa, não há motivos para sua isenção ou redução. Com efeito, o valor unitário do dia-multa já foi fixado no mínimo legal (um trigésimo do maior salário-mínimo mensal vigente ao tempo do fato), nos termos dos artigos 49, § 1º, do Código Penal, à míngua de elementos nos autos para comprovar a capacidade financeira elevada da apelante. E a quantidade de dias-multa foi fixada dentre os limites mínimo e máximo previstos no preceito secundário de cuja inconstitucionalidade não se cogita do crime pelo qual a recorrente foi condenada, além de ter obedecido aos critérios de dosimetria aplicáveis à pena privativa de liberdade. Desta feita, não há que se falar em ilegalidade ou rigor excessivo, tampouco em violação aos

princípios da individualização da pena (CF, art. 5º, XLVI), proporcionalidade ou razoabilidade. Mantenho, pois, a pena pecuniária acima fixada. Sem prejuízo, consigno que eventuais questões referentes à impossibilidade de cumprimento da sanção pecuniária devem ser formuladas perante o Juízo das Execuções, nos termos do artigo 168 e seguintes da Lei nº 7.210/84.

E, ao contrário do sustentado pela defesa, inaplicáveis, in casu, as atenuantes previstas no artigo 65, inciso III, alíneas “b” e “c”, do Código Penal. Eventual pedido de desculpas pela ré não seria suficiente, por si só, para evitar ou minorar as consequências do grave crime praticado contra o ofendido, valendo destacar que nem se comprovou o invocado pedido de desculpas pela própria ré. Igualmente, como dito, não há provas de que a acusada tenha agido “sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima”.

Preenchidos os requisitos legais (CP, art. 44, I a III), acertada a substituição da pena corporal por duas restritivas de direitos (CP, art. 44, § 2º, in fine), consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária destinada à vítima.

Contudo, assiste razão à defesa quanto à pretensão de redimensionamento do valor da prestação pecuniária para 1 (um) salário mínimo, já que inexitem nos autos elementos comprobatórios da real condição financeira da acusada, o que obsta a fixação da pena substitutiva em patamar superior ao valor mínimo previsto no artigo 45, § 1º-A, do Código Penal.

No mais, mantém-se a prestação de serviços à comunidade, pelo período de 8 meses, tal como estabelecido na origem, não havendo que se falar em redução de sua duração, tampouco na conversão “em 01 (uma) cesta básica em favor de alguma instituição de caridade”. Não se pode perder de vista que não cabe ao réu escolher a forma como se dará a substituição da corporal, mas, sim, ao juiz, à luz das circunstâncias e de acordo com os princípios que norteiam a terapêutica penal, de modo que a pena seja suficiente e proporcional à punição e prevenção do delito.

Nesse sentido:

“(...) Cálculo da Pena Pretensão à substituição de pena alternativa de prestação pecuniária por multa em razão de ser esta mais benéfica Critérios empregados em

primeiro grau que obedecem estritamente a previsão legal

Descabimento Estabelece o art. 44, § 2º, do CP, que, em se tratando de condenação superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos. Uma vez, contudo, tenha sido efetuada a escolha por uma das opções pelo Juiz sentenciante, não cabe à 2ª Instância, sem maiores motivos, proceder à sua substituição pela outra. A maior proximidade do Juiz de Direito com relação à colheita de provas lhe permite, com efeito, escolher a solução que se revele mais adequada à dinâmica dos fatos e à personalidade do agente, de modo a possibilitar a este uma efetiva reflexão sobre o crime perpetrado e as consequências dele advindas, atendidos, assim, os objetivos da retribuição estatal a seu ilícito proceder. Desde que a substituição adotada tenha sido efetuada consoante os critérios legalmente previstos, não se revela efetivamente recomendável alterá-la. Aludida modificação só seria admissível excepcionalmente, em casos plenamente justificáveis, de flagrante injustiça, ou se tal conviesse ao interesse público, considerando-se o caráter preventivo e o conteúdo punitivo, bem como o objetivo educativo da pena. (TJSP Apelação nº

3026060-54.2013.8.26.0114, Rel. Desembargador Grassi

Neto, 8ª Câmara de Direito Criminal, j. 18.02.2016, v.u grifos meus).

Ademais, pena alternativa diversa não se mostraria adequada e suficiente à repressão e à prevenção da conduta.

E a apelante poderá buscar a adequação da pena alternativa cominada à sua rotina profissional junto ao E. Juízo das execuções, competente para os ajustes que se façam necessários no cumprimento da pena.

Por fim, mantém-se o regime prisional aberto para o caso de conversão.

(...)”.

Ou seja, todas as questões suscitadas pela defesa, inclusive nestes embargos de declaração, foram exaustivamente apreciadas quando do julgamento do apelo.

Importante esclarecer, apenas para que não paire qualquer dúvida ou questionamento acerca da correção do veredito proferido por esta colenda 15ª Câmara Criminal, que a testemunha Valéria – funcionária do hospital palco dos fatos –, após mencionar, em resposta às perguntas do digno advogado, ter ouvido pedido de desculpas ao ofendido, foi instada pela douta representante do Ministério Público para esclarecer de quem

teria partido referido pedido de desculpas, ao que elucidou que ouvira somente a filha e a advogada da acusada se desculparem pela injúria racial por ela perpetrada, não presenciando ato algum nesse sentido por parte da ré.

Quanto ao prequestionamento, já se assentou que:

“De acordo com o entendimento jurisprudencial aplicado nesta Corte Superior, para o cumprimento do prequestionamento das teses jurídicas, não há necessidade de menção expressa no acórdão recorrido dos dispositivos legais considerados como violados, sendo exigido apenas o debate das questões jurídicas” (STJ in AgInt no AREsp 1460479 / SC, Relatoria: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, julgado em 23/09/2019).

Não cabe o recurso utilizado para a reavaliação das alegações das partes, e tendo constado da r. decisão embargada todos os indispensáveis elementos para o atingimento da conclusão esposada, não se cogita de omissão, contradição ou obscuridade.

Os embargos, em verdade, possuem caráter protelatório e infringente, o que é inadmissível nesta sede, apenas não se impondo multa, a exemplo do que ocorre no processo civil (artigo 1.026, §§ 2º, 3º e 4º, do Novo Código de Processo Civil), por falta de previsão legal.

Ante o exposto, pelo meu voto,

CONHEÇO E REJEITO OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

GILDA ALVES BARBOSA DIODATTI

Relatora