



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000389678

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1504240-47.2023.8.26.0132, da Comarca de Catanduva, em que é apelante MARIOVALDO AVELINO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Negaram provimento ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FERNANDO SIMÃO (Presidente sem voto), IVANA DAVID E KLAUS MAROUELLI ARROYO.

São Paulo, 23 de abril de 2025.

MENS DE MELLO

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Processo nº: 1504240-47.2023.8.26.0132

Apelante(s): Mariovaldo Avelino

Apelado(a)(s): Ministério Público

Origem: 2ª Vara Criminal do Foro de Catanduva

Juiz(a) Prolator(a): Dr. Sandro Nogueira de Barros Leite

Data do fato: 08/09/2023

Voto nº 38357

DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. INJÚRIA RACIAL. HOMOTRANSFOBIA. APLICAÇÃO DO ARTIGO 2º-A DA LEI Nº 7.716/89. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL. NÃO OCORRÊNCIA. RECURSO DESPROVIDO.

I. CASO EM EXAME

Apelação criminal interposta contra sentença que condenou o réu à pena de 02 anos de reclusão e 10 dias-multa, substituída por penas restritivas de direitos, pela prática do crime previsto no artigo 2º-A da Lei nº 7.716/89. O apelante sustenta que, à época dos fatos, não havia tipificação penal específica para injúria racial relacionada à LGBTIfobia, argumentando violação ao princípio da reserva legal. Afirma, ainda, que não teve dolo homofóbico, mas apenas proferiu as palavras no calor de uma discussão familiar.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

Há duas questões em discussão: (i) definir se a injúria racial motivada por homotransfobia já era tipificada antes da publicação do acórdão dos Embargos de Declaração no MI 4.733; e (ii) estabelecer se a condenação do réu viola o princípio da reserva legal.

III. RAZÕES DE DECIDIR

A materialidade e a autoria do delito estão comprovadas por provas documentais, audiovisuais e testemunhais, além da confissão judicial do réu, que, embora deva ser analisada com cautela, encontra-se em harmonia com os demais elementos probatórios.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do MI 4.733 e da ADO 26, fixou o entendimento de que a LGBTIfobia configura forma de racismo, determinando a aplicação da Lei nº 7.716/89 para punir condutas discriminatórias motivadas por orientação sexual e identidade de gênero, com acórdão publicado em 29/09/2020.

A injúria racial prevista no artigo 140, §3º, do Código Penal já abrangia condutas discriminatórias contra a comunidade LGBTQIA+, conforme interpretação consolidada pelo STF antes da prática dos fatos.

O julgamento dos Embargos de Declaração no MI 4.733, em 2023, não inovou na ordem jurídica, mas apenas reforçou entendimento já vigente, inexistindo violação ao princípio da reserva legal.

A dosimetria da pena foi corretamente aplicada, com

fixação da pena-base no mínimo legal e substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, não havendo fundamento para alteração.

IV. DISPOSITIVO E TESE

Recurso desprovido.

Tese de julgamento:

A injúria racial motivada por homotransfobia já era punível antes da publicação do acórdão dos Embargos de Declaração no MI 4.733, pois a interpretação de que a LGBTIfobia configura racismo foi consolidada pelo STF no MI 4.733 e na ADO 26, com acórdão publicado em 2020.

O julgamento dos Embargos de Declaração no MI 4.733 não criou novo tipo penal, mas apenas reforçou interpretação consolidada, não havendo afronta ao princípio da reserva legal.

Dispositivos relevantes citados: Lei nº 7.716/89, art. 2º-A; Código Penal, art. 140, §3º.

Jurisprudência relevante citada: STF, MI nº 4.733, Rel. Min. Celso de Mello, Plenário, j. 13.06.2019, acórdão publicado em 29.09.2020; STF, ADO nº 26, Rel. Min. Celso de Mello, Plenário, j. 13.06.2019.

Ao relatório da r. sentença¹ que ora se adota, acrescenta-se que o apelante foi condenado incurso no artigo 2º-A da Lei 7.716/89, à pena de 02 anos de reclusão e 10 dias-multa, substituída por restritivas de direitos consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária de 01 salário-mínimo.

O apelante sustenta² que à época dos fatos não havia tipificação penal específica para injúria racial relacionada à LGBTIfobia, pois somente com a publicação do v. acórdão dos Embargos de Declaração no MI 4.733, em 11/09/2023, teria sido consolidado esse entendimento. Afirma, assim, que a condenação viola o princípio da reserva legal. Afirma que não teve dolo homofóbico, mas apenas uma discussão acalorada por razões financeiras.

Apresentadas contrarrazões³.

A douta Procuradoria Geral de Justiça

¹ Folhas 82.

² Folhas 119.

³ Folhas 132.

opinou⁴ pelo provimento ao recurso, para ser julgada improcedente a pretensão punitiva estatal.

É o relatório.

A materialidade foi demonstrada pelo formulário de atendimento⁵, link do vídeo onde consta o registro da discussão⁶ e pela prova oral coligida.

A autoria também é incontestável, pois a vítima disse que o réu, que é seu pai, durante uma discussão que tiveram, ele o chamou de “viado do caralho”. O xingamento foi registrado por vídeo, cujas imagens podem ser acessadas por meio do *link* de folhas 08.

O acusado disse que no dia dos fatos estava em sua casa e o seu filho foi passar o feriado lá. Relatou que ambos iniciaram uma discussão por questões financeiras, e durante o desentendimento chamou o seu filho de “viado”, mas ressaltou que não possui atitudes homofóbicas e que a expressão foi proferida no calor do momento, sem a intenção de ofender sua orientação sexual ou ferir sua dignidade.

Assim o acusado admitiu a prática delitiva.

A confissão judicial isenta de vícios e coações, fornece elemento seguríssimo de prova, que por si só serve de lastro a condenação, exceto se provada sua insinceridade por outros elementos de convicção, sem o que a prova incriminatória se apresenta sólida e robusta, autorizando a confirmação do édito condenatório, visto que, como explica JÚLIO FABBRINI MIRABETE⁷, “a confissão livre, espontânea e não posta em dúvida por qualquer elemento dos autos é suficiente para a condenação, máxime quando corroborada por outros elementos”.

Destaca-se que se mostra indiferente

⁴ Folhas 145.

⁵ Folhas 04

⁶ Folhas 08.

⁷ *Processo Penal Interpretado* – 7ª ed. – São Paulo: Atlas – 2.000 – p. 469.

a intenção do autor ao realizar a confissão. De acordo com Q. T. DE CAMARGO ARANHA⁸ *“o que importa na confissão é a voluntariedade, sendo totalmente indiferente que o confitente haja ou não desejado o efeito resultante do ato e que tenha ou não consciência desse efeito. Investiga-se apenas se a confissão foi feita sem erro ou coação. O que se confessa é a autoria de um fato, que deve ser pessoal e próprio do confitente, isto é, dizer-lhe respeito. Só havendo confissão, conhecida também, como a 'rainha das provas', quando o fato for desfavorável ao confitente”*.

Ressalta FRANCESCO CARNELUCCI⁹ que *“não há no processo penal uma prova mais preciosa do que o testemunho do imputado. (...) O maior valor do testemunho do imputado está certamente na hipótese da confissão, isto é, em sua admissão do caráter de réu. (...) Visto que, segundo a experiência, é muito raro o caso em que uma pessoa invente fatos em prejuízo próprio, a confissão sempre foi considerada, também em matéria civil, uma prova segura; por isso, costuma-se chamá-la a rainha das provas”*.

Acrescenta FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO¹⁰ que: *“considerada como regina probationum (rainha das provas), não é de se estranhar a fala de Ulpiano, no sentido de que 'os que confessam em juízo devem ser tidos como julgados' (In juri confessi pro judicatis habetur)”*.

Porém, há possibilidade de insinceridade na confissão judicial.

Por isso anota o mesmo doutrinador¹¹ que *“a experiência tem mostrado que à confissão não se pode, nem se deve, em princípio, atribuir absoluto valor probatório. (...) para sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou discordância”*.

Este é o entendimento atual em que, embora se reconheça a importância da confissão judicial, seu valor deverá ser analisado pelo juiz dentro de todo o contexto probatório, dada a necessidade da busca da verdade real para embasar a condenação, um dos corolários do Estado Democrático de Direito.

Neste sentido, já decidiu o C. Superior

⁸ *Da Prova no Processo Penal* – São Paulo: Saraiva – p. 79.

⁹ *Lições sobre o Processo Penal*. Vol. 1 – 1ª ed. – Bookseller Ed – p. 312.

¹⁰ *Processo Penal* – Vol. 3 – 3ª ed. – Bauru: Ed. Jalovi – p. 172.

¹¹ *Ob. cit.* – p. 172 e 174.

Tribunal de Justiça:

“PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. POSSE ILÍCITA DE ARMA. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) CONFISSÃO. VALOR ABSOLUTO. CONDENAÇÃO MOTIVADA NÃO SÓ NA CONFISSÃO, MAS, TAMBÉM, NA APREENSÃO DA ARMA E NA PALAVRA DOS POLICIAIS QUE PRENDERAM EM FLAGRANTE O PACIENTE. ILEGALIDADE PATENTE. AUSÊNCIA. No contexto do Estado Democrático de Direito, não há falar em caráter tarifário da prova. Assim, o juízo de certeza que deve embasar a condenação criminal lastreia-se no conjunto probatório. Na espécie, além da confissão do paciente, militaram em seu desfavor a apreensão da arma, além da palavra dos policiais que o prenderam em flagrante. Não bastasse, de maneira analítica, a sentença ainda cuidou de examinar a insubsistência da tese defensiva, de que o paciente teria se servido da arma para o eficaz exercício profissional de transportador. Nesse contexto, tem-se por motivada a sentença condenatória. Ordem não conhecida”¹².

No mesmo sentido são as decisões do Pretório Excelso, que há muito tempo vem adotando o mesmo entendimento.

“CRIME CONTRA A SEGURANÇA NACIONAL. O PRINCÍPIO BASILAR DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO É O DO LIVRE CONVENCIMENTO, AS CONFISSÕES JUDICIAIS OU EXTRAJUDICIAIS VALEM PELA SINCERIDADE COM QUE SÃO FEITAS OU VERDADES NELAS CONTIDAS. PRECEDENTES. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO”¹³.

“Recurso em Habeas Corpus recebido como Habeas Corpus. Princípio do livre convencimento motivado do Juiz. Valoração de provas. Confissão. Princípio do favor rei. 1. Recurso em habeas corpus, interposto contra acórdãos já transitados em julgado, que não observa os requisitos formais de regularidade providos no artigo 310 do RISTF, mas que merece ser recebido como habeas corpus. 2. Não constitui reexame de matéria fático-probatória a análise, em cada caso concreto, da força probante dos elementos de prova relativos a fatos incontroversos. 3. Vige em nosso sistema o princípio do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, segundo o qual compete ao Juiz da causa valorar com ampla liberdade os elementos de prova constantes dos autos, desde

¹² STJ – HC 135326/SP – rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura – j. 04/12/2012.

¹³ STF – RC 1255/RJ – rel. Min. Cordeiro Guerra – j. 20/08/1976.

que o faça motivadamente, com o que se permite a aferição dos parâmetros de legalidade e de razoabilidade adotados nessa operação intelectual. Não vigora mais entre nós o sistema das provas tarifadas, segundo o qual o legislador estabelecia previamente o valor, a força probante de cada meio de prova. 4. Tem-se, assim, que a confissão do réu, quando desarmônica com as demais provas do processo, deve ser valorada com reservas. Inteligência do artigo 197 do Código de Processo Penal. 5. A sentença absolutória de 1º grau apontou motivos robustos para pôr em dúvida a autoria do delito. Malgrado a confissão havida, as demais provas dos autos sustentam, quando menos, a aplicação do princípio do favor rei. 6. Habeas corpus concedido”¹⁴.

No caso dos autos não existe qualquer prova ou indício que indique insinceridade, ficando patente a validade da confissão realizada para lastrear o decreto condenatório.

A confissão do réu está em sintonia com a prova coligida.

Portanto, restou caracterizada a prática de injúria homofóbica.

No mais, registro que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Mandado de Injunção (MI) 4.733 e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26, fixou a tese de que a LGBTIfobia é uma forma de racismo, determinando a aplicação da Lei nº 7.716/89 para punir condutas discriminatórias motivadas por orientação sexual e identidade de gênero. O acórdão foi publicado em 29/09/2020, ou seja, muito antes da prática dos fatos *sub judice*.

Já a injúria racial, prevista no artigo 140, §3º, do Código Penal, é um crime que tutela a honra subjetiva do indivíduo, punindo ofensas discriminatórias com base em raça, cor, etnia, religião ou origem. Com a evolução jurisprudencial, o STF reconheceu que esse dispositivo legal já abrangia discriminação contra a comunidade LGBTQIA+, equiparando-a ao racismo.

¹⁴ STF – RHC 91691/SP – rel. Min. Menezes Direito – j. 19/02/2008.

No julgamento dos Embargos de Declaração no MI 4.733, o STF não criou um novo tipo penal, mas apenas reforçou a interpretação consolidada desde 2020. O entendimento de que a injúria racial se aplica à homotransfobia já estava em vigor antes da prática dos fatos, e a decisão de 2023 apenas esclareceu a abrangência da norma penal existente, sem violar o princípio da reserva legal.

Dessa forma, a alegação do apelante não procede. A norma penal aplicável já estava em vigor e sua interpretação já abrangia a conduta praticada, sendo descabida a invocação da retroatividade da lei penal para afastar a responsabilidade criminal.

Da dosimetria

Na primeira fase a reprimenda foi fixada no mínimo legal, isto é, 02 anos de reclusão e 10 dias-multa.

Em segunda fase a pena restou inalterada, a despeito da confissão, nos termos da súmula nº 231 do STJ.

Em terceira fase a pena restou inalterada.

O regime fixado foi o aberto e a pena privativa de liberdade foi substituída por restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária de 01 salário-mínimo, não havendo alteração a ser feita a favor da defesa.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso.

MENS DE MELLO

Relator

Assinatura Eletrônica