



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL CRIMINAL BARRA FUNDA
4ª VARA CRIMINAL
AV. DR. ABRAÃO RIBEIRO, 313, São Paulo - SP - CEP 01133-020
Horário de Atendimento ao Público: das 13h00min às 17h00min

SENTENÇA

Processo Digital nº: **1502417-61.2021.8.26.0050**
 Classe - Assunto: **Ação Penal - Procedimento Ordinário - Crimes Resultante de Preconceito de Raça ou de Cor**
 Autor: **Justiça Pública**
 Réu:

Juiz(a) de Direito: Dr(a). **ROBERTA HALLAGE GONDIM TEIXEIRA**

Vistos.

, qualificado nos autos, está sendo acusado da prática do crime previsto no artigo 20, §2º, da Lei nº 7.716/1989.

Segundo consta na denúncia, no dia 09 de setembro de 2020, em local incerto nesta Capital, , praticou e induziu a discriminação e preconceito de raça, sob o aspecto da homofobia, mediante publicação no provedor de aplicação *youtube*. Segundo foi apurado dos fatos, o acusado possui canal no provedor de aplicação denominado *youtube*, com nome de usuário *TV Leão*, com cerca de 199 mil inscritos.

Consta que na data supracitada, durante o programa *Amigos do Leão - 70 anos da TV Brasileira com Sonia Abrão*, o acusado, de forma livre e consciente, fez afirmativa de conteúdo homofóbico que implicam na prática e indução à discriminação e preconceito de raça.

Durante o programa, o acusado teria afirmado, *in verbis*:

“Eu tinha [...] ainda presenciar, onde eu guardava o carro na garagem, beijo de língua de dois bigode, porque tinha uma boate gay ali na frente, não tenho nada contra, mas eu também vomito, sou gente, gente. (...)

Hoje em dia se quiser fazer na minha frente faz, apanha dois, mas faz”.

Na peça acusatória, defendeu o I. Promotor de Justiça que o acusado, "ao



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL CRIMINAL BARRA FUNDA
4ª VARA CRIMINAL
AV. DR. ABRAÃO RIBEIRO, 313, São Paulo - SP - CEP 01133-020
Horário de Atendimento ao Público: das 13h00min às 17h00min

manifestar publicamente nojo e acrescentar que hoje em dia praticaria agressão ao presenciar beijo entre um casal homossexual, o acusado estaria estimulando a hostilidade e violência contra o grupo LGBT+, praticando discriminação penalmente típica diante da externalização de ideias de inferiorização, aversão, nojo, segregação, intolerância e prática de violência física corretiva em relação ao grupo LGBT+, razão pela qual a conduta encontra subsunção no crime de racismo. Além do juízo valorativo de hierarquização (superioridade do grupo heterossexual em relação ao homossexual, na medida em que apenas este último provoca nojo), exterioriza juízo de supressão/redução de direitos fundamentais do grupo alvo, ao verbalizar a ideia de que o exercício da liberdade fundamental de demonstração de corriqueiro e natural afeto público (beijo) implicaria em violência física, isso estaria implicando na exclusão e segregação em relação ao grupo LGBT+."

A denúncia foi recebida em 24 de agosto de 2021 (fls. 57/59), sendo deferida a cessação provisória do vídeo mencionado a fls. 46/47.

O réu teve sua citação e intimação levados à efeito por hora certa nas fls. 84/85 e apresentou resposta à acusação às fls. 90/99.

Afastadas as hipóteses de absolvição sumária (fls. 112/113), foi designada audiência de instrução, debates e julgamento para o dia **13 de junho de 2022, às 16h00min na modalidade virtual/remota** (fls. 149/153).

Em audiência, foi ouvida uma testemunha arrolada pela Acusação. Ao final o réu foi interrogado.

Em memoriais, o Ministério Público pleiteou a condenação, nos termos da denúncia (fls. 195/219).

A Defesa, por sua vez, requereu a absolvição do réu, por atipicidade da conduta. Advertiu que não houve intenção alguma por parte do réu de atacar publicamente a comunidade LGBT+, ressaltando que o acusado possui uma vida pautada pelas boas ações, buscando inclusive defender as minorias. Observou a defesa que a fala do acusado revela apenas a necessidade de reeducar o pensamento humano da sociedade. No mérito, observou que as falas do



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL CRIMINAL BARRA FUNDA
4ª VARA CRIMINAL
AV. DR. ABRAÃO RIBEIRO, 313, São Paulo - SP - CEP 01133-020
Horário de Atendimento ao Público: das 13h00min às 17h00min

acusado não causaram risco social à comunidade LGBTQIA+, ressaltando que o crime é de perigo concreto, estando a suposta frase criminosa inserida em intervalo de tempo de 11 segundos, em uma entrevista que durou mais de 40 minutos. No mais, defendeu a ausência de dolo na ação. Diante disso, asseverou novamente para a absolvição do acusado (fls. 228/239).

É o relatório.

Fundamento e decido.

A pretensão punitiva estatal é **procedente**.

A materialidade e autoria do crime imputado ao réu foram provadas pelos documentos dispostos nos autos nas fls. 04/22 direcionados ao Grupo Especial de Combate aos Crimes Raciais e de Intolerância (GECRADI) pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, vídeo gravado no canal TV Leão para a plataforma digital youtube (Minuto 19'11 do vídeo), pelo vídeo juntado na fl.03, bem como pela prova oral produzida em juízo, sob o crivo do contraditório.

Com efeito, a testemunha jornalista **William de Lucca Martinez** contou que o tema o tocou muito como homem gay. O depoente costuma receber informações por redes sociais sobre situações desrespeitosas. Afirma que a fala do réu incentiva a violência LGBT. Defende que a construção do pensamento positivo ou destrutivo se dá diariamente. Então, ao ouvir a fala do réu, optou por fazer uma representação. Assistiu o programa inteiro. Acredita que não houve uma edição da fala. Não se recorda o contexto, mas sabe que o acusado disse que caso visse dois homens bigodudos, iria agredi-los. Não se recorda o tempo total da entrevista. Não sabe em que contexto surgiu esta fala. Foi um único momento em que o tema foi citado. Não tem conhecimento de outros episódios. Pelo que se recorda foi uma situação pontual.

O réu **Gilberto de Barros Filho** confirmou sua fala, mas negou a acusação. Afirma que está muito constrangido com essa situação, pois sempre usou sua arte ou ofício para melhorar o país. Pelo seu sangue italiano ele costuma falar muito. Sempre busca apresentar pessoas que produzem o bem para a sociedade. Relata que no programa estava comemorando os 70 anos da televisão brasileira. Jamais teve a intenção de incitar a violência. Relata que a fala refere-se a um episódio por ele assistido quando tinha 26 anos. Observou ser caipira do interior e tudo era um tabu na época. Disse que tudo o que foi falado não era com



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL CRIMINAL BARRA FUNDA
4ª VARA CRIMINAL
AV. DR. ABRAÃO RIBEIRO, 313, São Paulo - SP - CEP 01133-020
Horário de Atendimento ao Público: das 13h00min às 17h00min

intenção de prejudicar. Afirma que não quis identificar gênero. A reação seria a mesma independente do gênero. A entrevista durou 59 minutos, sendo apenas sobre televisão. Durante sua trajetória, sempre convidou diferentes pessoas para participarem de seu programa. Inclusive a moça transexual que fez o papel de Jesus na Parada Gay, foi ao seu programa e recebeu o apoio do interrogando. Apresentou programas incentivando a comunidade LGBT+. Nada do que aconteceu naquele programa o representa. Sua expressão foi errada e está arrependido. Não possui processos criminais. Em relação a sua fala, contou ter guardado o carro na garagem e saído; atravessou a rua com medo, então viu uma pessoa de calça abaixada; um moço estava abaixado e o outro em pé. Então o que estava abaixado se levou, percebendo o depoente que dois homens faziam sexo na rua.

Essa é, em síntese, a prova oral colhida.

Como se verifica, o conjunto probatório é suficiente para fundamentar a condenação do réu.

A Constituição da República, no art. 5º, XLII 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 7716/89, 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 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).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL CRIMINAL BARRA FUNDA
4ª VARA CRIMINAL
AV. DR. ABRAÃO RIBEIRO, 313, São Paulo - SP - CEP 01133-020
Horário de Atendimento ao Público: das 13h00min às 17h00min

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 preconceito e desigualdade.

Aplicou-se interpretação conforme para determinar que as condutas homofóbicas e transfóbicas traduzem expressão de racismo, ajustando-se, mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação delineados na Lei 7716/89.

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) – A 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 SEU ESTADO DE MORA INCONSTITUCIONAL E (B) ENQUADRAMENTO IMEDIATO DAS PRÁTICAS DE HOMOFOBIA E DE TRANSFOBIA, MEDIANTE INTERPRETAÇÃO CONFORME (QUE NÃO SE CONFUNDE COM EXEGESE FUNDADA EM ANALOGIA “IN MALAM PARTEM”), NO CONCEITO



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL CRIMINAL BARRA FUNDA
4ª VARA CRIMINAL
AV. DR. ABRAÃO RIBEIRO, 313, São Paulo - SP - CEP 01133-020
Horário de Atendimento ao Público: das 13h00min às 17h00min

*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” (PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI): UMA INACEITÁVEL (E CRUEL) REALIDADE CONTEMPORÂNEA – **O PODER 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*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO PAULO

FORO CENTRAL CRIMINAL BARRA FUNDA

4ª VARA CRIMINAL

AV. DR. ABRAÃO RIBEIRO, 313, São Paulo - SP - CEP 01133-020

Horário de Atendimento ao Público: das 13h00min às 17h00min

INTERFERÊNCIAS DO PODER PÚBLICO – REPÚBLICA E LAICIDADE ESTATAL: A QUESTÃO DA NEUTRALIDADE AXIOLÓGICA DO PODER PÚBLICO EM MATÉRIA RELIGIOSA – O CARÁTER HISTÓRICO DO DECRETO Nº 119-A, DE 07/01/1890, EDITADO PELO GOVERNO PROVISÓRIO DA REPÚBLICA, QUE APROVOU PROJETO ELABORADO POR RUY BARBOSA E POR DEMÉTRIO NUNES RIBEIRO – DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL, PROTEÇÃO DOS GRUPOS VULNERÁVEIS E FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO EXERCÍCIO DE SUA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL – A BUSCA DA FELICIDADE COMO DERIVAÇÃO CONSTITUCIONAL 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 JURÍDICA POR MOTIVO DE SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL OU EM RAZÃO DE SUA IDENTIDADE DE GÊNERO – Os 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



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL CRIMINAL BARRA FUNDA
4ª VARA CRIMINAL
AV. DR. ABRAÃO RIBEIRO, 313, São Paulo - SP - CEP 01133-020
Horário de Atendimento ao Público: das 13h00min às 17h00min

*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 fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada 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.** COMPATIBILIDADE CONSTITUCIONAL ENTRE A REPRESSÃO PENAL À HOMOTRANSFOBIA E A INTANGIBILIDADE DO PLENO EXERCÍCIO DA LIBERDADE RELIGIOSA – A repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa, qualquer que seja a denominação confessional professada, a cujos fiéis e ministros (sacerdotes, pastores, rabinos, mulás ou clérigos muçulmanos e líderes ou celebrantes das religiões afro-brasileiras, entre outros) é assegurado o direito de pregar e de divulgar, livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento e de externar suas convicções de acordo com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados, bem assim o de ensinar segundo sua orientação doutrinária e/ou teológica, podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os atos de culto e respectiva liturgia, independentemente do espaço, público ou privado, de sua atuação individual ou coletiva, desde*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL CRIMINAL BARRA FUNDA
4ª VARA CRIMINAL
AV. DR. ABRAÃO RIBEIRO, 313, São Paulo - SP - CEP 01133-020
Horário de Atendimento ao Público: das 13h00min às 17h00min

que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero. TOLERÂNCIA COMO EXPRESSÃO DA “HARMONIA NA DIFERENÇA” E O RESPEITO PELA DIVERSIDADE DAS PESSOAS E PELA MULTICULTURALIDADE DOS POVOS. A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, POR REVESTIR-SE DE CARÁTER ABRANGENTE, ESTENDE-SE, TAMBÉM, ÀS IDEIAS QUE CAUSEM PROFUNDA DISCORDÂNCIA OU QUE SUSCITEM INTENSO CLAMOR PÚBLICO OU QUE PROVOQUEM GRAVE REJEIÇÃO POR PARTE DE CORRENTES MAJORITÁRIAS OU HEGEMÔNICAS EM UMA DADA COLETIVIDADE – As ideias, nestas compreendidas as mensagens, inclusive as pregações de cunho religioso, podem ser fecundas, libertadoras, transformadoras ou, até mesmo, revolucionárias e subversivas, provocando mudanças, superando imobilismos e rompendo paradigmas até então estabelecidos nas formações sociais. O verdadeiro sentido da proteção constitucional à liberdade de expressão consiste não apenas em garantir o direito daqueles que pensam como nós, mas, igualmente, em proteger o direito dos que sustentam ideias (mesmo que se cuide de ideias ou de manifestações religiosas) que causem discordância ou que provoquem, até mesmo, o repúdio por parte da maioria existente em uma dada coletividade. O caso “United States v. Schwimmer” (279 U.S. 644, 1929): o célebre voto vencido (“dissenting opinion”) do Justice OLIVER WENDELL HOLMES JR.. É por isso que se impõe construir espaços de liberdade, em tudo compatíveis com o sentido democrático que anima nossas instituições políticas, jurídicas e sociais, para que o pensamento – e, particularmente, o pensamento religioso – não seja reprimido e, o que se mostra fundamental, para que as ideias, especialmente as de natureza confessional, possam florescer, sem indevidas restrições, em um ambiente de plena tolerância, que, longe de sufocar opiniões divergentes, legitime a instauração do dissenso e viabilize, pelo conteúdo argumentativo do discurso fundado em convicções antagônicas, a concretização de valores essenciais à configuração do Estado Democrático de Direito: o respeito ao pluralismo e à tolerância. – O discurso de ódio, assim entendidas 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



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL CRIMINAL BARRA FUNDA
4ª VARA CRIMINAL
AV. DR. ABRAÃO RIBEIRO, 313, São Paulo - SP - CEP 01133-020
Horário de Atendimento ao Público: das 13h00min às 17h00min

INSTRUMENTALIDADE DA AÇÃO DIRETA POR OMISSÃO NA COLMATAÇÃO E CONCRETIZAÇÃO DAS CLÁUSULAS CONSTITUCIONAIS FRUSTRADAS, EM SUA EFICÁCIA, POR INJUSTIFICÁVEL INÉRCIA DO PODER PÚBLICO A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional (como aquela que deriva do art. 5º, XLI e XLII, de nossa Lei Fundamental) – qualifica-se como comportamento revestido de intensa gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência (ou insuficiência) de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados da Lei Fundamental. Doutrina. Precedentes (ADI 1.458- -MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). – 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-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem convenientes aos desígnios dos governantes ou de grupos 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" – **grifos meus**.

No caso dos autos, **GILBERTO BARROS FILHO**, por meio de seu canal no provedor de aplicação denominado *youtube*, com nome de usuário *TV Leão*, com cerca de 199 mil inscritos, afirmou publicamente, *in verbis*:

*“Eu tinha [...] ainda presenciar, onde eu guardava o carro na garagem, beijo de língua de dois bigode, porque tinha uma boate gay ali na frente, não tenho nada contra, mas **eu também vomito**, sou gente, gente. (...)*

*Hoje em dia se quiser fazer na minha frente faz, **apanha dois, mas faz**”.*

- **grifos meus**

Por meio destas frase, notoriamente o acusado praticou e induziu a



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL CRIMINAL BARRA FUNDA
4ª VARA CRIMINAL
AV. DR. ABRAÃO RIBEIRO, 313, São Paulo - SP - CEP 01133-020
Horário de Atendimento ao Público: das 13h00min às 17h00min

discriminação e preconceito em razão da orientação sexual, fazendo uso de um discurso de ódio.

Como brilhantemente explicou o I. Promotor de Justiça: *"A partir dessas premissas, fundamentalmente, a discriminação tem relevância jurídica e penal quando ocasiona (1) distinção de determinado grupo de pessoas unidos por traços em comum (2) com a finalidade de embaraçar ou impedir o uso ou gozo de direitos subjetivos fundamentais. As falas do denunciando são homofóbicas na medida em que seleciona grupo de pessoas com características comuns. ("dois bigode, por que tinha uma boate gay ali na frente") e externa, de forma clara e expressa, reprovação ao gesto de afeto presenciado (beijo de língua de dois bigodes [...] mas eu também vomito, sou gente, gente.)" e que homossexuais não devem se beijar em público, impedidos, portanto, de ocupar o espaço público nas mesmas condições que as demais parcelas da população. Coroando o dolo de discriminar homossexuais, incita sejam punidos com violência, dizendo: "hoje em dia se quiser fazer na minha frente faz, apanha os dois, mas faz" (fls. 206/207).*

Ainda que negado, certo o dolo do acusado diante da agressividade das palavras aplicadas, as quais discriminaram os homossexuais especialmente diante do uso da palavra "nojo", sendo instigada à violência, como forma de repreensão à escolha sexual. Além disso, a fala, por si só atingiu a comunidade LGBTQ+, não sendo o caso de reconhecer a ausência do perigo concreto.

Portanto, a manifestação verbal do acusado ajusta-se à prática e indução da discriminação e preconceito em razão da orientação sexual, não havendo falar-se em liberdade de expressão na medida em que esta não abarca o discurso de ódio.

Por fim, observo que o crime foi praticado pelo meio de comunicação *YouTube*, facilitando a divulgação, aplica-se o §2º do artigo 20 da Lei 7.716/1989, tendo em vista que a conta do acusado conta com 207 mil inscritos.

Apurada a responsabilidade e atento aos critérios dos artigos 59 e 68 do Código Penal, passo a dosimetria da pena.

Na primeira fase, atenta às circunstâncias do artigo 59 do Código Penal, observo que não há razão para fixar a pena acima do mínimo legal, especialmente em razão da



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL CRIMINAL BARRA FUNDA
4ª VARA CRIMINAL
AV. DR. ABRAÃO RIBEIRO, 313, São Paulo - SP - CEP 01133-020
Horário de Atendimento ao Público: das 13h00min às 17h00min

primariedade do réu (fls. 59), assim, inicia a pena em 2 anos de reclusão e pagamento de 10 dias-multa. Na segunda fase, inexistem circunstâncias agravantes ou atenuantes a serem consideradas. Na terceira fase, do mesmo modo, ausentes causas de aumento ou diminuição de pena, razão pela qual torna definitiva a pena no patamar de **02 (dois) anos de reclusão e o pagamento de 10 (dez) dias-multa**.

Levando em consideração a pena aplicada, o fato de que a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado e os motivos indicam que substituição é suficiente para a repressão e prevenção do crime e, ainda, que se trata de medida socialmente recomendável, nos termos do artigo 44 do Código Penal, substituo a pena por duas penas restritivas de direitos, consistente em **Prestação de Serviços à Comunidade** e de **Prestação Pecuniária**, pelo mesmo prazo da pena privativa de liberdade fixada, sendo àquela consistente em tarefas gratuitas a serem desenvolvidas, pelo prazo a ser estipulado em audiência, junto a uma das entidades enumeradas no parágrafo 2º, do citado artigo, em local a ser designado pelo Juízo da Execução, devendo ser cumprida à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, que será distribuída e fiscalizada, de modo a não prejudicar a jornada de trabalho do condenado e, esta, no pagamento do valor de 5 (cinco) salário mínimo vigente à época do fato delituoso, para ser convertido na aquisição de cestas básicas a serem entregues a entidades públicas ou privadas em funcionamento neste Município que possuam destinação social e atuem em prol da comunidade.

Ao Juízo da Execução, após o trânsito em julgado desta decisão, em audiência admonitória a ser designada, caberá indicar a entidade beneficiada com a prestação de serviços, a qual deverá ser comunicada a respeito, através de seu Representante, com remessa de cópia da presente sentença, incumbindo-lhe encaminhar mensalmente relatório circunstanciado, bem como a qualquer tempo, comunicar sobre a ausência ou falta disciplinar do condenado, consoante disposto pelo artigo 150, da Lei nº 7.210/84. Deverá, ainda, ser cientificado que o condenado é facultado cumprir a pena substitutiva em menor tempo (artigo 55, do Código Penal), sendo que, nunca inferior à metade da pena privativa de liberdade fixada ou restante. Da mesma forma, caberá ao Juízo da Execução, indicar a entidade beneficiada com a prestação pecuniária (cestas básicas).

Em caso de descumprimento da pena restritiva de direitos imposta, fixo para ambas, o regime inicial **aberto** para o cumprimento da reprimenda corporal, nos termos do



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL CRIMINAL BARRA FUNDA
4ª VARA CRIMINAL
AV. DR. ABRAÃO RIBEIRO, 313, São Paulo - SP - CEP 01133-020
Horário de Atendimento ao Público: das 13h00min às 17h00min

artigo 33, § 2º, “c”, do Código Penal.

Considerada a ausência de informações a respeito da situação econômica do acusado, que está preso, estabeleço o valor unitário do dia-multa no mínimo legal de 1/5 (um quinto) do salário mínimo vigente na época do fato, corrigido monetariamente desde então.

Ante o exposto, **JULGO PROCEDENTE** a pretensão acusatória, para condenar _____ pela prática do crime previsto no artigo 20, §2º, da Lei nº 7.716/1989, à pena de **02 (dois) ano de reclusão**, a ser cumprida em regime inicial **aberto**, e ao pagamento de **10 (dez) dias-multa**, arbitrados, unitariamente, em 1/5 (um quinto) do salário mínimo vigente. Fica a pena privativa de liberdade substituída por duas penas restritiva de direitos, nos moldes acima estabelecidos.

Tendo em vista que o réu respondeu solto por este processo, e não havendo nos autos alteração da situação fático-jurídica que o permitiu, concedo a ele o direito ao recurso em liberdade.

Porque ausente prova concreta do prejuízo, deixo de estabelecer valor mínimo de reparação civil (art. 387, IV, do CPP).

Com o trânsito em julgado, expeça-se guia para execução definitiva; verifique-se se há fiança para abatimento da pena de multa imposta, nos termos do art. 336 do Código de Processo Penal, bem como da taxa judiciária. Caso não haja fiança ou o valor seja insuficiente, intime-se o(s) réu(s) para pagamento da taxa judiciária no prazo de 60 dias, bem como disponibilize-se a certidão da sentença ao Ministério Público, certificando-se nos autos. Na hipótese de aplicação de pena de multa isolada, cumpra-se o disposto no item 479-A das NSCGJ. Oficie-se ao Instituto de Identificação (IIRGD) e ao TRE/SP, tendo em vista o disposto no art. 15, III, da Constituição Federal.

Condeno a acusada ao pagamento das custas, no valor equivalente a 100 UFESP's, nos termos do artigo 4º, inciso III, item 5, § 9º, alínea “a” da Lei nº 11.608, de 29 de dezembro de 2003.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL CRIMINAL BARRA FUNDA
4ª VARA CRIMINAL
AV. DR. ABRAÃO RIBEIRO, 313, São Paulo - SP - CEP 01133-020
Horário de Atendimento ao Público: das 13h00min às 17h00min

P.R.I.C.

São Paulo, 12 de agosto de 2022.

**DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE NOS TERMOS DA LEI 11.419/2006,
CONFORME IMPRESSÃO À MARGEM DIREITA**