



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2021.0000354905

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0068248-48.2012.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é apelante DANIEL RODRIGO KATAOKA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª 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 CAMARGO ARANHA FILHO (Presidente) E GUILHERME DE SOUZA NUCCI.

São Paulo, 11 de maio de 2021.

OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO

Relator(a)

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

16ª Câmara Criminal

APELAÇÃO CRIMINAL nº 0068248-48.2012.8.26.0050

Comarca: SÃO PAULO

Apelante: DANIEL RODRIGO KATAOKA

Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO

VOTO nº 40243

DISCRIMINAÇÃO e PRECONCEITO DE RAÇA e COR. Artigo 20, §2º da Lei nº 7716/89. Preliminar. Diligência para celebração do acordo de não persecução penal. Não cabimento. Incompatibilidade do instituto com o mandamento constitucional. Racismo. Delito inafiançável e imprescritível. Preclusão da proposta. Persecução penal já superada. Precedentes jurisprudenciais. Mérito. Conduta de praticar discriminação e preconceito de raça e cor mediante comentário postado na internet. Materialidade e autoria demonstradas. Cópia do comentário. Autoria identificada mediante investigação policial e confessada pelo réu. Tese de ausência de dolo não reconhecida. Contradições na palavra do acusado que não foi capaz de apresentar qualquer indício capaz de comprovar sua versão para os fatos. Condenação mantida. Penas bem dosadas. Apelo improvido.

1. DANIEL RODRIGO KATAOKA foi denunciado por infração ao artigo 20, caput e §2º da Lei nº 7.716/89, porque no dia 26 de março de 2012, às 09h25, em local incerto, praticou e incitou a discriminação e o preconceito de raça e cor ao comentar notícia sobre a morte da jovem Priscila Boliviera, publicada no site *terra.com.br*, com o seguinte texto: “ *Com certeza não foi bala perdida. Atiraram para cima e derrubaram um urubu. Varre e joga no lixo. Não fará falta menos um lixo desses*”.

Processado o feito, pela r. sentença de fls. 308/314, o réu foi condenado nos termos da denúncia, à pena privativa de liberdade de 02 anos de reclusão, em regime inicial aberto; e 10 dias-multa, no piso; substituída a pena privativa de liberdade por prestação e serviços à comunidade pelo



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

prazo da pena corporal e prestação pecuniária no valor de cinco salários mínimos.

Inconformado, apelou e, em suas razões, preliminarmente, o réu pugna pela conversão do julgamento em diligência, a fim de que lhe seja proposto acordo de não persecução penal, previsto em lei posterior mais benéfica ao acusado. No mérito, insiste na tese de ausência de dolo na conduta e pedido de absolvição por falta de provas. Aduz que o comentário feito pelo réu foi desconexo com relação à notícia veiculada. Subsidiariamente, requer a redução da pena alternativa de cinco para um salário mínimo (fls. 344/358).

O recurso foi contrarrazoado (fls. 364/371) e, pelo parecer de fls. 243/244, a douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo desprovimento (fls. 385/392).

É o relatório.

2. Embora o instituo do acordo de não persecução penal, previsto no artigo 28-A do Código de Processo Penal, por inovação da Lei nº 13.964/2019, tenha natureza híbrida, processual e penal, não haverá retroatividade da lei no caso concreto.

Isto se diz, porque a previsão do caput do artigo 28-A já enuncia que, "*não sendo caso de arquivamento*", será cabível o acordo de não persecução penal, desde que satisfeitos os demais requisitos legais.

Pois bem, o momento processual é um requisito tanto quanto os outros previstos nos incisos de referido artigo. Sua posição topográfica, na cabeça do artigo, enuncia, ademais, sua precedência sobre os demais.

Também se evidencia nítida ofensa ao princípio da lógica oferecer acordo de não persecução penal, quando a persecução penal já foi



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

iniciada e concluída, com autos sentenciados em data anterior à vigência do instituto, tal como visto no caso dos autos.

Noto que o Ministério Público se manifestou em contrarrazões pelo descabimento do acordo, encontrando tal posição amparo na jurisprudência da Corte cidadã:

“(...)II - Com efeito, “o acordo de não persecução penal (ANPP) aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia. (HC-191.464/STF, 1ª TURMA, Rel. Ministro GILMAR MENDES, DJe de 12/11/2020). No mesmo sentido: (EDcl no AgRg no AgRg no AREsp 1635787/SP, Relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, DJe 13/8/2020 e Petição no AREsp 1.668.089/SP, da Relator Ministro FELIX FISCHER, DJe de 29/6/2020)” (HC n. 607.003/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 27/11/2020). III - Na hipótese em foco, a pretensão de aplicação do acordo de não persecução penal - art. 28-A do Código de Processo Penal - se deu no âmbito da apelação. Note-se que a sentença foi prolatada em 5/6/2018. Isto é, em momento anterior à vigência da Lei n. 13.964/2019, o que impede a incidência do instituto.(...)” (STJ, AgRg no HC 626582/SC, Rel.: Min. Felix Fischer, Quinta Turma, Julgamento: 02/02/2020).

Pondero, ainda, que o *status* constitucional dado ao delito, que é inafiançável e imprescritível (artigo 4º, VIII e artigo 5º, XLII da CF), revela não ser necessária e suficiente para a reprovação do delito, a celebração de referido acordo.

3.. No mais, a condenação era medida de rigor.

A ocorrência do fato e sua autoria são comprovadas pelas cópias da notícia e dos comentários de fls. 23/25, bem como pelos ofícios



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

emitidos pela empresa “Terra Networks Brasil S.A.” e pela “NET Serviços de Comunicação S.A.”, revelando o provedor, IP do usuário, bem como sua identificação (fls. 74/77, 89).

Intimado a prestar esclarecimentos, DANIEL na fase inquisitiva, alegou que não teve a intenção de discriminar qualquer raça ou etnia, tampouco de incitar o preconceito. Alegou trabalhar com tecnologia e ter notado uma falha no sistema do site *terra.com.br*, o qual colocava no topo dos comentários, aqueles mais votados, independentemente de ser a votação positiva ou negativa. Em razão do comportamento humano, também notou que invariavelmente, os comentários que apareciam no topo tinham conteúdo negativo e permaneciam em destaque porque eram votados, ainda que negativamente pelos leitores. Alega ter preenchido formulários na página do *terra.com.br*, bem como enviado emails notificando o erro, sem contudo obter resposta. Como forma de “*comprovar sua teoria*”, decidiu então realizar o post mencionado na denúncia. Alegou não ter escolhido a notícia em razão da raça da pessoa nela mencionada, mas porque a matéria estava em destaque e, portanto, seria mais comentada (fls. 133/134).

Em juízo manteve narrativa no mesmo sentido. Acrescentou ter mandado e-mails para o *terra.com.br*, bem como para alguns dos redatores das notícias, sempre que seus endereços de email eram veiculados nas matérias. Alegou não ter visto a integralidade da matéria jornalística, tendo lido apenas a manchete e por meio dela feito um comentário negativo e aleatório. Seu comentário fez uma crítica à cidade do Rio. Essa era sua intenção. Sob seu ponto de vista, o comentário caberia para pessoa de qualquer raça, mas como no caso, se tratava de uma pessoa negra, houve essa interpretação errônea. Falou de “bala perdida” em uma alusão à violência no Rio de Janeiro, sobre o qual só aparece notícia de “bala



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

perdida”. Quis dizer que daquela vez a morte não teria se dado por “bala perdida”. Disse que não faz sentido alguém atirar para o alto e se assim agisse, só poderia atingir um urubu, porque a única coisa que existe no céu do Rio é urubu. Era uma metáfora sobre um clima de faroeste naquela cidade. Escolheu um urubu porque era a época das Olimpíadas. Desconhecia que a vítima era negra. Não usou seu nome verdadeiro porque as pessoas não iriam acreditar se usasse seu nome verdadeiro. Escolheu um perfil que chamasse mais atenção, por ser uma menina loira, “bonitinha”, com nome judeu (fl. 273).

A Delegada de polícia confirmou o andamento da investigação que já se encontra bem documentada nos autos (fl. 260).

Em resposta ao ofício expedido, a empresa “*Terra Networks Brasil S.A.*” informou não mais deter os registros dos relatórios eventualmente preenchidos no próprio site pelo IP utilizado pelo réu no ano de 2012 (fls. 281/282).

Eis a prova recolhida e, diante dela, reconheço, inicialmente, que a acusação se desincumbiu de seu ônus, ao comprovar o teor da mensagem de cunho preconceituoso e discriminatório, sua veiculação pela rede mundial de computadores, bem como a autoria por parte do acusado.

A respeito do dolo da conduta, observo que nenhuma das alegações do acusado foram comprovadas.

DANIEL não apresentou provas de sua boa-fé, pois deixou de demonstrar que trabalhava à época dos fatos com ferramentas análogas ao sistema por ele “testado”, não apresentou provas de sua alegada contribuição gratuita e voluntária ao aperfeiçoamento de sistemas alheios e, principalmente, não comprovou ter enviado e-mails ao site Terra ou aos redatores das notícias veiculadas no site, a fim de noticiar o suposto erro,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

tarefa que lhe cabia.

DANIEL também articula não ter visto a fotografia da vítima, mas sua palavra é contrariada pela fl. 23, na qual se constata fácil e claramente que a vítima de acidente de voo de parapente era da etnia negra e sua foto se encontrava estampada no início, junto ao título da notícia.

Reconheço, ainda, que a versão apresentada pelo réu é ilógica.

Afirmou ele ter notado um erro em um sistema e, agindo por seu dever ético e moral, notificado a empresa responsável (*terra.com.br*), que lhe negou ouvidos.

A segunda parte da estória que, entretanto, não convence.

Ora, se o réu já havia notado o erro, que qualificou como uma irresponsabilidade por parte da empresa, à qual alegou ter se reportado pelos meios de comunicação acessíveis, inexistente explicação ou justificativa para que ele fizesse um mau uso da ferramenta disponível.

Em outras palavras, o réu teria detectado que o sistema do site permitia que comentários absurdos e criminosos fossem colocados em destaque e, como forma de evitar tais condutas, o que ele faz é justamente realizar um comentário absurdo e criminoso.

Não convence a tese de que os ataques por ele escritos chamariam mais a atenção do “*Terra*” do que os absurdos escritos por outras pessoas.

Pelo contrário, verifica-se que o réu apenas se juntou a outros criminosos, que seguiam impunes, até que uma leitora do site resolveu noticiar os fatos ao Ministério Público Federal.

Desta forma, se valendo da falha do sistema, o réu aproveitou-se para propagar informações de cunho racista.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

DANIEL tampouco foi capaz de justificar o porquê de ter omitido sua identidade, se sua intenção era a de apenas chamar a atenção do site “Terra”. Não faz sentido a tese de que seu nome não causaria revolta por parte dos outros leitores. Nítido está que o réu se valeu do anonimato para camuflar a autoria delitiva.

Observo, ainda, que o réu traz longas e incoerentes alegações, pretendendo negar o óbvio.

Segundo sua explanação, a cidade do Rio de Janeiro seria como um faroeste, repleto de defuntos e, por conseguinte, carniça e urubus, animal que estaria em voga por conta das Olimpíadas de Londres de 2012.

Todavia, se ignora relação entre o urubu e as olimpíadas citadas.

Por outro lado, as similaridades entre o comentário racista e discriminatório do réu e o teor da notícia são muitas para se negar que o acusado fez seu comentário com base na notícia.

O réu escreveu que: *“ Com certeza não foi bala perdida. Atiraram para cima e derrubaram um urubu. Varre e joga no lixo. Não fará falta menos um lixo desses”*

Como visto, o post do acusado incita o preconceito e a discriminação ao tripudiar sobre a dolorosa e lamentável morte acidental de uma jovem em momento de lazer, comparando-a a um urubu, referindo que sua morte não foi acidental, afirmando que a vítima seria um lixo, do qual ninguém sentiria falta.

Vale notar que a única característica da vítima atacada pelo autor foi sua raça e tom de pele, descritos na referência ao urubu, ave de penas negras.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

O ódio que emerge da mensagem é de tamanha toxicidade que inexistente espaço para se cogitar de atipicidade da conduta por ausência de dolo.

Enfim, resta mantida a condenação criminal, bem como as penas, que se tornaram definitivas no mínimo legal.

Por ora, o pedido de alteração da pena alternativa de prestação pecuniária é negado, porquanto não apresentadas provas da hipossuficiência financeira do acusado. De toda forma, a decisão poderá ser revista pelo juízo da execução.

3. Diante do exposto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso, mantida r. sentença por seus próprios fundamentos.

OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO
Relator