

Processo: 0006238-84.2021.8.19.0037

Fls.

Processo Eletrônico

Classe/Assunto: Inquérito Policial - Crimes Resultantes de Preconceito de Raça Ou de Cor - Lei 7.716/89

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO

Réu: KARLA CORDEIRO DOS SANTOS TEDIM

Inquérito 151-02449/2021 02/08/2021 151ª Delegacia Policial

Nesta data, faço os autos conclusos ao MM. Dr. Juiz
Marcelo Alberto Chaves Villas

Em 23/08/2021

Decisão

Trata-se de ação penal de iniciativa pública movida pelo Ministério Público em face de KARLA CORDEIRO DOS SANTOS TEDIM, pela suposta prática do crime previsto no artigo 20, § 2º, da Lei nº 7.716/89, denominada de Lei Caó, em homenagem ao seu autor Carlos Alberto de Oliveira, cuja legislação define como crime o ato de praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional; estando a denúncia também na forma da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, quando do julgamento da ADO (Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão) nº 26/DF, eis que a prática ora inquinada teria se consubstanciado em induzimento ou incitação à discriminação e ao preconceito de pessoas pertencentes à comunidade LGBTQIA+, além de induzimento ou incitação à discriminação e ao preconceito aos afrodescendentes.

Insta salientar que o processo-crime em voga envolve uma certa complexidade jurídica, embora não seja tão incomum a verificação de práticas racistas ou homofóbicas na sociedade brasileira e nas relações intersubjetivas entre os seus cidadãos. Deste modo, urge que nesta decisão o Juízo faça uma explanação clara acerca do alcance das normas jurídicas que teriam sido em tese violadas, bem como explicita o contexto no qual que veio a ser proferida pelo Pretório Excelso a decisão na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF, mormente para conferir maior transparência e accountability a presente decisão judicial, dado o contexto hodierno de polarização política e ideológica. Mesmo porque o fim do Direito é a pacificação das relações sociais.

Registre-se, então, que a decisão referida na exordial, que complementa a capitulação ministerial, veio a ser proferida pelo Pretório Excelso no bojo da aludida Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, que reconheceu o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional na observância ao mandado constitucional de incriminação a que se referem os incisos XLI E XLII do artigo 5º, da Constituição Federal, a saber, a determinação haurida da conformação do poder constituinte originário para que o legislador ordinário edite legislação punitiva a qualquer discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais, incluindo-se neste âmbito, também a necessária incriminação da prática de qualquer forma de racismo.

Destarte, no bojo da aludida decisão que reconheceu o estado de mora inconstitucional do Poder

Legislativo, no âmbito da União, o STF deu ainda interpretação conforme à Constituição em razão dos supracitados mandados constitucionais de incriminação para enquadrar a homofobia e a transfobia, em qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional, considerando, então, as práticas homotransfóbicas como equiparadas as condutas já incriminadas como espécies do gênero racismo.

Com efeito, mediante a respectiva equiparação o STF sopesou que as condutas homotransfóbicas importam em atos de segregação que inferiorizam membros integrantes do grupo LGBTQIA+, em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, reputando que tais comportamentos ajustam-se, portanto, ao conceito de atos de discriminação e de ofensa a direitos e liberdades fundamentais daqueles que compõem o grupo vulnerável em tela.

Colaciona-se abaixo a decisão proferida na respectiva ata da sessão plenária no julgamento da ADO (Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão) nº 26/DF:

"O Tribunal, por unanimidade, conheceu parcialmente da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Por maioria e nessa extensão, julgou-a procedente, com eficácia geral e efeito vinculante, para: a) reconhecer o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional na implementação da prestação legislativa destinada a cumprir o mandado de incriminação a que se referem os incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição, para efeito de proteção penal aos integrantes do grupo LGBT; b) declarar, em consequência, a existência de omissão normativa inconstitucional do Poder Legislativo da União; c) cientificar o Congresso Nacional, para os fins e efeitos a que se refere o art. 103, § 2º, da Constituição c/c o art. 12-H, caput, da Lei nº 9.868/99; d) dar interpretação conforme à Constituição, em face dos mandados constitucionais de incriminação inscritos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Carta Política, para enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional, seja por considerar-se, nos termos deste voto, que as práticas homotransfóbicas qualificam-se como espécies do gênero racismo, na dimensão de racismo social consagrada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento plenário do HC 82.424/RS (caso Ellwanger), na medida em que tais condutas importam em atos de segregação que inferiorizam membros integrantes do grupo LGBT, em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, seja, ainda, porque tais comportamentos de homotransfobia ajustam-se ao conceito de atos de discriminação e de ofensa a direitos e liberdades fundamentais daqueles que compõem o grupo vulnerável em questão; e e) declarar que os efeitos da interpretação conforme a que se refere a alínea 'd' somente se aplicarão a partir da data em que se concluir o presente julgamento, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli".

"(Presidente), que julgavam parcialmente procedente a ação, e o Ministro Marco Aurélio, que a julgava improcedente. Em seguida, por maioria, fixou-se a seguinte tese: 1. 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"); 2. 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 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; 3. 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 ídole historicocultural 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, vencido o Ministro Marco Aurélio, que não subscreveu a tese proposta. Não participaram, justificadamente, da fixação da tese, os Ministros Roberto Barroso e Alexandre de Moraes. Plenário, 13.06.2019". (GRIFADO).

Em relação aos atos ora apurados, de suposto induzimento ou instigação à discriminação e ao preconceito de raça ou cor, insta registrar que a raça é uma construção social que carece de dados biológicos ou científicos, pois o que existe, de fato, é apenas uma raça humana, sendo que a terminologia mudou de 'raça' para ancestralidade, que se refere a características herdadas dos genitores e dos ancestrais de uma pessoa. Em suma, há apenas uma espécie humana: o Homo Sapiens.

Todavia, a raça não deixa de ser uma forma de se efetivar a categorização de pessoas dentro de um determinado contexto social, ainda que tal categorização, que hoje é reputada como sendo um modo não-científico da classificação do gênero humano, não deixe de resultar, por outro lado, de um infeliz legado de uma antropologia, de um biologismo e de um racismo, que tiveram o seu apogeu no século XIX, quando o etnocentrismo europeu se serviu do 'cientificismo' para a justificação do imperialismo, do colonialismo e da própria escravidão. No Brasil, a escravidão perdurou por mais de três séculos, com consequências ainda indelévels para a sociedade, que apesar da senda democrática inaugurada a partir da Constituição de 1988, revela altíssimos níveis de exclusão social.

Além do mais, no Brasil, persiste o racismo estrutural, que é um conjunto de práticas históricas, institucionais, culturais e interpessoais dentro de uma sociedade que colocam um grupo social ou étnico em desvantagem em relação a outro grupo predominante, ainda que não representativo da maioria populacional, excluindo-se, assim, o grupo mais vulnerável da participação efetiva e cidadã nas instituições sociais, o que é prejudicial à democracia brasileira na sua dimensão material.

Por isso, o conceito de minoria não pode estar afeto à uma grandeza numérica; em suma, não será um determinado contingente populacional que definirá uma maioria ou uma minoria social, mas, sim, o grau de acesso de determinada categoria social à autonomia pública configurada na participação social efetiva nos desígnios e escolhas políticas. Ressaltando-se que os direitos fundamentais invocados nos mandados constitucionais de incriminação acima referenciados são trunfos das minorias contra as majorias ocasionais, como bem preleciona Ronald Dworkin, em especial na sua antológica obra "Levando os Direitos a Sério".

No contexto, ainda, da compreensão atual da terminologia "raça", a cor, por sua vez, já é definida como uma forma metafórica da classificação racial, sendo certo que a cor estará associada ao tom de pele e, por conseguinte, aqueles que detêm tom de pele mais escuras podem vir a ser identificados como afrodescendentes ou descendentes de povos indígenas; incluindo-se, também, no referido âmbito protetivo das práticas antirracistas, aqueles miscigenados com tom de pele

mais escura, que, frise-se, em termos populacionais corresponde a grande parcela da população brasileira.

De qualquer sorte, a raça e a cor servem para categorizar um grupo de pessoas que detém os mesmos caracteres fenótipos. Assim, a legislação protetiva e impeditiva do racismo visa a proteger, sobretudo, ao grupo histórico e culturalmente mais excluído, que, no país, são os afrodescendentes, miscigenados e os povos indígenas.

Lembrando-se que a prática ignóbil do racismo não deixa de deitar raízes no darwinismo social que imperou no século XIX, dando azo, por exemplo, a ideia de hierarquia entre as sociedades, que legitimava então a noção da suposta existência de uma raça superior, a raça caucasiana ou indo-europeia, e que, por isso, estaria ela autorizada na sua expansão político, cultural e religiosa a partir do colonialismo e do imperialismo que se desenvolveram na era moderna.

Destacando-se que o darwinismo social também inspirou o surgimento da Escola Positiva, no âmbito das Ciências Criminais, dando azo a um pensamento antropológico que perscrutava o fenômeno do crime a partir de características fisionômicas de um homem delinquente, que revelaria um 'atavismo' e uma espécie não evolucionada. Assim sendo, tal escola de pensamento, influenciada por concepções racialistas e racistas, teve grande influência no pensamento criminológico do final do século XIX e início do século XX, persuadindo também a dogmática jurídica de modo historicamente prejudicial, o que se deu inclusive no Brasil, com a sua influência para obra, por exemplo, de Nina Rodrigues. Destarte, no Brasil, tal escola de pensamento veio a subsidiar, então, uma política criminal de seleção de vulneráveis, sobretudo de afrodescendentes, que após o fim da escravidão afluíram paulatinamente para as periferias dos grandes centros urbanos.

Neste diapasão, pode-se depreender o quão nocivo e excludente é o pensamento racista, ainda que difundido de maneira sub-reptícia e que, mesmo com a normatividade da atual Constituição, na seara criminal, por exemplo, ainda influencia as próprias práticas das agências de persecução penal e até mesmo as práticas judiciárias, sendo os afrodescendentes, ainda nos atuais dias, o grupo mais selecionado secundariamente pelas agências encarregadas pela persecução penal.

Aliás, movimentos que ganham agora vulto em nossa sociedade, como "Black Lives Matter", originário nos Estados Unidos, foram justamente inspirados na seletividade vulnerante do Direito Penal, bem como de atuações repressivas policiais que exorbitaram dos direitos humanos. Isso porque tal seletividade vulnerante atinge preferencialmente as populações afrodescendentes. Sendo que tal fenômeno não de todo estranho à realidade brasileira.

Tal realidade, portanto, apenas justifica ainda mais a incriminação de práticas racistas e excludentes, posto que o aspecto ontológico apenas reforça o papel programático e deontológico da Constituição Federal para redução das desigualdades materiais.

Em prosseguimento, no aspecto da criminalização por equiparação feita pelo STF em relação as condutas homotransfóbicas, dando interpretação conforme à constituição aos mandados constitucionais de criminalização que determinam a elaboração de uma legislação punitiva aos atos atentatórios aos direitos e liberdades fundamentais, a Corte Constitucional ressaltou que não se tratou de exegese que se confunda com analogia in malam partem.

Certo que, em termos epistêmicos, quanto a metodologia da Ciência do Direito, Karl Larenz, por exemplo, admite o desenvolvimento do Direito Imanente à Lei, mesmo quando há uma lacuna de regulação, transpondo-se uma regra dada à uma hipótese 'A' para outra hipótese 'B', não regulada, mas que seja semelhante a primeira. Todavia, Larenz adverte que, a transposição de uma regra de uma determinada hipótese para outra hipótese semelhante, não regulada, seria admissível para o Direito Civil, mas que, no âmbito do Direito Penal, tal transposição, dando-se

com uma regra incriminadora, daí, sim, estaria vedado o recurso a analogia. Em suma, a utilização da analogia de uma norma incriminadora para uma hipótese semelhante, onde há uma lacuna de regulação, feriria o princípio da reserva legal, que, no Brasil, detém status de garantia constitucional prevista no inciso XXXIX do artigo 5º, da Constituição Federal.

Ocorre que no caso do julgamento da ADO nº 26 o que se processou, não foi um desenvolvimento jurisprudencial imanente à Lei, mas, ao contrário, um desenvolvimento do Direito superador da Lei, como propugna o próprio Larenz em sua obra "Metodologia da Ciência do Direito". Sendo que tal desenvolvimento superador não se deu extra legem, ou seja, fora do âmbito da regulação legal, mas, sim, intra jus, a saber, dentro do quadro da ordem jurídica global e dos princípios jurídicos que lhe servem de base. Assim, o desenvolvimento do Direito para além do plano da legislação ordinária deu-se a partir de um comando constitucional de incriminação, que é haurido do princípio ético-jurídico da igualdade, ou seja, dentro da própria conformação constitucional, eis que a inobservância de tal comando revelava uma inconstitucionalidade, violadora da norma de garantia de proteção das próprias normas constitucionais de direitos fundamentais.

Em suma, o STF no aludido julgamento identificou uma clara violação ao princípio constitucional de vedação de proteção deficiente pela mora legislativa na incriminação de práticas homofóbicas, ressaltando-se que o postulante da aludida ação de controle concentrado de constitucionalidade demandou a superação de exigência de legalidade estrita parlamentar, para a inclusão da criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia na Lei de Racismo.

Assim, se aparentemente havia uma colisão entre normas constitucionais, que é o que geralmente recai sobre hard cases, vale destacar que, por outro lado, as normas constitucionais definidoras dos direitos e garantias constitucionais, veiculadas pelo artigo 5º da Constituição Federal, têm aplicação imediata de acordo com o § 1º do aludido dispositivo constitucional.

Contudo, no que tange aos mandados constitucionais de incriminação a questão é sempre por deveras complexa.

Nesta esteira, Francesco Palazzo na sua obra "Valores Constitucionais e Direito Penal", editada originariamente nos idos de 1985, já elucubrava sobre a respectiva problemática, indagando se seria permitido a Corte Constitucional não apenas declarar a inconstitucionalidade de um bem insuficientemente tutelado pelo Direito Penal, mas também a de exarar uma decisão expansiva e de tipo aditivo a partir da afirmação de obrigações específicas de incriminação de fatos suficientemente determinados, que estejam insuficientemente tutelados. Estando o foco do problema não propriamente no confronto desta atuação com os princípios da legalidade ou da irretroatividade da Lei Penal, e, sim, no aspecto antissocial de vários tipos de fato dessumidos de averiguações científico-criminológicas sobre os efeitos danosos de vulnerações aos compromissos dilatórios assumidos constitucionalmente, que revelem a inconstitucionalidade ou a irracionalidade das preferências legislativas ordinárias.

O que autorizaria, então, a Corte Constitucional a tomar uma posição superlativa na análise do papel da função do Direito Penal na sociedade. Desta feita, a decisão tomada pelo STF não pode sequer vir a ser qualificada como contramajoritária, mas, ao contrário, deve ser reputada como uma decisão iluminista, que empurra a História, dado os compromissos igualitários assumidos pela Constituição Federal, que vinham sendo violados ante a mora legislativa.

No caso da aludida decisão que complementa a capitulação inicial, o próprio Legislativo havia se manifestado no bojo daqueles autos sobre a inexistência de mandado constitucional de criminalização específica de condutas homofóbicas ou transfóbicas, muito embora a cláusula invocada no referido julgamento não seja de modo algum um mero mandado tácito de incriminação, eis que a Carta Constitucional aduz expressamente que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais. Enquanto, o inciso IV do artigo

3º, da Constituição Federal, veicula norma programática tendente a promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Alegou-se inclusive na aludida ação que a discriminação dirigida contra os integrantes da comunidade LGBT, além de estar compreendida na noção conceitual de racismo (CF, art. 5º, XLII), encontra-se igualmente alcançada pela norma constitucional que preconiza a punição de "qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais", razão pela qual seria imperiosa a edição de diploma legislativo à incriminação dos atos e comportamentos resultantes de discriminação ou de preconceito contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou em decorrência de sua identidade de gênero.

Todavia, o STF asseverou que, apesar da comunidade LGBT não constituir uma coletividade homogênea, se caracterizando pela diversidade de seus integrantes, ela é formada pela reunião de pessoas ou grupos sociais distintos que detêm um ponto em comum que é a sua vulnerabilidade.

De qualquer sorte, a decisão exarada pelo STF no julgamento da ADO nº 26/DF detém eficácia erga omnes, sendo vinculante para todos os órgãos do Poder Judiciário, estando, assim, superados todos os entendimentos contrários, mesmo porque, na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o Judiciário está autorizado a suprir a inação do Legislativo, não lhe estando obstada a via da substituição por um provimento de natureza constitutiva quando expressa a inefetividade da mera declaração. Aliás, é dever da Excelsa Corte, como guardiã da Constituição, a supressão de omissões constitucionais, mormente no âmbito dos direitos fundamentais, onde não se recomenda a autocontenção judicial.

Isto apesar do Direito Penal garantista demonstrar grande preocupação com os tipos penais abertos, eis que a decisão em foco busca a incriminação de qualquer conduta homofóbica ou transfóbica, que envolva a aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém. Porém, não há inconstitucionalidade na norma a qual a ré se encontra agora incursa, pois o tipo em questão consistente na prática, no induzindo ou na instigação da discriminação ou ao preconceito de raça ou cor, ou a condutas agora preceituadas como homofóbicas ou transfóbicas, permite ao juiz recorrer a regras éticas, sem se afastar do enquadramento individualizado da conduta proibida.

No que tange as condutas em tese praticadas, in casu, pela ré, que se enquadram na aludida legislação coibidora de práticas racistas e agora homofóbicas, sob a estrita ótica ministerial, a denúncia narra o seguinte:

"No dia 31 de julho de 2021, na Igreja Sara Nossa Terra, situada na Rua Euclides Solon de Pontes, Centro, Nova Friburgo, a DENUNCIADA KARLA, agindo de forma livre, consciente e voluntária, no exercício da função de líder do segmento jovem da referida congregação, praticou, induziu e incitou a discriminação e o preconceito de raça, cor, orientação sexual e identidade de gênero durante seu discurso aos presentes, também transmitido ao vivo através da rede mundial de computadores".

"Por ocasião dos fatos, a DENUNCIADA KARLA proferiu as seguintes palavras, conforme vídeo disponibilizado no link indicado nos autos: "É um absurdo pessoas cristãs levantando bandeiras políticas, bandeiras de pessoas pretas, bandeiras de LGBTQIA+, sei lá quantos símbolos tem isso aí. É uma vergonha. Desculpa falar, mas chega de mentiras, eu não vou viver mais de mentiras. É uma vergonha. A nossa bandeira é Jeová Nissi, é Jesus Cristo. Ele é a nossa bandeira. Para de querer ficar postando coisa de gente preta, de gay. Para. Posta a palavra de Deus que transforma vidas. Vira crente, se transforma, se converte. (grifamos)".

"Endereçando suas palavras aos jovens presentes e à audiência irrestrita das mídias sociais, a

DENUNCIADA KARLA, a pretexto de enaltecer sua 'bandeira', induziu e incitou menosprezo pelas pessoas de cor preta e por aquelas integrantes da comunidade LGBTQIA+, praticando discriminação e preconceito contra aquelas e suas causas ao enfatizar a "vergonha" que tais 'bandeiras' importariam se fizessem parte das manifestações sociais dos seus ouvintes".

"Igualmente, a DENUNCIADA KARLA agiu com menoscabo e preconceito contra lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, travestis, queers, intersexuais, assexuais, não binários e pessoas com orientação sexual e identidade de gênero diversas, ao zombar da sigla representativa da comunidade que os agrega".

"Conforme acima descrito, o crime foi praticado por intermédio dos meios de comunicação social, sendo o discurso transmitido em tempo real pelo canal "Sara Friburgo" do Youtube2 e pelo perfil @arenajovemfriburgo da rede social Instagram, permanecendo disponível para acesso posterior pelos usuários de ambas as plataformas, alcançando número indeterminado de visualizações".

"O vídeo teve célere divulgação, repercutindo nos meios de comunicação de alcance nacional e disponível para acesso em qualquer parte do mundo".

"Assim agindo, encontra-se a denunciada incurso nas sanções do artigo 20, § 2º, da Lei nº 7.716/89, na forma da r. da decisão proferida pelo E. Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, quando do julgamento da ADO 26/DF".

De fato, como aduz a denúncia o vídeo com a pregação em tese racista e odiosa da ré teve ampla notoriedade nacional, tendo circulado em várias redes sociais e tendo ganhado destaque em jornais e na mídia televisiva, o que, em tese, agravaria o conteúdo discriminatório do aludido discurso.

Certo ainda que o direito a liberdade religiosa e de culto, garantida constitucionalmente, não pode encobrir discursos de ódio ou práticas racistas. Desta forma, a própria decisão que complementa a capitulação a qual a ré se encontra agora incurso, ressalva que a repressão à prática da homofóbica ou transfóbica não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa, qualquer que seja a denominação confessional professada, sendo assegurado aos seus fiéis, sacerdotes ou ministros 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, bem assim é assegurado o direito de ensinar segundo sua orientação doutrinária e/ou teológica, desde 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.

Isso porque nem um direito individual pode ser reputado como um direito absoluto. Assim, quando um direito individual colide com demais direitos fundamentais, possível a sua restringibilidade, pois a construção dogmática da teoria geral dos direitos fundamentais preconiza a existência de limites aos aludidos direitos, observado, contudo, o âmbito de proteção desses direitos e os próprios limites aos limites dos direitos fundamentais de modo razoável e proporcional.

Assim, na análise do caso em comento vislumbra-se a ocorrência de uma fala preconceituosa e racista, sendo que somente a instauração da relação jurídico-processual, através do devido processo legal e da ampla defesa, permitirá a perquirição adequada da real intenção da agente ao proferir erráticamente o seu infeliz prosélito, que, inobstante, evidenciou um conjunto de ideias preconceituosas, contrariando, assim, entendimentos mais inclusivos acerca das diferentes posições e demandas sociais existentes em sociedade pluralista.

Em sentido diametral e aparentemente antagônico ao fenômeno da incriminação de condutas preconceituosas, correto que ao Estado está vedado qualquer forma de censura ou de ofensa à

liberdade de expressão, de pensamento ou de crença, mas, como dito acima, mesmo tais direitos devem ser exercidos por todos os cidadãos com responsividade, ainda que o valor fonte da dignidade humana, que é extraído do princípio constitucional conformador da dignidade, assegure a autonomia privada como um dos elementos estruturantes da dignidade de todo o ser humano.

Porém, como adverte Daniel Sarmento na sua antológica obra "Dignidade da Pessoa Humana, conteúdo, trajetórias e metodologia", o princípio da dignidade humana, que é o fundamento para uma sociedade inclusiva e ao respeito ao pluralismo, não pode servir a justificar intervenções autoritárias no âmbito das liberdades individuais, pois tais intervenções podem funcionar como um verdadeiro "Cavalo de Tróia" para as liberdades públicas. Desta feita, mesmo visões fundamentalistas ou pouco abertas ao pluralismo devem ser respeitadas, sob pena de um papel heterônomo da dignidade e da proteção dos direitos fundamentais.

Isso porque, como acentua o catedrático da UERJ, a autonomia da vontade, como conteúdo da dignidade humana deve englobar o léxico da filosofia política liberal: "planos de vida". Sendo que cada ser humano detém o seu próprio plano de vida, razão pela qual o Direito deve sempre evitar uma leitura limitativa da autonomia individual a partir da idealização da pessoa humana. Com efeito, mesmo posições que possam ser enxergadas em tese como posições fundamentalistas devem ser, contudo, respeitadas.

Entretanto, a cosmovisão de um indivíduo particular, a visão de mundo próprio, não o autoriza ao desrespeito ao direito de outrem, nem tampouco autoriza a instigação do preconceito àqueles que não comungam as mesmas concepções filosóficas ou religiosas.

Aliás, a noção de um direito penal liberal, limitado pela racionalidade e pela contenção do poder punitivo estatal, desaconselharia a resolução de desacordos morais razoáveis ou de polarizações sociais pelo espectro punitivo, pois, o mais adequado seria a adoção de políticas mais inclusivas e de políticas pedagógicas, sobretudo no campo educacional, para superação de eventuais desarmonias sociais, olvidando-se, assim, a atuação punitiva estatal de forma desarrazoada.

No entanto, as práticas do racismo e da homofobia em nosso país apresentam aspectos nefastos, sobretudo no que tange a violência que é praticada contra os grupos mais vulneráveis. Destacando-se, por exemplo, a atuação de grupos de extermínio de jovens negros em regiões periféricas de grandes cidades ou a verificação de elevados índices de homicídios e outros atos violentos perpetrados contra homossexuais e transsexuais. Razão pela qual uma excessiva contenção do Direito Penal também poderia se revelar vulneradora de direitos fundamentais, compreendendo-se, portanto, a lógica punitiva contra discursos de ódio.

Dessarte, nesses casos difíceis, há sempre uma tensão dialética entre o direito geral de liberdade e o dever de incriminação de condutas preconceituosas. Devendo haver, portanto, muita reflexão, ponderação e cuidado na solução jurídica desses casos colidentes.

Contudo, no caso vertente, a fala da ré em questão, mesmo que proferida no seu ambiente confessional e segundo a sua particular visão da dogmática cristã, ao que parece, teria exorbitado dos limites que lhes eram assegurados no que tange ao seu direito de liberdade de expressão, de liberdade de crença e de liberdade de pensamento, podendo, então, tal pronunciamento vir a ser enquadrado hipoteticamente como um ato de induzimento ou de instigação de práticas racistas ou preconceituosas. Sem que tal conclusão neste juízo de delibação consubstancie qualquer prejulgamento, mesmo porque, além da complexidade jurídica do caso em tela, as circunstâncias do suposto crime também envolvem uma análise de um contexto complexo, inclusive de um contexto sociocultural, a fim de que o processo em voga a ser instaurado se consubstancie em um processo justo.

De qualquer forma, sob a análise detida do caso vertente, alguém aduzir que "É um absurdo

peças cristãs levantando bandeiras políticas, bandeiras de pessoas pretas, bandeiras de LGBTQIA+, sei lá quantos símbolos tem isso aí. É uma vergonha. A nossa bandeira é Jeová Nissi, é Jesus Cristo. Ele é a nossa bandeira. Para de querer ficar postando coisa de gente preta, de gay" - proferindo tais dizeres preconceituosos para fiéis de uma congregação protestante e veiculando tal discurso na Internet - perpassa, sim, a noção inicial de que a intenção da agente seria, de fato, de induzir ou de incitar a discriminação ou preconceito de raça e cor, bem como o preconceito ou a discriminação de grupos identificados pelo ponto comum da vulnerabilidade com o movimento LGBT, em contraste com uma visão de mundo que apenas reconheça como titulares de direitos aqueles que são identificados com um pensamento heteronormativo.

Sendo assim, possível, desde logo, em um juízo perfunctório a verificação de indícios da prática delituosa ora imputada à ré, que é prevista no artigo 20, § 2º, da Lei nº 7.716/89, que é complementada ainda na forma da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, quando do julgamento da ADO nº 26/DF. Assim, ante aos indícios da aludida prática delituosa, impõe-se, então, que a denúncia ofertada seja recebida por este juízo.

Isto posto, RECEBO A PRESENTE DENÚNCIA ofertada pelo Ministério Público, uma vez que se encontram presentes os indícios mínimos de autoria e materialidade a ensejar a deflagração da presente ação penal.

Cite(m)-se/intime(m)-se o(s) acusado(s) para responder(em) a acusação, por escrito, onde poderá(ão) arguir preliminares, alegar tudo o que interesse a sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário.

Decorrido o prazo da apresentação de defesa preliminar do(s) réu(s) que não requereu(ram) a assistência imediata da Defensoria Pública, nomeio desde já o Dr. Defensor Público com atribuição junto a este juízo para patrocinar seus interesses, devendo o cartório abrir vista imediatamente do processo ao mesmo.

Atenda-se ao requerido pelo Ministério Público em cota de fls. 06 e seguintes.

Expeçam-se as diligências necessárias, de acordo com a Portaria nº 01/NFR02VCRI/2019.

Nova Friburgo, 26/08/2021.

Marcelo Alberto Chaves Villas - Juiz Titular

Autos recebidos do MM. Dr. Juiz

Marcelo Alberto Chaves Villas

Em ____/____/____

Código de Autenticação: **4YUZ.ADUZ.H435.IM43**
Este código pode ser verificado em: www.tjrj.jus.br – Serviços – Validação de documentos