



PODER
JUDICIÁRIO
DE ALAGOAS

Tribunal de Justiça

Gabinete do Juiz Conv. Alberto Jorge Correia de Barros Lima

Apelação Criminal nº. 0724140-91.2021.8.02.0001

Relator Designado: Juiz Conv. Alberto Jorge Correia de Barros Lima

Apelante: Jose Olímpio da Silva Filho.

Advogado: Adilson Souza Melro (OAB: 10747/AL).

Advogado: Alexandre Teixeira do Nascimento (OAB: 16362/AL).

Advogado: Luiz Matheus Marques de Góis (OAB: 18190/AL).

Advogado: Hermengardo Nascimento Júnior (OAB: 6709/AL).

Advogado: Mucio de Moraes Arruda (OAB: 4446/AL).

Advogado: Leonardo de Moraes Araújo Lima (OAB: 7154/AL).

Apelado: Ministério Público Estadual.

ACÓRDÃO

APELAÇÃO CRIMINAL. PENAL. PROCESSUAL PENAL. HOMOTRANSFOBIA. SUPOSTA PRÁTICA ATRAVÉS DE REDE SOCIAL. ART. 20, §2º DA LEI 7.716/89. QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA DAS PROVAS. INOCORRÊNCIA. PUBLICAÇÃO DA MENSAGEM. CONFISSÃO DO RÉU QUANTO A ELA. IDONEIDADE DA PROVA. DOLO DE PRATICAR, INDUZIR OU INCITAR DISCRIMINAÇÃO OU PRECONCEITO. NÃO DEMONSTRADO. AUSÊNCIA DE PROVA PLENA DA TIPICIDADE FORMAL DA CONDUTA. MENSAGEM PASSÍVEL DE MÚLTIPLAS INTERPRETAÇÕES. AUSÊNCIA DE PROVA PLENA DA TIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA. OFENSA GRAVE A BEM JURÍDICO PENALMENTE RELEVANTE. INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. INVIABILIDADE DE UTILIZAÇÃO DO DIREITO PENAL PARA A PROMOÇÃO DE VALORES PURAMENTE MORAIS, RELIGIOSOS, IDEOLÓGICOS. ELEMENTOS ESCASSOS PARA UMA CONDENAÇÃO CRIMINAL. *IN DUBIO PRO REO*. ABSOLVIÇÃO.

1. Na espécie, não há que se falar em nulidade das provas, por quebra da cadeia de custódia ou violação da legalidade, pois as capturas de tela são provas idôneas, não tendo a defesa se insurgido contra elas na primeira oportunidade. Demais, o apelante confessou as postagens.
2. Ausência de prova plena da denominada "homotransfobia" para configurar a tipicidade formal da conduta, seja porque a mensagem publicada é passível de mais de uma interpretação, seja porque, dentre essas interpretações, não restou demonstrado, com a clareza necessária para uma condenação criminal, o dolo de praticar, induzir ou incitar a discriminação ou/e o preconceito.
3. A tipicidade material da conduta, também, não restou satisfatoriamente demonstrada na prova dos autos, não se evidenciando ofensa relevante no conjunto probatório havidos nos limites da lide. Insuficiência probatória.
4. Não é constitucionalmente admissível que o direito penal seja utilizado para educação ou para promoção de valores puramente morais, religiosos, ideológicos.
5. Inexistindo prova plena para sustentar uma condenação criminal, o



PODER
JUDICIÁRIO
DE ALAGOAS

Tribunal de Justiça

Gabinete do Juiz Conv. Alberto Jorge Correia de Barros Lima

apelante deve ser absolvido (*in dubio pro reo*).

6. Apelo conhecido e provido. Decisão por maioria.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal de nº 0724140-91.2021.8.02.0001, em que figura, como parte apelante, Jose Olímpio da Silva Filho, devidamente qualificado nos autos, e, como parte apelada, o Ministério Público.

Acordam os membros da Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Alagoas, por maioria de votos, **conhecer e, no mérito, dar provimento à apelação criminal**, nos termos do voto do Relator.

Participaram deste julgamento os Excelentíssimos Senhores Desembargadores mencionados na certidão *retro*.

Maceió, *datado eletronicamente*.

Juiz Conv. Alberto Jorge Correia de Barros Lima
Relator Designado



PODER
JUDICIÁRIO
DE ALAGOAS

Tribunal de Justiça

Gabinete do Juiz Conv. Alberto Jorge Correia de Barros Lima

Apelação Criminal nº. 0724140-91.2021.8.02.0001

Relator Designado: Juiz Conv. Alberto Jorge Correia de Barros Lima

Apelante: Jose Olímpio da Silva Filho.

Advogado: Adilson Souza Melro (OAB: 10747/AL).

Advogado: Alexandre Teixeira do Nascimento (OAB: 16362/AL).

Advogado: Luiz Matheus Marques de Góis (OAB: 18190/AL).

Advogado: Hermengardo Nascimento Júnior (OAB: 6709/AL).

Advogado: Mucio de Moraes Arruda (OAB: 4446/AL).

Advogado: Leonardo de Moraes Araújo Lima (OAB: 7154/AL).

Apelado: Ministério Público Estadual.

RELATÓRIO

1. Trata-se de Apelação Criminal tombada sob nº 0724140-91.2021.8.02.0001, interposta por **José Olímpio da Silva Filho**, devidamente assistido por advogados, contra Sentença proferida pelo Juízo de Direito da 14ª Vara Criminal da Capital (págs. 229/248) que o condenou pelo crime do art. 20, §2º, da Lei 7.716/89, aplicando-lhe a pena definitiva de 02 (dois) anos e 09 (nove) meses de reclusão e 96 (noventa e seis) dias-multa, cada um a razão de 1/10 do salário-mínimo vigente à época do fato.

2. A defesa do recorrente pugnou em suma: i) pela nulidade das provas; ii) pelo reconhecimento da ausência de dolo; iii) subsidiariamente, requereu a revisão da dosimetria, para julgar como neutras, a culpabilidade e as circunstâncias do crime.

3. Feitos esses destaques, adoto o relatório aviado pelo Desembargador Relator nos seguintes termos:

2. Consta na denúncia do processo de origem que o apelante, através da rede social Instagram, publicou a imagem do ator Paulo Gustavo Amaral Monteiro de Barros em uma cena, conhecida nacionalmente, na qual o ator interrompe um casamento para pedir ao Padre a realização de um casamento entre pessoas do mesmo sexo, entre os personagens interpretados por ele e outro ator. Na legenda da imagem o seguinte texto foi postado pelo o ora apelante: "Esse é o ator Paulo Gustavo que alguns estão pedindo oração e reza. E você vai orar ou rezar? Eu oro para que o dono dele o leve para junto de si".

3. Na ótica da acusação, houve clara referência de que estaria, o líder religioso, ora apelante, orando pela morte do ator e as razões são justificadas pela escolha da imagem, representativa da defesa do ator pelo



PODER
JUDICIÁRIO
DE ALAGOAS

Tribunal de Justiça

Gabinete do Juiz Conv. Alberto Jorge Correia de Barros Lima

casamento entre pessoas do mesmo sexo. Em seguida, após a grande repercussão nacional decorrente da postagem e dos dizeres discriminatórios, o ora recorrente, através da mesma página na rede social Instagram, publicou uma nota oficial. Nela, o apelante, apesar de intitular a postagem como "pedido de desculpa e perdão", refez publicação **incitando o preconceito**, ao afirmar que "a minha insensatez foi tentar defender a honra de Deus, muitas vezes ultrajada de muitos modos e de muitas maneiras e por muitas pessoas, esquecendo-me eu, de que Deus, o Criador do céu e da terra não precisa de quem defenda sua honra", o que, segundo o Órgão Ministerial, não serviria como justificativa para uma suposta ofensa à honra de Deus.

4. Por conta desse fato, o Ministério Público capitulou a conduta do agente como crime de racismo, nos termos do art. 20, § 2º, da Lei nº 7.716/89.

5. Após a etapa instrutória e decisória, o ora apelante foi condenado pela prática do crime a ele atribuído, tendo recebido a pena total de 02 (dois) anos e 09 (nove) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente aberto, substituída, logo em seguida, por duas penas restritivas de direito, quais sejam: prestação de serviços à comunidade pelo tempo correspondente à pena aplicada com duração de 06 (seis) horas semanais e prestação pecuniária no valor de 30 (trinta) salários mínimos.

6. Por discordar da decisão, a defesa se insurgiu com este recurso.

7. Defendeu que a imputação delitiva feita em detrimento do réu figurou como ofensa ao princípio da legalidade, notadamente porque equiparar o delito de racismo à homofobia, a qual não está prevista em lei como crime rigorosamente, representou analogia *in mallam partem*. 8. Argumentou que houve ofensa ao instituto da cadeia de custódia da prova digital, pois o Ministério Público juntou como prova da materialidade um mero *print* (foto de tela), nada indicando sobre as circunstâncias em que o material digital foi coletado, o que soaria essencial para se garantir a integridade da prova e que não houve quebra da cadeia de custódia da mesma. Na ótica da defesa, se faria necessário juntar a autenticação eletrônica daquele material, pois não bastaria a imagem (que pode ser facilmente manipulada), devendo ser apresentados os metadados técnicos que podem ser colhidos por meio de ferramentas simples que certificam a validade do que é apresentado como prova.

9. Impugnou o fato de o Juiz ter considerado irrelevante os depoimentos das testemunhas de defesa ouvidas na fase judicial, notadamente porque tais elementos probatórios também trouxeram pontos essenciais, os quais o Magistrado deveria ter levado em consideração, quando da prolação de sentença.

10. Defendeu a ausência de dolo na conduta do agente, pois a mensagem emitida pelo Pastor, ora apelante, não



PODER
JUDICIÁRIO
DE ALAGOAS

Tribunal de Justiça

Gabinete do Juiz Conv. Alberto Jorge Correia de Barros Lima

teve por finalidade ofender a comunidade LGBTQIA+, de maneira que, quando o recorrente expressou "o leve para junto de si", estava fazendo referência "a junto de Deus", "próximo a Deus", "à casa de Deus", e não à morte do ator, como alguns interpretaram erroneamente.

11. Destacou que a decisão ora impugnada padeceu de subjetividade, de modo que o réu teria sido condenado por força de conjecturas, análises superficiais e subjetivas, fundadas tão somente no ideário do Magistrado.

12. Em caráter subsidiário, pleiteou a reforma da dosimetria da pena, pois compreendeu que, ao valorar negativamente a culpabilidade, o Magistrado se amparou numa possibilidade de o recorrente, na condição de Pastor, influenciar seus fiéis, o que não figurou, neste caso, como um fato específico comprovado, mas apenas como algo possível. Quanto às circunstâncias do crime, na ótica da defesa, o Juiz teria se utilizado de elementos inerentes ao tipo penal imputado ao réu, para, então, aumentar a pena a ele aplicada, pois, como o réu foi condenado na modalidade qualificada de racismo, em razão da disseminação do ódio mediante as redes sociais, tal fator não poderia ter sido usado como argumento apto a aumentar a sanção, sob pena de bis in idem.

13. Às fls. 283-288, o Ministério Público Estadual pugnou pela manutenção do juízo condenatório, destacando que houve apresentação de provas válidas para demonstrar a autoria e materialidade delitiva, como também restou razoavelmente comprovada a tipicidade da conduta criminosa do agente. Em acréscimo, salientou que não houve vício no cálculo da reprimenda.

14. Às fls. 294-298, o Promotor de Justiça designado, Luiz José Gomes Vasconcelos, opinou pelo conhecimento e não provimento do apelo, momento em que reiterou a linha de entendimento da acusação

4. Na sessão datada de 27/09/2023 o Relator proferiu voto no sentido de negar provimento ao recurso, mantendo a condenação do recorrente pelo delito previsto no art. 20 e §2º da Lei 7.716/89, nos exatos termos da Sentença de primeiro grau.

5. Na oportunidade, pedi vista dos autos. Em sequência, proferi Voto, em 08 de novembro de 2023, quando então houve outro pedido de vista.

6. Devolvido na sessão de 29 de abril do corrente ano, a maioria concordou com o Voto divergente, por isso fui designado para lavrar o Acórdão.

7. É o relatório.



PODER
JUDICIÁRIO
DE ALAGOAS

Tribunal de Justiça

Gabinete do Juiz Conv. Alberto Jorge Correia de Barros Lima

VOTO

8. Constata-se a presença de todos os pressupostos recursais, extrínsecos e intrínsecos, alicerçados no art. 593 e seguintes do CPP, bem como a não configuração da prescrição da pretensão punitiva, nos termos do art. 109 c/c o art. 111, ambos do CPP, o que autoriza o conhecimento e a incursão no mérito do recurso.

9. Nas razões, a defesa suscitou preliminarmente, a nulidade das provas, por quebra da cadeia de custódia e, ainda, violação ao princípio da legalidade. Tais argumentos foram analisados pelo Relator, cujas razões de decidir, adoto com uma ressalva específica. Fez ver o Relator:

16. Quanto à tese de nulidade das supostas provas obtidas por meio ilícito, não há como prosperar a tese da defesa. Apesar de ter sido alegada uma possível violação ao instituto da cadeia de custódia da prova, no sentido de que não haveria segurança jurídica em relação à veracidade dos *prints* que denotam a materialidade delitativa, não se pode perder de vista que tal documento sempre esteve juntado aos autos e a defesa jamais se insurgiu contra a sua legalidade, somente agora apontando uma possível ausência de plausibilidade.

17. Ocorreu, portanto, no presente caso, o fenômeno da preclusão temporal da arguição da referida matéria, nos termos do art. 571, inciso II, do CPP, pois tal argumento não foi trazido na fase de instrução, somente tendo despontado nos autos no presente momento.

18. Nesse sentido é o entendimento do STJ. Veja-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO INTERNACIONAL. NULIDADES. ALEGADA QUEBRA DE CADEIA DE CUSTÓDIA. MATÉRIA NÃO ARGUÍDA DURANTE A INSTRUÇÃO DO FEITO. MANIFESTAÇÃO SOMENTE APÓS A SENTENÇA. PRECLUSÃO. CONTEÚDO DAS MÍDIAS DISPONIBILIZADO À DEFESA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. DEMAIS PROVAS DOS AUTOS SUFICIENTES PARA FUNDAMENTAR A CONDENAÇÃO. ALTERAÇÃO QUE DEMANDARIA REVOLVIMENTO FÁTICO PROBATÓRIO. COGNIÇÃO SUMÁRIA DO HABEAS CORPUS DIANTE DA PENDÊNCIA DO RECURSO DE APELAÇÃO. AGRAVO DESPROVIDO. 1. A alegação de quebra da cadeia de custódia por supostas nulidades que teriam ocorrido em razão de inconsistências, irregularidades e ausência de documentos, áudios e arquivos no processo digital não foi arguida durante a instrução do processo, somente tendo sido questionada após ter sido proferida sentença



PODER
JUDICIÁRIO
DE ALAGOAS

Tribunal de Justiça

Gabinete do Juiz Conv. Alberto Jorge Correia de Barros Lima

condenatória. Nesse contexto, é certo que não tendo sido apontada no momento oportuno, nos termos do art. 571, inciso II, do Código de Processo Penal - CPP, fica preclusa a apontada nulidade, supostamente ocorrida durante a instrução do feito. [...] (AgRg no HC n. 710.082/MT, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 6/3/2023, Dje de 9/3/2023, grifo nosso)

19. Em acréscimo, não se pode perder de vista que o próprio acusado confessou ter feito a mensagem que inicialmente resultou em prática delitativa, tendo feito também nova postagem, a título de reparar o conteúdo que havia publicado anteriormente.

20. Ademais, não houve efetiva demonstração de prejuízo por parte da defesa, ao levantar a presente tese, motivo pelo qual rejeito a preliminar arguida pela defesa, nos termos dos arts. 563 e 566 do CPP.

21. Quanto à alegada violação ao princípio da legalidade, notadamente por suposta configuração de analogia *in mallam partem*, melhor sorte não socorre ao réu. Isso porque a Suprema Corte apreciou idêntico argumento, mas não acolheu, tendo compreendido, na verdade, que havia uma mora normativa de tratar sobre ofensas homofóbicas, ao menos do ponto de vista criminal, o que justificaria a extensão da tipificação prevista para os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero.

22. No ponto, confira-se a decisão do STF:

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL. MANDADO DE INJUNÇÃO. DEVER DO ESTADO DE CRIMINALIZAR AS CONDUTAS ATENTATÓRIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. HOMOTRANSFOBIA. DISCRIMINAÇÃO INCONSTITUCIONAL. OMISSÃO DO CONGRESSO NACIONAL. MANDADO DE INJUNÇÃO JULGADO PROCEDENTE. 1. É atentatório ao Estado Democrático de Direito qualquer tipo de discriminação, inclusive a que se fundamenta na orientação sexual das pessoas ou em sua identidade de gênero. 2. O direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou expressão de gênero e a orientação sexual. 3. À luz dos tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil é parte, deduz-se da leitura do texto da Carta de 1988 um mandado constitucional de criminalização no que pertine a toda e qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais. 4. A omissão legislativa em tipificar a discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero ofende um sentido mínimo de justiça ao sinalizar que o sofrimento e a violência dirigida a pessoa gay, lésbica, bissexual, transgênera ou intersex



PODER
JUDICIÁRIO
DE ALAGOAS

Tribunal de Justiça

Gabinete do Juiz Conv. Alberto Jorge Correia de Barros Lima

é tolerada, como se uma pessoa não fosse digna de viver em igualdade. A Constituição não autoriza tolerar o sofrimento que a discriminação impõe. 5. A discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero, tal como qualquer forma de discriminação, é nefasta, porque retira das pessoas a justa expectativa de que tenham igual valor. 6. Mandado de injunção julgado procedente, para (i) reconhecer a mora inconstitucional do Congresso Nacional e; (ii) aplicar, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito, a Lei 7.716/89 a fim de estender a tipificação prevista para os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero. (MI 4733, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 13/06/2019, PROCESSO ELETRÔNICO Dje-238 DIVULG 28-09-2020 PUBLIC 29-09-2020, grifo nosso)

10. Aqui a ressalva, na verdade, é ao entendimento, data máxima vênua, do próprio Supremo Tribunal Federal. Com efeito, compreende-se que o princípio constitucional da legalidade deve ser entendido, na sua própria expressão (CF, art. 5º, XXXLX), com a tríplice **significação impositiva**: i) **legalidade estrita** (*não há crime sem lei*); ii) anterioridade (*anterior*); iii) taxatividade (*que o defina*). Na primeira significação impositiva, não há alternativas interpretativas possíveis, ante o direito fundamental à liberdade, a não ser a que assegura **que só lei, em sentido estrito, é que pode criminalizar. Lei, não decreto; lei, não resolução; lei, não ADO**. O princípio da legalidade advém do liberalismo clássico e é um limite ao *jus puniendi* estatal compreendido como direito fundamental de primeira dimensão ou geração, direito oponível ao Estado.

11. É evidente que, nada obstante, não há outro caminho **senão seguir a orientação obrigatória da Corte Suprema, mas em razão do seu efeito vinculante**, como bem destacado pelo Relator. Registre-se, entretanto, que não obstante a ressalva, compreende-se que, em termos de ofensividade (ofensa ao bem juridicamente tutelado), o preconceito e/ou a discriminação relativas à orientação sexual **é materialmente tão grave quanto às descritas na Lei 7.716/89**. A ressalva, portanto, é pertinente, **tão só**, à competência restrita ao Congresso Nacional por imposição do Princípio Constitucional da Legalidade conforme acima fundamentado (neste sentido, vide: BARROS LIMA, Alberto Jorge Correia de. **Direito Penal Constitucional – A imposição dos princípios constitucionais penais**. São Paulo: Saraiva, 2012).

12. Quanto ao mérito, o eminente Desembargador encaminhou voto no sentido de



PODER
JUDICIÁRIO
DE ALAGOAS

Tribunal de Justiça

Gabinete do Juiz Conv. Alberto Jorge Correia de Barros Lima

negar provimento ao apelo, entendendo, em consonância com o Juízo singular, que haveriam provas suficientes para condenar o recorrente pelo delito de prática, incitação ou induzimento ao racismo (no caso, à comunidade LGBTQIA+).

13. Entretanto, analisando o suporte probatório, não se vislumbra, com todas as vênias devidas, a possibilidade de condenação.

14. A Sentença Condenatória firmou que a conduta do apelante restava subsumida ao tipo penal previsto no art. 20 e §2º da Lei 7.716/89 cujo texto é o seguinte:

Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Pena: reclusão de um a três anos e multa.

§ 2º Se qualquer dos crimes previstos neste artigo for cometido por intermédio dos meios de comunicação social, de publicação em redes sociais, da rede mundial de computadores ou de publicação de qualquer natureza:

Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa

15. Tem-se, na espécie, um delito de ação múltipla ou conteúdo variado. Ou seja, seu **tipo objetivo** é composto por três núcleos (=verbos que representam cada uma das condutas): "praticar", "induzir" ou "incitar". Praticar significa realizar efetivamente; induzir significa fazer nascer a ideia; incitar implica em incentivar a prática discriminatória ou preconceituosa.

16. O tipo, também, é composto por dois elementos descritivos: a "discriminação" e o "preconceito". "Discriminação" traz a ideia de hostilidade, segregação, intolerância, maleficência, enquanto "preconceito", denota repulsão, aversão, ódio, ojeriza. A observação a estes significados em sua inteireza é fundamental para compreender que o tipo penal exige um comportamento **socialmente danoso**. Aqui há delito que transcende a ideia de uma vítima individualizada para atingir um grupamento de pessoas, não se trata, pois, de injúria racial, mas prática, induzimento e instigação do preconceito e/ou discriminação contra **todo** um conjunto de pessoas LGBTQIA+ (trata-se de um acrônimo para lésbicas, *gays*, bissexuais, travestis, *queer*, intersexo, assexual e outras identidades de gênero que não o denominado "cis-heteronormativo").

17. Assim, é necessário que o agente **pratique o preconceito** ou/e a discriminação, realizando-os, um ou outro ou ambos; **induza**, fazendo nascer a ideia em outras pessoas; ou/e



PODER
JUDICIÁRIO
DE ALAGOAS

Tribunal de Justiça

Gabinete do Juiz Conv. Alberto Jorge Correia de Barros Lima

incite, incentivando outrem à discriminação ou/e preconceito contra a comunidade LGBTQIA+ e **não contra o indivíduo considerado isoladamente**. Segundo a denúncia houve incitação ao preconceito, pois o agente teria incentivado o ódio, a repulsão e a ojeriza **ao ator** por conta de sua orientação sexual, apesar de ressaltar que ele é somente "sujeito passivo secundário".

18. Obviamente que o tipo só existe na modalidade dolosa. O dolo, não é outra coisa senão a cognição e a volição quanto aos elementos objetivos do tipo e uma conduta potencialmente capaz de realizá-los.

19. Colocada a definição do tipo de injusto doloso, verifica-se que a conduta do agente resume-se a uma publicação, em rede social (*Instagram*), com uma foto de um ator (Paulo Gustavo) retirada de um filme, em que ele se encontra no interior de uma igreja, com o acréscimo da seguinte frase: "*esse é o ator Paulo Gustavo que alguns estão pedindo oração e reza. E você vai orar ou rezar? Eu oro para que o dono dele o leve para junto de si*" (vide fls. 40).

20. Para o Ministério Público, quando da denúncia, a imagem extraída é de uma cena "conhecida nacionalmente" (!?) na qual o ator, interpretando personagem, interrompe um casamento para pedir a um padre a realização de matrimônio entre pessoas do mesmo sexo. Todavia, advirta-se, primeiro não se pode pressupor que nacionalmente se conheça a película, muito menos a cena, segundo não há na publicação o desenrolar da cena, ou seja o seu desenvolvimento, mas, tão só, **uma imagem congelada**.

21. Por fim, o apelado publica, ainda, em uma segunda postagem, um "pedido de desculpa e perdão", firmado que sua "*insensatez foi tentar defender a honra de Deus, muitas vezes ultrajada de muitos modos e de muitas maneiras e por muitas pessoas, esquecendo-me eu, de que Deus, o criador do céu e da terra, não precisa de quem defenda sua honra*", frase que é entendida pela acusação como uma **incitação ao preconceito**, embora o apelante tenha dito, ao final da frase, que não desejava a morte do ator: *Quão tolo eu fui! Por ter escrito a sandice que escrevi, mesmo sem no meu íntimo desejar a morte de ninguém, pois apesar de minhas fraquezas, sou um cristão convicto...*

22. Não há mais nada. Não há outras afirmações, ou outras fotografias em sequência. Não há filmagens. Só há repercussão. A própria prova testemunhal produzida no primeiro grau



PODER
JUDICIÁRIO
DE ALAGOAS

Tribunal de Justiça

Gabinete do Juiz Conv. Alberto Jorge Correia de Barros Lima

é considerada pelo Juiz, na origem, de "*pouca relevância*" (vide fls. 239).

23. Pode se inferir, então, incitação a segregação, intolerância, maleficência, repulsão, aversão, ódio ou/e ojeriza ao ator por sua orientação sexual e com isso **a toda a comunidade LGBTQIA+?** Pode se extrair que a expressão "dono dele" se reporta à "lúcifer", ao "demônio" ou qualquer entidade do mal? Pode se conjecturar que, como pastor e, portanto, uma liderança religiosa, haveria um desejo de morte do ator Paulo Gustavo e, para além, de todo o grupamento? Ou, ao revés, como quer a Defesa, tão só, um desejo de alívio do sofrimento do ator que estava com Covid, para que Deus, uma entidade benigna, o confortasse? E mais, ainda que qualquer das interpretações anteriores esteja correta, qual a conexão de qualquer delas com a sexualidade ou "orientação sexual" do ator? E se for afirmada a conexão, de onde ela é extraída? **Da foto de um filme?** Por conta de uma personagem fictícia do cinema? Da orientação sexual do ator na vida real? Há provas de que o apelante assistiu a película? Há provas que saiba sobre a orientação sexual do autor? Onde há configuração de que o apelante contestou a questão do casamento entre pessoas do mesmo sexo? O Direito de religião permitiria essa contestação?

24. Anote-se que o Juiz, no primeiro grau, além de deixar claro que a prova testemunhal produzida em audiência foi "pouco" relevante, fazendo ver que as testemunhas arroladas pela acusação interpretam as frase do apelante de uma maneira, e as arroladas pela defesa de outra oposta, ele próprio **se vale de uma interpretação sacada a partir das frases para o juízo condenatório**. Não que não estejamos todos voltados à uma tarefa interpretativa – estamos –, mas a interpretação não pode colmatar o tipo penal em espeque sem que haja **prova plena** do que efetivamente quis dizer o apelante, máxime no pertinente a tipicidade material.

25. Percebe-se que para caracterização da tipicidade é necessário **prova plena**, nunca conjecturas ou ilações. Desconfiança e suposições não podem, por desdobramento interpretativo, colmatar a tipicidade penal. **Prova plena é aquela que traduz certeza, a única, portanto, capaz de levar a um juízo condenatório**.

26. Já a tipicidade penal, pode ser formal e material. A tipicidade formal é descrita por Muñoz Conde como "a adequação de um fato cometido à descrição que dele se faz na lei penal" (**Teoria Geral do Delito**. Trad. Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1988, p.



PODER
JUDICIÁRIO
DE ALAGOAS

Tribunal de Justiça

Gabinete do Juiz Conv. Alberto Jorge Correia de Barros Lima

41). Já a tipicidade material é a efetiva ofensa ao bem jurídico (para aqueles que defendem a teoria do bem jurídico) no caso concreto, ofensa significativa a dignidade de determinado grupo e da própria vítima especificada.

27. Note-se, assim, **que para fins de direito penal**, notadamente em virtude da tipicidade fechada, corolário do princípio constitucional da legalidade penal, não se pode extrair, só e somente só, com essas publicações, que o apelante tenha praticado, induzido ou/e **instigado** preconceito ou discriminação ao reportado autor ou/e por desdobramento a comunidade LGBTQIA+ por sua "orientação sexual". Não há **prova plena** da denominada "homotransfobia".

28. Evidente que a frase inicial é uma lástima, na medida que dela se extrai a possibilidade interpretativa que o réu pretendia, orando, que o ator fosse para o inferno por sua orientação sexual. Porém, não se sabe, senão através de suposições, qual era sua real significação, especialmente não havendo outras provas que colmatem o sentido pretendido, notadamente quanto à amplitude (para todo um grupamento?). Perceba-se que não há qualquer menção, expressa através de palavras, à orientação sexual do ator. Ademais, a oração referida pelo apelante seria para quem? Para Deus? Ou para o diabo? Há orações para o demônio ou qualquer outra entidade "sobrenatural"? É possível orar para Deus com a intenção de que um semelhante morra ou vá para o inferno? São perguntas que o suporte probatório não responde.

29. O apelante é um pastor evangélico que, após as repercussões de sua fala, retirou a postagem, pediu perdão, dizendo que foi infeliz e **não desejava a morte de um semelhante**. Entretanto, afirmou, é certo, ter **tentado "defender a honra de Deus"**, como se ela fosse ferida. A interpretação das duas frases, é verdade, **pode** levar ao entendimento de que a orientação sexual do ator ou/e da personagem do filme **ofenderia a honra de um determinando Deus louvado pelo apelante**. O "pode" se explica pela ausência de especificação quanto à orientação sexual.

30. Diga-se, de logo e por importante, que não obstante o direito de religião deva ser professado, a liberdade religiosa não permite discriminação e/ou preconceito, no sentido legal do termo, contra quem quer que seja, pois o Brasil adotou como princípio fundamental a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III). **A religião, assim, há de moderar o seu exercício nos termos da Carta Magna.**



PODER
JUDICIÁRIO
DE ALAGOAS

Tribunal de Justiça

Gabinete do Juiz Conv. Alberto Jorge Correia de Barros Lima

31. A defesa de crenças e dogmas religiosos, por outro lado, está protegida pela liberdade de culto e de religião. Por isso, ainda que se entenda, que no contexto, especialmente retirado da segunda frase, tenha ficado absolutamente claro – **não ficou** – que a orientação sexual do ator atingiria "*a honra de Deus*" (SIC), não há aqui intolerância que desdobre para o preconceito e a discriminação especificada na lei penal em espeque, porém, apenas uma crença, mais propriamente um dogma relacionado ao suposto pecado dessa orientação e, **por absurda e fundamentalista que seja essa lógica**, ela estaria acobertada pelo direito à liberdade religiosa. O fato de intitular a "nota" de "pedido de desculpa e de perdão" revela, de um lado, a preocupação com a repercussão da primeira postagem e, de outro, pode significar – **não há prova segura que signifique** – que a religião que ele professa entende – ou ele entende que sua religião entende – como pecado (= "*ultraja a honra de Deus*") a orientação sexual do ator e/ou da personagem. Se "*os muitos modos*" e as "*muitas maneiras*" utilizada no texto querem significar orientação sexual – **não se sabe ao certo** – aqui a ideia que se extrai, ainda que anacrônica e fundamentalista, é só, e somente só, professada **como se pecado fosse**, não transbordando para **prática** discriminatória ou preconceituosa tal qual prevista em lei, muito menos para o **induzimento** ou **instigação** ao preconceito e a discriminação, tampouco para o que se convencionou chamar de "discurso de ódio", uma espécie de "tipo ideal" weberiano obtido de forma unilateral por um ou vários pontos de vista, "e mediante o encadeamento de grande quantidade de fenômenos isolados dados, difusos e discretos, que se podem dar em maior ou menor número ou mesmo faltar por completo" (WEBER, Max. A objetividade do conhecimento nas ciências sociais. In: COHN, Gabriel (Org.). FERNANDES, Florestan (Coord.). **Weber – Sociologia. Coleção Grandes Cientistas Sociais, 13**. São Paulo: Ática, 1999, p.106).

32. O artigo 18º da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) afirma que:

Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de convicção, assim como a liberdade de manifestar a religião ou convicção, sozinho ou em comum, tanto em público como em privado, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pelos ritos.

33. A Constituição Federal, por sua vez, assegura no artigo 5º, VI, como direito fundamental que:



PODER
JUDICIÁRIO
DE ALAGOAS

Tribunal de Justiça

Gabinete do Juiz Conv. Alberto Jorge Correia de Barros Lima

É inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias.

34. A Declaração Universal de Direitos Humanos e a Constituição Brasileira determinam que não é possível derrogar dogmas religiosos, ainda que com eles não se concorde **ou que estejam dissociados da mais elementar racionalidade**. Claro que, insista-se, não se pode invocar o direito de religião para praticar violência ou expor as pessoas à violência, para prática comprovada de hostilidades graves e intoleráveis relacionadas a maleficência, a repulsão a aversão, a ojeriza **por razões** de raça, cor, etnia, religião, procedência nacional, **orientação sexual, gênero etc.**

35. Perceba-se, neste contexto, mas noutro norte, que a intervenção penal não pode prosperar para impor padrões morais de condutas. Essa moral, afirma Roxin, “não é nenhum bem jurídico – no sentido em que temos precisado tal conceito, deduzindo-o do fim do Direito Penal” (ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. Trad. A.P. dos Santos e L. Natscheradetz. Lisboa: Vega, 1993, p. 30). Ao Direito Penal somente é possível a garantia da ordem pacífica externa da comunidade, não está ele legitimado, tampouco é adequado, para a educação moral dos cidadãos (ROXIN, Claus. **Iniciación al derecho penal de hoy**. Trad. Muñoz Conde e Luzón Pena. Sevilla: Univ. de Sevilla, 1981, p. 28).

36. Nos autos é possível retirar conclusões, porém por suposições, todavia elas não bastam. Não se vislumbra de todo o suporte probatória **prova plena** da tipicidade formal, da tipicidade material, tampouco, e antes, do próprio dolo e, na dúvida, a ordem jurídica determina que se resolva em favor do réu.

37. Em um Estado Democrático de Direito que tenha como base a já mencionada dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III) e o propósito de propiciar o bem da comunidade (CF, art. 3º, IV), não é possível a utilização do Direito Penal por conta da repercussão dos fatos, por questões emocionais, identitárias, ou puramente ideológicas. É por isso que a própria Constituição, limitando a intervenção penal, fixando balizas intransponíveis aos juízes, prescreve-lhes limites e formas de atuação, fazendo-os, por outro lado, também, garantidores desse sistema no nosso ordenamento. Daí a afirmação de Ferrajoli, para quem:



PODER
JUDICIÁRIO
DE ALAGOAS

Tribunal de Justiça

Gabinete do Juiz Conv. Alberto Jorge Correia de Barros Lima

a sujeição do juiz à lei já não é de facto, como no velho paradigma juspositivista, sujeição à lei somente quando válida, ou seja, coerente com a Constituição. E a validade já não é, no modelo constitucionalista-garantista, um dogma ligado à existência formal da lei, **mas uma sua qualidade contingente ligada à coerência – mais ou menos opinável e sempre submetida à valoração do juiz – dos seus significados com a Constituição. Daí deriva que a interpretação judicial da lei é também sempre um juízo sobre a própria lei, relativamente à qual o juiz tem o dever e a responsabilidade de escolher somente os significados válidos, ou seja, compatíveis com as normas constitucionais substanciais e com os direitos fundamentais por elas estabelecidos.** (FERRAJOLI, Luigi. O Direito Como Sistema de Garantias. *Revista do Ministério Público*, n.º 61, Lisboa, jan-mar, 1995, p. 41)

38. A delimitação da área criminalizável, em um Estado Democrático de Direito constitucionalmente consagrado parte, observado o imperativo categórico kantiano, "do princípio da liberdade e da tolerância – da máxima liberdade individual compatível com a liberdade alheia e, assim, da máxima tolerância compatível com uma vida em comum" (CUNHA, Maria da Conceição Ferreira. **"Constituição e Crime" – Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização**. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995, p. 136). Em sociedades pluralistas e democráticas o Direito Penal somente se impõe quando evidenciado, por prova plena, verdadeiros "danos sociais" provocados pela conduta do agente, comprometedores das condições básicas da vida em sociedade. Valores **puramente** morais, religiosos ou ideológicos não podem ser acobertados pela tutela penal, "cuja punição redundaria numa intromissão indevida na liberdade de consciência individual" (CUNHA, Maria da Conceição Ferreira. **"Constituição e Crime" – Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização**. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995, p. 136).

39. Dos fatos efetivamente existentes, hauridos do escasso acervo probatório, e das normas havidas na ordem jurídica brasileira, não se extrai, com segurança, a existência de um crime e, não se extrai, por dúvidas quanto ao dolo e pertinentes a sua adequação típica formal e material.

40. **Diante do exposto, não havendo prova suficiente para sustentar uma condenação criminal, com fundamento no artigo 386, VII (in dubio pro reo), dou provimento ao recurso para, reformado a sentença, absolver o apelante.**



PODER
JUDICIÁRIO
DE ALAGOAS

Tribunal de Justiça

Gabinete do Juiz Conv. Alberto Jorge Correia de Barros Lima

41. É como voto.

Maceió, *datado eletronicamente*.

Juiz Conv. Alberto Jorge Correia de Barros Lima
Relator Designado