

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, ART. 28, §1º

Autos nº 1041610-72.2023.8.26.0050 - Juízo do Dipo 3 – Comarca da Capital

Investigada: MARCELLE DECOTHE DA SILVA

Interessado: Flávio Nantes Bolsonaro

Assunto: revisão de promoção de arquivamento de representação criminal – possibilidade – crime previsto na Lei n. 7.716/89 praticado através de rede social – necessidade de instauração de inquérito policial para apuração do fato.

Cuida-se de Representação Criminal/Notícia de Crime protocolada por FLÁVIO NANTES BOLSONARO, Senador da República, em face de MARCELLE DECOTHÉ DA SILVA, qualificada as fls. 146, por fatos ocorridos no dia 24 de setembro de 2023, nesta cidade e comarca de São Paulo.

Verte da representação que na ocasião dos fatos, enquanto estava sendo realizada uma partida de futebol pela Copa do Brasil envolvendo os times do São Paulo Futebol Clube e Clube de Regatas Flamengo, no estádio do Morumbi, nesta Capital, a representada MARCELLE postou em sua conta @marcelledecothé no *Instagram*, uma foto da torcida do São Paulo e escreveu a seguinte mensagem: **“Torcida branca, que não canta, descendente de europeu safade... Pior tudo de pauliste”** (cf. fls. 148).

Conforme a representação, assim agindo, MARCELLE, na ocasião dos fatos ocupando o cargo assessora do Ministério da Igualdade Racial, teria praticado crime de discriminação ou preconceito pela cor (branca) e procedência (europeu).

Além disto, a representada também teria praticado discriminação e preconceito contra os paulistas e paulistanos na medida que lhes atribuiu a pecha de safados e com a expressão “pior de tudo de pauliste”, teria demonstrado claro preconceito no que se refere à origem ou procedência nacional.

Diante disto, concluiu o Ilustre Representante que MARCELLE praticou o crime previsto no art. 20 da Lei n. 7.716/89, com a qualificadora prevista nos parágrafos 2º e 2º - A do mesmo artigo, e solicitou a apuração dos fatos para responsabilização civil e criminal da representada (fls. 146/160).

Também foram juntadas aos autos as representações criminais envolvendo os mesmos fatos ofertadas por Yuri Pimentel Kirihata (fls. 01/02), o Deputado Federal Paulo Francisco Muniz Bilynskyj (fls. 24/28), Renato Paulo (fls. 38/39), Fernando Holiday Silva Bispo (fls. 40/45), Leandro Scabini Campos (fls. 50/52), o Deputado Estadual Gildevânio Ilso dos Santos Diniz (fls. 53), Thiago Marchiori Tognini (fls. 61/62), o Deputado Federal Kim Patroca Kataguirí e Amanda Vettorazzo Carneiro (fls. 77/79), além de outras duas pessoas cujos dados são sigilosos.

Ao receber o expediente, a Ilustre Promotora de Justiça oficiante no Gecradi promoveu o arquivamento, argumentando que pela detida análise dos autos, verifica-se que os fatos narrados não encontram subsunção penal, restando ausente materialidade. Ponderou que os crimes de ódio, ou de discriminação/preconceito, dentre os quais os da Lei 7716/89, se relacionam às situações nas quais o Constituinte, seja originário ou derivado, coloca um reforço de proteção, ou seja, uma proteção especial, em relação a determinados grupos que tiveram e têm os direitos sistematicamente violados, tipificando como penalmente relevantes determinadas condutas praticadas contra esses grupos ou contra os indivíduos enquanto componentes de tais grupos, em busca de parâmetros civilizatórios de igualdade.

Destacou que o ódio penalmente típico é aquele que, além de exteriorizado, é voltado contra grupos especialmente protegidos, ou seja, grupos vulneráveis no contexto histórico-sociológico ou contra pessoas enquanto componentes de tais grupos, sob a lógica de exercício de poder e hierarquização de seres humanos.

Nesse linha, prosseguiu argumentando que não é qualquer ódio exteriorizado que encontra tipicidade penal, mas apenas aqueles voltados contra determinados grupos vulneráveis no contexto histórico-sociológico e concluiu que, “não é possível qualificar como penalmente típico ódio exteriorizado contra grupos dominantes, na medida em que a vulnerabilidade histórico-social é elemento do tipo penal. É dizer, não é qualquer raça que encontra proteção legal na Lei 7716/89, mas tão somente as raças ou grupos que experimentaram, ao longo da formação histórico-cultural de determinada sociedade, reiteradas e estruturadas violações de direitos, com consequências pretéritas e atuais relevantes em termos de supressão de direitos”. (fls. 01/09)

A Culpa Magistrada determinou a remessa dos autos ao arquivo (fls. 66).

O representante FLÁVIO NANTES BOLSONARO peticionou nos autos manifestando inconformismo com a promoção de arquivamento, nos termos do art. 28, § 1º, do Código de Processo Penal (fls. 93 e seguintes).

Reiterou os termos da representação inicial e destacou que a investigada praticou inegável crime de racismo por intermédio de publicação em rede social e em local destinado a práticas esportivas, pleiteando a instauração de procedimento para a apuração dos fatos.

A Culpa Magistrada, então, determinou a remessa dos autos a esta Procuradoria-Geral de Justiça, nos termos do §1º do art. 28 do CPP (fls. 182).

Eis o relato do necessário.

Em que pese o entendimento da Ilustre Promotora de Justiça, com razão o nobre representante.

Algumas considerações acerca do tratamento dispensado ao crime de racismo são pertinentes, em face da matéria objeto destes autos, consoante exposto a seguir.

Nos termos do art. 5º, inciso XLII, da Constituição Federal de 1988, *a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.*

O mandamento constitucional, que impõe tratamento mais severo ao crime de racismo, tem por finalidade realizar um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, elencado no art. 3º, IV, da Constituição Federal:

Promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

E um dos fundamentos da República, que antecede ao objetivo de eliminação dos preceitos de raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação se encontra no art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988, que consagra *a dignidade da pessoa humana.*

O Brasil é signatário de vários tratados internacionais, nos quais se comprometeu a combater o racismo.

Nesse sentido, a “Convenção Internacional Sobre Todas as Formas de Discriminação Racial”, promulgada pelo Decreto n. 65.810, de 08 de dezembro de 1969, estabelece:

OS ESTADOS PARTES NA PRESENTE CONVENÇÃO, considerando que a Carta das Nações Unidas fundamenta-se em **princípios de dignidade e igualdade inerentes a todos os seres humanos**, e que todos os Estados-Membros comprometeram-se a agir, separada ou conjuntamente, para alcançar um dos propósitos das Nações Unidas, que é o de promover e encorajar o **respeito universal e efetivo pelos direitos humanos e liberdades fundamentais para todos**, sem discriminação de raça, sexo, idioma ou religião; (g.n.)

CONSIDERANDO que a Declaração Universal dos Direitos Humanos proclama que todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos e que cada indivíduo pode valer-se de todos os direitos nela estabelecidos, **sem distinção de qualquer espécie, principalmente de raça, cor ou origem nacional**; (g.n.)

Na mesma senda, a Convenção Interamericana Contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatadas de Intolerância, aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 1, de 18 de fevereiro de 2021, conforme o procedimento de que trata o § 3º do art. 5º da Constituição e promulgada pelo Decreto da Presidência da República n. 10.932, de 10 de janeiro de 2022, consigna que:

REAFIRMANDO o firme compromisso dos Estados membros da Organização dos Estados Americanos com a **erradicação total e incondicional do racismo, da discriminação racial e de todas as formas de intolerância**, e sua convicção de que essas atitudes discriminatórias representam a negação dos valores universais e dos direitos inalienáveis e invioláveis da pessoa humana e dos propósitos e princípios consagrados na Carta da Organização dos Estados Americanos, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, na Carta Social das Américas, na Carta Democrática Interamericana, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, na Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial e na Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos; (g.n.)

RECONHECENDO o dever de se adotarem medidas nacionais e regionais para promover e incentivar o respeito e a observância

dos direitos humanos e das liberdades fundamentais de **todos os indivíduos e grupos sujeitos a sua jurisdição, sem distinção de raça, cor, ascendência ou origem nacional ou étnica;** (g.n.)

LEVANDO EM CONTA que **uma sociedade pluralista e democrática deve respeitar a raça, cor, ascendência e origem nacional ou étnica de toda pessoa, pertencente ou não a uma minoria,** bem como criar condições adequadas que lhe possibilitem expressar, preservar e desenvolver sua identidade;

Mais adiante, no Capítulo I das “Definições”, é estabelecido que para os efeitos da referida Convenção:

4. Racismo consiste em qualquer teoria, doutrina, ideologia ou conjunto de ideias que enunciam um vínculo causal entre as características fenotípicas ou genotípicas de indivíduos ou grupos e seus traços intelectuais, culturais e de personalidade, inclusive o falso conceito de superioridade racial. O racismo ocasiona desigualdades raciais e a noção de que as relações discriminatórias entre grupos são moral e cientificamente justificadas. **Toda teoria, doutrina, ideologia e conjunto de ideias racistas descritas neste Artigo são cientificamente falsas, moralmente censuráveis, socialmente injustas e contrárias aos princípios fundamentais do Direito Internacional e, portanto, perturbam gravemente a paz e a segurança internacional, sendo, dessa maneira, condenadas pelos Estados Partes.** (g.n.)

No Capítulo II, dos “Direitos Protegidos, colhe-se:

Artigo 2

Todo ser humano é igual perante a lei e tem direito à igual proteção contra o racismo, a discriminação racial e formas correlatas de intolerância, em qualquer esfera da vida pública ou privada. (g.n.)

Por sua vez, o Capítulo III elenca os “Deveres dos Estados” e, no artigo 4, preconiza que:

Os Estados comprometem-se a prevenir, eliminar, proibir e punir, de acordo com suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, **todos os atos e manifestações de racismo, discriminação racial e formas correlatas de intolerância, inclusive:**

- i. apoio público ou privado a atividades racialmente discriminatórias e racistas ou que promovam a intolerância, incluindo seu financiamento;
- ii. **publicação, circulação ou difusão, por qualquer forma e/ou meio de comunicação, inclusive a internet, de qualquer material racista ou racialmente discriminatório que:**
- iii. (...)
- a) **defenda, promova ou incite o ódio, a discriminação e a intolerância;**

Ainda, o artigo 10 estabelece que:

Os Estados Partes comprometem-se a **garantir às vítimas do racismo, discriminação racial e formas correlatas de intolerância um tratamento equitativo e não discriminatório, acesso igualitário ao sistema de justiça**, processo ágeis e eficazes e reparação justa nos âmbitos civil e criminal, conforme pertinente. (g.n.)

Finalmente, no Capítulo V, nas “Disposições Gerais – Interpretação”, ficou estabelecido que:

1. Nenhuma disposição desta Convenção será interpretada no sentido de restringir ou limitar a legislação interna de um Estado Parte que ofereça proteção e garantias iguais ou superiores às estabelecidas nesta Convenção.
2. Nenhuma disposição desta Convenção será interpretada no sentido de restringir ou limitar as convenções internacionais sobre direitos humanos que ofereçam proteção igual ou superior nessa matéria.

De ver, assim, que as Convenções Internacionais promulgadas no Brasil com intuito de combater o racismo e todas as formas correlatadas de intolerância, em nenhum momento ocupam-se em restringir o alcance da proteção legal a determinados grupos considerados vulneráveis no contexto histórico-sociológico.

Ao contrário, a proteção legal é ampla e irrestrita, porque todo ser humano é igual perante a lei e o objetivo maior é a **erradicação total e incondicional do racismo, da discriminação racial e de todas as formas de intolerância**, dando-se efetividade a um dos fundamentos da República que é a *dignidade da pessoa humana*.

Assim, o Estado brasileiro, nesse momento atual de nossa história, não pode transigir com crimes de ódio como o racismo e o entendimento consubstanciado na promoção de arquivamento de fls. 01/09, com a máxima vênia, passaria ideia de que há uma certa tolerância, complacência com crime que desperta tanta repulsa.

De ver, também, que nossa Constituição Federal, ao conferir a cláusula de **imprescritibilidade** ao crime de racismo, emitiu mandamento claro no sentido de que esse tipo de delito há de ser tratado com maior rigor.

O princípio constitucional da proibição da proteção deficiente de bens jurídicos assume transcendental importância no caso concreto.

Nesse sentido, manifestou-se a Suprema Corte brasileira, no julgamento do HC 104.410-RS, Relator o Ministro Gilmar Mendes, na Segunda Turma, realizado no dia 06 de março de 2012 e publicado no dia 27 de março de 2012, no sentido de que:

“A Constituição de 1988 contém um significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art. 227, § 4º). Em todas

essas normas é possível identificar um mandato de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos. **Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbote), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (Untermassverbote).** Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente...”

O direito à igualdade entre os povos configura um direito fundamental. Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito a igual proteção **contra qualquer discriminação e contra qualquer incitamento à discriminação.**

A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais, entre outros, pelos princípios da prevalência dos direitos humanos e do repúdio ao terrorismo e ao racismo (CF, art. 4º, III e VII).

Pontuado isto, calha destacar que a publicação feita pela investigada na rede social *Instagram* (fls. 98), ao designar os torcedores do São Paulo Futebol Clube como brancos descendentes de europeus safados, e além disto, dizendo que o “pior de tudo” é serem paulistas, ao menos em tese, configura conduta xenofóbica contra o povo oriundo do continente europeu e, ao mesmo tempo, aponta para discriminação pela procedência nacional, conforme art. 20, da Lei n. 7.716/89.

Consoante se extrai da lição de Mariano Paganini Lauria¹, **“Procedência nacional significa o lugar de origem da pessoa, de onde se origina o indivíduo (p.ex., americano, espanhol, italiano, venezuelano, et coetera),**

¹ In “Leis Penais Especiais Comentadas, JusPodium, 4ª Edição, pág. 467.

incluindo a procedência interna de determinado País (por exemplo: nordestino, potiguar, gaúcho, mineiro, entre outros)

Não destoam o posicionamento adotado por Guilherme de Souza Nucci, segundo o qual procedência nacional **“é a origem de nascimento de algum lugar do Brasil. Exemplos: paulista (nascido em São Paulo), carioca (nascido no Rio de Janeiro), gaúcho (nascido no Rio Grande do Sul) etc. Além disso, pode significar, também, a origem de nascimento ou vivência em outro país [...]”** (Leis Penais e Processuais Penais comentadas - Volume 1 - 12ª edição - Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 322).

Portanto, a doutrina da superioridade baseada em diferenças raciais, de cor ou origem é cientificamente falsa, moralmente condenável, socialmente injusta e perigosa e não existe nenhuma justificção para a discriminação racial, em teoria ou prática, em nenhum lugar do mundo.

A discriminação entre pessoas constitui obstáculo às relações amistosas e pacíficas entre as nações e é capaz de perturbar a paz e a segurança entre os povos e a harmonia de pessoas, vivendo lado a lado, até mesmo dentro dos limites territoriais de um mesmo Estado.

Neste contexto, necessária a instauração de inquérito policial para a apuração dos fatos em todas suas circunstâncias.

Diante do exposto, **designa-se outro Promotor de Justiça para officiar nos autos e requisitar a instauração de inquérito policial para apuração do crime previsto na Lei n. 7.716/89, sem prejuízo de outras diligências que entender necessárias, e depois formar livremente sua opinião delitiva acerca dos fatos objeto dos autos.**

Faculta-se ao Promotor de Justiça designado observar o disposto no art. 4-A da Resolução n.º 302 (PGJ/CSMP/CGMP), de 07 de janeiro de 2003, com redação dada pela Resolução n.º 488 (PGJ/CSMP/CGMP), de 27 de outubro de 2006.

Expeça-se portaria – **se necessário** – designando o substituto automático.

São Paulo, 14 de dezembro de 2023.

Mário Luiz Sarrubbo
Procurador-Geral de Justiça

/msn