



Juíza rejeita denúncia de racismo no Orkut

O Ministério Público não tem poderes para fazer investigação criminal. A tese serviu de embasamento para a juíza da 16ª Vara Criminal da capital paulista, Kenarik Boujikian Felipe, rejeitar denúncia oferecida contra Leonardo Viana da Silva — conhecido como “Serra” — acusado de racismo na internet. A juíza determinou que cópia do processo seja remetida à Polícia Civil para a instauração de inquérito policial.

Kenarik entendeu, ainda, que a denúncia deveria ser rejeitada porque não estava acompanhada de elementos que demonstrassem o motivo da acusação: indicação da autoria, acompanhada de provas. “Como se verifica, a inicial não veio acompanhada de peça informativa que pudesse servir de suporte para indicação de autoria”, afirmou a juíza.

Ao justificar a tese de que não cabe ao MP o ato de investigação criminal, Kenarik alegou que “o sistema de justiça penal adotado em nossa Constituição determina que cabe à polícia investigar, ao Ministério Público propor a ação penal, aos advogados e defensores públicos realizar a orientação jurídica e a defesa dos investigados e denunciados e ao Judiciário garantir os direitos de todos os cidadãos e julgar”.

Para a magistrada, o imprescindível equilíbrio almejado pelo Constituinte é a marca do sistema de Justiça Penal e qualquer alteração nas funções modificará o peso dos pratos da balança.

“O STF há muito tempo aponta que falta legitimidade ao Ministério Público, que incompreensivelmente continua a insistir nesta possibilidade, colocando em risco a credibilidade que ainda resta em algumas instituições”, afirmou Kenarik. No entendimento da juíza, a ação penal proposta pelo MP com este suporte investigatório está fadada ao fracasso com consequências danosas para a sociedade.

Denúncia

A denúncia oferecida contra Leonardo Viana da Silva faz parte de uma série de investigações, promovida pelo Gaeco — braço do MP paulista especializado em crime organizado — contra comunidades racistas na internet, especialmente no site de relacionamento Orkut.

Leonardo foi denunciado, cinco vezes, por crime de racismo porque, segundo o MP, no período de janeiro a julho do ano passado, por meio do Orkut, “praticou, induziu e incitou a discriminação e preconceito contra negros”. Que em outra data fez apologia ao nazismo e incitou a discriminação contra a comunidade judaica.

Racismo é crime tipificado pela Lei 7.716/89 — com alterações da Lei 9.459/97. O texto proíbe discriminação de raça, cor, etnia, religião e procedência nacional e pune os infratores com pena de um a três anos de reclusão e multa. Quando o crime é cometido por meio de órgãos de comunicação social — onde pode se enquadrar o Orkut — a pena sobe para dois a cinco anos.

O MP afirma que o acusado fazia parte de diversas comunidades do Orkut (“Racista Não, Higiênico!”),



“Adolf Hitler Lovers”, “Coisasqueodeio: preto e racista”, “Sou Racista”, “Força Branca”, “Orgulho Branco”, e “Nazismo Debates”) que têm por objetivo a propagação e a instigação de pessoas ao ódio racial dentro da internet.

Depoimento

O acusado foi ouvido pelo Gaeco no dia 27 de junho deste ano. No depoimento, afirmou que “eles (os judeus) eram vírus e que queriam ocupar a Alemanha”. Leonardo negou o holocausto e igualou as pessoas da religião judaica “a organismos microscópicos, difusores de processos infecciosos e, portanto, nocivos”.

A denúncia teve origem em representação encaminhada ao MP pelo deputado estadual Sebastião Arcanjo. O depoimento de Leonardo integra a peça acusatória e sua tomada pelo Ministério Público foi contestada pela juíza em sua decisão.

Kenarik entendeu que o depoimento não poderia permanecer nos autos e determinou que fosse desentranhado (retirado) do processo e guardado em cartório.

Por fim, a juíza determinou que a autoridade policial tome providências para retirar do Orkut as comunidades “Racista Não, Higiênico”, “Coisasqueodeio: preto e racista” e “Sou Racista”. Kenarik entende que a medida é necessária “para garantir um dos fundamentos do estado democrático de direito que é a dignidade humana”.

Leia a íntegra da decisão

Processo: 050.05.050637-4

Controle: 907/2005

Vistos, etc.

LEONARDO VIANA DA SILVA, vulgo “Serra”, qualificado nos autos, foi denunciado como incurso no artigo 20, § 2º, da Lei 7716/89 (com as alterações da Lei nº 9459/97), por cinco vezes, todos sob a égide do concurso material erigido no artigo 69, do Código Penal, porque em data incerta no período entre os meses de janeiro a julho de 2004, através da Internet, pelo site de relacionamentos denominado “ORKUT”, praticou, induziu e incitou a discriminação e o preconceito de raça e cor (negra ou preta), cometendo-os por intermédio do referido meio de comunicação social.

Consta que o denunciado veiculou em sua página no orkut (www.orkut.com), denominada “profile”, a mensagem “...qr saber como eu sou...sou depressivo, adoro briga, gosto dos meus amigos, odeio preto, já usei muita droga...”, ou seja, “quer saber como eu sou...sou depressivo, adoro briga, gosto dos meus amigos, odeio preto, já usei muita droga...”, praticando com isto, crime de racismo contra os integrantes da raça negra.



No dia 07 de abril de 2005, às 07h51min, através do mesmo site, no fórum de discussões instaurado da comunidade “Racista NÃO, higiênico” respondeu à questão do porquê de ser racista com a frase “e soh olha pra minha cor e ver a diferença, seu eu fika sem toma banho por 2 dias eu fiko fedido, jah os pretos fikam podres, e sou racista msm...”, ou seja, “é só olhar para minha cor e ver a diferença, seu eu ficar sem tomar banho por dois dias eu fico fedido, já os pretos ficam podres, e sou racista mesmo...” e com isto praticou, induziu e incitou a discriminação .

Já no dia 29 de maio seguinte, às 09h57min, pelo mesmo site, teceu as seguintes manifestações “tb acho, tem que vlta a c escravo d novo essas porra aí”, ou seja, “também acho que devem voltar a ser escravos, de novo, essas porras aí”.

Aos 26 de junho do mesmo ano, às 16h39min, pelo mesmo meio de comunicação e site, praticou, induziu e incitou a discriminação e o preconceito de religião (judaica). Disposto a propagar o seu ódio racial e os ideais nazistas, manifestou-se contra integrantes da religião judaica, afirmando que o holocausto é uma mentira, nos seguintes termos: “Seu idealismo é bem estruturado... jah leu o livro o “holocausto, verdades e mentiras sobre judeus e alemães”?... q tem uma frase nele “Vc pode enganar uma pessoa varias vezes, muitos uma vez, mauis ã todos a vida inteira, eh o q acho o q eles fala sobre a alemanha, o nazismo e hittle, no futuro sera provadu tdas mentiras q eles falam...”, ou seja, “Seu idealismo é bem estruturado... já leu o livro “O Holocausto, verdaes e mentiras sobre judeus e alemães?”... o qual tem uma frase nele... “Você pode enganar uma pessoas várias vezes, muitos uma vez, mas não todos a vida inteira, é o que eles falam sobre a Alemanha, o nazismo e o Hitler, no futuro serão provadas todas as mentiras que eles falam...”

No dia 27 de junho de 2005, por volta das 18:00 horas, no GAECO, situado na rua Minas Gerais, nº 316, Higienópolis, nesta Capital, onde compareceu para prestar esclarecimentos, ao referir-se aos integrantes da religião judaica, disse: “eles (os judeus) “eram vírus e que queriam ocupar a Alemanha” (durante o período da 2ª grande guerra), negou o holocausto e igualou as pessoas da religião judaica a organismos microscópicos, difusores de processos infecciosos e, portanto, nocivos.

Consta, ainda, que o denunciado fazia parte de diversas comunidades dentro da internet, através do ORKUT, que têm por intuito a propagação e a instigação de pessoas ao ódio racial, em especial contra a raça negra e integrantes da religião judaica, conforme seguem:

1. “Racista NÃO, higiênico!” que tem por descrição: “Esta comunidade é para todos aqueles que não são preconceituosos com as pessoas, por nenhuma causa (raça inferior, credo idiota, nada). Nem os tratam mal por motivos específicos, mas para as pessoas que são higiênicas e não se misturam com porcarias.”
2. “Adolf Hitler Lovers” que tem por descrição: “We love Adolf Hitler and his path to glory” (“Nós amamos Adolf Hitler e seu trajeto para a glória”).
3. “Coisasqueodeio: preto e racista” que tem por descrição: “Se tem uma coisa que eu odeio é Preto e Racista Todos são uns filhos da puta.”
4. “SOU RACISTA” que tem por descrição: “Sou racista sim, e daí?” Tenho meus pré conceitos como



todo mundo, só que eu assumo! Não é por lei que se acaba com o racismo!”.

5. “Força Branca” que tem por descrição: “*** Força Branca *** COMUNIDADE ATIVISTA – O objetivo dessa comunidade é promover a força dos brancos presentes no orkut! Só fica preocupado com a nossa união quem tem medo de se julgar inferior!!! – Aqui não teremos papo furado! Divulguem site pró – brancos, livros, músicas e notícias que sejam do interesse dos demais membros” (...)”

6. “Orgulho Branco” que tem por descrição: “Esta Comunidade é destinada a preservar o orgulho de ser branco. Se você fica louco quando vê expressões do tipo 100% NEGRO; bandas com nomes como Raça Negra, Só Preto sem Preconceito; dias comemorativos como Dia da Consciência Negra; discussões sobre como exibir sua beleza negra; cotas para negros; etc.; Se você fica mais louco ainda ao perceber que não tem o mesmo direito de manifestar-se em relação a sua raça sem ser preconceituoso, racista e nazista junte-se a nós e lute contra o movimento de pressão pela vergonha branca (...)”.

7. “Nazismo Debates” que tem por descrição: “Essa comunidade tem como objetivo discutir as verdades sobre o nazismo durante a segunda guerra mundial e apoiamos o mov. Nacional socialista brasileiro”.

É o relatório.

DECIDO.

Rejeito a denúncia.

A denúncia teve origem na representação apresentada ao Gaeco pelo Deputado Estadual Sebastião Arcanjo, que por sua vez juntou documentos em doze folhas impressas.

Com a representação, o Ministério Público expediu portaria na qual consta que há necessidade de apuração direta pelo Ministério Público e instaura o procedimento administrativo criminal para apuração dos fatos.

A apuração realizada pelo Ministério Público e que consta dos autos restringiu-se a oitiva de uma pessoa, que pela qualificação seria menor de vinte e um anos.

De início cabe fixar se cabia ao Ministério Público este ato de investigação.

Não se trata de questão de menor relevância neste momento processual, porque o que está na verdade em risco é a questão de se emprestar efetividade ao cumprimento e observância dos Direitos e Garantias Fundamentais do cidadão.

O entendimento agasalhado até o momento e há muitas décadas pelo Supremo Tribunal Federal é que o Ministério Público não possui poderes investigatórios penais.

O Constituinte de 1988 realizou grandes alterações no nosso sistema, estabelecendo princípios, mudando atribuições, redefinindo funções, definindo os poderes, as competências, procurando construir um novo



país, sob as luzes do Estado Democrático de Direito. Uma das inovações diz respeito ao papel do Ministério Público na nova ordem que se instalou. Outra, de grande magnitude, refere-se aos Direitos e Garantias Fundamentais, fruto do trabalho de milhares de cidadãos que sempre estiveram à frente da luta pelos direitos humanos. Tão forte e necessário que parcela destes direitos foram relacionados no artigo 5º da Constituição Federal, conhecida como Constituição cidadã.

Em obediência aos princípios garantidores estabelecidos na Constituição é impossível aceitar a inicial, nos termos propostos, ressaltando que a análise não pode fugir da nossa Constituição e usar como parâmetro experiências européias ou de outros países, que não possuem a mesma estrutura sistêmica da Justiça Brasileira.

Este tema não é novo no Supremo Tribunal Federal, como já anotado. Em 2003 o tema veio à tona novamente e o Presidente da Corte, ministro Nelson Jobim, ao relatar um processo que teve decisão unânime, fez registrar que não havia novidade sobre a matéria e que o Ministério Público não tinha legitimidade para realizar diretamente as investigações. Destacou que na Assembleia Constituinte a questão foi apresentada e o Constituinte rejeitou as emendas 945, 424, 1.025, 2.905, 20.524, 24.266 e 30.513, que, de um modo geral, davam ao Ministério Público a supervisão, a avocação da investigação criminal. Posteriormente, alguns deputados tentaram rechaçar o sistema adotado e apresentaram propostas de emenda constitucional, em 1995 e 1997. Em 1999, um senador também apresentou proposta de alteração constitucional, restando claro que a atual ordem constitucional não deu poderes investigatórios criminais ao Ministério Público.

A questão deve ser analisada sob a ótica constitucional dos direitos e garantias fundamentais da qual também faz parte a repartição de atribuições do sistema de administração de Justiça, que envolve Poder Judiciário, Ministério Público, Polícias, Defensoria Pública, Advogados e Cidadãos, cada qual com suas atribuições, sem possibilidade de invadir os espaços delineados pela Constituição e ao mesmo tempo criando formas de controle muito específicas.

A Constituição Federal estabelece no artigo 129 as nove funções institucionais do Ministério Público. Determina que a ele compete a propositura da ação penal e da ação civil pública, a primeira de forma privativa. Acrescenta que lhe cabe a promoção do inquérito civil, mas não do inquérito criminal; ao revés, impôs restrição ao afirmar no inciso VIII que em matéria penal compete ao Ministério Público requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial.

Ainda, a Constituição, relaciona os órgãos pelos quais a segurança pública deve ser realizada. Expressamente atribui à polícia civil e federal a apuração das infrações penais. Há casos de deslocamento, mas somente mediante previsão constitucional, em caráter excepcional, de forma expressa, como nos casos das comissões parlamentares de inquérito e dos delitos praticados por magistrados ou membros do Ministério Público.



O sistema de justiça penal adotado em nossa Constituição determina que cabe à polícia investigar, ao Ministério Público propor a ação penal, aos Advogados e Defensores Públicos realizar a orientação jurídica e a defesa dos investigados e denunciados e ao Judiciário garantir os direitos de todos os cidadãos e julgar. O imprescindível equilíbrio almejado pelo Constituinte é a marca deste sistema e qualquer alteração nas funções modificará o peso dos pratos da balança.

É falsa a afirmativa que o Ministério Público não terá instrumentos para exercer a sua atribuição, pois ele atua em todos os inquéritos, requisita as diligências que entende necessárias para apuração dos fatos, pode propor medidas cautelares judiciais penais. Ainda, deve exercer o controle externo da polícia, como ordena a Constituição e fazer uso de ação de natureza civil para atuação eficiente. Logo, instrumentos estão disponíveis na nossa ordem normativa, basta usá-los.

O STF há muito tempo aponta que falta legitimação ao Ministério Público, que incompreensivelmente continua a insistir nesta possibilidade, colocando em risco, a credibilidade que ainda resta em algumas instituições. Sabemos que a ação penal proposta pelo Ministério Público com este suporte investigatório está fadada ao insucesso com consequências danosas para a sociedade.

A Constituição Federal estabeleceu a garantia fundamental do devido processo legal e as determinações das funções e poderes integram o núcleo desta garantia. A finalidade do processo penal é ser instrumento garantidor, pois delimita a intervenção do Estado em relação ao estatuto da liberdade dos homens. O argumento de cunho utilitarista no sentido de que o interesse do Estado deve sobrepor ao interesse individual deve ser vigorosamente rejeitado.

O interesse social reside na preservação da idéia de direitos. Como ensina Ronald Dworkin na obra “Levando os Direitos a Sério”, Editora Martins Fontes/2002: “Os supostos ganhos resultantes do respeito à lei são meros ganhos utilitaristas. Não haveria sentido algum em alardear nosso respeito pelos direitos individuais, a menos que isso envolvesse algum sacrifício. E, este sacrifício deve ser o de renunciar a quaisquer benefícios marginais que nosso país possa vir a obter, caso ignore esses direitos, quando eles se mostrarem inconvenientes. Assim, o benefício geral não pode ser uma boa razão para a restrição dos direitos, mesmo quando o benefício em questão for um elevado respeito pela lei”.

Logo, somente pode haver conflito de direitos individuais contra direitos individuais e quando se usa a expressão de direitos no seu sentido “forte” está a se criar um casulo no qual o Estado, em hipótese alguma pode penetrar. A garantia é uma limitação do Estado para proteção do cidadão, cria-se um casulo impenetrável, as garantias fundamentais, que têm por base os postulados iluministas, que não podem ser soterrados.

Há, evidentemente, um jogo de interesses atrás de cada processo em curso, mas não se pode admitir o descumprimento da ordem constitucional. A sociedade não pode, sob qualquer pretexto, arcar com o ônus de perder direitos fundamentais, pois este ato nada mais é que o rompimento do Estado Democrático de Direito sem o uso de armas.



Diante destas considerações, forçoso reconhecer que o ato praticado pelo Ministério Público, de oitiva de uma pessoa, que foi a denunciada, não pode permanecer nos autos, razão pela determino que seja desentranhado e permaneça em cartório.

Afastada a declaração referida, resta o meio informativo apresentado, qual seja a representação do deputado, com as folhas que o acompanharam para que se faça o juízo de valor limitado, nesta fase processual.

Neste tanto, vale lembrar a lição de Benedito Roberto Garcia Pozzer, “in” Correlação entre Acusação e Sentença, Ibccrim, número 16, acerca do conceito de acusação, que para o festejado autor é o “ato de indicar alguém como provável autor de fato penal relevante, para sua responsabilização, em procedimento extrajudicial ou judicial; no curso da persecução penal, ou no correr do processo de execução penal.

Em síntese: ao se convencer, pela análise dos indícios convergentes ou outros elementos de convicção, o acusador aponta o auto da conduta, com relevância penal, buscando a futura imposição da sanção correspondente: ou seja, lhe imputa o delito para sua responsabilização penal.

...

Da definição atingida, percebem-se os três elementos que compõem a acusação: fato de relevância penal, indicação de autoria e responsabilização penal”.

É indispensável que a denúncia venha acompanhada de um mínimo de provas que demonstre a sua viabilidade, no tocante a autoria delitiva, o que não se verifica no caso presente, pois se restringe ao documento apresentado junto com a representação, que tem em seu topo o nome do denunciado, sem qualquer elemento de identificação.

O nome que lá consta poderia ser de qualquer pessoa, inclusive o meu, o que evidentemente é indicativo que os indícios apresentados não são suficientes para apontar provável autoria delitiva.

Diz o artigo 6o. do Código de Processo Penal, ao tratar do inquérito policial : Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá: V- ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII, deste Livro, devendo o respectivo termo ser assinado por duas testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura.

O artigo em referência sinaliza que no processo penal, dada a indisponibilidade dos direitos, busca-se a verdade real, razão pela qual indica uma série de deveres da autoridade policial.

A denúncia deve ser rejeitada quando não acompanhada de elementos que demonstrem um dos elementos da acusação: a indicação da autoria, com base em elementos de prova.

Neste sentido, decisões indicadas “in” Código de Processo Penal e Sua Interpretação Jurisprudencial de Alberto Silva Franco e Outros, editora Revista dos Tribunais, 1ª edição, 1999, das quais destaco:



“A doutrina e a jurisprudência irmanaram-se no sentido de que, para o recebimento da denúncia ou queixa, não basta a existência de uma peça formalmente perfeita, com os requisitos exigidos pelo art. 41 da Lei adjetiva penal, mas que a mesma venha acompanhada de um mínimo de provas que demonstrem a sua viabilidade. Sem tal elemento probatório idôneo não se pode aquilatar a existência ou não do fumus boni jûris, cujo exame também deve ser feito (TACRIM-SP-Rec. Rel. Camargo Aranha- RT 499/369)”.

Como se verifica, a inicial não veio acompanhada de peça informativa que pudesse servir de suporte para indicação da autoria.

Isto posto, rejeito a denúncia proposta contra LEONARDO VIANA DA SILVA, o que faço com fundamento no artigo 43, inciso III, do Código de Processo Penal.

Determino a instauração de inquérito policial.

Extraia-se cópia integral do processo (capa a capa), afora as declarações, que devem ser desentranhadas. Encaminhe-se para a polícia civil, a quem compete todas as diligências de investigação cabíveis, pois há indícios de prática de crime.

Registro que a autoridade policial deverá nomear curador, caso a pessoa a ser inquirida seja menor de vinte e um anos.

Determino que a autoridade policial tome as providências necessárias para a retirada das seguintes comunidades do site conhecido como Orkut: a) Racista não Higienico; b) Coisasqueodeio: preto e racista; c) Sou Racista; pois os documentos juntados indicam que a medida é necessária para garantir um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, que é a dignidade humana.

P.R.I.C.

São Paulo, 01 de julho de 2005.

Kenarik Boujikian Felipe

Juíza de Direito

Date Created

06/07/2005