

ALANA ABÍLIO KERBER DINIZ

**A TUTELA JURISDICIONAL NO CRIME DE GENOCÍDIO:
Uma análise do caso Massacre Haximú
(Recurso Extraordinário nº 351.487/RR)**

ALANA ABÍLIO KERBER DINIZ

**A TUTELA JURISDICIONAL NO CRIME DE GENOCÍDIO:
Uma análise do caso Massacre Haximú
(Recurso Extraordinário nº 351.487/RR)**

Monografia apresentada como
requisito para conclusão do curso de
bacharelado em Direito pelo Centro
Universitário de Brasília

Orientador: Professor Humberto
Fernandes de Moura.

Brasília – DF

2010

Dedico aos professores da vida:

A Deus, meu viver.

A Jackson Abílio de Souza, meu ídolo.

A Clenira Terezinha Kerber Abílio, meu anjo.

A Eduardo Abílio Kerber Diniz, meu orgulho.

A Daniel Augusto Vila Nova Gomes, meu companheiro.

Agradeço aos professores desta instituição:

João Timotheo Porto, por expandir meus horizontes filosóficos;

Sandra Márcia Nascimento, por me ensinar a conviver com as diferenças;

Ney Moura Teles, por ter despertado minha paixão pelo direito penal; e, Marlon Eduardo Barreto, por tê-la ratificado;

Álvaro Castelo Branco, por questionamentos deixados que me instigaram a encontrar as respostas e me trouxeram aqui;

Roberto Krauspenhar, por me fazer valorizar um sorriso;

Oswaldo Ponce Alvares, por me oportunizar conviver com tamanha inteligência;

Adilson de Lizio, por ter sido meu professor fora da faculdade;

Anna Chrystina Porto, por ter transmitido o melhor método de aprendizado dado até hoje em salas de aula;

Cláudio Santos, pelas lições trabalhistas que sempre serão úteis;

Danilo Porfírio da Costa Vieira, por todo seu amor à academia;

Lucinéia Possar, por ser exemplo para a classe feminina;

Marcio Cruz Nunes de Carvalho, por me ensinar encarar o mundo profissional com coragem;

José Walter Galvão, por todas as risadas compartilhadas;

Marcus Vinicius Reis Bastos, por seu exímio profissionalismo;

Sidarta, por sua admirável dedicação;

Francisco Victor, por toda sua doçura;

José Carlos Veloso Filho, por ser um grande amigo que guardarei para toda a vida;

Humberto Fernandes de Moura, por toda a paciência e dedicação na elaboração deste trabalho;

Por fim, agradeço ao meu eterno mestre, Ernesto Ronna (*in memoriam*), por todo aprendizado sobre a vida.

Os animais lutam, mas não fazem guerra. O homem é o único primata que planeja o extermínio dentro de sua própria espécie e o executa entusiasticamente e em grandes dimensões.

Hans Magnus
Ezenberger

RESUMO

A presente monografia tem como tema “A Tutela Jurisdicional no Crime de Genocídio”. O tema será desenvolvido a partir da análise de precedente jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, especificamente o Recurso Extraordinário nº 351.487/RR (precedente conhecido como caso “Massacre Haximú”), que, dentre outros aspectos, discutiu: a relação entre os crimes de genocídio e os crimes de homicídio; a possibilidade de aplicação das regras dos artigos 406 e seguintes do Código de Processo Penal brasileiro (Tribunal do Júri) para o crime de genocídio cometido por meio de homicídios.

Palavras-chave: Tutela jurisdicional; Crime de Genocídio; Supremo Tribunal Federal; Recurso Extraordinário nº 351.487/RR; “Massacre Haximú”; Relação entre os crimes; Tribunal do Júri.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1. O CRIME DE GENOCÍDIO.....	10
1.1 Tipificação da conduta do genocídio	15
1.2 Sujeitos do genocídio.....	26
1.2.1 Sujeito ativo	27
1.2.2 Sujeito passivo	29
2. Recurso Extraordinário nº 351.487/RR	32
2.1 A relação entre os crimes de genocídio e de homicídio	38
2.2 Conflito aparente de normas.....	41
2.2.1 Hipótese de aplicação do princípio da subsidiariedade	42
2.2.2 Hipótese de aplicação do princípio da especialidade.....	43
2.2.3 Hipótese de aplicação do princípio da consunção	45
2.3 Hipótese de crime complexo.....	47
2.4 Hipótese de concurso de crimes	49
2.4.1 Hipótese de continuidade delitiva	51
2.4.2 Hipótese de concurso material.....	53
2.4.3 Hipótese de concurso formal	55
CONCLUSÃO	60
REFERÊNCIAS	62

INTRODUÇÃO

No ano de 1993, na Terra Indígena Haximú – situada na região fronteira entre o Brasil (Estado de Roraima) e a Venezuela –, um grupo de 12 (doze) índios brasileiros da tribo Yanomami foram mortos e outros 3 (três) feridos em razão de conflito em área de garimpo. As condutas foram atribuídas a um grupo garimpeiros brasileiros que, por meio de inúmeras ações, teriam cometido os seguintes delitos: lavra garimpeira ilegal; contrabando ou descaminho; ocultação de cadáver; quadrilha ou bando, todos em associação com genocídio.

Tal conflito ficou conhecido na mídia nacional e internacional como “Massacre Haximú” e trouxe inúmeras repercussões jurídicas em relação à definição do delito de genocídio.

Em 03 de agosto de 2006, o caso foi apreciado pelo Supremo Tribunal Federal (Recurso Extraordinário nº 351.487/RR), órgão responsável pela proteção dos preceitos constitucionais fundamentais, bem como pela guarda da Constituição, conforme determinação do poder constituinte originário.

Com efeito, o presente tema apresenta relevância não somente por envolver a aplicação e interpretação de dispositivos legais e constitucionais de ordem penal material e processual no que tange ao crime de genocídio, mas, sobretudo, por permitir ampla discussão dos desdobramentos penais para a

adequada prevenção e repressão dessa modalidade de delito.

O genocídio é tema pouco estudado pela comunidade jurídica brasileira, tendo em vista o escasso quantitativo de obras acadêmicas, jurisprudência e legislações sobre o assunto. Desta forma, a presente monografia será desenvolvida por meio de análise jurisprudencial, especificamente do já apresentado caso “Massacre Haximú”.

No acórdão do Recurso Extraordinário nº 351.487/RR, dentre outros aspectos, discutiu-se:

- a) A relação existente entre o crime de genocídio e os crimes de homicídio,
- b) A possibilidade de aplicação das regras dos artigos 406 e seguintes do Código de Processo Penal brasileiro (Tribunal do Júri) para o crime de genocídio cometido por meio de homicídios, em inteligência ao disposto no artigo 5º, XXXVIII, alínea “d”, da Constituição Federal do Brasil.

Para a análise do tema, dividiu-se a monografia da seguinte forma:

No primeiro capítulo, o trabalho conceitua as principais características do crime de genocídio, destacando suas peculiaridades no que tange

a sua tipificação e aos sujeitos do delito.

No segundo capítulo, a pesquisa aprofunda-se em seu objetivo principal, procedendo à análise do Recurso Extraordinário nº 351.487/RR. Para tanto, destaca-se a hipótese do julgamento do crime de genocídio quando a sua execução ocorrer por meio de homicídios – típicos crimes contra a vida – a fim de verificar, no caso concreto, a relação existente entre tais delitos e a possibilidade de atribuição da competência de julgamento ao Tribunal do Júri da Justiça Federal – e não ao juízo monocrático da Justiça Federal.

Nesse sentido, a proposta deste trabalho é a de que as inferências decorrentes de possíveis incompatibilidades interpretativas no âmbito do Direito Penal sejam resolvidas mediante métodos disponíveis de solução de conflitos aparente de normas jurídicas ou da hipótese ocorrência de concurso de crimes.

1. O CRIME DE GENOCÍDIO

O tema da presente monografia é a discussão existente acerca da tutela jurisdicional no crime de genocídio, para tanto, faz-se necessário tecer algumas considerações sobre os componentes do título do trabalho, uma vez que são elementos que dão suporte à monografia.

Para fins de uma reflexão inicial, esta pesquisa compreende “genocídio” como a prática de assassinato deliberado de pessoas motivado por diferenças étnicas, nacionais, raciais, religiosas e (também) políticas. Insta salientar, que tal definição, não desconsidera a existência de debate internacional acerca da criminalização de tal delito como atentatório à humanidade. Destaca-se, contudo, a premissa de que o genocídio, quando praticado em desfavor da vida, envolve motivação especial em relação ao crime de homicídio.

No Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, tem-se a seguinte definição para genocídio:

crime contra a humanidade, que consiste em, com o intuito de destruir total ou parcialmente, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, cometer contra ele qualquer dos atos seguintes: matar membros seus, causar-lhes graves lesão à integridade física ou mental; submeter o grupo a condições de vida capazes de o destruir fisicamente, no todo ou em parte; adotar medidas que visem a evitar nascimentos no seio do grupo; realizar a transferência forçada de crianças num grupo para outro.¹

A prática do crime de genocídio tem sido uma constante na evolução

¹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda. *Dicionário Brasileiro da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Gamma, 1975, p. 683.

da sociedade humana.

Por volta do século VI antes de Cristo, no Oriente, era comum que as tribos vencidas fossem totalmente aniquiladas por aquelas vencedoras. No ocidente, também existem diversas narrativas sobre casos de genocídios. O próprio extermínio dos cristãos e de Cartago por Roma são, também, exemplos de genocídios.²

Na Idade Média, tais práticas podem ser exemplificadas com as Cruzadas contra os albigenses, e a morte sistemática dos nativos americanos, africanos e asiáticos pelos colonizadores europeus durante os séculos XVI e XIX sob a justificativa de civilizá-los.³

Cumprе ressaltar, que apesar do considerável aumento da complexidade social da civilização humana, foi exatamente no período decorrente do século XX que houve maior disseminação do crime de genocídio.⁴

Como exemplo, o massacre dos armênios pelos turcos, os crimes praticados pelo líder alemão Adolf Hitler contra judeus, os crimes cometidos pelos *tutsis* contra os *hutus* em Ruanda e os conflitos étnicos deflagrados após a desintegração da antiga Iugoslávia, onde se praticou a chamada depuração étnica, são apenas alguns dos exemplos a serem citados.⁵

² BOBBIO, Norberto (org.). *Dicionário de Política*. Brasília: Editora da UnB, 1986, p. 1059 .

³ HOBBSAWM, Eric. *A Era dos Extremos - O Breve Século XX (1914-1991)*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 20.

⁴ HOBBSAWM, Eric. *A Era dos Extremos - O Breve Século XX (1914-1991)*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 22.

⁵ Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Genoc%C3%ADdio>. Acessado em 05/06/2009.

No Brasil, têm-se exemplos de genocídio ocorridos desde sua descoberta. A própria colonização portuguesa, onde a igreja católica causou extermínio de várias tribos indígenas sob o pretexto de catequizá-los pode ser contextualizado como um tipo de genocídio. E, ainda, vários outros extermínios indígenas que ocorrem até hoje, como, por exemplo, o caso do acórdão paradigma aqui analisado (Massacre Haximú).

O fato é que, em um panorama internacional, a repressão ao crime de genocídio passou a ter mais relevância em um período posterior a Segunda Grande Guerra.⁶ No final da Segunda Guerra Mundial, a humanidade via-se perplexa com o quadro humanístico vivido.

Intencionando conceber uma resposta aos crimes cometidos, o grupo dos Aliados (Grã-Bretanha, França, União Soviética, Estados Unidos e China), decidiu instituir, pela primeira vez na história, um Tribunal Internacional *ad hoc*, para julgar os crimes então cometidos pelo III Reich, e foi justamente neste contexto, que foi instaurado o Tribunal Militar de Nuremberg, por meio do Estatuto de Londres.⁷

Este Estatuto previa na alínea “c” do artigo 6º os crimes contra a humanidade:

homicídio, extermínio, redução à escravidão, deportação e qualquer outro ato desumano cometido contra as populações civis, antes e durante a guerra; ou então, perseguições por motivos políticos, raciais ou religiosos, quando esses atos ou perseguições, quer tenham ou não constituído uma violação do direito interno dos países onde foram perpetrados, tenham sido cometidos em consequência

⁶ JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano. *O Direito Penal Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 25.

⁷ GONÇALVES, Jonisval Brito. *Tribunal de Nuremberg de 1945- 1946: a gênese de uma nova ordem no direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 149.

de qualquer crime que entre na competência do tribunal ou em conexão com esse crime.⁸

O Tribunal de Nuremberg representou o primeiro projeto realizado a implementar em seu programa “valores universais de dignidade da pessoa humana”. Ainda assim, acabou por gerar uma série de controvérsias entre os juristas.

Seus maiores críticos alegaram que na sua criação não houve observância de princípios básicos do direito penal, como o princípio da legalidade e da retroatividade.

Mariângela Gama de Magalhães Gomes, sobre o princípio da legalidade, consignou:

Para o direito penal, especialmente, a maior garantia de caráter político derivada da adoção do princípio do Estado de Direito é a legalidade dos delitos e das penas. Ela tem por principal finalidade impedir que a condenação penal seja utilizada na contingência de uma luta política, e segundo as circunstâncias, como instrumento de humilhação do adversário; isto se dá não apenas para assegurar a preterdominação do direito, mas por garantir, também sua produção por parte dos órgãos dotados de legitimação substancial para tal – ao vincular o juiz a uma regra preexistente, o Estado consolida a distribuição do poder punitivo nas mãos de órgão legitimados para a produção do direito.⁹

E sobre o princípio da retroatividade, que considera derivado do princípio da legalidade, a autora complementou:

Por fim, há que se falar na irretroatividade de lei penal, postulado relacionado à validade das disposições penais no tempo. Esta garantia assenta-se na idéia de que somente não é lícito aquilo que a lei proíbe e somente a lei, anterior ao fato, pode estabelecer o que seja delito, assim como a pena a este aplicável. Com base na proibição da retroatividade da lei penal, o legislador fica impedido de introduzir ou agravar a *posteriori* as previsões da pena a partir da

⁸ Art. 6º, c, Estatuto do Tribunal de Nuremberg.

⁹ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no Direito Penal*. São Paulo: Revista do Tribunais, 2003, p. 31.

ocorrência de fatos especialmente escandalosos, para acalmar estados de ânimo e excitações politicamente indesejáveis. Proibir leis *ad hoc*, feitas de acordo com o caso concreto e que, em virtude disso, na sua maioria mostram-se inadequadas no seu conteúdo, já que movidas pela emoção do momento, é, pois, uma exigência irrenunciável do Estado de Direito.¹⁰

No entanto, ainda que o Tribunal de Nuremberg não tenha sido uma experiência perfeita, e de existirem comprovações de que o mesmo fora instituído para servir os interesses dos mais poderosos que manipularam os instrumentos à sua disposição, é de se levar em consideração que as decisões advindas do Tribunal, foram de grande valia à humanização e à internacionalização do direito penal.¹¹

Joanisval Brito Gonçalves, ao analisar o Estatuto de Londres, opinou:

Não obstante, tem-se com o Estatuto uma das grandes inovações de Nuremberg: a Gênese do Novo Sistema Jurídico Internacional tinha naquela Carta um de seus textos basilares. Ali se previa a punição para delitos até então inconcebíveis e, portanto, não tipificados no sistema jurídico anterior à II Guerra Mundial.

[...]

O Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg poderia ser sempre evocado quando, em conflitos futuros, atrocidades semelhantes àquelas ali tipificadas viessem a ser cometidas.¹²

Cabe ressaltar, que, ainda que o Estatuto de Nuremberg não trouxesse expressamente a previsão legal do crime de genocídio, continha a descrição do tipo penal dos crimes contra a humanidade, em que estavam inseridos atos de genocídio (perseguições por motivos políticos, raciais ou religiosos).

¹⁰ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no Direito Penal*. São Paulo: Revista do Tribunais, 2003, p. 31.

¹¹ TRIPPO, Mara Regina. *Imprescritibilidade penal*. São Paulo: J. de Oliveira, 2004.

¹² GONÇALVES, Jonisval Brito. *Tribunal de Nuremberg de 1945- 1946: a gênese de uma nova ordem no direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 75-76.

De maneira mais didática, as palavras de Carlos Canêdo:

O Estatuto menciona duas espécies de crimes contra a humanidade: os atos inumanos cometidos contra a população civil, tais como o assassinato, extermínio, a redução à escravidão e a deportação; e a perseguição por motivos políticos, raciais ou religiosos, encontrando-se aqui o embrião da configuração jurídica do crime de genocídio.¹³

Afinal:

A mesma lógica impregna a maioria dos instrumentos jurídicos que abrangem os crimes internacionais elaborados após a Segunda Guerra Mundial, da Convenção para a Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio, a Projeto da Comissão de Direito Internacional (CDI) sobre os crimes contra a paz e a segurança.¹⁴

Desta forma, necessário analisar como o genocídio foi esculpido como figura criminosa, denominada crime pelo ordenamento jurídico, tanto no âmbito do direito brasileiro como para o direito internacional.

1.1 Tipificação da conduta do genocídio

Como demonstrado, exemplos de condutas que, em tese, seriam encontrados como crime de genocídio estiveram presentes durante toda a história da sociedade humana. No entanto, é cediço, que essa conduta nem sempre foi reprovada pelo direito normativo.

Partindo dessa premissa, analisa-se o que seria uma conduta relevante para o nosso ordenamento jurídico.

Nesse sentido, ensina Ney Moura Teles:

¹³ CANÊDO, Carlos. *O genocídio como crime internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 86.

¹⁴ CASSESE, Antonio. DELMAS-MARTY, Mireille. *Crimes internacionais e jurisdições internacionais*. Barueri: Editora Manole, 2004, p. 275.

[...] do conceito de conduta adotado decorrem profundas e diversas conseqüências para o tratamento de importantes questões penais praticas.

[...]

Não se trata de divergências de natureza meramente acadêmica, sem qualquer reflexo na vida prática, como poderia parecer. Ao contrário, do conceito de conduta adotado decorre a própria orientação do Direito Penal vigente em determinado país [...] ¹⁵

Conforme ensinam Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique

Pierangeli:

O direito pretende regular conduta humana, não podendo ser o delito outra coisa além de uma conduta. Se admitíssemos que o delito é algo diferente de uma conduta, o direito penal pretenderia regular algo distinto da conduta e, portanto, não seria direito, pois romperia o atual horizonte de projeção de nossa ciência.

[...]

O princípio da *nullum crimen sine conducta* é uma garantia jurídica elementar. Se fosse eliminado, o delito poderia se qualquer coisa, abarcando a possibilidade de penalizar o pensamento, a forma de ser, as características pessoais etc. ¹⁶

Portanto, a conduta criminosa é o comportamento humano, que interessa ao direito, sendo assim:

[...] cada um dos crimes tem suas características próprias, cada qual tratando de bens jurídicos diversos, cada um com sua pena abstrata, ora mais severa, ora mais branda. Num se protege a vida, no outro o patrimônio, depois a liberdade sexual da mulher, por ultimo, a paz e a tranquilidade de casa. ¹⁷

Como se observa, somente após um exame minucioso da conduta praticada pode-se definir o crime. Para o nosso ordenamento, tal análise é fator relevante para que o legislador a insira na lei penal, tipificando-a como crime.

¹⁵ TELES, Ney Moura. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: ATLAS, 2004, p. 165.

¹⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro :parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 388.

¹⁷ TELES, Ney Moura. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: ATLAS, 2004, p. 151.

Tipificar significa reduzir a tipos. No Direito Penal, o ato de tipificar é definido como “comportamento humano, positivo ou negativo, que provoca um resultado e é previsto na lei penal como infração.”¹⁸

Alertam Zaffaroni e Pierangelli:

Não se deve confundir o tipo com a tipicidade. O tipo é a fórmula que pertence à lei, enquanto a tipicidade pertence à conduta. A tipicidade é a característica que tem uma conduta em razão de estar adequada a um tipo penal, ou seja, individualizada como proibida por um tipo penal.

“Tipo” é a fórmula legal que diz “matar alguém” (está no CP); tipicidade é a características de adequação ao tipo que possui a conduta de um sujeito “A” que dispara cinco tiros contra “B”, causando-lhe a morte (está na realidade). A conduta de “A”, por apresentar a características de tipicidade, dizemos que é uma conduta típica.¹⁹

Portanto, tem-se que o fato típico pode ser exteriorizado através de uma ação ou omissão, da qual, haverá um resultado e um nexo de causalidade.

Atentando-se ao fato que para ser considerado crime, esse fato além de típico deve ser antijurídico.²⁰ Nesse prisma, ensina Ricardo Andreucci:

A antijuridicidade é a relação de contrariedade entre o fato e o ordenamento jurídico. Não basta, para a ocorrência de um crime, que o fato seja típico (previsto em lei). É necessário também que seja antijurídico, ou seja, contrário à lei penal, que viole bens jurídicos protegidos pelo ordenamento jurídico.²¹

O artigo 1º da Lei de Introdução do Código Penal brasileiro define o crime desta forma:

¹⁸ ANDREUCCI, Ricardo Antônio. *Manual de direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 33.

¹⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 422.

²⁰ ANDREUCCI, Ricardo Antônio. *Manual de direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 33.

²¹ ANDREUCCI, Ricardo Antônio. *Manual de direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 33.

Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou detenção, quer isoladamente, quer alternativamente ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

Sendo assim, demonstrado os elementos necessários para tornar uma conduta um fato típico e antijurídico, parte-se para o estudo do surgimento do genocídio no rol das figuras criminosas.

Cumprido destacar, que a instituição do termo genocídio é atribuída ao jurista polonês *Raphael Lemkin*, em seu livro intitulado *Axis Rules in Occupied Europe*.²² Explica Carlos Canêdo que “constitui-se a expressão da união do vocábulo grego *genos* (raça, nação ou tribo) e do sufixo latino *cidio* (matar)”.²³

Este crime surge em um contexto de preconceito decorrente da raça, cor, religião ou da etnia de uma das pessoas envolvidas, de suas convicções políticas ou nacionalistas motivadas pelos conflitos armados, guerras, conflitos civis ou a eugenia.²⁴

A primeira remissão legal de que se tem conhecimento, que trata sobre o genocídio propriamente dito, refere-se à Resolução n. 96, de 11 de dezembro de 1946, da Assembléia Geral das Nações Unidas, ratificada, em 1948, mediante convenção dos países membros.

Com a aprovação de um projeto de resolução apresentado por Cuba, Índia e Panamá, com o comitê formado por Lemkin, Pella, Donnedieu de

²² LEMKIN, Raphael. *Axis rules in occupied Europe*. Washington DC: Carnegie endowment for international peace, 1944, p. 79 APUD CANÊDO, Carlos. *O genocídio como crime internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 85.

²³ CANÊDO, Carlos. *O genocídio como crime internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 86.

²⁴ MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *A proteção da criança no cenário internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005 p. 151-152.

Fabres e Maktos, designado pelo Secretariado da ONU para preparar o projeto para a Convenção para a prevenção e repressão do crime de genocídio.²⁵

O artigo 2º da Convenção definiu o genocídio da seguinte maneira:

Qualquer dos seguintes atos, cometidos com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como tal: a) matar membros do grupo; b) causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo; c) submeter intencionalmente o grupo a condições de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física, total ou parcial; d) adotar medidas destinadas a impedir nascimentos no seio do grupo; e) efetuar transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo.

Nesse sentido, deve-se ressaltar que condutas previstas na Resolução n. 96 aplicam-se, até os dias de hoje. Este ato normativo serviu de fonte inspiradora para as legislações de vários países, no sentido de se tipificar condutas relativas ao genocídio e de limitar a tutela penal definida neste crime.

No Brasil, o crime de genocídio está previsto em legislação extravagante, qual seja, a Lei nº 2.889 de outubro de 1956.

Tal dispositivo legal, em seu artigo 1º, traz a réplica do artigo 2º da Convenção para a prevenção e repressão do Crime de Genocídio, de 1948, mudando-se apenas algumas nomenclaturas, ou seja, suas condutas constitutivas.

²⁶ Vejamos:

Art. 1º Quem com a intenção de destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como tal:
a) matar membros do grupo;
b) causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo;

²⁵ MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 899.

²⁶ CANÊDO, Carlos. *O Genocídio como Crime Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 171.

- c) submeter intencionalmente o grupo a condições de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física total ou parcial;
- d) adotar medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo;
- e) efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo.

Um dado interessante no ordenamento jurídico pátrio é a absorção do crime de genocídio no Brasil pela Lei nº 8.072 de 25 de julho de 1990, que cuidou de enumerar taxativamente, em seu artigo 1º todos os crimes considerados hediondos. Vejamos:

Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, consumados ou tentados:

I – homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, §2º, I, II, III, IV e V);

II – latrocínio (art. 157, §3º, *in fine*);

III – extorsão qualificada pela morte (art. 158, §2º);

IV – extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (art. 159, *caput*, e §§ 1º, 2º e 3º);

V – estupro (art. 213 e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único);

VI – atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único);

VII – epidemia com resultado morte (art. 267, §1º)

VII – A- (Vetado)

VII – B – falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, *caput* e §1º, § 1º -A e §1º B, com a redação dada pela Lei nº 9.677, de 2 de julho de 1988).

Parágrafo único: Considera-se também hediondo o crime de genocídio previsto nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1957, tentado ou consumado.

Nas lições de Vicente Carlos Lucio:

Crime hediondo é aquele que pode ter vários sinônimos, como: depravado, vicioso, horroroso, horrendo, horrível, sinistro, pavoroso, medonho, abjeto, etc. No entanto, da forma que ficou estabelecido na Constituição Federal de 1988, lembrando que está é a primeira vez que uma Constituição brasileira traz a lume o tema, pois as

anteriores em nenhum momento previram a hediondez como crime, não nos trouxe nenhuma definição correta, fazendo simplesmente uma menção aos crimes definidos como hediondos por lei ordinária, serão insuscetíveis de fiança, graça e anistia.²⁷

E a respeito do crime de genocídio, complementou:

Não se pode confundir, portanto, com crimes de guerra, pois estes compreendem violação das leis e costumes, assassinatos, maus tratos ou deportação de populações civis nos territórios ocupados, assassinatos ou maus tratos de prisioneiros de guerra ou pessoas ou privados, destruição sem motivos de cidades ou aldeias, ou ainda devastação, não justificada por necessidades militares. O crime de genocídio para ser assim tipificado não pode ter conotação de um crime de guerra, pois genocídio consiste na vontade de alguém praticar o extermínio de pessoas manipulando ou não a vontade desse grupo. No crime de guerra o agente pratica não segundo a sua vontade e sim em obediência a uma ordem superior.²⁸

Tais informações demonstram todo o desvalor considerado pelo ordenamento jurídico quando à realização do crime de genocídio.

Para a comunidade internacional, o genocídio também é considerado um crime extremamente condenável, em que deviam ser punidos tanto os principais mandantes como também os seus cúmplices, indivíduos particulares, funcionários públicos ou estadistas, que tenham cometido crimes por motivos religiosos, raciais, políticos ou de qualquer outra ordem.²⁹

Tanto é assim, que a Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004, acrescentou o § 4º ao art. 5º da Carta Magna, cujo teor é o seguinte: "O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão".

²⁷ LUCIO, Vicente Carlos. *Crimes Hediondos*. São Paulo: EDIPRO, 1999, p. 27.

²⁸ LUCIO, Vicente Carlos. *Crimes Hediondos*. São Paulo: EDIPRO, 1999, p. 58-59.

²⁹ Cf. RAMELLA, Pablo A. *Crimes contra a humanidade*. tradução de Fernando Pinto. Rio de Janeiro. Forense, 1987, p. 34.

Nesse sentido:

Aberto à assinatura de todos os Estado, o Estatuto de Roma, consiste em um tratado multilateral que contém todos os aspectos relativos à competência e ao funcionamento de um Tribunal Penal Internacional Permanente (TPIP). Uma nova instituição que dispõe da personalidade jurídica para o cumprimento de suas funções.³⁰

O referido Tribunal Penal Internacional é composto:

O Estatuto do TPI apresenta 128 artigos, que versam sobre: estabelecimento do Tribunal; jurisdição; admissibilidade e lei aplicável; princípios gerais de direito penal; composição e administração do Tribunal; investigação e persecução; julgamento; penas; recurso e revisão; cooperação internacional e assistência judicial; execução penal; assembléia dos Estados-Partes; financiamento e disposições finais. Como se percebe, trata-se de um documento complexo de Direito Internacional Público, contendo regras de direito penal, processo penal, execução penal, organização judiciária etc. O Estatuto trata, evidentemente, da localização da sede do Tribunal, em Haia, nos Países Baixos – o “Estado anfitrião” –, onde se estabeleceu após a nomeação de seus 18 juízes e respectivo procurador.³¹

Conforme previsto no artigo 5º do citado Estatuto de Roma, são os crimes que estão sobre a jurisdição do Tribunal Penal Internacional:

1. A jurisdição do Tribunal se limitará aos crimes mais graves que preocupam a comunidade internacional em seu conjunto. O Tribunal terá jurisdição em conformidade com o presente Estatuto, sobre os seguintes crimes:
 - a) o crime de genocídio;
 - b) os crimes contra a humanidade;
 - c) os crimes de guerra;
 - d) os crimes de agressão.

Conforme analisado por Luiz Régis Prado:

[...] para o desenvolvimento do conceito de genocídio como antagônico à idéia de pluralidade e diversidade humanas, que repita-se devem ser garantidas por um Estado Democrático de Direito. Sem

³⁰ MACHADO, Maíra Rocha. *A internacionalização do direito penal*. São Paulo: Editora 34, 2004, p. 107.

³¹ *Tribunal Penal Internacional e a proteção dos direitos humanos: uma análise do estatuto de Roma à luz dos princípios do direito internacional e a pessoa humana*. B. Cient. ESMPU, Brasília, a. III – n. 12, p. 9-31 – jul./set. 2004

embargo, é claro, da óbvia constatação de que os bens jurídicos vida e integridade física e mental são também afetados por este crime.³²

Como muito bem advertido pelo autor, há extrema complexidade na conceituação do genocídio, o que torna mais árdua a tarefa identificação do bem jurídico ao qual o legislador ordinário preocupou-se em defender, dando ensejo assim às divergências doutrinárias.

Para Euclides Ferreira da Silva Júnior, “o conhecimento do objeto jurídico de uma norma incriminadora é de fundamental importância para fazermos sua classificação e sua interpretação”.³³ Nesse sentido, foi exposto por Cezar Peluso, Ministro relator do acórdão tido como objeto de estudo:

O que orienta a discussão aqui é a delimitação conceitual do bem jurídico protegido pelo crime de genocídio, como pressuposto metodológico da resposta à questão última de saber se incide, ou não, o disposto no art. 5º, XXXVIII, letra “d”, da Constituição da República, que estatui a competência do Tribunal do Júri para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.³⁴

Nos ensinamentos de Zaffaroni e Pierangeli:

[...] o que é bem jurídico. Se tivéssemos que dar uma definição a ele, diríamos que bem jurídico penalmente tutelado é a relação de disponibilidade de um indivíduo com um objeto, protegida pelo Estado, que revela seu interesse mediante a tipificação penal de condutas que o afetam.³⁵

Celso Lafer, ao analisar o pensamento de Hannah Arendt, sintetiza: o genocídio representa “um ataque à diversidade humana como tal”, isto é, “as

³² PRADO, Luiz Régis. *Bem jurídico penal e constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 67.

³³ JÚNIOR, Euclides Ferreira da Silva. *Lições de direito penal*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira Ltda, 1999, p. 72.

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 351.487-3, Roraima. Relator Ministro Cezar Peluso. Acórdão 03/08/2006. D.J. 10.11.2006.

³⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 439.

características de status humano, sem o qual as exatas expressões gênero humano ou humanidade ficariam sem sentido”.³⁶

Inserida em um contexto histórico pós-guerra, Hannah Arendt, analisa o genocídio como crime contra humanidade, já que por suas características esse delito possuía especificidades que o faziam ultrapassar os crimes contra a paz e os crimes de guerra (rol onde esse crime fora inserido), merecendo uma denominação própria.³⁷

Carlos Eduardo Adriano Japiassú interpreta as lições de Laplaza:

Com respeito ao bem jurídico protegido no crime de genocídio. Laplaza afirma que o genocídio não ataca pessoas humanas concretas, mas o grupo racial a que essas pessoas pertencem. Em realidade, o que se pretende proteger é o grupo do qual aquele indivíduo faz parte, seja ele racial, étnico, nacional ou religioso.³⁸

Em contrapartida, analisa de forma diversa o pensamento de João Batista Leão:

Diferentemente, João Batista Leão afirma que, em realidade, são protegidos os bens jurídicos individuais, ou seja, a vida, a integridade física e a liberdade, de acordo com o comportamento que se tenha em vista, dentro os diversos previstos no tipo penal.³⁹

Tem-se, portanto, que a discussão existente entre o objeto do crime alimenta-se de forma doutrinária, a legislação, ao menos a princípio, não se preocupa com isso.

³⁶ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 180.

³⁷ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 169

³⁸ JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano. *O Direito Penal Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 33.

³⁹ JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano. *O Direito Penal Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 33.

O fato é que no ordenamento jurídico pátrio, o legislador excluiu o crime de genocídio, dos “crimes contra a vida”, haja vista o mesmo não esteja previsto naquele rol criminal.

O Código penal elenca os seguintes crimes contra a vida:

- homicídio (art. 121);
- induzimento, instigação ou auxílio a suicídio (art. 122);
- infanticídio (art. 123);
- aborto (arts. 124 a 128).⁴⁰

Sob esse aspecto, o acórdão analisado consignou:

O objeto jurídico tutelado imediatamente pelo crime de genocídio há de ser, pois, a existência de um grupo nacional, étnico, racial ou religioso. A lesão à vida, à integridade física, à liberdade de locomoção etc., são apenas meios de ataque do bem jurídico tutelado, que, nos diversos tipos de ação genocida, se não confunde os bens primários também lesados por essas ações instrumentais.⁴¹

Como já abordado, no Brasil, o crime de genocídio está disposto em lei especial, Lei nº 2.889 de 1º de outubro de 1956, e prevê como pena:

Será punido:

- Com as penas do art. 121, §2º, do Código Penal, no caso da letra a;
- Com as penas do art. 129, §2º, no caso da letra b;
- Com as penas do art. 270, no caso da letra c;
- Com as penas do art. 125, no caso da letra d;
- Com as penas do art. 148, no caso da letra e.

Observa-se que todas as punições estão previstas na legislação ordinária, também por isso, Carlos Canêdo não vê razão para que o crime de genocídio esteja disposto em legislação extravagante, ou seja, fora do Código Penal.

Segundo Canêdo, o crime poderia estar disposto no título Dos Crimes Contra a Humanidade (que não existe no Código Penal brasileiro). Além

⁴⁰ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte especial*. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 02.

⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 351.487-3, Roraima. Relator Ministro Cezar Peluso. Acórdão 03/08/2006. D.J. 10.11.2006, p. 585.

disso, a própria Constituição Federal de 1988 aborda a dignidade da pessoa humana, a cidadania, o combate ao preconceito de origem racial ou relativo ao sexo, idade ou a cor, como princípios fundamentais. A Constituição Brasileira faz referência aos direitos humanos e à cooperação entre os povos quando trata das relações internacionais das quais o Brasil faz parte.⁴²

Como demonstrado, existe previsão legal exclusiva (e específica) para o crime de genocídio, e este crime, por sua vez, não foi incluído no rol dos “crimes contra a vida” dispostos no Capítulo I da Parte Especial do Código Penal Brasileiro.

No entanto, tal afirmação não exaure a problemática suscitada sobre a análise do crime de genocídio praticado através de homicídios. Afinal, o fato de impossibilitar a apreciação de tal crime pelo Tribunal do Júri pode ser interpretado como exímio ato de injustiça às vítimas desse delito, que também se revestem de peculiaridades, como veremos a seguir.

1.2 Sujeitos do genocídio

Definido o que é genocídio, torna-se importante ressaltar algumas especificidades contidas nesse crime, abrangendo, inclusive, os sujeitos por ele englobados.

⁴² CANÊDO, Carlos. *O Genocídio como Crime Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 171.

1.2.1 Sujeito ativo

Sujeito ativo do crime é aquele que pratica o fato típico e antijurídico.⁴³ Segundo Mirabete:

Sujeito ativo do crime é aquele que pratica a conduta descrita na lei, ou seja, o fato típico. Só o homem, isoladamente ou associado a outros (co-autoria ou participação), pode ser sujeito ativo do crime, embora na Antiguidade e na Idade Média ocorressem muitos processos contra animais. A capacidade geral para praticar crime existe em todos os homens. "Capaz de ação em sentido jurídico - afirma Wessels - é toda pessoa natural independentemente de sua idade ou de seu estado psíquico, portanto também os doentes mentais." ⁴⁴

E ainda:

O conceito abrange não só aquele que pratica o núcleo da figura típica (o que mata, o que subtrai etc.), como também o co-autor ou partícipe, que colaboram de alguma forma na conduta típica. Entre os sujeitos ativos do crime, porém, deve ser distinguido o autor do crime, quando se exige uma capacidade especial. A possibilidade de a ação típica não ser praticada pela pessoa com a capacidade especial exigida, que apenas colabora na conduta de terceiro, será examinada no capítulo do concurso de agentes.
⁴⁵

Complementa Flávio Augusto Monteiro de Barros, que para existir um sujeito ativo, necessário haver capacidade penal ativa, que seria:

Capacidade penal ativa é a aptidão para submeter-se aos efeitos da violação da norma penal incriminada. Vimos que o direito penal reage através das penas e das medidas de segurança. Os doentes mentais têm capacidade penal ativa, pois submetem-se ao regime das medidas de segurança. Não permanecem assim imunes ao âmbito de atuação do direito penal.

⁴³ ANDREUCCI, Ricardo Antônio. *Manual de direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2044, p. 33.

⁴⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini. FRABBRINI, Renato. *Manual de Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 173.

⁴⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini. FRABBRINI, Renato. *Manual de Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 173.

Em contrapartida, os menores de 18 anos e as pessoas jurídicas não tem capacidade penal ativa.⁴⁶

Então, o sujeito ativo do crime de genocídio é sempre o homem, visto que não se admite a responsabilidade das pessoas jurídicas para este crime.

Por força do direito anglo-saxão cogitou-se da responsabilidade penal da pessoa jurídica durante o Tribunal de Nuremberg mas essa sugestão não foi aprovada, ainda que por estreita margem. Vale lembrar que diversas legislações, como a francesa e a dos países anglo-saxões prevêm a punição da pessoa jurídica. Todavia, esta previsão poderia trazer graves violações ao princípio do *non bis in idem*, ao se punir a pessoa jurídica (geralmente o Estado) e a pessoa natural, ou dificuldades quando houver concurso entre a pessoa física e a pessoa jurídica.⁴⁷

Num panorama histórico, é possível observar que os sujeitos ativos do crime de genocídio, geralmente, são chefes de governo e militares, em virtude das especificidades deste crime.

Verifica-se, inclusive, que a punição penal será aumentada se o crime for praticado por governante:

Art. 4º A pena será agravada de 1/3 (um terço), no caso dos arts. 1º, 2º e 3º, quando cometido o crime por governante ou funcionário público.⁴⁸

Outra peculiaridade observada no crime de genocídio, é que durante a história ele foi comumente praticado em concurso de pessoas, na medida em que geralmente exige um plano criminoso mais elaborado, porém, isso não impede que apenas um agente realize o crime.

⁴⁶ BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. Direito penal: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 125.

⁴⁷ SAVAZZONI, Simone de Alcantara. *Crime de Genocídio*. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. 04 julho. 2009.

⁴⁸ BRASIL. Lei nº 2.889, de 01 de outubro de 1956. Define e pune o crime de genocídio. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em: 24 de agosto de 2009.

Sobre o concurso de pessoas, observa Damásio de Jesus:

A infração penal, porém, nem sempre é obra de um só homem. Com alguma frequência, é produto de concorrência de várias condutas referentes a distintos sujeitos. Por vários motivos, quer para garantir a sua execução ou impunidade, quer para assegurar o interesse de várias pessoas em seu consentimento, reúnem-se repartindo tarefas, as quais, realizadas, integram a figurada de pessoas.

[...]

Neste caso, quando várias pessoas concorrem para a realização da infração penal, fala-se em co-delinquência, concurso de pessoas, co-autoria, participação, co-participação ou concurso de delinquentes (*concurso deliquentium*). O CP emprega a expressão “concurso de pessoas” (art. 29).⁴⁹

Assim, passa-se para análise do sujeito passivo desse crime.

1.2.2 Sujeito passivo

Sujeito passivo do crime é o titular do bem jurídico lesado ou ameaçado pela conduta criminosa, é ele quem “sofre as consequências da prática criminosa.”⁵⁰

Nas lições de Damásio de Jesus, “sujeito passivo é o titular do interesse cuja ofensa constitui a essência do crime. Para que seja encontrado é preciso indagar qual o interesse tutelado pela lei penal incriminadora.”⁵¹

A Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio de 1948 aborda, em seu artigo 2º, conforme exposto, as vítimas das barbáries genocidas.

⁴⁹ JESUS, Damásio de. *Direito penal: parte geral*. 26. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 405.

⁵⁰ ANDREUCCI, Ricardo Antônio. *Manual de direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 33.

⁵¹ JESUS, Damásio de. *Direito Penal*, volume 1: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 170.

Ensina Fragoso que sujeito passivo desse crime pode ser qualquer pessoa que integre determinado grupo nacional, étnico, racial ou religioso e que seja atingida como tal. Para o autor, embora a definição do crime se refira a “membros de um grupo”, pode-se configurar o crime, mesmo que exista apenas uma vítima (desde que a mesma seja atingida em caráter impessoal, como membro de grupo nacional, étnico, racial ou religioso).⁵²

No entanto, antes de rotular qualquer desses grupos, é importante aprofundar um pouco mais na discussão das noções imprecisas devido à sua dificuldade de conceituação.⁵³ A antropologia, por exemplo, ainda não chegou a critérios definitivos acerca do que sejam os grupos étnicos e raciais.

No concernente aos grupos raciais, cabe destacar que, na prática, inexistente pureza racial, à medida que toda raça ou unidade racial se constitui por intermédio da integração ou assimilação de raças, formando algo que paradoxalmente poderíamos chamar de “homogeneidade heterogênea”. O que importa colocar em evidência é que a raça não se pode confundir com nação – que é uma unidade política -, apresentando alguma distinção do conceito de etnia mais relacionado com cultura.⁵⁴

O conceito de etnia é normalmente obtido através de critérios culturais, estendendo-se a minorias que mantenham um modo de ser distinto, inclusive reivindicando autonomia política.⁵⁵

O conceito de raça é obtido por critérios biológicos, e aí se encontra a dificuldade de delimitação do que é raça, visto que não há, hoje, de acordo com a

⁵² FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. Parte Geral. 15.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 83.

⁵³ CANÊDO, Carlos. *O Genocídio como Crime Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 105.

⁵⁴ CANÊDO, Carlos. *O Genocídio como Crime Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 115.

⁵⁵ CANÊDO, Carlos. *O Genocídio como Crime Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 174.

moderna antropologia, raças puras e se confunde, às vezes, com o conceito de grupo nacional.

O Ministro Moreira Alves, no julgamento do *Habeas Corpus* 82424/RS, em alusão a Nicolla Abagnano, consignou:

O conceito de raça é hoje unanimemente considerado pelos antropólogos como um expediente classificatório apto para subministrar o esquema zoológico dentro do qual podem ser situados os diferentes grupos do gênero humano. Portanto, a palavra deve ficar reservada somente aos grupos humanos assinalados por diferentes características físicas que podem ser transmitidas por heranças. Tais características são principalmente: a cor da pele, a estatura, a forma da cabeça e do rosto, a cor e a qualidade dos cabelos, a cor e a forma dos olhos, a forma do nariz e a estrutura do corpo. Tradicional e convencionalmente se distinguem três grandes raças, que são a branca, a amarela e a negra, ou seja, a caucasiana a mongólica e a negróide. Portanto, os grupos nacionais, religiosos, geográficos, lingüísticos e culturais não podem ser denominados 'raças' sob nenhum conceito e não constituem raça nem os italianos, nem os alemães, nem os ingleses, nem o foram os romanos ou gregos, etc. Não existe nenhuma raça 'ariana' ou 'nórdica'.⁵⁶

Após enfrentar algumas peculiaridades e a complexidade do delito em questão, com maiores subsídios para o deslinde da questão, passa-se ao exame do Recurso Extraordinário nº 351.487/RR.

⁵⁶ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 824.242, Rio Grande do Sul. Relator Ministro Moreira Alves. Acórdão 17/09/2003. D.J. 19/03/2004.

2. Recurso Extraordinário nº 351.487/RR

O “massacre Haximú” foi um dos conflitos mais divulgados dentre os ocorridos entre mineradores brasileiros e o povo indígena.

Tal conflito aconteceu no ano de 1993, em meados de junho, no norte do Estado de Roraima, próximo à fronteira com a Venezuela, e, resultou na morte de 12 (doze) índios da tribo Yanomami dos Homoxitheri, a saber: 1 (um) homem adulto, 2 (duas) mulheres adultas, 1 (uma) idosa cega, 3 (três) adolescentes do gênero feminino e mais 5 (cinco) crianças (entre 1 – um – e 8 – oito – anos de idade), bem como outros 3 (três) índios feridos, sendo, destes, 2 (duas) crianças.

Os acusados pelo massacre foram denunciados pelo Ministério Público Federal, pela prática do crime de genocídio, em concurso material com os crimes de lavra garimpeira ilegal, dano qualificado, ocultação de cadáver, contrabando ou descaminho e formação de quadrilha ou bando.

O processo tramitou perante o juízo monocrático federal, resultando em decreto condenatório de penas que variam de 19 (dezenove) anos e 6 (seis) meses a 20 (vinte) anos de reclusão, todas acrescidas de 6 (seis) meses de detenção, a serem cumpridas em regime integralmente fechado.⁵⁷

⁵⁷ A condenação ocorreu quando ainda era considerada constitucional a redação original do §1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/1990 (também conhecida como “Lei dos Crimes Hediondos”). Tal dispositivo fixava regime integralmente fechado para os crimes considerados hediondos – como é o caso do genocídio. Entretanto, com o julgamento do HC nº 82.959/SP, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, o Plenário do STF declarou, no âmbito do controle difuso, a inconstitucionalidade do mencionado dispositivo, determinando-se, por consequência, a ilegitimidade constitucional da atribuição integral fechado aos crimes hediondos.

Contra tal decisão, foi interposto, exclusivamente pelos réus, recurso de apelação (Apelação Criminal nº 1997.01.00.017140/RR), com o objetivo de abrandar a pena. No entanto, no julgamento dessa apelação, a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por maioria, decretou, de ofício, a nulidade da sentença, nos termos do voto revisor do Juiz Osmar Tognolo:

Aos Apelantes foi imputada a prática dos crimes de lavra de garimpeira, sem autorização, contrabando, ocultação de cadáver, dano, quadrilha ou bando em conexão com genocídio, na figura da alínea “a” do art. 1º da Lei 2.889/56, a associação para o genocídio.

A Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XXXVIII, garante a instituição do júri popular, atribuindo-lhe competência para julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

De sua parte, o Código de Processo Penal, no artigo 76, estabelece a competência por conexão se, ocorrendo duas ou mais infrações, houverem sido praticadas ao mesmo tempo, por várias pessoas reunidas, ou por várias pessoas em concurso (inciso I). Nessa hipótese, haverá reunião de processos (art. 79), determinando o art. 78, I, a prevalência da competência do júri.

A hipótese dos autos é de competência por conexão, eis que vários foram os crimes imputados a diversas pessoas, impondo-se a unidade de processos para julgamento de todos eles pelo tribunal do júri.

Desse modo, padece de nulidade absoluta a sentença proferida pelo ilustre magistrado de primeiro grau, por não possuir ele competência para julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Pelo exposto, decreto de ofício a nulidade da sentença, determinando o retorno dos autos à vara de origem, para adoção do procedimento previsto nos artigos 406 e seguintes do Código de Processo Penal, ficando prejudicado o exame das apelações interpostas.⁵⁸

A ementa do julgado foi consolidada nos seguintes termos:

PROCESSO PENAL E CONSTITUCIONAL – COMPETÊNCIA – CRIME DE GENOCÍDIO – ALÍNEA “A” DO ART. 1º DA LEI Nº 2.889/56, PRATICADO EM CONEXÃO COM OUTROS DELITOS – REUNIÃO DE PROCESSOS – ART. 79 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – PREVALÊNCIA DA COMPETÊNCIA DO JÚRI – CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 5º, INCISO XXXVIII – ART. 78, I, DO CPP – SENTENÇA ANULADA.

1. Aos apelantes foi imputada a prática, em conexão, dos crimes de lavra garimpeira sem autorização, contrabando, dano, quadrilha

⁵⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Apelação Criminal nº 1997.01.00.017140-0, Roraima. Relator Juiz Tourinho Neto, Relator designado Juiz Osmar Tognolo. p. 1.701.

ou bando, genocídio, na figura da alínea “a” do art. 1º da Lei 2.889/56 e associação para o genocídio, hipótese em que o art. 79 do Código Penal impõe a reunião de processos para o julgamento unificado.

2. A competência federal decorre, no caso, de terem sido praticados infrações penais em detrimento de bens da União Federal, além de homicídio que teve índios como vítimas (Constituição Federal, art. 109, incisos IV e XI).

3. A Constituição Federal, por sua vez, no inciso XXXVIII do art. 5º, consagra a instituição do júri, atribuindo-lhe competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, ao passo que o art. 78, I, do Código de Processo Penal estabelece que, no concurso entre a competência do júri e outro órgão de jurisdição comum, prevalecerá a competência do júri.

4. Desse modo, tendo sido imputada aos apelantes a prática de crimes dolosos contra a vida, tendo índios como vítimas, em conexão com outros delitos, competente para o julgamento de todos eles é o júri popular federal.⁵⁹

Irresignado, o Ministério Público Federal, interpôs Recurso Especial, alegando que, ao afastar a competência do Juiz Singular, o Tribunal Regional Federal, teria contrariado o dispositivo do artigo 74, § 1º, do Código de Processo Penal, haja vista não se tratar o genocídio de um crime contra vida.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, conheceu e deu provimento ao Recurso Especial nº 222.653/RR, de relatoria do Ministro Jorge Scartezzini, para reformar o acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, e restabelecer se sentença recorrida, declarando ser o Juiz Monocrático Federal o órgão competente para julgar os delitos arrolados na denúncia, em acórdão assim ementado:

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL – RECURSO ESPECIAL – CRIMINAL – CRIME DE GENOCÍDIO CONEXÃO COM OUTROS DELITOS – COMPETÊNCIA – JUSTIÇA FEDERAL – JUIZ SINGULAR – ETNIA – ÍNDIOS YANOMAMI – ALÍNEA “A”, DO ART. 1º DA LEI Nº 2.889/56 C/C ART. 74, PARÁG. 1º DO CPPP E ART. 5º XXXVIII, DA CF – PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO – CONHECIMENTO – SENTENÇA MONOCRÁTICA RESTABELECIDA

⁵⁹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Apelação Criminal nº 1997.01.00.017140-0, Roraima. Relator Juiz Tourinho Neto, Relator designado Juiz Osmar Tognolo. p. 1.701.

1 – Inicialmente, reconhecida extinta a punibilidade de FRANCISCO ALVES RODRIGUES, em virtude de seu falecimento, conforme certidão de óbito juntada às fls. 1.807 dos autos (art. 107, I, CP).

2 – Aos réus recorridos é imputada a perpetração dos delitos de lavra garimpeira ilegal, contrabando ou descaminho, ocultação de cadáver, dano, formação de quadrilha ou bando, todos em conexão com genocídio e associação para o genocídio, na figura da alínea “a”, do art. 1º da Lei nº 2.889/56, cometidos contra os índios YANOMAMI, no chamado “MASSACRE DE HAXIMÚ”, que resultou na morte de 12 índios, sendo 01 homem adulto, 02 mulheres, 01 idosa cega, 03 moças e 05 crianças (entre 01 e 08 anos de idade), bem como em 03 índios feridos, entre eles, 02 crianças.

3 – Esta Corte, através de seu Órgão Especial, posicionou-se no sentido de que a violação de determinada norma legal ou dissídio sobre sua interpretação, não requer, necessariamente, que tal dispositivo tenha sido expressamente mencionado no v. acórdão do Tribunal de origem. Cuida-se do chamado prequestionamento implícito (cf. EREsp nºs 181.682/PE, 144.844/RS e 155.321/SP). Sendo hipótese dos autos, afasta-se a aplicabilidade da Súmula 356/STF para conhecer do recurso, no tocante à suposta infringência aos arts. 74, parág. 1º do Código de Processo Penal e 1º, “a”, da Lei nº 2.889/56.

4 – Como bem asseverado pela r. sentença e pelo v. *decisum* colegiado, cuida-se, primeiramente de competência federal, porquanto deflui de fato do fato de terem sido praticados delitos penais em detrimento de bens tutelados pela União Federal, envolvendo, no caso concreto, direitos indígenas, entre eles, o direito maior à própria vida (art. 109, incisos IV e XI, da Constituição Federal). Precedente do STF (RE nº 179.485/2-AM). Logo, a esta Corte de Uniformização sobeja, apenas e tão somente, a análise do crime de genocídio e a competência para seu julgamento, em face ao art. 74, parág. 1º, do Código de Processo Penal, tido como violado.

5 – Pratica genocídio quem, intencionalmente, pretende destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, cometendo, para tanto, atos como o assassinato de membros do grupo, dano grave à sua integridade física ou mental, submissão intencional destes ou, ainda, tome medidas a impedir os nascimentos no seio do grupo, bem como promova a transferência forçada de menores do grupo para outro. Inteligência dos arts. 2º da Convenção Contra o Genocídio, ratificada pelo Decreto nº 30.822/52, c/c 1º, alínea “a”, da Lei nº 2.889/56.

6 – Neste diapasão, no caso *sub judice*, o bem jurídico tutelado não é a vida do indivíduo considerado em si mesmo, mas sim a vida em comum do grupo de homens ou parte deste, ou seja, da comunidade de povos, mais precisamente, da etnia dos silvícolas integrantes da tribo HAXIMÚ, dos YANOMAMI, localizada em terras férteis para a lavra garimpeira.

7 – O crime de genocídio tem objetividade jurídica, tipos objetivos e subjetivos, bem como sujeito passivo, inteiramente distintos daqueles arrolados como crimes contra a vida. Assim, a idéia de submeter tal crime ao Tribunal do Júri encontra óbice no próprio ordenamento

processual penal, porquanto não há em seu bojo previsão para este delito, sendo possível apenas e somente a condenação dos crimes especificamente nele previstos, não se podendo neles incluir, desta forma, qualquer crime que haja morte da vítima, ainda que causada dolosamente. Aplicação dos arts. 5º, inciso XXXVIII, Constituição Federal c/c 74, parág. 1º, do Código de Processo Penal.

8 – Recurso conhecido e provido para, reformando o v. aresto *a quo*, declarar competente o Juiz Singular Federal para apreciar os delitos arrolados na denúncia, devendo o Tribunal de origem julgar as apelações que restaram, naquela oportunidade, prejudicadas, bem como o pedido de liberdade provisória formulado às fls. 1.823/1.832 destes autos. Decretada extinta a punibilidade em relação ao réu FRANCISCO ALVES RODRIGUES, nos termos do art. 107, I, do CP, em razão de seu falecimento.⁶⁰

Contra o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, foi interposto o Recurso Extraordinário nº 351.487/RR, precedente objeto deste estudo, com a seguinte ementa:

1. CRIME. Genocídio. Definição legal. Bem jurídico protegido. Tutela penal da existência de grupo racial, étnico, nacional ou religioso, a que pertence a pessoa ou pessoas imediatamente lesionadas. Delito de caráter coletivo ou transindividual. Crime contra a diversidade humana como tal. Consumação mediante ações que, lesivas a vida, integridade física, liberdade de locomoção e outros bens jurídicos individuais, constituem modalidades executórias. Inteligência do art. 1º da Lei nº 2.889/56 e do art. 2º da Convenção contra o Genocídio, ratificada pelo Decreto nº 30.888/52. O tipo penal do delito de genocídio protege, em todas as suas modalidades, bem jurídico coletivo ou transindividual, figurado na existência do grupo racial, étnico ou religioso, a qual é posta em risco por ações que podem também ser ofensivas a bens jurídicos individuais, como o direito à vida, a integridade física ou mental, a liberdade de locomoção etc.

2. CONCURSO DE CRIMES. Genocídio. Crime unitário. Delito praticado mediante execução de doze homicídios como crime continuado. Concurso aparente de normas. Não caracterização. Caso de concurso formal. Penas cumulativas. Ações criminosas resultantes de desígnios autônomos. Submissão teórica do art. 70, *caput*, segunda parte, do Código Penal. Condenação dos réus apenas pelo delito de genocídio. Recurso exclusivo da defesa. Impossibilidade de *reformatio in pejus*. Não podem os réus, que cometeram, em concurso formal, na execução do delito de genocídio,

⁶⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 222.653, Roraima. Relator Ministro Jorge Scartezini. Acórdão 12/07/2000. D.J. 30/10/200,

doze homicídios, receber a pena destes além da pena daquele, no âmbito de recurso exclusivo da defesa.

3. COMPETÊNCIA CRIMINAL. Ação penal. Conexão. Concurso formal entre genocídio e homicídios dolosos agravados. Feito da competência da Justiça Federal. Julgamento cometido, em tese, ao tribunal do júri. Inteligência do art. 5º, XXXVIII, da CF, e art. 78, I, cc. Art. 74 § 1º, do Código de Processo Penal. Condenação exclusiva pelo delito de genocídio no juízo federal monocrático. Recurso exclusivo da defesa. Improvimento. Compete ao Tribunal do Júri da Justiça Federal julgar os delitos de genocídio e de homicídios ou homicídios dolosos que constituíram modalidade de sua execução.⁶¹

Nesse sentido, depreende-se, que o Supremo Tribunal Federal, assim como o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, reconheceu ser o Tribunal do Júri da Justiça Federal o órgão competente para julgar o crime de genocídio cometido por meio de homicídios.

No entanto, o STF negou provimento ao Recurso Extraordinário, por entender que o recurso de apelação interposto exclusivo pela defesa veda a possibilidade de *reformatio in pejus*:

Noutras palavras, a regra do concurso real levaria à soma das penas dos homicídios, que, então, deveriam ser comparadas com a de genocídio, para que, seguindo agora a regra do concurso formal, se optasse pela mais severa, com a agravação prevista em lei.⁶²

Uma vez apresentada, em linhas gerais, a discussão ocorrida no caso, é oportuno desenvolver algumas das peculiaridades existentes na relação entre os crimes de genocídio e os crimes de homicídio.

⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 351.487-3, Roraima. Relator Ministro Cezar Peluso. Acórdão 03/08/2006. D.J. 10.11.2006.

⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 351.487-3, Roraima. Relator Ministro Cezar Peluso. Acórdão 03/08/2006. D.J. 10.11.2006, p. 599.

2.1 A relação entre os crimes de genocídio e de homicídio

Das hipóteses previstas de cometimento do crime de genocídio, a mais complexa de se analisar é aquela contemplada pelo acórdão estudado, ou seja, o genocídio praticado por meio de homicídios.

Isso ocorre porque, no cerne dessa discussão, encontram-se divergências tanto sobre a determinação da competência para o julgamento do referido delito, quanto sobre sua tipificação.

A respeito da determinação de competência, o Código de Processo Penal Brasileiro elenca critérios para defini-la:

Art. 69 Determinará a competência jurisdicional:

- I – O lugar da infração;
- II – O domicílio ou residência do réu;
- III – A natureza de infração;
- IV – A distribuição;
- V – A conexão ou continência;
- VI – A prevenção;
- VII – A prerrogativa de função.

Segundo os ensinamentos de Reinaldo Rossano Alves:

Esses vários critérios podem ser distribuídos em três grupos: competência em razão do território (territorial ou *ratione loci*), em razão da matéria (material ou *ratione materiae*) e em razão da hierarquia (funcional ou *ratione personae*). No primeiro grupo (em razão do território), encontram-se o lugar da infração e o domicílio do réu. No segundo grupo (em razão da matéria), está a natureza da infração. Por fim, no terceiro (em razão da hierarquia), localiza-se prerrogativa de função.⁶³

Por ser questão que interessa à ordem pública, a competência em relação à matéria é inderrogável às partes e sua inobservância determina nulidade

⁶³ ALVES, Reinaldo Rossano. *Direito Processual Penal*. Brasília: Fortium, 2008, p. 96.

dos atos decisórios.⁶⁴ Conforme consignado no acórdão estudado, não se nega, no caso, a competência da Justiça Federal para julgar o crime de genocídio, afinal, a Constituição Federal aduz expressamente em seu artigo 109, inciso XI:

Art. 109 Aos juízes federais compete processar e julgar:
[...]
XI – a disputa sobre direitos indígenas.

No entanto, tal afirmação, por si só, não exclui a possibilidade de julgamento pelo Tribunal do Júri, haja vista a instituição também exista no âmbito da Justiça Federal. A Constituição Federal brasileira também prevê no artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea *d*, o processamento específico para os crimes dolosos contra a vida, *verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
[...]
XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:
a) a plenitude de defesa;
b) o sigilo das votações;
c) a soberania dos veredictos;
d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Nesse mesmo sentido, o Código de Processo Penal:

Art. 74 A competência pela natureza da infração será regulada pelas leis da organização judiciária, salvo a competência privativa do Tribunal do Júri.

Sob esse prisma, merece ser analisado o raciocínio de que o crime

⁶⁴ MALCHER, José Lisboa da Gama. *Manual de Processo Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, p. 277.

de genocídio cometido por meio de crimes de homicídio pode ser considerado crime contra a vida. Ao comentar essa norma constitucional, Celso Ribeiro Bastos estabelece:

Fica dito que é assegurada ao júri, entre outras coisas, a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. Esta é uma competência sem dúvida mínima. Em nenhuma hipótese um crime com estas características pode ser subtraído ao júri, mas em nenhum momento está dito que outras atribuições não lhe podem ser acrescentadas nos termos da lei ordinária.⁶⁵

Antônio Alberto Machado aduz que:

[...] a Constituição de 1988, seguindo uma tradição inaugurada com a Constituição de 1946, estabeleceu a competência mínima do Tribunal do Júri para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. Preferimos, no entanto, falar em competência irredutível, já que a Constituição assegura a competência do Júri para julgar, ao menos, os crimes dolosos contra a vida, mantendo aberta a possibilidade de se ampliar essa competência.⁶⁶

No acórdão tido como paradigma, o Ministro Relator Cezar Peluso consignou as seguintes questões:

- a) Em primeiro lugar, é mister aferir desde logo se, dentro de uma mesma modalidade, as condutas homogêneas constitutivas do crime de genocídio implicam a prática de um ou de vários delitos de genocídio em concurso real. Em seguida, deve-se avaliar a relação existente entre as distintas modalidades de genocídio, para saber, *“por ejemplo, se el asesinato de un miembro del grupo y las lesiones infringidas a otro constituyen uno o dos delitos de genocidio”*.
- b) Em segundo lugar, cumpre enfrentar a problemática concernente à relação existente entre o crime de genocídio e cada uma das figuras delituosas que, consideradas em si mesmas, substanciam crimes autônomos contra bem jurídicos individuais, mas que, animados pelo elemento subjetivo exigido pelo tipo legal do genocídio, atuam, ao mesmo tempo, como modalidades comissivas do crime de genocídio.⁶⁷

⁶⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 208.

⁶⁶ MACHADO, Alberto Antônio. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 245.

⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 351.487-3, Roraima. Relator Ministro Cezar Peluso. Acórdão 03/08/2006. D.J. 10.11.2006, p. 587.

Destaca-se, que o acórdão não deixou dúvidas quanto à unidade típica do delito de genocídio praticado por meio dos delitos de homicídio, ainda que estes sejam consumados contra a mais de um membro do mesmo grupo nacional, racial, étnico ou religioso:

Como não poderia deixar de ser, dada a já vista identidade da matriz normativa, nosso ordenamento jurídico estruturou os tipos penais, definindo-lhes as condutas de igual alcance, mediante o uso de termos coletivos, como, p. ex., “membros”, “grupo”, “nascimentos”, “crianças”.⁶⁸

O aspecto mais problemático, para fins deste estudo, é, portanto, a relação entre os crimes de genocídio e de homicídio, que merece exame mais detido na próxima seção.

2.2 Conflito aparente de normas

Na análise do crime de genocídio, observar-se-á que sempre ocorrerá uma ou mais infrações penais que servirão de meios necessários para sua prática. Sendo assim, pela existência de unidade de fato e pluralidade de normas identificadas no delito em questão, enfrenta-se um conflito aparente de normas. De acordo com Ricardo Antônio Andreucci:

Ocorre o conflito aparente de normas quando a um mesmo fato podem ser aplicadas, aparentemente, duas ou mais normas penais. Esse conflito é apenas aparente, uma vez que é impossível duas ou mais normas penais incidirem sobre o mesmo fato.⁶⁹

Nas palavras de Alvaro Mayrink da Costa:

⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 351.487-3, Roraima. Relator Ministro Cezar Peluso. Acórdão 03/08/2006. D.J. 10.11.2006, p. 589.

⁶⁹ ANDREUCCI, Ricardo Antônio. *Manual de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 44.

O conflito de normas é aparente porque o ordenamento jurídico oferece, implícita ou explicitamente, critérios para determinar a aplicabilidade, no caso concreto, de uma ou outra disposição. Tal conflito seria verdadeiro se o ordenamento jurídico não fornecesse regras para dirimi-lo.⁷⁰

Nos ensinamentos de Damásio de Jesus, são três princípios que servem de suporte para a análise do conflito aparente de normas:

- 1º) Princípio da especialidade;
- 2º) Princípio da subsidiariedade;
- 3º) Princípio da consunção.⁷¹

Portanto, para o deslinde da questão, cabe enfrentá-los de forma detalhada.

2.2.1 Hipótese de aplicação do princípio da subsidiariedade

Conforme expõe Ney Moura Teles:

Uma norma seria subsidiária da outra, primária, quando descrevesse o grau de violação do bem jurídico de menor gravidade que a descrita na norma primária, principal.

[...]

Diante do conflito, o intérprete deve analisar o fato em sua totalidade, para verificar qual dos tipos incidirá. Se a conduta tiver violado no maior grau o bem jurídico, é evidente que a norma primária é que vai ajustar-se ao tipo. Se o tiver ofendido mais levemente, incidirá a norma subsidiária.⁷²

⁷⁰ COSTA, Alvaro Mayrink da. *Direito Penal*: volume 1. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.476.

⁷¹ JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*, volume 1: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 109.

⁷² TELES, Ney Moura. *Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 1998. P. 206.

Cumprido salientar que a norma subsidiária somente se aplica quando não há tipificação de outro delito geral, mais abrangente, em regra, mais grave.⁷³ No acórdão tido como paradigma, consignou Ministro Cezar Peluso:

Sob a diretriz da subsidiariedade, resolve-se o conflito por inferência. Assim, o tipo subsidiário somente será aplicado quando não o for o tipo principal, "porque diferentes as normas penais protegem iguais bens jurídicos em diferentes estágios de agressão (*lex primaria derogat legi subsidiariae*)".

Conforme põem em relevo Giovanni Fiandaca e Enzo Musco, só há subsidiariedade diante de tipos dispostos à proteção do mesmo bem jurídico: "*il principio da subsidiarietà intercorrerebbe tra norme che prevedono stadi o gradi diversi di offesa di un medesimo bene, in modo tale che l'offesa maggiore assorbe la minore e, di conseguenza, l'applicabilità dell'una norma è subordinata alla non applicazione dell'altra.*"

Ora, inaplicável ao caso, porque não há identidade de bem jurídico entre os crimes de genocídio e homicídio.⁷⁴

Em análise crítica, Ney Moura Teles delimita:

O princípio da subsidiariedade, por isso, é mesmo supérfluo, bastando, para a solução dos conflitos, o princípio da especialidade e da absorção.⁷⁵

Assim, excluída a hipótese de aplicação do princípio da subsidiariedade, passa-se a hipótese de aplicação do princípio da especialidade no crime em questão.

2.2.2 Hipótese de aplicação do princípio da especialidade

O artigo 12 do Código Penal brasileiro fundamenta-se no princípio da especialidade, *in verbis*:

⁷³ ANDREUCCI, Ricardo Antônio. *Manual de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 46.

⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 351.487-3, Roraima. Relator Ministro Cezar Peluso. Acórdão 03/08/2006. D.J. 10.11.2006, p. 594.

⁷⁵ TELES, Ney Moura. *Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 1998. p. 206.

Art. 12 As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso.

Para Ney Moura Teles:

Uma norma é especial em relação à outra, geral, quando contiver, em sua descrição, todos os elementos objetivos, normativos ou subjetivos, que a tornam especial. Tais são os elementos especializantes.

[...]

O princípio da especialidade manda que, quando entre duas normas que aparentemente estão em conflito, abrangendo o mesmo fato, houver uma relação de especialidade, a norma especial afasta a incidência da norma geral. *Lex specialis derogat lex generalis*.⁷⁶

Assim, a aplicação da disposição legal especial excluiria automaticamente a aplicação da disposição legal geral. No acórdão paradigma, irretocável o que ficou consignado:

Segundo o critério da especialidade, o tipo penal especial contém todos os elementos do tipo geral e mais algum especial, e assim, exclui o tipo geral por “uma relação lógica de continente e conteúdo: o tipo especial contém o tipo geral, mas o tipo geral não contém o tipo especial (*lex specialis derogat legi generali*).

[...]

Como vimos, o tipo penal do genocídio não corresponde à soma de um crime de homicídio mais um elemento especial “intenção de destruir um grupo” – quando a causa seria de competência do Tribunal do Júri –, até porque pode ser praticado mediante outras formas que não a do homicídio. O homicídio é, aí, só modalidade de execução do delito, o que desloca para o domínio do critério de consunção.⁷⁷

Assim, depreende-se que o princípio da especialidade é aplicado tão-somente quando uma norma de caráter mais específico sobre determinada matéria não se verificar no ordenamento jurídico, o que não é o caso do delito de genocídio.

⁷⁶ TELES, Ney Moura. *Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 1998. P. 205.

⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 351.487-3, Roraima. Relator Ministro Cezar Peluso. Acórdão 03/08/2006. D.J. 10.11.2006.

2.2.3 Hipótese de aplicação do princípio da consunção

De acordo com o princípio da consunção, haverá a relação de absorção quando uma das condutas típicas for meio necessário, ou fase normal de preparação ou execução do delito de alcance mais amplo. Nas lições de Damásio de Jesus:

Ocorre a relação consuntiva, ou de absorção, quando um fato definido por uma norma incriminadora é meio necessário ou normal fase de preparação ou execução de outro crime, bem como quando constituiu conduta anterior ou posterior do agente, cometida com a mesma finalidade prática atinente àquele crime. Nesses casos, a norma incriminadora que descreve o meio necessário, a normal fase de preparação ou execução do outro crime, ou a conduta anterior ou posterior, é excluída pela norma a este relativa. *Lex consumens derogat legi consumptae*.⁷⁸

Nas lições de Alvaro Mayrink da Costa:

Quando o agente realiza conduta posterior que viola o tipo mais grave que ofende o mesmo bem jurídico pertencente ao mesmo ofendido, ou a um bem jurídico de maior importância, mas pertencente ao mesmo sujeito passivo, considerando que há absorção da maior pela menor, visto que só uma norma pode ser aplicável, o princípio é o da consunção.⁷⁹

Sob tal ótica, nota-se que para a aplicação do princípio da consunção não é necessário que os fatos delitivos protejam o mesmo bem jurídico.

O mesmo entendimento foi utilizado pelo Superior Tribunal de Justiça ao editar o enunciado nº 17 da Súmula, segundo o qual "quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido".

⁷⁸ JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*, volume 1: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 115, p. 594.

⁷⁹ COSTA, Alvaro Mayrink da. *Direito Penal*: volume 1. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.484.

Nesse caso, o enunciado aduz a interpretação de que o crime de uso de documento falso – crime meio – quando praticado para facilitar ou encobrir a vantagem ilícita, em prejuízo alheio, com vistas à efetivação do pretendido crime de estelionato – crime fim –, integra o *iter criminis* do delito-fim. E, nessa hipótese, tem-se por aplicável o princípio da consunção ou da absorção.

Com efeito, tem-se a realização de duas condutas autônomas, o falso e o estelionato, e que protegem bens jurídicos diversos, na medida em que o falso é classificado crime contra a fé-pública e o estelionato é classificado crime contra o patrimônio.

Nesse esteio, é introduzido pelo Ministro Cezar Peluso, a hipótese de aplicação do princípio da consunção entre o crime de genocídio e suas diversas modalidades de prática:

Como vimos, o tipo penal de genocídio não corresponde à soma de um crime de homicídio mais um elemento especial (“intenção de destruir um grupo”) – quando a causa seria de competência do Tribunal do Júri –, até porque pode ser praticado mediante outras formas que não a do homicídio. O homicídio é, aí, só modalidade de execução do delito, o que desloca a hipótese para o domínio do critério de consunção.⁸⁰

Sobre tal possibilidade, conclui o relator:

Não há, portanto, como dar por consunção dos homicídios pelo crime de genocídio, já que, em nosso ordenamento, a cominação da sanção penal logo revela que o desvalor do homicídio não está absorvido pelo desvalor da conduta do crime de genocídio, como suponho ter demonstrado. Insisto: quem mata doze membros de um grupo, com a intenção de destruí-lo no todo ou em parte, receberá uma só pena, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos, pela prática do genocídio, sem prejuízo da pena relativa a cada um dos ataques aos

⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 351.487-3, Roraima. Relator Ministro Cezar Peluso. Acórdão 03/08/2006. D.J. 10.11.2006.

bem jurídicos personalíssimos.⁸¹

Destarte, o Ministro Cezar Peluso elimina a possibilidade de aplicação do princípio da consunção, por entender que o crime de homicídio não pode ser absorvido pelo crime de genocídio, pois, a seu ver, não há como fazer juízo de valor entre o bem jurídico coletivo e o bem jurídico personalíssimo.

A análise do “Massacre Haximú” merece consideração específica, haja vista o princípio da consunção pressupor que o crime absorvido seja menos grave do que o delito que o absorve.

Cumprе reforçar, que tais argumentos não divergem do entendimento do enunciado nº 17 da Súmula do STJ, que admite, em tese, a aplicação do princípio da consunção ainda que os fatos envolvidos não protejam o mesmo bem jurídico. Nesse sentido, o conteúdo do enunciado da Súmula é claro ao destacar a necessidade de inoccorrência de “potencialidade ofensiva” no crime de falso, para que o mesmo seja absorvido pelo estelionato, e tal potencialidade não pode ser desconsiderada no crime de homicídio, haja vista o mesmo seja crime contra a vida.

2.3 Hipótese de crime complexo

Superada a possibilidade da aplicação do princípio da consunção no delito de genocídio, o Ministro relator passa ao exame do confronto do crime de

⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 351.487-3, Roraima. Relator Ministro Cezar Peluso. Acórdão 03/08/2006. D.J. 10.11.2006.

genocídio com o crime de latrocínio, “em que o desvalor do tipo qualificado consome o conteúdo proibitivo do crime de homicídio, como se lhe tira à descrição do código penal.” ⁸²

O Código Penal brasileiro tratou o crime complexo em seu artigo 101, que diz:

Quando a lei considera como elemento ou circunstâncias do tipo legal fatos que, por si mesmo, constituem crimes, cabe ação pública em relação àquele, desde que, em relação a qualquer destes, se deva proceder por iniciativa do Ministério Público.

Segundo os ensinamentos de Damásio de Jesus:

Delito complexo é a fusão de dois ou mais tipos penais. De acordo com parte da doutrina, pode apresentar-se sob duas formas:

- 1ª) crime complexo em sentido lato; e
- 2ª) crime complexo em sentido estrito.

[...]

Há o delito complexo em sentido amplo quando “um crime, em todas ou algumas das hipóteses contempladas na norma incriminadora, contém em si outro delito menos grave, necessariamente.

[...]

O delito complexo em sentido estrito (ou composto) é formado da reunião de dois ou mais tipos penais. O legislador apanha a definição legal de crimes e as reúne, formando uma terceira unidade delituosa (subsidiariedade implícita). ⁸³

Em interpretação a referida legislação, conclui Damásio de Jesus:

Repudiamos a classificação de crime complexo em sentido amplo ou sentido estrito. Para nós, só há delito complexo na união típica de dois ou mais fatos que, de per si, configuram delitos. Aqueles crimes,

⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 351.487-3, Roraima. Relator Ministro Cezar Peluso. Acórdão 03/08/2006. D.J. 10.11.2006.

⁸³ JESUS, Damásio de. *Direito penal*: parte geral. 26. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 199.

denominados por Antolisei complexos em sentido amplo, na verdade ingressam na categoria dos crimes progressivos.⁸⁴

Sobre tal questão, o Ministro relator também tem como negativa a resposta para a hipótese proposta:

Não é que sucede com o crime de genocídio, cujo tipo não resulta da soma de duas figuras criminosas, pois é atípico um atuar qualquer “com a intenção de destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso”, de modo que nele não há fusão normativa de dois crimes sob outra figura típica, mas a construção de novo tipo penal, que protege bem jurídico próprio (existência de grupo nacional, étnico, racial ou religioso) e que pode ser realizado por modalidades de agir que, por si sós, constituem crimes contra outros bens jurídicos (individuais), cuja vulneração teoria não está compreendida no desvalor do crime de genocídio.⁸⁵

Também aqui não se encontram fundamentos suficientes que levem à conformidade da relação existente entre o crime de genocídio e o crime de homicídio. Resta, assim, lograr a hipótese de existência de concurso entre os crimes de genocídio e de homicídio.

2.4 Hipótese de concurso de crimes

Quando um indivíduo comete dois ou mais delitos, ocorre que se denomina *concursum delictorum*.⁸⁶ Patrícia Mothé Glioche Bezé, ao analisar o concurso de crimes, determina que, havendo pluralidade de delitos práticos por intermédio de uma ou várias condutas, surge o “concurso de crimes.”⁸⁷

⁸⁴ JESUS, Damásio de. *Direito penal: parte geral*. 26. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 199.

⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 351.487-3, Roraima. Relator Ministro Cezar Peluso. Acórdão 03/08/2006. D.J. 10.11.2006, p. 595.

⁸⁶ NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1963, p. 335.

⁸⁷ BEZÉ, Patricia Mothé Glioche. *Concurso formal e crime continuado*. São Paulo: Renovar, 2001.p. 76.

Portanto, pode haver concurso de crimes originário de uma ou mais condutas típicas, e implica, por conseqüência, a possibilidade de aplicação de concursos formais ou materiais, conforme anteriormente mencionado.

Para a autora, o concurso de crimes faz parte da teoria do crime, porque a unidade ou pluralidade de condutas é analisada, sempre, no âmbito da teoria geral.⁸⁸ A esse respeito, explica Euclides Ferreira da Silva Júnior:

O concurso de crimes é estudado em nossa sistemática jurídico-penal no capítulo da aplicação da pena, pois nosso Código trata desse assunto exatamente nos arts. 69 e seguintes. Alguns autores entendem que o concurso de crimes é problema da dogmática pena, sendo estudado no capítulo referente à teoria do crime. Porém, à vista de sua colocação legal, justifica-se plenamente estudarmos o assunto na aplicação da pena.⁸⁹

Na visão de Fábio Bittencourt de Rosa, o “exame do concurso de crimes a preocupação está em estabelecer o quantitativo da pena. Logo, constitui problema referente à aplicação da pena.”⁹⁰

Delimita Damásio de Jesus:

O concurso de crimes (ou de penas) não se confunde com o concurso aparente de normas. A concorrência de normas, como vimos, pressupõe:

- a) Unidade de fato;
- b) Pluralidade de leis definindo o mesmo fato como criminoso.

Assim, faz-se necessária a elucidação de alguns aspectos relevantes sobre o concurso de crimes, para compará-los ao acórdão objeto de estudo da presente monografia.

⁸⁸ BEZÉ, Patricia Mothé Gliocche. *Concurso formal e crime continuado*. São Paulo: Renovar, 2001, p. 77.

⁸⁹ JÚNIOR, Euclides Ferreira da Silva. *Lições de direito penal*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira Ltda, 1999, p. 255.

⁹⁰ ROSA, Fábio Bittencourt da Rosa. *Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2003, p. 354.

2.4.1 Hipótese de continuidade delitiva

A continuidade delitiva é ato previsto no ordenamento jurídico brasileiro, inserido no artigo 71 do Código de Direito Penal, *in verbis*:

Art. 71 – Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.
Parágrafo único – Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do art. 75 deste Código.

Em interpretação à lei, conclui E. Magalhães Noronha:

Perante nossa lei, são elementos de crime continuado: pluralidade de ações ou omissões, pluralidade de delitos da mesma espécie; e a continuação, já que os delitos posteriores devem continuar o primeiro.
Não deixa a lei ao arbítrio do juiz caracterizar a continuação, pois, lhe dá para orientá-lo dados objetivos: condições de tempo, lugar, maneira de execução e outra semelhantes. Ocorre aqui o que se chama analogia *intra-legem*: a lei faculta a investigação de circunstância que se assemelham às enunciadas e que podem revelar o delito continuado.⁹¹

Para Euclides Ferreira da Cunha:

O crime continuado consiste também numa forma de concurso. Lendo-se o art. 71 em questão, vê-se que na sua produção é um concurso material, porém, na aplicação de sua pena equivale a um concurso formal.
Porém nessa mescla de concurso material e concurso formal, somente haverá o crime continuado se as várias ações produzirem crimes da mesma espécie, e esses crimes, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras coisas semelhantes, forem, os subsequentes, continuação do primeiro.⁹²

⁹¹ NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1963, p. 341.

⁹² JÚNIOR, Euclides Ferreira da Silva. *Lições de direito penal*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira Ltda, 1999, p. 263.

Segundo Damásio de Jesus, a doutrina diverge a respeito da unidade ou diversidade de sujeito passivo no crime continuado, havendo duas posições:

- 1ª) Não se admite nexo de continuidade quando os crimes atingindo bens jurídicos pessoais, são praticados contra vítimas diversas.
- 2ª) Admite-se nexo de continuidade entre crimes que lesam interesses jurídicos pessoais, ainda que praticados contra vítimas diversas.⁹³

Na visão de Damásio de Jesus:

Diante do critério objetivo puro, de origem germânica, tem capital importância a homogeneidade do bem jurídico para a configuração do crime continuado. Assim, quando o bem jurídico é pessoal e há diversidade de ofendidos, não há crime continuado. Essa orientação, em princípio, de acordo com essa corrente jurisprudencial, seria válida entre nós, uma vez que o CP adotou a teoria objetiva pura. De ver-se, porém, que o julgador, na apreciação prática do preceito do art. 71, *caput*, do CP, não pode dispensar uma verificação subjetiva de forma de execução do crime. Em consequência, surge a possibilidade de haver crime continuado mesmo diante de várias vítimas de ofensas a bens personalíssimos.⁹⁴

Segundo registra precedente da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

O direito brasileiro, no artigo 71 da nova Parte Geral, de 1984, do Código Penal, persistiu na concepção puramente objetiva do crime continuado: a alusão, na definição legal do instituto, a outras circunstâncias semelhantes àquelas que enumerou – ‘tempo, lugar e modo de execução’ – só compreende as que, como as últimas, sejam de caráter objetivo, não abrangendo dados subjetivos dos fatos. Viola o artigo 71 do CP o acórdão que, embora reconhecendo a concorrência dos elementos da caracterização objetiva do crime continuado, que nele se adotou, nega, porém, a unificação das

⁹³ JESUS, Damásio de. *Direito penal: parte geral*. 26. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 610.

⁹⁴ JESUS, Damásio de. *Direito penal: parte geral*. 26. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 610.

penas, à base de circunstâncias subjetivas, quais os antecedentes do acusado ou a ausência de unidade de desígnio.⁹⁵

Ao analisar a relação entre o crime de genocídio e o crime de homicídio, o Ministro relator deixou prevalecer tal entendimento, vejamos:

Em nosso caso, todavia, a solução parece-me ser diferente. Entre os diversos crimes de homicídio, creio existir continuidade delitiva, pois, presentes, ao menos aí, os requisitos da identidade de crimes, bem como de condições de tempo, lugar e maneira de execução, e cuja pena há de atender ao disposto no artigo 71, parágrafo único, do Código Penal.⁹⁶

Nesse esteio, identificado entre os 12 (doze) homicídios a ocorrência de várias ações que produziram crimes da mesma espécie, além das condições de tempo, lugar, maneira de execução, irretocável o argumento do Ministro Cezar Peluso. Ou seja, reconhece-se que os delitos de homicídio estão encadeados numa ação de continuidade delitiva.

Diante desta interpretação, passa-se ao desenvolvimento das hipóteses de concurso material e concurso formal entre o crime de genocídio e os crimes de homicídio.

2.4.2 Hipótese de concurso material

Conforme previsto no artigo 69 do Código Penal brasileiro, existe concurso material:

Art. 69 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se

⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 66.661-3. Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 351.487-3, Roraima. Relator Ministro Cezar Peluso. Acórdão 03/08/2006. D.J. 10.11.2006, p. 600.

cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido. No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela.

§ 1º - Na hipótese deste artigo, quando ao agente tiver sido aplicada pena privativa de liberdade, não suspensa, por um dos crimes, para os demais será incabível a substituição de que trata o art. 44 deste Código.

§ 2º - Quando forem aplicadas penas restritivas de direitos, o condenado cumprirá simultaneamente as que forem compatíveis entre si e sucessivamente as demais.

Em suma, “ocorre o concurso material quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais, idênticos ou não”.⁹⁷ Nesse particular, expõe Euclides Ferreira da Silva Júnior:

Os crimes resultantes do concurso material podem ser idênticos ou não. Quando forem idênticos, diz-se concurso homogêneo, e quando foram distintos, diz-se concurso heterogêneo.

O crime se diz idêntico quando pertencer ao mesmo tipo legal, ou seja, ao mesmo artigo da lei. Assim, se o agente, mediante várias ações, praticar vários homicídios, esta situação caracteriza um concurso material homogêneo. Já, se os crimes forem resultantes de dispositivos diferentes, o concurso será heterogêneo.⁹⁸

Ensina Damásio de Jesus que “no concurso material as penas são cumuladas. Nos termos do art. 69, *caput*, quando o agente realiza o concurso real de crimes, aplicam-se cumulativamente as penas em que haja incorrido.”⁹⁹ No mesmo sentido, registrou o acórdão recorrido:

Noutras palavras, a regra do concurso real levaria à soma das penas dos homicídios, que, então deveriam comparadas com a do genocídio, para que, seguindo agora a regra do concurso formal, se optasse pela mais severa, com a agravação prevista em lei.¹⁰⁰

⁹⁷ JESUS, Damásio de. *Direito penal: parte geral*. 26. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 600.

⁹⁸ JÚNIOR, Euclides Ferreira da Silva. *Lições de direito penal*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira Ltda, 1999, p. 255.

⁹⁹ JESUS, Damásio de. *Direito penal: parte geral*. 26. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 610.

¹⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 351.487-3, Roraima. Relator Ministro Cezar Peluso. Acórdão 03/08/2006. D.J. 10.11.2006.

Por óbvio, não há de se falar em aplicação da regra do concurso material no que atine ao delito de genocídio cometido por meio de homicídio, haja vista, o agente genocida pratique apenas uma ação.

2.4.3 Hipótese de concurso formal

O concurso formal deriva da hipótese prevista no artigo 70 do Código Penal brasileiro, que dispõe:

Art. 70 - Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior.
Parágrafo único – Não poderá a pena exceder a que seria cabível pela regra do art. 69 deste Código.

Na análise do concurso formal, também chamado de concurso ideal, parte-se do princípio de que este concurso é caracterizado pela a prática de uma só conduta que viola várias vezes a norma penal, ou seja, que materializa dois ou mais tipos penais.¹⁰¹ Assim, pode-se dizer que existe o concurso formal quando o agente produz com uma única conduta diversos resultados. Para Damásio de Jesus:

Difere do concurso material pela unidade de conduta, no concurso material o sujeito comete dois ou mais crimes por meio de duas ou mais condutas, no concurso formal, como uma só conduta realiza dois ou mais delitos.¹⁰²

Julio Fabbrini Mirabete, por seu turno, afirma:

¹⁰¹ JESUS, Damásio de. *Direito penal: parte geral*. 26. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 610.

¹⁰² JESUS, Damásio de. *Direito penal: parte geral*. 26. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 610

Para haver concurso formal é necessária, portanto, a existência de uma só conduta (ação ou omissão), embora possa ela desdobrar-se em vários atos. Para fixar o conceito de unidade de ação, em sentido jurídico, apontem-se dois fatores: o fator final, que é a vontade regendo uma pluralidade de atos isolados (no furto, p. ex., a vontade de subtrair coisa alheia móvel informa os distintos atos de procurar nos bolsos de um casaco); o fator normativo, que é a estrutura do tipo penal em cada caso particular (no homicídio praticado com uma bomba em que morrem duas ou mais pessoas, há uma só ação com relevância típica distinta: vários homicídios). Quando uma única ação se infringe várias vezes a mesma disposição ou várias disposições legais, ocorre o concurso formal.¹⁰³

Segundo Damásio de Jesus, os requisitos do concurso formal também são fontes de divergência na doutrina:

Para teoria subjetiva existem dois elementos:

- a) Unidade de conduta e pluralidade de crimes;
- b) Unidade de desígnio.

Para a teoria objetiva, o concurso formal exige:

- a) Unidade de comportamento;
- b) Pluralidade de crimes.¹⁰⁴

Nesse sentido, é de se observar qual o critério aplicado ao caso do acórdão paradigma, em relação aos diversos homicídios e o genocídio:

E entre tal crime continuado e o de genocídio, dá-se concurso formal, submisso à regra do artigo 70, *caput*, já que no contexto dessa relação, cada homicídio e o genocídio resultam desígnios autônomos.¹⁰⁵

Por fim, considera o Ministro Cezar Peluso a possibilidade de existir concurso formal entre a figura delituosa do crime de homicídio e a figura delituosa do crime de genocídio, o que o leva a concluir:

¹⁰³ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. São Paulo: Atlas, 1987, p. 313.

¹⁰⁴ JESUS, Damásio de. *Direito penal: parte geral*. 26. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 610.

¹⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 351.487-3, Roraima. Relator Ministro Cezar Peluso. Acórdão 03/08/2006. D.J. 10.11.2006, p. 600.

Tal perspectiva guarda relevante consequência teoria para o caso, e, daí, a larga digressão a que tive de recorrer. É que, havendo concurso entre crimes dolosos contra a vida (os homicídios) e o crime de genocídio, a competência para julgá-los todos seria do Tribunal do Júri, à luz do artigo 5º, inciso XXXVIII, da Constituição Federal, e do artigo 78, inciso I, do Código de Processo Penal.¹⁰⁶

Cumprе ressaltar que no julgamento do Recurso Extraordinário nº 351.487/RR somente o ministro relator, Cezar Peluso, se manifestou sobre o mérito do recurso, admitindo, em tese, a atribuição de competência ao Tribunal do Júri da Justiça Federal para a apreciação do crime de genocídio quando cometido em concurso formal com o crime de homicídio – interpretação tida como a mais adequada, em princípio, pelo presente trabalho.

Todavia, tal interpretação acerca da competência processual para o caso precisa ser conjugada com a aplicação de duas hipóteses normativas, a saber: a do crime continuado (entre os 12 delitos de homicídio); e a de concurso formal entre os delitos de homicídio e o de genocídio.

Quanto à regra do crime continuado, sua aplicação em relação aos 12 (doze) crimes de homicídio determina a incidência do acréscimo de um sexto a dois terços da pena cominada individualmente.

Caso a tese da continuidade delitiva fosse descartada, aplicar-se-ia a regra do concurso material. Isto é, a soma das penas autônomas atribuíveis a cada um dos homicídios. Vale destacar que, no caso Massacre Haximú, a condenação ocorreu somente pelo delito de genocídio, cuja pena é idêntica a de 1

¹⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 351.487-3, Roraima. Relator Ministro Cezar Peluso. Acórdão 03/08/2006. D.J. 10.11.2006, p. 600.

(um) homicídio qualificado, ou seja, 12 a 30 anos (artigo 121, § 2º, do CP).

Na opinião sustentada por esta pesquisa, a melhor interpretação referente aos 12 (doze) homicídios é aquela que preconiza a incidência do crime continuado, isso porque, da análise das circunstâncias do crime, verifica-se a presença das condições similares de tempo, lugar e maneira de execução dos delitos de homicídio em questão.

Já com referência à hipótese de concurso formal entre o crime de genocídio e os crimes de homicídio, a regra do artigo 70 implicaria a aplicação da pena mais gravosa. Nesse sentido, considerada a ocorrência de crime continuado entre os 12 (doze homicídios), tal pena deveria ser a aplicável, uma vez que a incidência do acréscimo de um sexto a dois terços da pena cominada ao homicídio é mais gravosa que a pena do homicídio qualificado (cabível para o delito de genocídio). De outra parte, ainda que se entenda que entre os delitos de homicídio existe um concurso material, a soma de cada um dos delitos, igualmente, deveria prevalecer – por ser maior – em detrimento da já mencionada pena prevista para o genocídio.

Com efeito, em quaisquer das hipóteses mencionadas, a pena ao final aplicada seria superior à da consideração exclusiva da apenação do genocídio.

Por tal motivo, é necessário considerar, no caso específico do Recurso Extraordinário nº 351.487/RR, a peculiaridade processual de que se tratava de recurso exclusivo da defesa. Isso porque o reconhecimento de quaisquer das

modalidades de concurso (concurso material, crime continuado ou concurso formal) acarretaria *reformatio in pejus*.

Exatamente por resguardar tal preocupação, o Plenário da Suprema Corte, por unanimidade de votos, negou provimento ao apelo extraordinário, mantendo a competência do juízo singular da Justiça Federal.

Ante o exposto, entende-se como adequada a interpretação conferida pelo STF, uma vez que, diante da apontada peculiaridade, a defesa – recorrente exclusiva – seria prejudicada em relação à situação de onerosidade que ensejou a interposição do recurso extraordinário.

CONCLUSÃO

O ordenamento jurídico brasileiro ao proceder à estruturação do tipo penal do genocídio cuidou de defini-lo como conduta de alcance transindividual, na medida em que sua descrição normativa se faz por uso de termos coletivos. Assim, pode-se afirmar que o delito de genocídio protege, em todas as suas modalidades, bem jurídico relativo à existência de grupo racial, étnico ou religioso, sendo crime contra a diversidade humana considerada como tal.

No entanto, conforme ressaltado no primeiro capítulo, o fato do delito de genocídio proteger de forma imediata bem jurídico coletivo não exclui a possibilidade de proteção mediata a outros bens jurídicos. Com efeito, a execução do crime de genocídio implica, necessariamente, a prática de outros crimes que tem como tutela jurisdicional bens jurídicos individuais personalíssimos, quais sejam: a vida; a integridade física; a liberdade de locomoção, dentre outros. Tal consideração implicaria a análise da relação entre o crime de genocídio e cada um de seus crimes “meio”.

Uma vez fixadas essas premissas, no segundo capítulo, passou-se a apresentação e análise do caso “Massacre Haximú”, onde o STF analisou a relação existente entre o crime de genocídio e 12 (doze) crimes de homicídio. No mencionado precedente, a tese prevalecente fixou dois argumentos: do ponto de vista material, aplicou a regra do crime continuado para os delitos de homicídio e suscitou a possibilidade de incidência de concurso formal entre os crimes de

homicídios e o crime de genocídio; do ponto de vista processual, reconheceu a possibilidade de atribuição de competência do Tribunal do Júri da Justiça Federal para o julgamento do crime de genocídio cometido por meio de homicídios. No entanto, considerando, tratar-se de recurso exclusivo da defesa, para evitar a ocorrência de *reformatio in pejus*, o STF determinou a manutenção da competência do Juízo Monocrático Federal, sem qualquer modificação da pena conferida pela sentença condenatória.

Nesse sentido, o presente trabalho concordou com as hipóteses aventadas no acórdão.

A respeito da suscitada continuidade delitiva entre os 12 (doze) delitos de homicídio, conclui-se, que, no caso concreto, encontram-se presentes os requisitos do crime continuado, quais sejam: identidade de crimes, bem como as condições de tempo, lugar e modo de execução. Quanto à aplicação do concurso formal entre o delito de genocídio e os delitos de homicídio, verificou-se a unidade de conduta e múltiplos resultados (isto é, lesão a diversos bens jurídicos), aptos a ensejar a aplicação da regra do artigo 70 do CP.

Seguindo o raciocínio lógico, havendo concurso formal entre o genocídio e crimes dolosos contra a vida, conclui-se, igualmente, ser competente o Tribunal do Júri da Justiça Federal para o julgamento do crime de genocídio quando cometido por meio de homicídios, em inteligência à regra do artigo 5º, inciso XXXVIII, da Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

ALVES, Reinaldo Rossano. *Direito Processual Penal*. Brasília: Fortium, 2008.

ANDREUCCI, Ricardo Antônio. *Manual de direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989.

BEZÉ, Patricia Mothé Gliocche. *Concurso formal e crime continuado*. São Paulo: Renovar, 2001.

BOBBIO, Norberto (org.). *Dicionário de Política*. Brasília: Editora da UnB, 1986.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Apelação Criminal nº 1997.01.00.017140-0, Roraima. Relator Juiz Tourinho Neto, Relator designado Juiz Osmar Tognolo.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 824.242, Rio Grande do Sul. Relator Ministro Moreira Alves. Acórdão 17/09/2003. D.J. 19/03/2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 222.653, Roraima. Relator Ministro Jorge Scartezini. Acórdão 12/07/2000. D.J. 30/10/2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 66.661-3. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Acórdão 28/11/2006. D.J. 26/02/2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 351.487-3, Roraima. Relator Ministro Cezar Peluso. Acórdão 03/08/2006. D.J. 10.11.2006.

CANÊDO, Carlos. *O genocídio como crime internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte especial*. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2007.

CASSESE, Antonio. DELMAS-MARTY, Mireille. *Crimes internacionais e jurisdições internacionais*. Barueri: Editora Manole, 2004.

COSTA, Alvaro Mayrink da. *Direito Penal: volume 1*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda. *Dicionário Brasileiro da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Gamma, 1975, p. 683.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

HOBBSAWM, Eric. *A Era dos Extremos - O Breve Século XX (1914-1991)*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no Direito Penal*. São Paulo: Revista do Tribunais, 2003.

GONÇALVES, Jonisval Brito. *Tribunal de Nuremberg de 1945- 1946: a gênese de uma nova ordem no direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano. *O Direito Penal Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

JESUS, Damásio de. *Direito penal: parte geral*. 26. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

JESUS, Damásio de. *Direito Penal*, volume 1: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2005.

JÚNIOR, Euclides Ferreira da Silva. *Lições de direito penal*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira Ltda, 1999.

LUCIO, Vicente Carlos. *Crimes Hediondos*. São Paulo: EDIPRO, 1999.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

MALCHER, José Lisboa da Gama. *Manual de Processo Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980.

MACHADO, Alberto Antônio. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2010.

MACHADO, Máira Rocha. *A internacionalização do direito penal*. São Paulo: Editora 34, 2004.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. São Paulo: Atlas, 1987.

MIRABETE, Julio Fabbrini. FRABBRINI, Renato. *Manual de Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2004.

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *A proteção da criança no cenário internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1963.

PRADO, Luiz Régis. *Bem jurídico penal e constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

TRIPPO, Mara Regina. *Imprescritibilidade penal*. São Paulo: J. de Oliveira, 2004.

RAMELLA, Pablo A. *Crimes contra a humanidade*. tradução de Fernando Pinto. Rio de Janeiro. Forense, 1987.

ROSA, Fábio Bittencourt da. *Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

SAVAZZONI, Simone de Alcantara. *Crime de Genocídio*. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. 04 julho. 2009.

TELES, Ney Moura. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: ATLAS, 2004.

Tribunal Penal Internacional e a proteção dos direitos humanos: uma análise do estatuto de Roma à luz dos princípios do direito internacional e a pessoa humana. B.

Cient. ESMPU, Brasília, a. III – n. 12, p. 9-31 – jul./set. 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.