

SOBERANIA DOS VEREDICTOS X *NE REFORMATION IN PEJUS* INDIRETA^{1*}

Tiago Sales Boulhosa Gonzalez^{2**}

Resumo: O presente artigo tem como escopo identificar de que forma a aplicação do segundo julgamento mais gravoso que precluiu para a acusação pode afrontar o ordenamento jurídico, violando preceitos constitucionais, tais como, o devido processo legal e a dignidade da pessoa humana. Serão analisados também os princípios peculiares do Tribunal do Júri, o princípio da *ne reformatio in pejus*, a coisa julgada, o recurso da apelação, a aplicação da coisa julgada e do princípio da vedação da reforma para pior no tribunal popular e, posteriormente, a aplicação da *ne reformatio in pejus* na revisão criminal nos julgados do júri.

Palavras-chave: Soberania dos Veredictos. *Ne Reformatio in Pejus*. Coisa Julgada. Dignidade da Pessoa Humana. Devido Processo Legal. Recurso de Apelação.

INTRODUÇÃO

Versa o presente trabalho de conclusão de curso sobre um tema advindo de um caso prático no Tribunal do Júri, no qual o acusado, que fora denunciado e, posteriormente, pronunciado por homicídio qualificado, é condenado no tribunal popular por homicídio simples e, mesmo constando nos autos provas manifestamente contrárias a sua condenação, deixa este de recorrer da vergastada decisão, pois em um novo julgamento não lhe seria assegurada à vedação da reforma para pior, até nos casos em que apenas a defesa tenha recorrido.

1 *Trabalho de conclusão do Curso de Direito, apresentado no primeiro semestre de 2011, como requisito parcial à obtenção do Grau de Bacharel em Direito, no Centro Universitário Jorge Amado.

2 ** Aluno do curso de Direito do Centro Universitário Jorge Amado.

Desse modo, não era aplicado no supracitado caso o princípio da *ne reformatio in pejus* indireta, pelo fato de haver entre o referido princípio e o princípio da soberania dos veredictos um aparente conflito, estando este previsto em norma constitucional e aquele previsto em norma infraconstitucional, motivo pelo qual se decidia, então, pela não aplicação daquele princípio nos casos do rito especial do tribunal do júri.

No entanto, com o passar do tempo, o Supremo Tribunal Federal passou a reconhecer a aplicação da *non reformatio in pejus* indireta de forma mitigada no rito do júri, tendo ampliado sua incidência no decorrer de suas decisões.

Neste trabalho demonstraremos que, atualmente, o referido princípio aplica-se nos casos julgados no júri, se vinculando somente o juiz-presidente no momento em que o mesmo prolata a sentença, vigorando plenamente, deste modo, o princípio da soberania dos veredictos, visto que os jurados continuam tendo amplo conhecimento da matéria constante nos autos, não sendo limitada, portanto, sua aferição no *quantum* do objeto do recurso.

Inobstante, será defendido também que, além da aplicação do supracitado princípio infraconstitucional, se deve entender que nos casos de recurso exclusivo da defesa, a matéria que não fora aventada em sede recursal deve se encontrar sob o manto da coisa julgada, não havendo razão para que a mesma seja devolvida para nova apreciação pelo conselho de sentença, pois, se as partes convergiram com relação ao julgamento de uma porção do processo, não há porque ser a mesma novamente julgada, se assegurando, deste modo, a devida aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento basilar da República Federativa do Brasil.

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PECULIARES DO TRIBUNAL DO JÚRI

O rito especial do tribunal do júri é regido por todos os princípios aplicados no rito comum ordinário, adicionado de 4 (quatro) princípios específicos, estando estes previstos no artigo 5º, inciso XXXVIII, da Constituição Federal. Senão vejamos.

Artigo 5º, inciso 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;

Para que se possa sustentar a tese que mais adiante será trazida à baila, faz-se imprescindível definir estes princípios.

COMPETÊNCIA PARA JULGAR OS CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA

Quanto à competência para julgar do tribunal popular, resta patente ser este competente para julgar os crimes dolosos contra vida, salvo exceções que serão adiantes evidenciadas, consoante dispõe Alexandre de Moraes (2006, p. 78) sobre o preceito constitucional:

Ressalta-se que o art. 5º, XXXVIII, da Constituição Federal, não deve ser entendido de forma absoluta, uma vez que existirão hipóteses, sempre excepcionais, em que os crimes dolosos contra a vida não serão julgados pelo Tribunal do Júri. Estas hipóteses referem-se, basicamente, às competências especiais por prerrogativa de função.

Pois, sendo a competência do Tribunal do Júri prevista na Constituição Federal, este instituto só não será competente para julgar os crimes dolosos contra a vida quando a própria Carta Magna assim dispuser, o que ocorre, por exemplo, nos casos do foro por prerrogativa de função.

Inobstante, o referido tribunal popular só não será competente para julgar os casos de foro por prerrogativa de função previstos na Constituição Federal, sendo competente para julgar os casos em que o foro por prerrogativa de função se encontrar previsto exclusivamente em alguma das Constituições Estaduais, em lei processual ou em lei de organização judiciária. Neste esteira, Júlio Fabbrini Mirabete (2004, p. 202):

Gozando o autor de crime doloso contra a vida de foro por prerrogativa de função estabelecido na Constituição Federal, a competência para processá-lo e julgá-lo será deste foro especial e não do júri, já que a própria Carta Magna estabelece a exceção à competência do Tribunal Popular. Entretanto, se o foro especial for estabelecido pela Constituição Estadual, por lei processual ou de organização judiciária, o autor de crime doloso

contra a vida deve ser submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri, uma vez que tais preceitos jurídicos não podem excluir a competência instituída pela Carta Magna.

No mesmo sentido, a Súmula 721 do Supremo Tribunal Federal: “A competência constitucional do Tribunal do Júri prevalece sobre o foro por prerrogativa de função estabelecido exclusivamente pela Constituição estadual.”

Ademais, há casos em que, além de julgar os crimes dolosos contra vida, o Tribunal do Júri julgará também os delitos a estes conexos. Deste modo, assevera Eugênio Pacelli de Oliveira (2010, p. 468):

[...] a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida não é a única assegurada ao aludido tribunal. [...] na hipótese de conexão entre crime doloso contra a vida e outro da competência originária de juiz singular, prevalecerá a do primeiro (art. 78, I, CPP). O Tribunal do Júri, então, julga também outras infrações penais, tudo a depender de previsão legal expressa.

Haja vista que, sendo a competência dos crimes dolosos contra vida prevista na Carta Constitucional, sempre que houver conexão ou continência entre um crime de competência do Tribunal do Júri e outro delito de competência de outro órgão da jurisdição comum, será aquele instituto sempre o órgão competente para julgar ambos os delitos, dada à *vis attractiva* determinada pelo artigo 78, inciso I, do Código de Processo Penal.

SIGILO DAS VOTAÇÕES

No que se refere ao sigilo das votações, afirma Eugênio Pacelli de Oliveira (2010, p. 471):

No Brasil, os jurados integrantes do Conselho de Sentença deverão responder aos quesitos a eles apresentados, de cuja resposta o Juiz Presidente (juiz togado) explicitará o conteúdo da decisão e formará o convencimento judicial final. Se condenatória a decisão, passará à aplicação da pena cabível. O sigilo das votações impõe o dever de silêncio (a regra de incomunicabilidade) entre os jurados, de modo a impedir que qualquer um deles possa influir no ânimo e no espírito dos demais, para

fins da formação do convencimento acerca das questões de fato e de direito em julgamento. Dessa maneira, aos olhos da lei, estaria melhor preservada a pluralidade da decisão.

Portanto, se tem como objetivo com a vigência deste princípio assegurar que nenhum jurado sofra qualquer tipo de influência na sua decisão, não tendo, inclusive, medo de sofrer represálias.

Ademais, insta ressaltar que, com a alteração dos dispositivos do Código de Processo Penal referentes ao Tribunal do Júri dada pela Lei 11.689/2008, o magistrado não mais explicitará todos os votos dos jurados nos casos em que se obtiver a maioria destes antes de contá-los em sua totalidade. Melhor dizendo, caso tenha-se 4 (quatro) votos a favor ou contra referentes a um determinado quesito antes da contagem da totalidade dos votos, os outros nem serão analisados, visto que, consoante o artigo 489 do Código de Processo Penal, “as decisões do Tribunal do Júri serão tomadas por maioria de votos.” Portanto, os votos restantes são prescindíveis.

Por derradeiro, para que se evite que os jurados sejam intimidados no momento de proferirem seus votos, as votações irão ocorrer em uma sala especial, com a presença apenas das pessoas indispensáveis a esse ato processual, sendo estes, conforme consta no artigo 485, *caput*, do Código de Processo Penal, o juiz-presidente, os jurados, o membro do Ministério Público, o assistente, o querelante, o defensor do acusado, o escrivão e o oficial de justiça.

SOBERANIA DOS VEREDICTOS

No que tange ao princípio da soberania dos veredictos, conforme os ensinamentos de José Frederico Marques (1997, p. 456), este:

representa a impossibilidade de reforma das decisões pelo colegiado popular pela magistratura togada, no pressuposto de que os juízes togados não podem substituir os jurados nas causas da competência originária do Júri.

Deste modo, busca-se garantir ao conselho de sentença a última palavra no que diz respeito aos julgamentos dos crimes dolosos contra a vida, fazendo pairar no ar a idéia de independência do próprio Tribunal do Júri.

No entanto, esta decisão não pode ser arbitrária e intangível, pois não são os jurados onipotentes no exercício do direito de julgar seus pares, havendo, por conta disso, situações em que o júri será anulado e dará lugar a outro julgamento realizado com 7 (sete) jurados distintos daquele que o precedeu. Sobre o tema, Guilherme de Souza Nucci (1999, p. 87):

o constituinte desejou que o júri fosse soberano, ou seja, a última instância para decidir os crimes dolosos contra a vida, com supremacia e independência, embora não se tenha qualquer referência de que sua decisão precisa ser única. Daí porque é perfeitamente admissível que, cometendo algum erro, o tribunal popular reúna-se novamente para avaliar o caso.

Nesta senda, se constata que os jurados julgam os fatos, motivo pelo qual, em hipótese de julgamento manifestamente contrário à prova dos autos, a apelação provida terá o condão de cassar o julgamento e mandar o acusado a um novo júri, conquanto jamais reformando a decisão advinda do conselho de sentença.

PLENITUDE DA DEFESA

No que tange ao princípio da plenitude da defesa, é sabido que este é o princípio da ampla defesa, o qual decorre do princípio do devido processo legal, acrescido de um *plus*. O princípio da ampla defesa, disposto no artigo 5º, LV, da Carta Magna de 1988, dá ao acusado o direito de produzir provas, inclusive por meios ilícitos, em seu favor e buscar provar sua inocência de forma irrestrita, sem interferências indevidas da parte contrária ou do próprio Estado-juiz, o direito de trazer ao processo todos os elementos necessários a esclarecer a verdade, o direito de omitir-se, calar-se, recorrer de decisões, contraditar testemunhas, conhecer de todos os atos e documentos do processo, assegurando-lhe também o direito a auto-defesa e a, imprescindível, defesa técnica.

No Tribunal do Júri, esta garantia prevista constitucionalmente passa a ser plena, podendo o acusado utilizar todos os meios de defesa possíveis para convencer os jurados, inclusive argumentos não jurídicos, tais como, sociológicos, políticos, religiosos, morais, etc.

Nesta esteira, o preceito constitucional da plenitude de defesa é uma característica básica da instituição do júri, onde o acusado poderá, através do interrogatório, exercer a auto-defesa, tendo direito também a imperiosa defesa técnica de um advogado. Ademais, deverá ser recebida pelo juiz-presidente qualquer tese de defesa que seja plausível pelo direito, para assim ser levada em conta na ocasião do questionário, que no final do julgamento será votado na sala secreta pelo conselho de sentença, desse modo, possibilitando aos jurados o exercício da liberdade de convicção ao decidir seus votos pelas provas apresentadas no referido ato de julgar.

Impende salientar ainda que, a plenitude da defesa é um princípio fundamental do tribunal popular que está implicitamente previsto no princípio do devido processo penal, devendo ser sempre garantido, em qualquer circunstância, não podendo permitir o Poder Judiciário, mesmo que o juiz togado seja imparcial, que haja condenação de um indivíduo inocente. Nesta senda, se deve garantir a devida efetivação dos instrumentos processuais para que se utilize o referido e importantíssimo mandamento constitucional.

O PRINCÍPIO DA *NE REFORMATION IN PEJUS*

Com relação ao princípio da *ne reformatio in pejus* é cediço que, o mesmo subdivide-se em duas modalidades, quais sejam, direta e indireta. A direta, prevista expressamente no artigo 617 do Código de Processo Penal, ocorre no caso de ser piorada a pena pelo juízo *ad quem* mediante interposição do recurso apenas pela defesa. Em outros termos, se o Ministério Público não recorreu e, em tese, ele seria o maior interessado na piora da pena do réu, como pode o magistrado de segundo grau conceder pena mais gravosa se tão-somente lhe foi pedido para melhorá-la? Nesse sentido, impende precípua o princípio do *tantum devolutum quantum appellatum*, impedindo que o tribunal conceda aquilo que não lhe fora pedido.

Já a modalidade indireta, encetada por intermédio de entendimento doutrinário, por seu turno, resulta da agravação da pena quando o réu vai a novo julgamento pelo juízo *a quo*, nos exatos termos do que ocorre no recurso de Apelação no caso do artigo 593, III, “d”, do Código de Processo Penal.

Fala-se em reforma indireta em razão de não resultar diretamente da decisão do órgão de segunda instância, mas da nova decisão proferida pelo juiz da causa, após o reconhecimento da nulidade da sentença. Nessa hipótese, com efeito, o recurso da defesa, no qual se alegou a existência da nulidade, teria sido provido, não havendo de se falar em decisão *in pejus*. O prejuízo somente ocorreria e ocorrerá a partir da nova decisão, quando, afastada a nulidade, for confirmada (ou repetida) a condenação, com imposição, porém, de sanção mais grave. (OLIVEIRA, 2010, p. 753)

Ulteriormente, urge ressaltar que, se faz imprescindível a aplicação da *ne reformatio in pejus* indireta no Tribunal do Júri, pois, desta maneira, estará se extirpando qualquer possibilidade de intimidar o condenado de exercer o seu direito constitucional ao exercício do duplo grau de jurisdição, vigorando esta garantia, portanto, como uma efetivação não só do duplo grau de jurisdição, mas também da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal.

Ademais, se a interposição de recurso defensivo pudesse significar uma piora para o réu, estar-se-ia, pelo menos, desestimulando a defesa a utilizar mecanismos disponíveis para impugnação de decisões judiciais desfavoráveis. Com isso, restringir-se-ia indevidamente, como dito alhures, os princípios constitucionais da ampla defesa e do devido processo legal.

A COISA JULGADA NO TRIBUNAL DO JÚRI

Inicialmente, vale destacar o conceito dado à coisa julgada por Ada Pellegrini Grinover (2010).

A coisa julgada é instituto de direito processual, que tem raízes na Constituição. A garantia constitucional da coisa julgada, inserida no art. 5º, inciso XXXVI, da Lei Maior, é manifestação do princípio da segurança jurídica, enunciado no *caput* do dispositivo. Na tensão entre os princípios de justiça e de segurança, o legislador constituinte escolheu, num determinado momento processual, a segurança jurídica, aplicando o princípio da proporcionalidade. Os recursos colocados à disposição das partes buscam o valor justiça. Mas, uma vez esgotadas ou preclusas as vias recursais, a sentença se estabiliza, dando-se preferência ao valor segurança.

Portanto, incide a coisa julgada nos julgamentos em que, após determinado lapso temporal, não cabe mais qualquer alteração à vergastada decisão, tendo esta, por conta desse efeito, transitado em julgado.

É cediço que, a coisa julgada se subdivide em duas modalidades, quais sejam, a coisa julgada formal e a coisa julgada material, sendo a primeira aquela que incide sobre a sentença que transita em julgado, que corresponde à imutabilidade da referida sentença dentro do processo. As partes, assim, não mais podem discutir a sentença e seus efeitos.

Erroneamente, parte da doutrina costuma equiparar a coisa julgada formal à preclusão máxima, como consequência dos recursos definitivamente preclusos.

No entanto, há diferenças entre preclusão e coisa julgada formal. A preclusão, como perda de faculdades processuais (aqui, pela utilização das vias recursais – preclusão consumativa – ou pela falta de sua utilização – preclusão temporal), constitui antecedente da formação da coisa julgada formal, mas esta é mais do que preclusão: é a imutabilidade da sentença dentro do processo. (GRINOVER, 2010)

Deste modo, a preclusão precede a coisa julgada formal, sendo esta a soma daquele adicionada a imutabilidade da sentença dentro do seu determinado processo.

No tocante à coisa julgada material, esta, ao contrário da coisa julgada formal, projeta seus efeitos para fora do processo, impedindo que qualquer juiz volte a julgar novamente a questão sempre que a nova ação tenha as mesmas partes, o mesmo pedido e a mesma causa de pedir, ou seja, sempre que as ações sejam idênticas, coincidindo em seus elementos.

Embora a garantia constitucional da coisa julgada pareça dirigida somente ao legislador, os Códigos processuais se incumbem de estender a garantia em relação ao juiz, que não poderá voltar a julgar a mesma ação. Trata-se da função negativa da coisa julgada, consubstanciada também no princípio do *ne bis in idem*. Para tanto, o Código de Processo Penal contempla a exceção de coisa julgada (artigo 110, § 2º do CPP), que na verdade é uma objeção, pois pode ser conhecida de ofício. (GRINOVER, 2010)

Impende ressaltar que, quanto às partes, leva-se em consideração apenas o sujeito passivo, denominado de réu ou acusado, pois o titular da ação penal

por vezes será o Ministério Público, salvo nos casos em que a referida ação for uma ação penal privada ou ação penal privada subsidiária da pública, casos em que também será levado em consideração o sujeito ativo, denominado nestes casos de querelante.

Ademais, somente o dispositivo da sentença penal condenatória, ou seja, o comando do juiz é apto a revestir-se da autoridade da coisa julgada material, tornando-se imutável. Valendo acrescentar que, em alguns casos, o comando do juiz não se encontra tão somente no dispositivo. Senão vejamos.

No entanto, é preciso salientar a observação de Liebman: o dispositivo não deve entender-se em sentido meramente formal, mas material, podendo o comando do juiz ser encontrado em outras partes da sentença. Ademais, os motivos, embora não façam coisa julgada, podem ser úteis para compreender melhor e interpretar o dispositivo. (GRINOVER, 2010)

Além do dispositivo e o comando do juiz, também encontram-se sob o manto da coisa julgada material, segundo José Frederico Marques, o objeto do processo, ou seja, a *causa petendi* ou causa de pedir, conforme vejamos:

Mas é preciso salientar que a coisa julgada alcança a parte dispositiva da sentença e mais o fato constitutivo do pedido (a *causa petendi*). As questões que se situam no âmbito da *causa petendi* se tornam igualmente imutáveis, no tocante à solução que lhes deu o julgamento, quando essas questões se integram no fato constitutivo do pedido. Isso é particularmente importante em relação à ação penal condenatória, onde o pedido é sempre genérico (à condenação) e o fato imputado ao acusado é a causa de pedir. (MARQUES, 1997, p. 689)

Deste modo, por também ser a sentença proferida em sede do Tribunal do Júri uma sentença penal condenatória, devem os quesitos que compõem o comando do juiz que não foram arguidos em recurso posterior à decisão ser acobertados pelo manto da coisa julgada. Vale ressaltar ainda que, anteriormente, o entendimento pacífico era que a coisa julgada não produzia seus efeitos nos julgamentos no tribunal popular, nos casos em que a decisão ainda não transitou em julgado, vez que este é regido por rito especial, se levando em consideração o princípio da soberania dos veredictos, previsto constitucionalmente, que garante aos jurados o direito de não lhes obstem de decidir sobre a plenitude da matéria proveniente da decisão de pronúncia.

No entanto, consoante será explicitado mais adiante, tal entendimento já não é mais soberano, de modo que o Pretório Excelso, ao julgar o *habeas corpus* nº 89.5441-1 em abril de 2009, entendeu que, apesar do não cabimento da coisa julgada no rito do júri sobre as matérias que precluíram para ambas as partes, aplica-se, nestes casos, a *ne reformatio in pejus* indireta no instante em que o juiz-presidente for prolatar a sentença.

O RECUSO DA APELAÇÃO NO TRIBUNAL DO JÚRI

A apelação é denominada pela doutrina, acertadamente, como recurso ordinário por excelência, estando às hipóteses de cabimento do referido recurso previstas genericamente no Código de Processo Penal brasileiro.

Segundo Elmir Duclerc (2009, p. 658),

a forma como está previsto e regulado na legislação infraconstitucional, sobretudo no que se refere às hipóteses de cabimento (decisões definitivas ou com força de definitivas), amplitude do efeito devolutivo, e razões que podem ser invocadas (fundamento livre, como regra), parece ser, de fato, o meio mais adequado para tornar efetivo o princípio do duplo grau de jurisdição, isto é, para garantir ao acusado o direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior, nos exatos termos do art. 8º, § 2º, alínea “h”, do Pacto de San José da Costa Rica. (DUCLERC, 2009, p. 658)

Nas palavras de Ovidio Araújo Baptista da Silva (2000, p. 424), a apelação é o recurso por excelência, não só por ser o mais antigo, já existente no direito romano, como por sua universalidade, comum a todos os ordenamentos modernos que descendam do direito romano-canônico, e também por ser o recurso de efeito devolutivo mais amplo, porquanto enseja ao juízo *ad quem*, quando ele seja interposto contra uma sentença de mérito, o reexame integral das questões suscitadas no primeiro grau de jurisdição, com exceção daquelas sobre as quais se tenha verificado preclusão, bem como daquelas que estão protegidas pela soberania dos veredictos, tal como se dá com as decisões do júri. (SILVA, 2000, p. 424)

No que tange a aplicação deste recurso no Tribunal do Júri, o tribunal *ad quem* se restringirá a reformar a aplicação do direito que foi dada pelo juiz-presidente do tribunal popular, não modificando o que fora decido pelos

jurados. Quando for a hipótese de modificação do que o júri afirmou, o órgão de segundo grau deverá nulificar a decisão dos jurados para mandar o acusado a novo julgamento, prevalecendo, como se vê, a soberania dos veredictos que, na linha esposada por Mario Rocha Lopes Filho (2008, p. 22-23),

a par de garantir a última palavra ao júri nos crimes de sua competência, não significa óbice absoluto à revisibilidade das decisões do Conselho de Sentença no que toca ao seu mérito. Destarte, embora não seja o caso de substituir o veredicto do tribunal popular pelo colegiado togado, o órgão de segundo grau está autorizado, em hipóteses como de julgamento manifestamente contrário à prova dos autos, a determinar a realização de um novo julgamento. (LOPES FILHO, 2008, p. 22-23)

Ademais, consoante a Súmula 713 da Suprema Corte, “o efeito devolutivo da apelação contra decisões do Júri é adstrito aos fundamentos da sua interposição”. Assim, em se tratando de decisão do Tribunal do Júri, o recurso da apelação não devolve, ordinariamente, ao Tribunal *ad quem* o integral conhecimento da causa, ficando limitada e restrita a matéria recorrida.

No rito do júri, este recurso tem aplicação em 4 (quatro) situações elencadas exaustivamente nas alíneas do artigo 593, inciso III, do Código de Processo Penal, isto é, quando ocorrer nulidade posterior à pronúncia, quando for a sentença do juiz-presidente contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados, quando houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança e quando for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos.

Neste trabalho, impende dar maior atenção a esta última possibilidade aventada acima, qual seja, a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos, visto que o presente artigo monográfico irá tratar de um caso em que ocorre a aplicação da referida alínea.

Para Julio Fabbrini Mirabete (2004, p. 696),

trata-se de hipótese em que se fere justamente o mérito da causa, em que o *error in iudicando* é reconhecido somente quando a decisão é arbitrária, porque se dissocia integralmente da prova dos autos, é contrária “manifestamente” à verdade apurada no processo e representa uma distorção da função judicante do Conselho de Sentença. Assim, não é qualquer dissonância entre o veredito e os elementos de convicção

colhidos na instrução que autorizam a cassação do julgamento. Unicamente, a decisão dos jurados, que nenhum arrimo encontra na prova dos autos, é que pode ser invalidada. É lícito ao Júri optar por uma das versões verossímeis dos autos, numa interpretação razoável dos dados instrutórios, devendo ser mantida a decisão quando isso ocorrer. (MIRABETE, 2004, p. 696)

Insta salientar ainda que, esta alínea só poderá ser utilizada uma vez em cada processo, independentemente de qual parte tenha lhe empregado.

Ora, se o motivo da anulação foi exatamente a contrariedade manifesta entre o conjunto probatório e a decisão dos jurados, o novo julgamento não poderia ser novamente impugnado pelo mesmo motivo ou fundamento. E é claro que a aludida proibição é extensiva a ambas as partes, independentemente de quem tenha sido o autor do primeiro recurso. A vedação de nova apelação sob tal fundamento é aplicável até mesmo na hipótese do julgamento de crimes conexos. (OLIVEIRA, 2010, p. 805)

APLICAÇÃO DA *NE REFORMATION IN PEJUS* E DA COISA JULGADA NOS CASOS DE SEGUNDO JULGAMENTO MAIS GRAVOSO NO TRIBUNAL DO JÚRI

Após sucinta análise sobre os princípios específicos do tribunal do júri, o princípio da *ne reformatio in pejus*, a coisa julgada e o recurso da apelação, passamos a desenvolver a tese proposta neste artigo monográfico.

Insta salientar que, conforme dito alhures, a tese ora esposada encontra fundamento em um caso prático, no qual o réu pronunciado por homicídio qualificado e condenado por homicídio simples recorre da vergastada decisão, alegando que a decisão dos jurados fora manifestamente contrária às provas dos autos, precluindo a referida sentença para a acusação.

Todavia, após anulado o supracitado julgamento, o réu, em novo júri, é condenado por homicídio qualificado, o que indubitavelmente exaspera a pena que lhe fora aplicada. Ora, como pode prosperar este segundo julgamento em detrimento do primeiro se apenas a defesa recorreu da sentença anteriormente prolatada?

Há de se lembrar que, o Estado que pune através de um justo processo é o mesmo que pune sem o devido processo, ou seja, o processo serve para

garantir os direitos do indivíduo frente à ação punitiva estatal, servindo como um instrumento garantidor de um julgamento justo e regular.

Deste modo, entendemos que sendo interposto o recurso exclusivamente pela defesa e ocorrendo o trânsito em julgado da decisão para a acusação, o reexame não pode ser desfavorável ao acusado, em hipótese alguma.

Neste sentido, colacionado da Suprema Corte:

Nos processos do Júri a apelação é sempre restrita e não devolve o conhecimento pleno da causa, ficando exclusivamente adstrita aos motivos invocados pelo vencido ao interpô-la. (HC 70589-8-SP, I T., Rel. Min. Ilmar Galvão, DJU 16-09-94, p. 24.267).

Ademais, Carlos Otaviano Brenner de Moraes, com habitual percuciência, pontificou que as questões que não foram objeto do recurso de apelação encontram-se sob o manto da coisa julgada, pois é cediço que a apelação nunca terá efeito translativo, tendo apenas efeito devolutivo e, em alguns casos, o efeito suspensivo.

os pontos em que a acusação foi vencida estão sob o manto da coisa julgada. O recurso, que por natureza é restritivo quando impugna julgado do Júri, limita o âmbito de conhecimento, até porque não poderia o “vencedor” recorrer de sua “vitória”. (MORAES, C., 2000)

Do mesmo modo havia entendido a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal ao julgar *habeas corpus* nº 73.641-6 em 1.996, no qual o acusado fora condenado por homicídio consumado e por homicídio tentado, sendo objeto do recurso apenas a condenação quanto ao homicídio consumado, havendo o Tribunal de Justiça anulado o julgamento em sua plenitude, entendeu a Suprema Corte que se deve apenas anular a condenação por homicídio consumado, pois o réu apenas recorreu desta, mando-lhe, por conseguinte, a novo julgamento em plenário do Tribunal do Júri somente no *quantum* recorrido, conforme vejamos:

EMENTA: JÚRI – Condenação por homicídio qualificado consumado e por homicídio tentado. Réu que apelou da decisão do júri tão-só quanto à condenação pelo homicídio consumado. Condenação pelo homicídio tentado que transitou em julgado para as partes – Tribunal de Justiça que, entretanto, anulou o julgamento amplamente – “reformatio in pejus”.

Hábeas corpus. Júri. Anulação do julgamento pelo Tribunal de Justiça. 2. O paciente foi condenado por homicídio qualificado consumado e por homicídio tentado. Recorreu da decisão do Júri, tão-só, quanto à condenação pelo homicídio consumado. 3. Quanto à condenação por homicídio tentado, não houve apelação nem do Ministério Público, nem do réu, ora paciente. 4. O Tribunal anulou o julgamento amplamente, por vício formal, determinando que o réu fosse submetido a novo pronunciamento do Júri, também de referência ao homicídio tentado. 5. Alegação, no Hábeas corpus, de “reformatio in pejus”. 6. A apelação do réu ensejava à Corte julgadora anular o julgamento no que se referia à condenação por homicídio qualificado consumado. Ao determinar, entretanto, o Tribunal local a renovação integral do julgamento, pelo Júri, também quanto ao crime tentado, contra cuja condenação não houve apelação, ultrapassou os limites do recurso. 7. Na inicial o impetrante alega que houve “reformatio in pejus”, pois a decisão prejudica ao paciente. 8. Hábeas corpus deferido para, cassando em parte o acórdão referente à apelação criminal, afastar a determinação de o paciente ser submetido a novo julgamento pelo Júri, quanto ao homicídio tentado. (STF, 2ª Turma, HC nº 73.641-6/SP, Rel. Min. Néri da Silveira, DJU 08/11/96)

Posto isso, se o Tribunal de Justiça der provimento ao recurso da defesa, reconhecendo que a decisão condenatória foi manifestamente contrária à evidência probatória, é óbvio que o segundo conselho de sentença não examinará e nem emitirá juízo sobre a qualificadora excluída pelos jurados, pois se encontra esta sob o manto da coisa julgada, e o novo julgamento, em uma consequência lógica, será estritamente limitado ao objeto da impugnação recursal acolhida. A qualificadora que o júri, no exercício de sua constitucional e soberana missão, julgou e expungiu, não integrará a imputação.

Entendendo de modo diverso, malgrado com a mesma aplicação prática, decidiu o Pretório Excelso, ao julgar o *habeas corpus* nº 89.544-1 em 2009, concluindo que, nos casos em que apenas o acusado tenha recorrido do julgamento, alegando prova manifestamente contrária à evidência probatória, sendo este júri anulado, apesar de devolver-se a reexame toda a matéria constante no processo, a pena do réu não poderá ser exasperada no julgamento subsequente, pois resta caracterizada a violação a *ne reformatio in pejus* indireta e aos preceitos constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

EMENTA: AÇÃO PENAL. Homicídio doloso. Tribunal do Júri. Três julgamentos da mesma causa. Reconhecimento da legítima defesa, com excesso, no segundo julgamento. Condenação do réu à pena de 6 (seis) anos de reclusão, em regime semi-aberto. Interposição de recurso exclusivo da defesa. Provimento para cassar a decisão anterior. Condenação do réu, por homicídio qualificado, à pena de 12 (doze) anos de reclusão, em regime integralmente fechado, no terceiro julgamento. Aplicação de pena mais grave. Inadmissibilidade. *Reformatio in pejus* indireta. Caracterização. Reconhecimento de outros fatos ou circunstâncias não ventilados no julgamento anterior. Irrelevância. Violação conseqüente do justo processo da lei (*due process of law*), nas cláusulas do contraditório e da ampla defesa. Proibição compatível com a regra constitucional da soberania relativa dos veredictos. HC concedido para restabelecer a pena menor. Ofensa ao art. 5º, incs. LIV, LV e LVII, da CF. Inteligência dos arts. 617 e 626 do CPP. Anulados o julgamento pelo tribunal do júri e a correspondente sentença condenatória, transitada em julgado para a acusação, não pode o acusado, na renovação do julgamento, vir a ser condenado a pena maior do que a imposta na sentença anulada, ainda que com base em circunstância não ventilada no julgamento anterior. (STF, 2ª Turma, HC nº 89.544-1/RN, Rel. Min. Cezar Peluso, DJU 15/05/2009)

Deste modo, entendeu a Corte Suprema, em louvável decisão, que no referido caso irá se devolver toda a matéria para o reexame no novo júri, contudo, mesmo que o segundo conselho de sentença entenda que o delito deva ser punido de modo mais severo, a pena do acusado não será aumentada, pois o juiz-presidente estará vinculado à pena aplicada no julgamento precedente no momento de proferir nova decisão condenatória, isto é, caso tenha sido condenado a 6 (seis) anos por homicídio simples e tenha apenas o réu recorrido, alegando provas manifestamente contrária aos autos, neste novo júri, mesmo que o conselho de sentença entenda que o delito cometido fora de homicídio qualificado, sua pena permanecerá em 6 (seis) anos.

Assim sendo, decidiu o Supremo Tribunal Federal que o princípio da *ne reformatio in pejus* tem natureza constitucional, sendo uma derivação dos princípios do devido processo legal, do duplo grau de jurisdição e da ampla defesa, razão pela qual não se pode mais decidir o aparente conflito entre o princípio da vedação da reforma para pior e a soberania dos veredictos

através do critério hierárquico, visto que agora ambos se encontram, reconhecidamente, em patamar constitucional.

Ademais, impende frisar o posicionamento adotado por Angelo Ansanelli Júnior que, desde 2005 já sustentava a tese da natureza constitucional do princípio da vedação da *reformatio in pejus*.

O art. 617 (que proíbe a *reformatio in pejus* em caso de recurso exclusivo do réu) se consubstancia como regra que confere especificidade, conteúdos mais precisos, ao princípio do devido processo legal, em face da característica da generalidade dos princípios.

Além disso, os princípios constitucionais possuem a função normogenética, no sentido de fundamentar várias regras. Assim, podemos dizer que o dispositivo acima citado encontra seu fundamento de validade no princípio constitucional do devido processo legal, no sentido de coarctar a intervenção estatal na esfera de liberdade dos cidadãos.

A impossibilidade de que a pena do réu seja agravada em face de interposição de recurso, ou de ação revisional, está inserida no referido princípio, pois não se nos afigura aceitável que alguém venha a utilizar meios para combater o erro judiciário e, com isso, tenha sua situação agravada.

Do contrário, o princípio do *due process of law*, que, segundo já deixamos assentado, engloba vários outros, como o da ampla defesa e do duplo grau de jurisdição, restaria violado. Isso porque o acusado se veria desencorajado a exercer um direito – o de recorrer –, consagrado em princípios constitucionais, em virtude da possibilidade de ser prejudicado. É contrária à diretriz traçada pelo princípio do devido processo legal a implicação de sanção em face do exercício de direitos constitucionalmente consagrados. (ANSANELLI JÚNIOR, 2005, p. 96-97)

Desta forma, consoante explicitado acima, havendo novo julgamento em virtude de anulação decretada no recurso de apelação, a pena restará limitada ao *quantum* aplicado no julgamento anterior, visto que o princípio da *ne reformatio in pejus*, disposto no artigo 617 do Código de Processo Penal, possui matiz constitucional.

Cumprе ressaltar também que, com base no voto do ministro Cezar Peluso, relator do *habeas corpus* nº 89.544-1, ficou claro que a decisão foi abalizada no critério ou princípio da concordância prática, definido pelo

íclito ministro como uma “recomendação para que o aplicador das normas constitucionais, em se deparando com situações de concorrência entre bens constitucionalmente protegidos, adote a solução que otimize a realização de todos eles, mas ao mesmo tempo não acarrete a negação de nenhum” (STF, Acórdão Unânime, 2ª Turma, HC 89.544-1/RN, Rel. Min. Cezar Peluso, DJU 15/05/2009)

Concluindo, então, a Corte Suprema pela aplicação do princípio da *ne reformatio in pejus* indireta tão-somente no tocante ao juiz-presidente, no instante em que este prolata a sentença condenatória, devolvendo-se, no entanto, toda a matéria para que seja reexaminada pelo conselho de sentença subsequente.

Urge salientar ainda o posicionamento adotado por Luiz Flávio Gomes e Elisa M. Rudge (2011), ao analisar o julgamento supracitado.

Esclareceu-se que, em que pese ser pacífica essa orientação na Corte, a proibição da *reformatio in pejus* indireta tem sido aplicada restritivamente ao tribunal do júri, sob a explícita condição de o conselho de sentença reconhecer a existência dos mesmos fatos e circunstâncias admitidos no julgamento anterior. Entendeu-se que tal restrição aniquilaria, na prática, a ampla defesa, na medida em que, intimidando o condenado, embaraçar-lhe-ia, senão que lhe inibiria o manejo dos recursos. Aduziu-se que o conselho de sentença deve decidir sempre como lhe convier, ao passo que o juiz presidente do tribunal do júri, ao fixar a pena, estaria obrigado a observar o máximo da reprimenda imposta ao réu no julgamento anterior. Registrou-se, no ponto, ser necessário distinguir, na sentença subjetivamente complexa do tribunal do júri, qual matéria seria de competência dos jurados? e, portanto, acobertada pela soberania? e qual a de competência do juiz-presidente? despida, pois, desse atributo. Enfatizou-se que, no âmbito de julgamento de recurso exclusivo da defesa, conferir ao tribunal do júri o poder jurídico de lhe agravar a pena resultaria em dano ao réu, em autêntica revisão da sentença *pro societate*, favorecendo à acusação, que não recorreu. Destarte, na espécie, concluiu-se não estar o terceiro Júri jungido à decisão anterior, que reconhecera excesso doloso à legítima defesa, de modo que lhe era lícito decidir como conviesse, adstrito às provas dos autos. O juiz-presidente é que, ao dosar a pena, deveria ter observado aquela fixada no julgamento anulado em razão do recurso exclusivo da defesa. Asseverou-se, ademais, não se encontrar nenhuma razão lógico-jurídica que, legitimando outra conclusão, preexcluisse estender a proibição da *reformatio in pejus* indireta,

sempre admitida na província das decisões singulares, aos julgamentos da competência do tribunal do júri, ainda quando consideradas circunstâncias que o não tenham sido em julgamento anterior. Por fim, acrescentou-se que a regra que o sustenta é, em substância, de natureza processual e, no específico quadro teórico desta causa, apareceria, com caráter cogente, dirigida apenas ao juiz-presidente do júri, que a deveria reverenciar no momento do cálculo da pena, sem que isso importasse limitação de nenhuma ordem à competência do conselho de sentença ou à soberania dos veredictos. Nesse sentido, concedeu-se a ordem para fixar a pena do paciente nos exatos termos em que imposta no segundo julgamento, qual seja, 6 anos de reclusão, em regime inicial semi-aberto.

Nesta senda, entenderam os doutrinadores supramencionados, após analisarem detidamente a decisão acima citada do Pretório Excelso, que, em tais casos, o princípio da *non reformatio in pejus* indireta vincula tão somente o juiz-presidente, no momento em que este prolata a sentença, não vinculando o conselho de sentença, que irá decidir do modo que mais lhe aprouver, devendo ser toda a matéria, inclusive, reexaminada, não incidindo, portanto, a coisa julgada sobre aquilo que não fora arguido em sede recursal.

Aliás, o Supremo Tribunal Federal, em decisão anterior à acima transcrita, já havia se pronunciado no sentido de que, quando o segundo conselho de sentença reconhecesse as mesmas circunstâncias fáticas que haviam sido reconhecidas pelo primeiro conselho de sentença, o juiz-presidente não poderia aplicar pena mais severa do que aquela que havia sido aplicada no julgamento anulado, sobrepondo-se, com isso, apenas o juiz-presidente ao princípio da *non reformatio in pejus*.

EMENTA: HABEAS CORPUS - TRIBUNAL DO JÚRI - REFORMATIO IN PEJUS INDIRETA - RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA - EXASPERAÇÃO DA PENA DETERMINADA PELO JUIZ-PRESIDENTE - INADMISSIBILIDADE - PEDIDO DEFERIDO. - O Juiz-Presidente do Tribunal do Júri, quando do segundo julgamento, realizado em função do provimento dado a recurso exclusivo do réu, não pode aplicar pena mais grave do que aquela que resultou da anterior decisão, desde que estejam presentes - reconhecidos pelo novo Júri - os mesmos fatos e as mesmas circunstâncias admitidos no julgamento anterior. Em tal situação, aplica-se, ao Juiz-Presidente, a

vedação imposta pelo art. 617 do CPP. (STF, 1ª Turma, HC nº 73.367-1/ MG, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 29/06/2001)

Com efeito, antes de tal decisão era pacífico o entendimento de que, se, em novo julgamento, os jurados reconhecessem circunstâncias mais graves do que as que haviam sido reconhecidas no julgamento cassado, estaria o juiz-presidente autorizado a fixar pena mais grave do que a anteriormente fixada, em respeito ao princípio da soberania dos veredictos e em desrespeito, diga-se de passagem, aos princípios constitucionais da plenitude da defesa, do devido processo legal e da vedação da reforma para pior.

Nestes termos, urge ressaltar que a Corte Suprema vem, com o decorrer do tempo, avançando a cada decisão no que tange ao referido tema, lhe faltando apenas reconhecer que as matérias não arguidas em sede recursal por ambas às partes se encontram sob o manto da coisa julgada formal e material, não havendo mais motivo para se devolver a julgamento, por exemplo, uma qualificadora apreciada e não reconhecida pelo conselho de sentença que não fora aventada em recurso pelo próprio autor da retromencionada ação, sendo este, por vezes, o Órgão Ministerial.

Ora, se a acusação se convence que realmente não há motivos para que seja aplicada a pena da referida qualificadora ao réu, como pode se devolver a supramencionada qualificadora a novo julgamento? Não há fundamentação que embase tal decisão, pois vivemos em um Estado Democrático de Direito, devendo vigorar, em tais casos, não só o princípio da *ne reformatio in pejus*, mas também a presunção de inocência, a plenitude da defesa, o contraditório e o devido processo legal, normas elencadas na própria Carta Constitucional e todos servindo de contrapeso diferenciadores que prevalecem em relação ao também princípio constitucional da soberania dos veredictos.

Portanto, deve-se assegurar ao acusado, em tais casos, o direito de não ser novamente julgado por uma qualificadora que não fora conhecida pelos jurados e que, quanto a tal decisão, nem sequer a acusação tenha se insurgido, garantindo-se, inclusive, a proteção da dignidade da pessoa humana, verdadeiro postulado norteador da República Federativa do Brasil.

Há de se falar que, a escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, juntamente com a previsão contida no artigo 5º,

§ 2º, da Constituição Federal, de que não serão excluídos quaisquer direitos e garantias, mesmo que não expressos, desde que decorrentes dos princípios adotados pela Carta Magna, caracterizam uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo nosso ordenamento jurídico.

Neste viés, ensinam os professores Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald que,

a dignidade da pessoa humana, pois, serve como mola de propulsão da intangibilidade da vida humana, dela defluindo como conseqüências naturais: i) o respeito à integridade física e psíquica das pessoas; ii) a admissão da existência de pressupostos materiais (patrimoniais, inclusive) mínimos para que se possa viver; e iii) o respeito pelas condições fundamentais de liberdade e igualdade. (FARIAS; ROSENVALD, 2009, p. 125)

Bem por isso, surge a idéia de que o ordenamento jurídico não mais garante tão somente o direito à vida, reconhecendo e tutelando também o direito a uma vida digna.

Vale ainda ressaltar a dupla face da dignidade da pessoa humana, enquanto valor jurídico máximo do sistema, pois, de um lado, tem uma eficácia positiva e, de outro lado, uma eficácia negativa. A eficácia positiva é aquela que vincula todo arcabouço normativo constitucional à afirmação da dignidade, ou seja, impõe obrigações ao Estado e aos particulares para a asseveração da dignidade. Por seu turno, a eficácia negativa serve como uma restrição ao Poder Público e às pessoas como um todo ao exercício de determinados direitos.

Nessa trilha de raciocínio, o sistema jurídico de proteção da personalidade jurídica precisa assegurar a todos uma vida digna, por intermédio das suas eficácias positiva e negativa.

Com esse espírito, o Ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal, relator do *habeas corpus* nº 82.969, pontificou em seu voto que o princípio da dignidade da pessoa humana proíbe “o uso ou a transformação do ser humano em objeto de degradação dos processos e ações estatais, pois seria dever estatal respeitar e proteger o indivíduo contra diversos tipos de ofensas e humilhações”. (STF, Acórdão Unânime, 2ª Turma, HC 82.969/PR, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJU 4/10/03)

Nesta senda, surge, pois, uma definição nova do princípio da dignidade humana, calcada em um mínimo ético e um mínimo existencial, que não podem ser violados pelo poder estatal, nem pelos demais membros da sociedade privada. Isto é, para que se possa viver dignamente, se deve reconhecer um mínimo de garantias e de direitos fundamentais.

Ante todo o exposto, se deve garantir ao réu nos processos julgados no júri o direito de não ser examinado novamente sobre uma qualificadora expungida pelo conselho de sentença precedente e que, mesmo que seja reconhecida pelos jurados subsequentes, não terá aplicação prática alguma, posto que, como dito alhures, o princípio da *ne reformatio in pejus* indireta vincula o juiz-presidente no instante em que fora prolatar a ulterior sentença.

Assim sendo, aplicar-se-á em tais casos, no que tange a qualificadora extirpada e não aventada em via recursal, a coisa julgada, não havendo, por conta dos preceitos constitucionais da presunção de inocência, plenitude da defesa e, sobretudo, dignidade da pessoa humana, óbice algum quanto à soberania dos veredictos.

Sobre o tema, vale ressaltar brilhante conclusão do procurador de Justiça no Rio Grande do Sul Carlos Otaviano Brenner de Moraes (2000).

O reconhecimento de que o veredicto do Júri anterior, naquilo que transitou em julgado, também é soberano, não significa violação ao princípio, e se em violação consistir, será em nome da liberdade, não havendo atentado algum contra o texto constitucional, pois a soberania dos veredictos só tem razão de ser caso opere como efetiva salvaguarda da liberdade.

Sendo assim, deve sempre prevalecer o direito à liberdade, segundo direito mais importante garantido constitucionalmente a todos os cidadãos. Além do mais, se fazendo uma analogia com o caso aqui exposto, afirmou Fernando da Costa Tourinho Filho (2004, p. 565 e 566), em entendimento que deve servir de base, senão vejamos:

Pode o nosso Tribunal, ante exclusivo apelo do réu, dar ao fato definição jurídica diversa, tal como permite o art. 383, embora fique impossibilitado de agravar-lhe a pena. Assim, se a denúncia descreve um crime de roubo e o Promotor qualifica o fato como furto (art. 155) e, na sentença, o Juiz vem a condenar o réu pelo crime de furto, havendo exclusivo apelo do

réu, o Tribunal, na pior das hipóteses, poderá dizer ter havido roubo e não furto, mas, mesmo assim, não poderá agravar-lhe a pena.

Finalizando o entendimento retromencionado, o mesmo jurista entende haver cerceamento à ampla defesa do acusado se vigorar entendimento diverso.

A vingar entendimento diverso, ficariam os réus temerosos de fazer uso da apelação, não obstante o trânsito em julgado para a acusação, com receio de a segunda instância agravar-lhes a situação processual. Essa intimidação funcionaria como um freio impedindo a interposição de apelo pela defesa. (TOURINHO FILHO, 2004, p. 567)

Aplicando-se tal situação, por analogia, ao procedimento do Tribunal do Júri, após condenação que não seja tão gravosa ao réu, este preferirá não recorrer desta decisão, mesmo que preclusa a sentença para a acusação e que haja nos autos provas manifestamente contrárias à decisão do conselho de sentença. Deste modo, não se estaria cerceando o direito à plenitude de defesa do acusado, garantido por norma constitucional?

Deste modo já havia entendido o desembargador Caio Eduardo Canguçu de Almeida (1991, p. 17-18).

Será que apenas em casos de delitos que não sejam daqueles contra a vida é que deve imperar, para o acusado, a tranquilizadora certeza de que seu apelo não será, jamais, arma voltada para si próprio? [...] Significa que, em quaisquer hipóteses, trate-se de crime contra a vida ou não, ao réu está assegurado que, por pedido que faça ao tribunal de reexame de causa, não suportará ele gravame algum.

No entanto, mesmo que se reconheça que as matérias não aventadas em recurso se encontram sob o manto da coisa julgada, o resultado prático será o mesmo, embora o fundamento teórico seja diverso, pois não mais se admite a exasperação da pena no Tribunal do Júri nos casos de recurso exclusivo da defesa, haja vista o reconhecimento da natureza constitucional do princípio da vedação da reforma para pior, somente sendo a pena fixada, portanto, até o *quantum* delimitado no julgamento anterior.

REVISÃO CRIMINAL E A *NE REFORMATIO IN PEJUS* INDIRETA

Tema bastante semelhante com o que fora sustentado neste trabalho é a aplicação do princípio da *ne reformatio in pejus* indireta na revisão criminal nos casos do Tribunal do Júri, sendo necessário, por conta disso, fazer algumas ponderações acerca deste assunto.

Inicialmente, vale destacar que, encontra-se pacificado na doutrina e jurisprudência a aplicação do referido recurso nos casos julgados no tribunal popular sob diversos argumentos.

Fernando da Costa Tourinho Filho afirma que se trata de uma exceção, na qual o órgão jurisdicional de segunda instância pode rever a decisão proferida pelo Tribunal do Júri.

É certo que a instituição do Júri, com as suas decisões soberanas, está prevista no art. 5º, XXXVIII, da Constituição Federal, vale dizer, no capítulo dos direitos e garantias individuais. Não é menos certo que a Lei Maior tutela e ampara, de maneira toda especial, o direito de liberdade, tanto que lhe dedica todo um capítulo. Assim, entre manter a soberania dos veredictos intangível e procurar corrigir um erro em benefício da liberdade, obviamente o direito de liberdade se sobrepõe a todo e qualquer outro, mesmo porque as liberdades públicas, notadamente as que protegem o homem do arbítrio do Estado, constituem uma das razões do processo de organização democrática do Estado. Se a revisão criminal visa, portanto, à desconstituição de uma sentença condenatória com trânsito em julgado, vale dizer, se é um remédio jurídico processual que objetiva resguardar o direito de liberdade, há de sobrepor-se ao princípio da soberania, é óbvio. Entre o direito de liberdade e a garantia constitucional da soberania dos veredictos, a prevalência é daquele. (TOURINHO FILHO, 1998, p. 382)

Por seu turno, pontifica Antonio Scarance Fernandes.

É firme a orientação na doutrina e jurisprudência de que o Tribunal de Justiça, pode, em sede de revisão criminal, absolver o réu condenado pelo Tribunal do Júri, com o argumento de que a revisão criminal é garantia implícita da Constituição e, entre as duas garantias, deve prevalecer a mais favorável à liberdade, no caso a garantia da revisão sobre a garantia da soberania dos veredictos. (FERNANDES, 2002, p. 174)

Neste sentido, se tem admitido a revisão criminal nas decisões do Tribunal do Júri, podendo a magistratura togada, inclusive, desde já absolver o réu ou desclassificar a capitulação do delito, com base no direito à liberdade.

Por oportuno, insta salientar que, nos casos em que seja nulificado o primeiro julgamento por intermédio de revisão criminal, deve-se aplicar ao exame subsequente o princípio da vedação da *reformatio in pejus*. Nesta senda, preleciona Fernando da Costa Tourinho Filho.

Assim, se a própria lei proclama, peremptoriamente, que de qualquer maneira não pode ser agravada a pena imposta pela decisão revista, estamos que, se se admitisse a majoração, estaria, por via oblíqua, quebrado o princípio que lhe impede o exasperamento, quando o recurso é interposto exclusivamente pelo condenado e que somente por ele podia ser feito. Se a revisão existe como um direito subjetivo do condenado para tutelar o *status libertatis* ou *status dignitatis*, não teria sentido que, pretendendo melhorar-lhe a situação, pudesse esta ser agravada. (TOURINHO FILHO, 1994, p. 511)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante tudo quanto exposto, conclui-se que, referente aos julgamentos no tribunal popular, indispensável se faz reconhecer a natureza constitucional do princípio da vedação da *reformatio in pejus*, visto que, caso vigore o entendimento de que seja possível a exasperação da pena nos casos de recurso exclusivo da defesa, irá se coibir nevrálgicamente a utilização da via recursal em tais casos, desencorajando aqueles que quiserem fazer uso de um direito de fundamento constitucional, relativizando-se, evidentemente, o princípio do devido processo legal.

Ademais, quanto à matéria que não fora objeto de recurso, deve-se encontrar a mesma sob o manto da coisa julgada, não havendo fundamento, pois, para que esta seja novamente apreciada em novo júri, nos casos em que haja a nulificação do júri precedente.

Neste sentido, estará se garantindo ao acusado o direito previsto no princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que, ao expor desnecessariamente o acusado a novo julgamento no tocante a uma qualificadora que, mesmo que seja reconhecida, não terá aplicação prática, pois o juiz-presidente só poderá

aplicar a pena no *quantum* aplicado no julgamento precedente, restará violado, indubitavelmente, o referido princípio constitucional.

Por derradeiro, insta ressaltar ainda o considerável avanço que fora obtido pela Corte Suprema ao julgar o *habeas corpus* de nº 89.544-1, reconhecendo a aplicação da *ne reformatio in pejus* no momento em que o juiz-presidente for proferir a sentença, não se vinculando, no entanto, o conselho de sentença, bem como reconhecendo a matiz constitucional do retromencionado princípio, malgrado ainda seja necessário a aplicação da coisa julgada sobre as matérias não arguidas nas vias recursais, para que se possa garantir a efetiva aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana com relação ao acusado.

Observa-se, conforme todo o exposto, que no ordenamento jurídico não existem direitos fundamentais absolutos, ou seja, tanto a soberania dos veredictos quanto a *ne reformatio in pejus*, o devido processo legal e a dignidade da pessoa humana devem sofrer ponderações valorativas que objetivem sempre o benefício do indivíduo, em contrapartida com o *ius puniendi* estatal. Trata-se do sistema de ponderação de princípios constitucionais que, neste caso, não pode inclinar-se em prejuízo daquele que sofre a perseguição penal.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Caio Eduardo Canguçu de. **A Reformatio in Pejus indireta em face de decisões do Tribunal do Júri**. Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Lex, v. 25, nº 130, p. 17-18, maio/junho, 1991.

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **O Novo Tribunal do Júri**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

ANSANELLI JÚNIOR, Angelo. **O Tribunal do Júri e a soberania dos veredictos**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

AZEVEDO, André Mauro Lacerda. **Tribunal do Júri e soberania popular**. Natal, 2007.

BITTAR, Eduardo C. B. Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática da monografia para os cursos de Direito. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. *Habeas corpus* nº 73.367-1/MG. Relator Min. Celso de Mello, DJ 29/06/2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. *Habeas corpus* nº 73.641-6/SP. Relator Min. Néri da Silveira, DJ 08/11/1996.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. *Habeas corpus* nº 89.544-1/RN. Relator Min. Cezar Peluso, DJ 15/05/2009.

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição, Direito Constitucional Positivo**. 12. ed. rev. atual. amp. Belo Horizonte: Editora Del Rey. 2006.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **O Processo Penal em face da Constituição: princípios constitucionais do processo penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense. 1998.

DUCLERC, Elmir. **Direito Processual Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: Teoria Geral**. 8. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FREDERICO MARQUES, José. **Elementos de Direito Processual Penal**, Vol. II. Rio: Forense, 1997.

GIL, Antônio Carlos. Métodos e técnicas de pesquisa social. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

GOMES, Luiz Flávio; RUDGE, Elisa M. **Tribunal do júri e a proibição da “reformatio in peius” indireta**. Disponível em: <http://www.lfg.com.br>. Acesso em 29/04/2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Coisa Julgada Penal. Disponível em: Acesso em: 03/11/2010.

HENRIQUES, Antonio; MEDEIROS, João Bosco. **Monografia no curso de direito: trabalho de conclusão de curso**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2001.

LOPES FILHO, Mario Rocha. **O tribunal do júri e algumas variáveis potenciais de influência**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Carlos Otaviano Brenner de. Júri e reformatio in pejus. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 41, maio 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1076>>. Acesso em: 24 out. 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. Júri: princípios constitucionais. São Paulo. Juarez de Oliveira, 1999.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Jurídica, 2008.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de Processo Civil**. 5. ed. v. 1, São Paulo: RT, 2000.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 2º ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Jurídica. 2006.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal Comentado**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, v. 2.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Prática de Processo Penal**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, v. 4.

A INJÚRIA RACIAL PODE SER CONSIDERADA CRIME DE RACISMO?^{1*}

*Aline Silva Rios^{2**}*

Resumo: Trata-se de um estudo acerca da Injúria Racial e do Crime de Racismo, tendo em vista que os mesmos possuem características semelhantes, o que faz com que se pense estar diante de um Conflito Aparente de Normas, e será analisado também, com qual de seus princípios esse conflito aparente poderia ser resolvido. Ademais, serão demonstradas as consequências decorrentes do erro de tipificação dos delitos perante a *notitia criminis*, quais sejam, desclassificação do delito, decadência do direito e extinção da punibilidade. Para, ao final, descobrir se a injúria racial pode ou não ser considerada crime de racismo.

Palavras-chaves: Racismo; Injúria Racial; Discriminação; Ofensa; Conflito.

INTRODUÇÃO

Na ocorrência do crime de injúria racial, normalmente acredita-se estar presenciando um crime de racismo, isso se dá por conta de serem crimes muito parecidos. Diante disso, investiga-se a relação entre duas figuras típicas, o Crime de Racismo, regulado pela Lei 7.716/1989, e a Injúria Racial, tipificada no artigo 140, §3º do Código Penal.

O crime de racismo, em geral, impede o exercício de determinado direito, já a injúria racial traz a ofensa a uma pessoa determinada, sendo assim, fora estudado o contexto em que ocorrem esses crimes, mas a principal análise diz respeito aos destinatários diretos da ofensa, pois, é justamente nesse ponto que

1 *Trabalho de Conclusão do Curso de Direito, apresentado no primeiro semestre do ano de 2012, como requisito parcial à obtenção do Grau de Bacharel em Direito, no Centro Universitário Jorge Amado.

2 ** Aluna do Curso de Direito no Centro Universitário Jorge Amado.

há a ocorrência de um crime ou do outro. Pelo exposto indaga-se, a Injúria Racial pode ser considerada Crime de Racismo?

Como dito, o crime de racismo, em geral, impede o exercício de determinado direito, mas o que seria “impedir o exercício de determinado direito”, ofender uma pessoa utilizando elementos referentes à raça, cor, etnia, religião ou origem, não seria uma forma de impedir o exercício de um determinado direito, o direito de se sentir igual à todas as outras pessoas?

Muitos doutrinadores dizem que a Injúria Racial e o Crime de Racismo não se confundem, mas quase sempre quando uma pessoa efetivamente comete o crime de racismo, seus advogados lutam para tentar desclassificar aquela conduta descrita como racismo, para injúria racial. O que deixa margem para pensarmos se o crime de injúria racial não seria uma válvula de escape para aqueles que cometem o crime de racismo, pois a punição para o crime de injúria racial é mais branda.

O artigo 20 da Lei de Racismo e o artigo 140, § 3º do Código Penal trazem características semelhantes no que diz respeito à ofensa materializada por questão racial, o que ensejaria um Concurso Aparente de Normas. A vagueza de conteúdo do referido artigo 20 acerca da expressão “praticar discriminação” deixa uma lacuna em que podem incidir várias condutas, e faz com que para que se possa interpretá-la haja a necessidade de complementação pela doutrina e pela jurisprudência.

Investigar a hipótese da injúria racial não ser considerada crime contra a honra, mas sim crime de racismo é o objetivo geral deste artigo, pois, na ocorrência do crime de injúria racial normalmente as pessoas acreditam estar diante do crime de racismo. No que diz respeito aos objetivos específicos, estes serão: a) Contextualizar os crimes de racismo e injúria racial e explorar suas peculiaridades; b) Verificar a incidência de um concurso aparente de normas; c) Investigar a incidência do princípio da especialidade nos referidos crimes.

Trata-se de um tema de grande relevância em nosso meio social, tendo em vista que o desconhecimento das características que tipificam um crime como sendo injúria racial ou racismo faz com que não se consiga identificar quando ocorre um ou o outro e, em muitos casos, quando se faz a “*notitia criminis*” acabam ocorrendo diversos equívocos que podem levar até a decadência do direito e fazer com que a pessoa fique sem punição.

Para a consecução dos objetivos do presente artigo pretende-se, numa perspectiva transdisciplinar e dialética, realizar uma pesquisa do tipo teórica, a técnica de pesquisa adotada é a pesquisa bibliográfica, desta forma, serão consultados livros, artigos científicos, jurisprudências e demais textos da internet. O presente estudo percorre em três etapas as questões relacionadas a este tema. Inicia-se com uma breve explanação sobre a Injúria Racial e o Crime de Racismo, para em seguida analisar e comparar os referidos crimes e verificar a ocorrência de um conflito (ou concurso) aparente de normas. Além de analisar parte da doutrina, trazendo julgados e posicionamento dos tribunais.

RACISMO

Para alguns estudiosos, tais como Kabengele Munanga, Lilia Moritz Schwarcz e Elaine Santos³ o conceito de racismo possui controvérsias, e isso se dá em razão das suas definições do que se entende por raça. Lilia Schwarcz conceitua o racismo como sendo “proibir alguém de fazer alguma coisa por conta de sua cor de pele”⁴, entretanto, para Kabengele Munanga, o racismo emerge de concepções da existência de “raças naturalmente hierarquizadas pela relação intrínseca entre o físico e o moral, o físico e o intelecto, o físico e o cultural”⁵, logo, para ele, o racismo consiste na consideração de que as “características intelectuais e morais de um dado grupo são consequências diretas de suas características físicas ou biológicas”⁶, o que para Munanga demonstra o sentido sociológico em que o racista cria e concebe a raça.

Ademais, para Lilia Moritz Schwarcz, “o racismo brasileiro constitui uma espécie de discurso costumeiro, praticado como tal, porém pouco oficializado”⁷. Para ela, o preconceito vigente no Brasil tem caráter não-oficial e, por conta disso, o racismo foi sendo repostado em nossa sociedade, tanto pela

3 SANTOS, Elaine de Melo Lopes. Racismo e Injúria: Erosão e Persistências no Ideário da Democracia Racial. 2009. Disponível em: <http://lasa.international.pitt.edu/members/congress-papers/lasa2009/files/dcMeloLope_sSantosElaine.pdf>. Acesso em: 15.ago. 2012.

4 SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Racismo no Brasil**. São Paulo: Publifolha, 2001, p.55.

5 MUNANGA, Kabengele. **Uma abordagem conceitual das noções de raça, racismo, identidade e etnia**. In: BRANDÃO, André Augusto P. (Org.). Cadernos PENESB, n. 05, Niterói, RJ: EDUFF, 2004, p.22.

6 *ibidem*, p.24.

7 SCHWARCZ, Lilia Moritz. *Op cit*, p.52.

ciência quanto pelo senso comum, e defende a tese de que o surgimento de leis que reprimem os crimes raciais a partir de 1950, acabam por confirmar a existência do racismo, a exemplo da Lei Afonso Arinos⁸, de 1951, que tornava imputável e considerava contravenção penal a recusa de hospedar, servir, atender ou receber cliente, comprador ou aluno por preconceito de raça ou de cor. A recusa de venda em qualquer estabelecimento público também era considerada crime.

Ainda segundo Lilia Schwarcz⁹, por causa da falta de cláusulas impositivas e de punições mais diretas, a Lei Afonso Arinos mostrou-se ineficaz até mesmo para o combate à discriminação no emprego, nas escolas e nos serviços públicos. Para ela, a criação da Lei 7.716 (Lei de Racismo), em 5 de janeiro de 1989, é o exemplo mais significativo da existência do racismo em nossa sociedade.

Fabiano Silveira¹⁰ segue a mesma linha de raciocínio que Lilia Schwarcz quando diz que existem algumas vias de negação ou suavização do racismo, e que essas vias consistem em discursos fincados no senso comum, pelos quais a questão racial é obscurecida, e que coincidem com manifestações intrínsecas do próprio preconceito racial, em muitos casos, sem que o saibam seus interlocutores e suas vítimas.

Hannah Arendt¹¹ diz que embora seja óbvio que o racismo tenha sido a principal arma ideológica da política imperialista, para ela ainda se crê na antiga e errada noção de que o racismo é uma espécie de exagerado nacionalismo. E que valiosos trabalhos de estudiosos, especialmente na França, provaram que o racismo tende a destruir a estrutura política da nação. Entretanto, para Dworkin¹² a discriminação racial expressa desprezo, ele considera injusto e prejudicial ser condenado pelas características naturais, e diz que a discriminação racial destrói a vida de suas vítimas. Ele defende

8 Lei nº 1.390, de 3 de julho de 1951. A Lei Afonso de Arinos foi revogada pela Lei nº 7.437, de 20 de dezembro de 1985.

9 SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Racismo no Brasil**. São Paulo: Publifolha, 2001, p.53.

10 SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. **Da Criminalização do racismo: aspectos jurídicos e sociocriminológicos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

11 ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989. O pensamento racial antes do racismo. P. 188-214.

12 DWORKIN, Ronald. **A Virtude Soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes. Capítulos “Ação Afirmativa: funciona? Ação afirmativa é justa? E Brincar de Deus: genes, clones e sorte. P. 543 – 644.

a ideia de que a discriminação racial não rouba uma ou outra oportunidade que esteja acessível a outrem, mas os prejudica em quase todas as perspectivas e esperanças que possam imaginar. Assim sendo, verifica-se que Hannah Arendt e Dworkin tem a visão de que do racismo só emerge a destruição, seja na estrutura política da nação, seja na vida das suas vítimas.

Como dito, Lilia Schwarcz conceitua o racismo como sendo “proibir alguém de fazer alguma coisa por conta de sua cor de pele”¹³, ela faz crítica a respeito da Lei de Racismo, uma vez que, o caráter descritivo da lei não ajuda quando é preciso de fato punir se não houverem testemunhas sobre a ocorrência do delito racial. Logo, há omissão na lei sobre os crimes raciais que não ocorrem em circunstâncias públicas, ou seja, ocorrem em locais de maior intimidade, e que por isso, “na maioria das vezes, o ofensor se livra da pena, ora porque o flagrante é quase impossível, ora porque as diferentes alegações colocam sob suspeita a própria acusação”¹⁴, e por conta da falta de mecanismos concretos, a discriminação transforma-se em injúria.

DISTINÇÃO ENTRE INJÚRIA RACIAL E RACISMO

Segundo a Lei é 7.716 (Lei de Racismo), o Crime de Racismo tem como bem jurídico protegido, a igualdade e o respeito entre as etnias, qualquer pessoa pode ser sujeito ativo ou sujeito passivo do crime, trata-se de um crime de Ação Penal Pública Incondicionada, cuja competência para a propositura da ação é do Ministério Público, é imprescritível, sua pena é de reclusão de um a três anos e multa, podendo ser maior, a depender da conduta, e não admite o instituto da fiança.

Segundo Felipe Novaes e Antonio Santoro¹⁵ a Injúria racial tem como bem jurídico protegido a honra subjetiva, qualquer pessoa pode ser sujeito ativo ou sujeito passivo do crime, trata-se de um crime de ação penal com representação do ofendido, cuja competência para a propositura da ação é do ofendido, é prescritível, sua pena é de reclusão de um a três anos e multa, e admite o instituto da fiança.

13 SCHWARCZ, Lilia Moritz. Op cit, p.55.

14 SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Racismo no Brasil**. São Paulo: Publifolha, 2001, p.57.

15 NOVAES, Felipe; SANTORO, Antonio. Direito Penal. Vol. III. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009, p.144.

Distinguir a Injúria Racial do Crime de Racismo ainda é algo difícil para algumas pessoas, e isso fica evidente principalmente quando casos em que ocorreram as condutas típicas do delito de Injúria Racial são veiculadas nos meios de comunicação como sendo Crime de Racismo.

Para Nathan Carvalho e Priscila Aprile, “enquanto na injúria preconceito, o agente atribui qualidade negativa à vítima, no racismo o agente segrega a vítima do convívio social em razão de sua cor, raça etc. Seria exemplo o dono de estabelecimento comercial que nega a entrada de cliente em razão de sua cor”¹⁶. Já para Cristiano Santos¹⁷ o critério a ser adotado para a diferenciação das condutas deve ser o alcance das expressões, gestos ou qualquer modo de exteriorização do pensamento preconceituoso. Todavia, Fernando Capez entende que tendo em vista que os crimes contra a honra só existem sob a forma dolosa, “deve estar presente um especial fim de agir consubstanciado no *animus injuriandi vel diffamandi*, consistente no ânimo de denegrir, ofender a honra do indivíduo”¹⁸.

Cezar Roberto Bitencourt, por sua vez, aduz que o objeto de proteção no crime de injúria é a honra subjetiva, isto é, “a pretensão de respeito à dignidade humana, representada pelo sentimento ou concepção que temos a nosso respeito”¹⁹, para ele, se não houver o *animus injuriandi* não se pode falar em conduta típica contra a honra e “o elemento subjetivo do crime de injúria é o dolo de dano, constituído pela vontade livre e consciente de injuriar o ofendido, atribuindo-lhe um juízo depreciativo”²⁰. Além disso, ele defende que não basta apenas o dolo, que deve haver o “elemento subjetivo especial do tipo, representado pelo especial fim de injuriar, de denegrir, de macular, de atingir a honra do ofendido”²¹. Acerca da injúria racial, Cezar Roberto Bitencourt diz que “deve estar presente

16 CARVALHO, Nathan Castelo Branco; APRILE, Priscila. **Esclarecimentos sobre Injúria Racial e Racismo**. Manual de Direitos do Cidadão, 2006.

17 SANTOS, Christiano Jorge. **Crimes de preconceito e de discriminação: análise jurídico-penal da Lei n. 7716/89 e aspectos correlatos**. São Paulo: ed. Max Limonad, 2001, p. 126.

18 CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte especial: dos crimes contra a pessoa, dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos (arts. 121 a 212)**. 5.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2005, volume 2, p.240.

19 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Especial 2 – Dos crimes contra a pessoa**. 12ª ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 2012, p. 350.

20 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Especial 2 – Dos crimes contra a pessoa**. 12ª ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 2012, p. 353.

21 *Ibidem*, p. 354.

especialmente a consciência de que ofende a honra alheia em razão de raça, cor, etnia, religião, origem ou condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência”²².

Ainda acerca do elemento subjetivo especial da injúria preconceituosa, Cezar Roberto Bitencourt faz uma crítica, para ele, mesmo sem a comprovação do elemento subjetivo, por várias vezes, simples desentendimentos, discussões rotineiras ou até mesmo mau atendimento ao público, quando qualquer das partes seja negra, tem gerado prisões e processos criminais de duvidosa legitimidade, pois tem-se como sido praticado o crime de racismo, “independente do que de fato tenha havido”²³. Para ele “a simples referência aos dados discriminatórios contidos no dispositivo legal é insuficiente para caracterizar o crime de racismo”²⁴.

A seguir, para que se tenha um melhor entendimento acerca da injúria racial, serão apresentados os crimes contra a honra do indivíduo, e analisada a criação do delito de Injúria Racial.

CRIMES CONTRA A HONRA DO INDIVÍDUO

A injúria racial está inserida no Código Penal dentro do capítulo que trata dos crimes contra a honra do indivíduo. Para Julio Siqueira²⁵, haverá crime contra a honra quando houver uma expressão de desconsideração em relação a uma pessoa. E para que o crime de injúria racial seja melhor compreendido, precisa-se abordar a diferença entre os crimes de calúnia, difamação e injúria.

CALÚNIA, DIFAMAÇÃO E INJÚRIA

Três são os crimes contra a honra: a calúnia, a difamação e a injúria. E para que haja maior compreensão acerca dos referidos crimes, será feita uma breve explanação de seus conceitos, suas afinidades e suas diferenças.

22 Ibidem, p. 350.

23 Ibidem, p. 366.

24 Ibidem, p. 367.

25 SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem. **Considerações sobre os crimes contra a honra da pessoa humana**. Revista eletrônica acadêmica de Direito, 2006. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/13071-13072-1-PB.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2011.

Acerca da Calúnia, o artigo 138²⁶ do Código Penal diz que caluniar alguém é imputar-lhe falsamente algum fato definido como crime. E segundo Damásio de Jesus²⁷, Felipe Novaes e Antonio Santoro²⁸, para que esse crime se consuma há a necessidade de que o fato chegue ao conhecimento de uma terceira pessoa que não o ofendido.

Em relação à Difamação, o artigo 139²⁹ do Código Penal preceitua que difamar alguém é imputar-lhe fato ofensivo à sua reputação. Felipe Novaes e Antonio Santoro³⁰, bem como Damásio de Jesus³¹ determinam o momento consumativo do crime de difamação como sendo o mesmo que no crime de Calúnia, ou seja, quando o fato chega ao conhecimento de terceira pessoa que não o ofendido.

Quanto ao crime de Injúria, o artigo 140³² do Código Penal dispõe que injuriar alguém é ofender-lhe a dignidade ou o decoro. O momento consumativo desse crime segundo Damásio de Jesus³³, Felipe Novaes

26 **Art. 138.** Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa. §1º. Na mesma pena incorre quem, sabendo falsa a imputação, a propala ou divulga. §2º. É punível a calúnia contra os mortos. §3º. Admite-se a prova da verdade, salvo: I – se, constituindo o fato imputado crime de ação privada, o ofendido não foi condenado por sentença irrecorrível; II – se o fato é imputado a qualquer das pessoas indicadas no n. I do art. 141; III – se do crime imputado, embora de ação pública, o ofendido foi absolvido por sentença irrecorrível.

27 “exigem a comunicação de terceira pessoa para a consumação”. JESUS, Damásio E. *Direito Penal: parte especial*. Vol. II: dos crimes contra a pessoa e dos crimes contra o patrimônio. São Paulo: Ed. Saraiva, 2004, p.203.

28 “quando o fato chega ao conhecimento de terceira pessoa que não o ofendido”. NOVAES, Felipe; SANTORO, Antonio. *Direito Penal*. Vol. III. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009, p.144.

29 **Art. 139.** Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa. **Parágrafo único.** A exceção da verdade somente se admite se o ofendido é funcionário público e a ofensa é relativa ao exercício de suas funções.

30 NOVAES, Felipe; SANTORO, Antonio. *Direito Penal*. Vol. III. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009, p.144.

31 JESUS, Damásio E. *Direito Penal: parte especial*. Vol. II: dos crimes contra a pessoa e dos crimes contra o patrimônio. São Paulo: Ed. Saraiva, 2004, p.203.

32 **Art. 140.** Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro: Pena – detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa. §1º. O juiz pode deixar de aplicar a pena: I – quando o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria; II – no caso de retorsão imediata, que consista em outra injúria. §2º. Se a injúria consiste em violência ou vícios de fato, que, por sua natureza ou pelo meio empregado, se considerem aviltantes:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa, além da pena correspondente à violência. §3º. Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência: Pena – reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos e multa.

33 “A injúria atinge a consumação no momento em que o ofendido toma conhecimento da imputação de qualidade negativa, sendo prescindível que o fato seja cometido na sua presença”. JESUS, Damásio E. *Direito Penal: parte especial*. Vol. II: dos crimes contra a pessoa e dos crimes contra o patrimônio. São Paulo: Ed. Saraiva, 2004, p.227.

e Antonio Santoro³⁴ ocorre “quando o fato chega ao conhecimento do ofendido”³⁵.

Cezar Roberto Bitencourt³⁶ ainda subdivide o crime de Injúria Real, que para ele protege dois bens jurídicos distintos, que seriam a honra e a integridade ou incolumidade física de alguém, e que o uso de violência representa apenas um meio utilizado para atingir o fim de injuriar o desafeto, e em Injúria Preconceituosa, “quando o ofensor se utiliza de elementos referentes à raça, cor, etnia, religião, origem ou à condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência”³⁷, o que torna a pena maior.

No que diz respeito às afinidades entre a calúnia e a difamação, para Damásio de Jesus³⁸ estas serão: ambas atingem a honra objetiva do indivíduo, dizem respeito a fatos e não a qualidades negativas da vítima e, ambas se consomem quando terceira pessoa toma conhecimento do fato. Esses crimes se diferenciam, para ele³⁹, por a calúnia dizer respeito a um crime, e a difamação a um fato ofensivo à reputação do sujeito passivo.

Já as afinidades entre a difamação e a injúria são, para Damásio de Jesus⁴⁰, as condutas não se condicionarem à falsidade de alegação desonrosa, e suas diferenças dizem respeito à difamação incidir sobre fato ofensivo à reputação do ofendido, enquanto que a injúria incide sobre qualidade negativa do ofendido. Ele traz, ainda, a diferença entre a calúnia e a injúria, e diz que a calúnia versa sobre um fato criminoso, e a injúria sobre qualidade negativa da vítima⁴¹.

34 “quando o fato chega ao conhecimento do ofendido”. NOVAES, Felipe; SANTORO, Antonio. **Direito Penal**. Vol. III. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009, p.144.

35 MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. Vol. I. 16ª ed., São Paulo: Atlas, 2010.

36 “A injúria real, definida no § 2º do art. 140, é um dos chamado crimes complexos, reunindo, sob sua proteção, dois bens jurídicos distintos: a honra e a integridade ou incolumidade física de alguém. Contudo, destacadamente, o bem visado e atingido, prioritariamente, é a honra pessoal. A violência ou vias de fato representam somente os meios pelos quais se busca atingir o fim de injuriar, de ultrajar o desafeto”. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte especial. Vol. II: dos crimes contra a pessoa. São Paulo: Ed. Saraiva, 2011, p. 346.

37 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte especial. Vol. II: dos crimes contra a pessoa. São Paulo: Ed. Saraiva, 2011, p. 361

38 JESUS, Damásio E. **Direito Penal**: parte especial. Vol. II: dos crimes contra a pessoa e dos crimes contra o patrimônio. São Paulo: Ed. Saraiva, 2004, p.203.

39 *ibidem*, p.204.

40 *ibidem*, p.203.

41 JESUS, Damásio E. **Direito Penal**: parte especial. Vol. II: dos crimes contra a pessoa e dos crimes contra o patrimônio. São Paulo: Ed. Saraiva, 2004, p.204.

CRIAÇÃO DO CRIME DE INJÚRIA RACIAL

O artigo 140 do Código Penal, que trata do delito de Injúria, com o advento da Lei nº 9.459⁴², em 13 de maio de 1997, recebeu a inclusão de um 3º parágrafo, e este parágrafo trouxe a figura da Injúria Racial. Com a criação dessa forma qualificada do crime de Injúria, condutas que antes eram tidas como racistas passaram, então, em vários casos, a ser consideradas como ofensivas à dignidade ou ao decoro, ou seja, injuriosas, e não mais racismo.

Cezar Roberto Bitencourt aponta que o fundamento dessa alteração por parte do legislativo encontra-se no fato de que quando eram praticados os crimes previstos na Lei nº 7.716/89, Lei de Racismo, não era raro ocorrer a desclassificação desses crimes para o delito de Injúria, e que “acreditando na injustiça de muitas dessas desclassificações, o legislador em sua política criminalizadora, resolveu dar nova fisionomia às condutas tidas como racistas e definiu-as como injuriosas, com exagerada elevação da sua consequência jurídico-penal”⁴³.

O Estatuto do Idoso⁴⁴ “acrescentou a hipótese de injúria consistente na ofensa em razão da condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência”⁴⁵ ao parágrafo 3º, do artigo 140 do Código Penal, o que fez com que do referido artigo se depreenda que “será preconceituosa ou discriminatória quando a ofensa à dignidade ou decoro utilizar elementos referentes à raça, cor, etnia, religião, origem ou condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência”⁴⁶.

Para Cezar Roberto Bitencourt, a lei que introduziu a injúria racial ao ordenamento jurídico (Lei nº 9.458/97), “equivocou-se quanto à natureza da ação penal correspondente; efetivamente, a despeito do rigor sancionatório (a mesma pena de homicídio culposo, isso sem as majorantes), manteve-a de exclusiva iniciativa privada”⁴⁷. Pois, para ele, essa foi uma postura

42 “A Lei nº 9.459, de 13 de maio de 1997, criou um novo tipo de crime de injúria, nos seguintes termos: “Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes à raça, cor, etnia, religião ou origem. Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos e multa”.

43 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte especial. Vol. II: dos crimes contra a pessoa. São Paulo: Ed. Saraiva, 2011, p. 365.

44 Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003

45 BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. Cit., loc. Cit.

46 Idem.

47 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Especial 2 – Dos crimes contra a pessoa. 12ª ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 2012, p. 367.

discriminatória por parte do legislador, uma vez que “ao “desincumbir-se” de uma missão espinhosa, “deu com uma mão e tirou com a outra: criminalizou a conduta, mas não impôs a obrigatoriedade da ação penal!”⁴⁸.

E continua sua crítica ao afirmar que no ano de 2003 ao legislarem acerca do Estatuto do Idoso, fora desperdiçada uma oportunidade “de reparar o equívoco, contemplando como hipótese de injúria preconceituosa a ofensa em razão da condição de pessoa idosa e portadora de deficiência, e não exigindo ação penal pública para as formas de injúria qualificada”⁴⁹. Mas reconhece que esse problema fora solucionado, pois, “o legislador brasileiro, alterando a redação do parágrafo único do artigo 145, determina que a ação penal do crime de injúria preconceituosa passa a ser de natureza pública condicionada à representação do ofendido (Lei 12.033, de 29-9-2009)”⁵⁰.

CONFLITO APARENTE DE NORMAS

Ao pensar em injúria racial e em racismo, imagina-se logo haver um conflito aparente de normas, pois, o mesmo se evidencia quando duas ou mais normas parecem poder ser aplicadas a uma mesma hipótese de fato. Para Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini, “quando a um mesmo fato supostamente podem ser aplicadas normas diferentes, da mesma ou de diversas leis penais, surge o que é denominado conflito ou concurso aparente de normas”⁵¹. Esse conflito, que surge no contexto da aplicação da lei penal, é apenas aparente, tendo em vista que na realidade o que ocorre é uma ilusão de que há concorrência de normas àquele delito, é aparente “porque só seria real se a ordem jurídica não resolvesse a questão”⁵² e, “é impossível que duas normas incriminadoras venham a incidir sobre um só fato natural, o que é vedado pelo princípio *non bis in idem*, é indispensável que se verifique qual delas deve ser aplicada ao caso concreto”⁵³.

48 Idem.

49 Idem.

50 Ibidem, p. 368.

51 MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**: Parte Geral, Arts. 1º a 120 do CP., Ed. Atlas, São Paulo, 24 ed., 2007, p. 108.

52 JESUS, Damásio de. **Direito Penal**: Parte Geral. 31ª edição. Ed. Saraiva, São Paulo, 2010, p. 149.

53 MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Op cit, p. 109.

Luiz Flávio Gomes e Antonio García-Pablos de Molina⁵⁴, tem o mesmo entendimento acerca do conceito do conflito aparente de normas que Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini, e dizem que só se pode falar em conflito aparente de leis penais se estiverem presentes dois requisitos⁵⁵: a) fato único (que pode ser simples ou complexo); e b) duas ou mais leis (vigentes) aparentemente aplicáveis. Damásio de Jesus também trata esses requisitos como essenciais para que se possa falar em conflito aparente de normas e ainda diz que “inexistindo um deles não há conflito aparente de normas”⁵⁶.

Na busca de um maior entendimento acerca do conflito aparente de normas, será feita a seguir uma explanação sobre cada um de seus princípios, iniciando-se pelo princípio da subsidiariedade, seguindo-se pelos princípios da especialidade, consunção e, alguns autores incluem ainda um quarto princípio, o princípio da alternatividade, cada um desses princípios se revelará útil para a resolução do conflito perante a situação fática.

PRINCÍPIOS DO CONCURSO (OU CONFLITO) APARENTE DE NORMAS

Princípio da Subsidiariedade

Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini dizem que o princípio da subsidiariedade “consiste na anulação da lei subsidiária pela principal. Aplica-se a norma subsidiária, que é uma norma de tipo de reserva, apenas quando inexistente no fato algum dos elementos do tipo penal geral”⁵⁷. Para Luiz Flávio Gomes e Antonio García-Pablos de Molina a subsidiariedade dá a ideia de que um crime secundário está vinculado com outro principal, e que “vigora a regra de que o principal derroga o subsidiário”⁵⁸, logo, para eles, só vai incidir o subsidiário quando não estiver presente o principal.

54 “Ocorre o chamado conflito aparente de leis penais (ou de normas penais) quando duas ou mais leis (leia-se dois ou mais artigos de lei) vigentes são aparentemente aplicáveis à mesma infração penal”. GOMES, Luis Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos. **Direito Penal**: Parte Geral. Vol. 2. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, p. 78.

55 GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos. **Direito Penal**: Parte Geral. Vol. 2. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, p. 78.

56 JESUS, Damásio de. **Direito Penal**: Parte Geral. 31ª edição. Ed. Saraiva, São Paulo, 2010, p. 149.

57 MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**: Parte Geral, Arts. 1º a 120 do CP, Ed. Atlas, São Paulo, 24 ed., 2007, p. 108.

58 GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos. Op. Cit., p. 79.

Damásio de Jesus aduz que “há relação de primariedade e subsidiariedade entre normas quando descrevem graus de violação do mesmo bem jurídico”⁵⁹ e que a infração definida na norma subsidiária será absorvida pela infração da norma principal, pois a da subsidiária é de menor gravidade, Cezar Roberto Bitencourt⁶⁰ também utiliza essa mesma definição. Por meio do princípio da subsidiariedade, depreende-se, então, que *Lex primaria derogat legi subsidiariae*, isso significa que uma lei primária derroga a subsidiária. E Segundo Damásio de Jesus⁶¹, quando há um conflito entre uma norma mais ampla e uma norma menos ampla, deve ser aplicada a norma mais ampla, tendo em vista que a norma subsidiária é englobada pela norma primária. Para ele, existem duas formas de subsidiariedade: implícita (também denominada de tácita por alguns doutrinadores), que não vem expressa no tipo, e explícita (também chamada de expressa), que vem expressa no tipo.

Para Luiz Regis Prado a subsidiariedade expressa ocorre “quando o próprio texto legal condiciona sua aplicação à inaplicabilidade de outro”⁶² e, para Cezar Roberto Bitencourt a subsidiariedade tácita estaria presente “quando determinada figura típica funcionar como elemento constitutivo, majorante ou meio prático de execução de outra figura mais grave”⁶³.

Princípio da Consunção

A respeito do princípio da consunção, também denominado por vários doutrinadores de princípio da absorção, Cezar Roberto Bitencourt aduz que “a norma definidora de um crime constitui meio necessário ou fase normal de preparação ou execução de outro crime”⁶⁴. Para ele, “há consunção quando o fato previsto em determinada norma é compreendido em outra, mais

59 JESUS, Damásio de. Op cit, loc. Cit.

60 “Há relação de primariedade e subsidiariedade entre duas normas quando descrevem graus de violação de um mesmo bem jurídico, de forma que a norma subsidiária é afastada pela aplicabilidade da norma principal”. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte especial. Vol. II: dos crimes contra a pessoa. São Paulo: Ed. Saraiva, 2011, p. 365.

61 JESUS, Damásio de. **Direito Penal**: Parte Geral. 31ª edição. Ed. Saraiva, São Paulo, 2010, p. 149.

62 PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: parte geral – arts. 1º a 120. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 7ª ed., 2007, p. 227.

63 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Geral 1. 17ª ed.. Ed. Saraiva, São Paulo, 2012, p. 249.

64 **Idem.**

abrangente, aplicando-se somente esta”⁶⁵. Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini⁶⁶ demonstram ter o mesmo entendimento que Cezar Roberto Bitencourt acerca do referido princípio quando dizem que ele consiste em anular a norma que já esteja contida em uma outra norma que tenha âmbito maior e que seja mais gravemente apenada, devendo-se, portanto, desprezar a norma de âmbito menor.

Luiz Regis Prado⁶⁷ também converge com os doutrinadores acima acerca do princípio da consunção fazer com que o conteúdo da norma de menor abrangência seja absorvido pelo da norma de maior abrangência, e que essa norma de menor abrangência constitui uma etapa do tipo penal mais amplo, “vigorando o princípio *major absorbet minorem*”⁶⁸, tese esta, também defendida por Damásio de Jesus⁶⁹. Cezar Roberto Bitencourt, explanando sobre o assunto, ainda diz que “há consunção quando o crime-meio é realizado como uma fase ou etapa do crime-fim, onde vai esgotar seu potencial ofensivo, sendo, por isso, a punição somente da conduta criminosa final do agente”⁷⁰. Nesse diapasão, Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini dizem que “pode ocorrer que o crime menor seja componente de outro, como nos casos de crime complexo e, pode ocorrer a absorção no crime progressivo”⁷¹.

Luiz Flávio Gomes e Damásio de Jesus também demonstram estar em conformidade com os doutrinadores acima. Luiz Flávio Gomes⁷² tem como

65 Idem.

66 “O princípio da consunção (ou absorção) consiste na anulação da norma que já está contida em outra; ou seja, na aplicação da lei de âmbito maior, mais gravemente apenada, desprezando-se a outra, de âmbito menor”. MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**: Parte Geral, Arts. 1º a 120 do CP., Ed. Atlas, São Paulo, 24 ed., 2007, p. 110.

67 “O conteúdo do tipo penal mais amplo absorve o de menor abrangência, que constitui etapa daquela, vigorando o princípio *major absorbet minorem*”. PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: parte geral – arts. 1º a 120. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 7ª ed., 2007, p. 227.

68 PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: parte geral – arts. 1º a 120. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 7ª ed., 2007, p. 227.

69 “O comportamento descrito pela norma consuntiva constitui a fase mais avançada na concretização da lesão ao bem jurídico, aplicando-se, então, o princípio de que *major absorbet minorem*. Os fatos não se apresentam em relação de espécie e gênero, mas de *minus a plus*, de conteúdo a continente, de parte a todo, de meio a fim, de fração a inteiro”. JESUS, Damásio de. **Direito Penal**: Parte Geral. 31ª edição. Ed. Saraiva, São Paulo, 2010, p. 151.

70 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Geral 1. 17ª ed.. Ed. Saraiva, São Paulo, 2012, p. 250.

71 MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**: Parte Geral, Arts. 1º a 120 do CP., Ed. Atlas, São Paulo, 24 ed., 2007, p. 110.

72 “Em virtude do princípio da consunção ou da absorção devemos observar a seguinte regra geral: o fato de maior entidade consome ou absorve o de menor graduação (*lex consumens derogat lex consumptae*). A segunda regra válida é a seguinte: o crime-fim absorve o crime-meio”. GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos. **Direito Penal**: Parte Geral. Vol. 2. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, p. 80.

regra geral que “o fato de maior entidade consome ou absorve o de menor graduação (*lex consumens derogat lex consumptae*)”⁷³ e que “o crime-fim absorve o crime-meio”⁷⁴. Damásio de Jesus⁷⁵ também defende que ocorrerá uma relação consuntiva quando um crime for meio necessário, fase de preparação ou de execução de outro crime, e que nesses casos, a norma que descreve essas condutas será excluída pela norma do crime-fim.

Rogério Greco⁷⁶, por sua vez, também em conformidade com os posicionamentos dos doutrinadores acima citados, diz que no princípio da consunção a conduta mais ampla vai englobar (absorver) outras condutas menos amplas, e que normalmente essas condutas menos amplas são menos graves, funcionando na maioria das vezes como meio necessário, normal fase de preparação, fase de execução de outro crime, ou como casos de antefato e pós-fato impuníveis. Para Damásio de Jesus, “verifica-se o *antefactum* não punível quando uma conduta menos grave precede a uma mais grave como meio necessário ou normal de realização”⁷⁷, ele diz que a primeira conduta vai ser consumida pela segunda, e que em decorrência da absorção, o antefato torna-se um “indiferente penal”⁷⁸. Acerca do *post-factum* impunível, Luiz Flávio Gomes afirma que ele vai ocorrer “quando o mesmo agente (depois de já ter afetado o mesmo bem jurídico anteriormente) incrementa essa lesão precedente (a esse mesmo bem jurídico já lesado ou posto em perigo)”⁷⁹ e que todo resultado típico previsto no tipo, mas que não é exigido para a consumação do crime, será mero exaurimento, para Cezar Roberto Bitencourt, o pós-fato impunível geralmente ocorre com os “atos que são adequados ao

73 GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos. **Direito Penal**: Parte Geral. Vol. 2. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, p. 80.

74 Idem.

75 “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 constitui 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 de outro crime, ou a conduta anterior ou posterior, é excluída pela norma a este relativa. *Lex consumens derogat legi consumptae*”. JESUS, Damásio de. **Direito Penal**: Parte Geral. 31ª edição. Ed. Saraiva, São Paulo, 2010, p. 155.

76 GRECO, Rogério. **Curso de direito penal – parte geral**. Rio de Janeiro: Impetus, 2003, p.33.

77 JESUS, Damásio de. **Direito Penal**: Parte Geral. 31ª edição. Ed. Saraiva, São Paulo, 2010, p. 158.

78 Ibidem, p. 159.

79 GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos. **Direito Penal**: Parte Geral. Vol. 2. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, p. 83.

exaurimento do crime consumado, que, no entanto, também estão previstos como crimes autônomos”⁸⁰.

Ele ainda afirma que o crime-fim vai absorver o crime-meio, se este, estiver “na linha de desdobramento da afetação do bem jurídico”⁸¹, ainda que a punição para o crime-meio seja mais severa, como por exemplo, no caso da Súmula nº 17 do STJ, que trata do crime de estelionato⁸² e da falsidade de documento⁸³, e dispõe que “quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido”. Porém, quando o autor do furto vender a coisa furtada à terceiro de boa-fé, “não constitui mero incremento da ofensa precedente porque agora há uma nova vítima”⁸⁴, logo, o agente comete o crime de estelionato e haverá concurso material com o crime de furto, pois, “produziu nova lesão autônoma e independente contra vítima diferente, com outra conduta que não era consequência natural e necessária da anterior”⁸⁵.

Damásio de Jesus⁸⁶ diz que no conflito, os crimes se denominam:

- 1º) Crime consuntivo: o que absorve o de menor gravidade;
- 2º) Crime consunto: o absorvido.

E explanando sobre o assunto, diz que “o princípio da consunção tem elevada relevância jurídica no crime progressivo”⁸⁷, e que vai existir crime progressivo “quando o sujeito, para alcançar um resultado, passa por uma conduta inicial que produz um evento menos grave que aquele”⁸⁸, logo, o sujeito vai desenvolver fases sucessivas, e cada uma dessas fases vai constituir um tipo de infração, e o comportamento que está descrito pelo núcleo do

80 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte especial. Vol. II: dos crimes contra a pessoa. São Paulo: Ed. Saraiva, 2011, p. 365.

81 GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos. Op cit., loc. Cit.

82 Art. 171- Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento: Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa. Código Penal Brasileiro.

83 Art. 297 – Falsificar, no todo ou em parte, documento público, ou alterar documento público verdadeiro: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa. Código Penal Brasileiro.

84 GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos. Op cit., loc. Cit.

85 BITENCOURT, Cezar Roberto. apud. WESSELS, Johannes. **Direito Penal**, trad. Juarez Tavares, Porto Alegre, Sergio A. Fabris, Editor, 1976, p. 181.

86 JESUS, Damásio de. Op cit, p. 156.

87 JESUS, Damásio de. **Direito Penal**: Parte Geral. 31ª edição. Ed. Saraiva, São Paulo, 2010, p. 156.

88 Idem.

tipo do crime “é resultado de condutas que se realizam através da passagem de uma figura criminal menos grave para outra de maior gravidade⁸⁹”.

Aduz que o referido princípio também é aplicável aos crimes complexos, que ocorrem “quando a lei considera como elemento ou circunstâncias do tipo legal fatos que, por si mesmos, constituem crimes”⁹⁰. Diz que o princípio da consunção também é utilizado para resolver a questão da progressão criminosa e, que “o crime progressivo pressupõe um só fato”⁹¹ e a progressão criminosa, “uma pluralidade de fatos cometidos de forma continuada”⁹². Além disso, segundo Damásio de Jesus⁹³, no crime progressivo há, desde o início, a vontade de cometer o crime de maior gravidade, enquanto que na progressão criminosa inicialmente há a intenção de cometer o crime menos grave, e que é durante o *iter criminis* que o agente resolve cometer a infração mais grave.

Princípio da Alternatividade

Alguns autores, tais como Luiz Flávio Gomes e Antonio García-Pablos Molina⁹⁴, bem como Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini acrescentam o princípio da alternatividade como outro princípio do conflito aparente de normas, mas para Cezar Roberto Bitencourt isso seria desnecessário, ante a ausência de um conflito aparente, para ele “haveria alternatividade quando dois tipos contém elementos incompatíveis entre si, excluindo-se mutuamente, como seriam exemplos o furto e a apropriação indébita”⁹⁵. Assim como Cezar Roberto Bitencourt, muitos doutrinadores também relutam em aceitar o princípio da alternatividade para a resolução do conflito aparente de normas, a exemplo de Damásio de Jesus, a seu ver “não se pode falar em concurso ou conflito aparente de normas, uma vez que as condutas descritas pelos vários núcleos se encontram num só preceito primário”⁹⁶.

89 Idem.

90 Ibidem, p. 157.

91 Ibidem, p. 158.

92 Ibidem, p. 158.

93 Ibidem, p. 158.

94 GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos. **Direito Penal**: Parte Geral. Vol. 2. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, p. 83.

95 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Geral 1. 17ª ed.. Ed. Saraiva, São Paulo, 2012, p. 249.

96 JESUS, Damásio de. **Direito Penal**: Parte Geral. 31ª edição. Ed. Saraiva, São Paulo, 2010, p. 160.

Dessa forma, depreende-se que o princípio da alternatividade ocorre quando houver uma só norma contendo várias condutas, ou seja, várias formas de realização de um mesmo crime. Segundo Luiz Flávio Gomes e Antonio García-Pablos Molina⁹⁷ o princípio da alternatividade é válido e aplicável nos crimes com conteúdo variado, múltiplo ou plurinuclear, “que são os que contam com vários verbos como núcleos do tipo”⁹⁸. Cezar Roberto Bitencourt aduz que ou não se trata apenas de fato único, mas sim de fatos múltiplos, e que esses fatos excluem-se mutuamente, bem como suas disposições legais correspondentes, “ou então se trata de fatos que se enquadram nos critérios da especialidade ou da subsidiariedade”⁹⁹.

De acordo com Luiz Flávio Gomes e Antonio García-Pablos Molina¹⁰⁰ os verbos nucleares do delito devem ser entendidos como alternativos quando se está diante de um contexto fático único e que o significado prático desse princípio é que “quando o sujeito, no mesmo contexto fático (em momento único ou não), realiza condutas correspondentes a vários verbos, comete um só crime, não vários”¹⁰¹. Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini demonstram ter este mesmo entendimento quando dizem que “o princípio da alternatividade indica que o agente só será punido por uma das modalidades inscritas nos chamados crimes de ação múltipla, embora possa praticar duas ou mais condutas do mesmo tipo penal”¹⁰².

Por fim conclui-se que, no que se refere às várias modalidades de condutas praticadas no crime, deve existir um nexo de causalidade entre elas e devem também ser praticadas no mesmo contexto fático, assim o agente será punido apenas por uma das modalidades descritas no tipo, pois, caso contrário, haverá tantos crimes quantas forem as condutas praticadas.

97 GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos. Op. Cit., loc. Cit.

98 Idem.

99 BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. Cot., p. 248.

100 GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos. Op cit., loc. Cit.

101 Idem.

102 MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**: Parte Geral, Arts. 1º a 120 do CP, Ed. Atlas, São Paulo, 24 ed., 2007, p. 110.

Princípio da Especialidade

Segundo Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini “o princípio da especialidade consiste na derrogação da lei geral pela especial”¹⁰³, desta forma, “a adequação ao tipo especial afasta a possibilidade de aplicação do tipo geral”¹⁰⁴. Cezar Roberto Bitencourt, por sua vez, aduz que “a regulação especial tem a finalidade, precisamente, de excluir a lei geral e, por isso, deve precedê-la (*lex specialis derogat lex generalis*)”¹⁰⁵. Luiz Flávio Gomes também afirma que “pelo princípio da especialidade a lei especial derroga a lei geral”¹⁰⁶, para ele, e para Cezar Roberto Bitencourt¹⁰⁷, uma lei será especial em relação à outra, quando nela contiver todos os “requisitos descritivos típicos da lei geral e mais uns ou alguns requisitos (chamados requisitos especializantes, que conduzem a uma distinção em abstrato dos injustos penais considerados)”¹⁰⁸, ou seja, quando contiver as elementares específicas.

Luiz Regis Prado¹⁰⁹, explanando sobre o assunto aduz que, “a lei especial derroga, para o caso concreto, a lei geral”¹¹⁰, para ele, há uma relação de hierarquia de subordinação entre a norma geral (gênero) e a especial (espécie), e que isso faz com que prevaleça a norma especial, pois ela tem todos os elementos da norma geral e mais alguns elementos, chamados de elementos especializantes. Na mesma linha que os doutrinadores acima, Damásio de Jesus¹¹¹ também afirma que a norma penal incriminadora será considerada especial em relação à outra norma penal incriminadora quando possuir todos os elementos da norma geral e mais alguns “de natureza objetiva ou

103 MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Op. Cit., p. 108.

104 Idem.

105 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Geral 1. 17ª ed.. Ed. Saraiva, São Paulo, 2012, p. 248.

106 GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos. **Direito Penal**: Parte Geral. Vol. 2. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, p. 78.

107 “Considera-se especial uma norma penal, em relação a outra geral, quando reúne todos os elementos desta, acrescidos de mais alguns, denominados especializantes. Isto é, a norma especial acrescenta elemento próprio à descrição típica prevista na norma geral”. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral 1. Ed. Saraiva, São Paulo, 17ª ed., 2012, p. 248.

108 GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos. Op cit, loc. Cit.

109 PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: parte geral – arts. 1º a 120. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 7ª ed., 2007, p. 225.

110 Ibidem, p. 225.

111 “Diz-se que uma norma penal incriminadora é especial em relação a outra, *geral*, quando possui em sua definição legal todos os elementos típicos desta, e mais alguns, de natureza objetiva ou subjetiva, denominados *especializantes*, apresentando, por isso, um *minus* ou um *plus* de severidade”. JESUS, Damásio de. **Direito Penal**: Parte Geral. 31ª edição. Ed. Saraiva, São Paulo, 2010, p. 150.

subjetiva, denominados *especializantes*, apresentando, por isso, um *minus* ou um *plus* de severidade”¹¹². Luiz Flávio Gomes continua explicando que, para que se possa aplicar o princípio da especialidade “deve haver uma relação de gênero e espécie entre as figuras típicas consideradas. A descrição típica especial contém um *plus*, leia-se, descreve dados extras que não aparecem na configuração típica geral”¹¹³. O *plus* e o *minus* a que se referem os doutrinadores citados, Luiz Régis Prado¹¹⁴ os definem como sendo: o *plus* um qualificador ou agravador e o *minus* como sendo um privilegiador.

O princípio da especialidade encontra-se consagrado expressamente no art. 12 do Código Penal¹¹⁵, este princípio evita que ocorra o *bis in idem*, pois determina a “prevalência da norma especial em comparação com a geral, e pode ser estabelecido *in abstracto*, enquanto os outros princípios exigem o confronto *in concreto* das leis que definem o mesmo fato”¹¹⁶. Damásio de Jesus conclui que “Afasta-se, dessa forma, o *bis in idem*, pois o comportamento do sujeito só é enquadrado na norma incriminadora especial, embora também descrito pela geral”¹¹⁷.

Damásio de Jesus informa que tanto a disposição geral, quanto a especial “podem estar contidas na mesma lei ou em leis distintas”¹¹⁸ e que elas “podem ter sido postas em vigor ao mesmo tempo ou em ocasiões diversas”¹¹⁹. Mas salienta que “é preciso, porém, na relação de generalidade e especialidade entre normas, que sejam contemporâneas, o que pode deixar de ocorrer na consunção”¹²⁰. Além disso, ainda destaca que há uma característica que distingue o princípio da especialidade dos demais princípios do conflito aparente de normas, e essa característica é que “a prevalência da norma

112 JESUS, Damásio de. **Direito Penal**: Parte Geral. 31ª edição. Ed. Saraiva, São Paulo, 2010, p. 150.

113 GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos. **Direito Penal**: Parte Geral. Vol. 2. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, p. 78.

114 “Desse modo, a regra especial agrega à hipótese normativa geral um ou mais elementos complementares, demonstrativos de um específico fundamento de punibilidade, ora estabelecendo um *plus* (qualificador/agravador), ora prevendo um *minus* (privilegiador)”. PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: parte geral – arts. 1º a 120. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 7ª ed., 2007, p. 225.

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

116 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Geral 1. 17ª ed.. Ed. Saraiva, São Paulo, 2012, p. 248.

117 JESUS, Damásio de. Op. Cit., loc. Cit.

118 Idem.

119 Idem.

120 Idem.

especial sobre a geral se estabelece *in abstracto*, pela comparação das definições abstratas contidas nas normas, enquanto os outros exigem um confronto *em concreto* das leis que descrevem o mesmo fato¹²¹.

Por fim, Cezar Roberto Bitencourt¹²² defende que o princípio da especialidade é o princípio fundamental para a resolução do conflito aparente de normas, pois, possui um maior rigor científico, e que por isso é o mais adotado pela doutrina, e ainda diz que “os demais princípios são subsidiários e somente devem ser lembrados quando o primeiro não resolver satisfatoriamente o conflito¹²³”. Para Luiz Regis Prado “é oportuno observar ainda que os critérios de subsidiariedade e de consunção são de aplicação secundária ou complementar ao de especialidade¹²⁴”.

A Injúria Racial pode ser considerada Crime de Racismo?

Luiz Flávio Gomes¹²⁵ e Damásio de Jesus¹²⁶ frisam que no princípio da especialidade o tipo qualificado e o tipo privilegiado vão excluir a aplicação do tipo fundamental, Luiz Flávio Gomes ainda diz que “não interessa se o crime especial é punido com pena maior ou menor¹²⁷”, o que ocorre, por exemplo, no caso da Injúria Racial e do Crime de Racismo, pois, a Injúria Racial é o tipo específico em relação ao crime de Racismo, e possui uma punição mais branda, tendo em vista que quando se trata de Injúria Racial, não há a ofensa á uma raça como um todo, mas apenas a um indivíduo especificamente, não atingindo, portanto, a igualdade e o respeito às etnias, somente a honra do indivíduo.

Como dito anteriormente, o crime de racismo, em geral, impede o exercício de determinado direito, mas o que seria “impedir o exercício de

121 JESUS, Damásio de. **Direito Penal**: Parte Geral. 31ª edição. Ed. Saraiva, São Paulo, 2010, p. 150.

122 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Geral 1. 17ª ed.. Ed. Saraiva, São Paulo, 2012, p. 251.

123 Idem.

124 PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: parte geral – arts. 1º a 120. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 7ª ed., 2007, p. 227.

125 “Por força do princípio em destaque, o tipo penal derivado (privilegiado ou qualificado) afasta a aplicação do tipo fundamental”. GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos. **Direito Penal**: Parte Geral. Vol. 2. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, p. 78.

126 “O tipo fundamental é excluído pelo qualificado ou privilegiado, que deriva daquele”. JESUS, Damásio de. **Direito Penal**: Parte Geral. 31ª edição. Ed. Saraiva, São Paulo, 2010, p. 155.

127 GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos. **Direito Penal**: Parte Geral. Vol. 2. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, p. 78.

determinado direito”, ofender uma pessoa utilizando elementos referentes à raça, cor, etnia, religião ou origem, não seria uma forma de impedir o exercício de um determinado direito, o direito de se sentir igual à todas as outras pessoas? Guilherme de Souza Nucci também demonstra ter esse mesmo entendimento quando diz que:

Quem ofende, magoa; quem está magoado tende a se retirar do mesmo ambiente de seu agressor. Por isso, para expulsar uma pessoa de um local, seja ele qual for, pode ser mais que suficiente a injúria racial, em lugar de atitude inóspita física. Ilustrando, pode-se negar emprego em empresa privada a um determinada pessoa em razão de sua raça (art. 4º, da Lei 7.716/89), dizendo isso expressamente. Do mesmo modo, é possível não admitir a pessoa em empresa privada, ofendendo-a moralmente e fazendo com que ela mesma se retire do posto de candidato. As duas condutas espelham racismo; seria por demais estreito considerar a primeira delas típica infração penal de racismo e a segunda, mero crime contra a honra¹²⁸.

Assim, acerca dessa questão Guilherme de Souza Nucci ainda diz que existem diversas formas de se praticar o crime de racismo, “desde movimentos expressos de segregação, como o impedimento de acesso a determinado lugar, até as formas camufladas e veladas de agressão moral, com idêntico objetivo de segregação”¹²⁹, para ele “por vezes, a ofensa moral é mais sentida e eficiente do que qualquer objetivo, voltado ao separacionismo”¹³⁰. E, continua dizendo que:

Em grande parte, consideram-se os delitos tipificados na Lei 7.716/89 como manifestações de racismo, logo, imprescritíveis e inafiançáveis. Eventuais tipos inseridos fora da referida lei não seriam considerados como racismo. Em nosso entendimento, o comando constitucional (“a prática do racismo constitui crime inafiançável e, sujeito a pena de reclusão, nos termos da lei” – art. 5º, XLII, CF) é imprescritível genérico, significando que qualquer lei pode tipificar o delito de racismo e, assim sendo, será ele considerado inafiançável e imprescritível. Aliás, não há *um* só crime de racismo, mas variadas formas de se praticá-lo, tanto que a Lei 7.716/89 prevê inúmeras delas. Entretanto, não esgota a temática, permitindo-se que se introduza, noutros contextos, outros

128 NUCCI, Guilherme de Souza. **Tratado Jurisprudencial e Doutrinário**: Direito Penal. Vol. II: Parte Especial e Legislação Penal Especial. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011, p. 227.

129 Idem.

130 Idem.

tipos penais similares, tal como se fez no tocante à injúria qualificada (art. 140, § 3º, CP)¹³¹.

Guilherme de Souza Nucci ainda chama a atenção para o fato de que “por vezes, evitando-se classificar a injúria racial como racismo, toma-se a ofensa proferida, conforme o contexto, encaixando-a diretamente no tipo penal do *caput* do art. 20 da Lei 7.716/89”¹³², o que para ele é algo desnecessário, pois, “bastaria subsumir ao tipo do art. 140, § 3º, considerando-o manifestação racista”¹³³.

Acerca da Injúria Racial e do Crime de Racismo viu-se que o artigo 20 da Lei de Racismo e o artigo 140, § 3º do Código Penal possuem características semelhantes, pois, no referido artigo 20, embora não se tenha expressamente o termo “ofendendo-lhe” trazido pelo artigo 140, §3º do Código Penal, traz a expressão “praticar discriminação”, e “praticar” poderia significar qualquer conduta que exteriorizasse o preconceito e a discriminação, como, por exemplo, palavras, expressões ou gestos, o que daria a entender se tratar de um Concurso Aparente de Normas. E para essa lacuna existente no conteúdo da expressão “praticar discriminação”, que deixa brecha para incidirem várias condutas, há a necessidade de que a doutrina e a jurisprudência a complementem para que se possa fazer uma interpretação correta. Guilherme de Souza Nucci faz crítica ao referido art. 20, posto que, parece ser ofensivo ao princípio da taxatividade, uma vez que esse artigo “não descreve nenhum tipo de conduta determinada ou especificada”¹³⁴.

Pela semelhança entre os referidos delitos, como dito anteriormente, não é raro ver condutas que se enquadram no crime de injúria racial, sendo veiculadas como sendo crimes de racismo, e para solucionar esse conflito aparente de normas utilizando seus princípios, vemos que para solucioná-lo devemos usar o princípio da especialidade, pois, ele é o que melhor se adequa ao delito de Injúria Racial e ao Crime de Racismo, visto que “o comportamento do sujeito só é enquadrado na norma incriminadora especial, embora também descrito pela geral”¹³⁵.

131 Idem.

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

133 NUCCI, Guilherme de Souza. Op cit, p. 228.

134 NUCCI, Guilherme de Souza. **Tratado Jurisprudencial e Doutrinário**: Direito Penal. Vol. II: Parte Especial e Legislação Penal Especial. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011, p. 227.

135 JESUS, Damásio de. **Direito Penal**: Parte Geral. 31ª edição. Ed. Saraiva, São Paulo, 2010, p. 150.

Como outra forma de solução desse conflito aparente, a doutrina e a jurisprudência tem usado o alcance das expressões para definir se o delito se trata de Injúria Racial ou de Crime de Racismo, assim, se a ofensa tiver o objetivo de atingir a uma raça como um todo, ou por exemplo, aos adeptos de alguma religião, seria considerado crime de racismo, pois o bem jurídico atingido seria a igualdade e o respeito às etnias, mas caso a ofensa discriminatória seja dirigida à uma pessoa determinada, a doutrina e a jurisprudência, em sua maioria, entende se tratar do crime de Injúria Racial, e o bem jurídico a ser protegido aqui é a honra subjetiva. Embora para Guilherme de Souza Nucci o art. 20 da Lei de Racismo não descreva uma conduta determinada ou específica, para ele, mesmo assim, sua aplicação deverá estar reservada a situações que envolvam grupos de pessoas, ou seja, “práticas que tenham potencial de atingir vários indivíduos e não apenas um, pois, neste caso, estaria presente a injúria qualificada”¹³⁶. Assim sendo, verifica-se que é predominante o entendimento doutrinário de que a Injúria Racial não pode ser considerada crime de Racismo, pois, a Injúria Preconceituosa não é destinada a atingir a toda uma categoria de pessoas, mas somente é utilizada para ferir a honra do indivíduo. Logo, deve prevalecer o crime específico (Injúria Racial), tendo em vista que o artigo 20 da Lei de Racismo tem aplicação subsidiária, ou seja, somente pode ser aplicado quando a conduta não encontrar tipificação específica.

POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS

No entendimento de Guilherme de Souza Nucci “as ofensas e agressões morais tipificam injúria qualificada, que é manifestação racista”¹³⁷. Mesmo assim, para ele, o art. 20 só deverá ser utilizado quando as condutas praticadas forem dirigidas a vários indivíduos e não apenas um, mas ele alerta que a jurisprudência divide-se em relação a esse tema: “a) ofensas e agressões morais configurariam mera injúria qualificada, que não constitui racismo; b) ofensas e agressões morais, quando denotarem manifestação racista, devem

136 NUCCI, Guilherme de Souza. **Tratado Jurisprudencial e Doutrinário**: Direito Penal. Vol. II: Parte Especial e Legislação Penal Especial. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011, p. 228.

137 Idem.

ser subsumidos ao art. 20 da Lei 7.716/89¹³⁸. A seguir, serão analisados acórdãos envolvendo os crimes de Injúria Racial e de Racismo.

a. Injúria Racial é crime contra a honra.

PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. CRIME DE RACISMO. 1. DENÚNCIA QUE IMPUTA A UTILIZAÇÃO DE PALAVRAS PEJORATIVAS REFERENTES À RAÇA DO OFENDIDO. IMPUTAÇÃO. CRIME DE RACISMO. INADEQUAÇÃO. CONDUTA QUE SE AMOLDA AO TIPO DE INJÚRIA QUALIFICADA PELO USO DE ELEMENTO RACIAL. DESCLASSIFICAÇÃO. 2. ANULAÇÃO DA DENÚNCIA. DECADÊNCIA DO DIREITO DE QUEIXA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. RECONHECIMENTO. 3. RECURSO PROVIDO.

1. A imputação de termos pejorativos referentes à raça do ofendido, com o nítido intuito de lesão à honra deste, importa no crime de injúria qualificada pelo uso de elemento racial, e não de racismo.

2. Não tendo sido oferecida a queixa crime no prazo de seis meses, é de se reconhecer a decadência do direito de queixa pelo ofendido, extinguindo-se a punibilidade do recorrente.

3. Recurso provido para desclassificar a conduta narrada na denúncia para o tipo penal previsto no §3º do artigo 140 do Código Penal, e, em consequência, extinguir a punibilidade do recorrente, em razão da decadência, por força do artigo 107, IV, do Código Penal. (Recurso Ordinário em Habeas Corpus Nº 2005/0187497-1, Sexta Turma, Superior Tribunal de Justiça, Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Julgado em 28/10/2008 - RHC 18620 - STJ)¹³⁹.

Nesse julgado verifica-se claramente a dificuldade de identificação entre a ocorrência do Crime de Racismo ou de Injúria Racial, o que faz com que acabem ocorrendo diversos equívocos quando se faz a *notitia criminis*, o que pode levar até à decadência do direito de queixa e fazer com que a pessoa fique sem punição, conforme demonstrado no referido julgado. E, assim como o julgado acima, o RSE 990.09.237622-5 do TJSP¹⁴⁰, o RSE 01083928.3/5-

138 NUCCI, Guilherme de Souza. Op cit, loc. Cit.

139 STJ, RHC 18620/PR, 6ª T., rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 14.10.2008, v.u.

140 TJSP, RSE 990.09.237622-5, 9ª Câ. de Direito Criminal, rel. Francisco Bruno, j. 07.01.2010, v.u.

0000-000 do TJSP¹⁴¹, a Apelação nº 70018104547¹⁴² do TJRS, e a Apelação nº 1.0479.04.070957-4/001 do TJMG¹⁴³, consideraram as condutas como sendo crimes de injúria racial, e não crime de racismo, sob o argumento de que a imputação de termos pejorativos referentes à raça do ofendido com a nítida intenção de lesar a honra dele é crime de injúria qualificada pelo uso de elemento racial, e não de racismo.

b. Injúria Racial é racismo.

apelação criminal. crime de racismo. prova suficiente. dolo bem configurado. conteúdo genérico da discriminação. tipo adequado. penas bem aplicadas. Recurso desprovido.

Os denunciados praticaram discriminação de cor ao claramente referirem não admitir que a vítima, de cor negra, morasse em meio a pessoas brancas e de naturalidade alemã. (...) De sorte que não resta dúvida quanto aos réus terem proferido os ditos imputados e quanto ao conteúdo genérico da discriminação, o que impede cogitar de desclassificação para o tipo do artigo 140, § 3º, do Código Penal, o que a defesa não pede. (TJRS, Ap. Crim. 70025336546, 6ª Câm. Crim., rel. João Batista Marques Tovo, j. 27.11.2088, v.u.)¹⁴⁴.

O julgado acima demonstra o caráter segregacionista do racismo, bem como sua destinação à toda uma categoria de pessoas, e não apenas à determinado indivíduo, como ocorre na Injúria Racial. Existem outros julgados que consideraram as ofensas como sendo crime de racismo, mas cada julgado sob uma fundamentação diferente, a exemplo do: RSE 0194043-51.2008.8.19.0001 do TJRJ¹⁴⁵, do HC 990.10.068753-0 do TJSP¹⁴⁶, da

141 TJSP, RSE 01083928.3/5-0000-000, 5ª Câm. da Seção Criminal, rel. Carlos Biasotti, j. 06.12.2007, v.u.

142 TJRS, Ap. Crim. 70018104547, 8ª Câm. Crim., rel. Marco Antônio Ribeiro de Oliveira, j. 02.05.2007, v.u.

143 TJMG, Ap. Crim. 1.0479.04.070957-4/001, 4ª Câm. Crim., rel. Doorgal Andrada, j. 04.11.2009, v.u.

144 TJRS, Ap. Crim., 70025336546, 6ª Câm. Crim., rel. João Batista Marques Tovo, j. 27.11.2008, v.u.

145 Houve o entendimento de que a injúria consistente em discriminação no que se refere a raça, cor, religião e etnia é crime de racismo capitulado no art. 20 da Lei 7.716/89, com imprescritibilidade e inafiançabilidade prevista no art. 5º, XLII, da CF, na qualidade de cláusula pétreia, e que portanto, inexistente decadência do direito de queixa no caso. TJRJ, RSE 0194043-51.2008.8.19.0001, 8ª Câm. Crim., rel. Ângelo Moreira Glicho, j. 05.08.2009, v.u.

146 Fora fundamentado que configura o delito previsto no art. 20, caput, da Lei 7.716/89, se a manifestação, embora dirigida a uma única pessoa, revela inequivocamente o preconceito em relação à raça.

Apelação nº 990.10.154240-4 do TJSP¹⁴⁷, da Apelação nº 70025336546 do TJRS¹⁴⁸ e da Apelação nº 70017531229 do TJRS¹⁴⁹.

Ainda acerca do tema, no HC 82424¹⁵⁰, do STF, o termo racismo foi ampliado para que se pudesse atingir também as ofensas destinadas aos judeus, o que na opinião de Guilherme de Souza Nucci “embora não se possa dizer, especificamente, que se trate de uma raça”¹⁵¹, a medida, na visão dele, fora correta, “pois o racismo é uma forma de segregacionismo, pouco interessando se voltada contra um ou outro grupo social”¹⁵².

Em pesquisa realizada por Guilherme de Souza Nucci¹⁵³, fora constatado que no geral o Poder Judiciário é insensível à questão Racial, e dão baixo número de condenações. Quanto ao resultado obtido por ele no Tribunal de Justiça de São Paulo, no processos que se relacionavam apenas com o prosseguimento ou à extinção dos processos, fora encontrado um “número superior de decisões pelo encerramento do processo (rejeição da denúncia ou queixa, extinção da punibilidade, trancamento ou anulação)”¹⁵⁴, em relação às decisões que determinam seu prosseguimento: “são 38 decisões do primeiro tipo contra 29 do segundo, representando respectivamente 34,3% contra 26,1% do total de casos”¹⁵⁵.

Já em relação ao universo total de decisões a respeito do prosseguimento ou da extinção dos processos, “prevalecem os casos que determinam o encerramento precoce do processo (38 casos, entre rejeição, extinção da punibilidade, trancamento e anulação do processo)”¹⁵⁶. Enfim, aos processos

TJSP, HC 990.10.068753-0, 12ª Câm. de Direito Criminal, rel. Angélica de Almeida, j. 29.09.2010, v.u.

147 Teve como fundamentação a tese de que a ré ofendeu não só a vítima, mas sim toda a raça negra, e que, portanto, é crime do art. 20 da Lei 7.716/89, não podendo ser desclassificado para injúria racial. TJSP, Ap. 990.10.154240-4, 5ª Câm. de Direito Criminal, rel. Tristão Ribeiro, j. 02.12.2011, v.u.

148 Restou impedida a desclassificação para o delito de injúria, posto sido tido o entendimento de que o conteúdo da discriminação foi genérico. TJRS, Ap. Crim., 70025336546, 6ª Câm. Crim., rel. João Batista Marques Tovo, j. 27.11.2008, v.u.

149 Fora usado o argumento de que, ainda que existentes, os insultos, estes não fazem a essência do bem jurídico tutelado, mas são seu meio de manifestação discriminatória, e que deve-se combater a discriminação manifestada. TJRS, Ap. Crim., 70017531229, 5ª Câm. Crim., rel. Aramis Nassif, j. 13.06.2007.

150 STF; Pleno; HC 82424; Procedência: Rio Grande do Sul; Relator: Min. Moreira Alves; relator p/acórdão Min. Maurício Corrêa; j. 17.09.2003.

151 NUCCI, Guilherme de Souza. Tratado Jurisprudencial e Doutrinário: Direito Penal. Vol. II: Parte Especial e Legislação Penal Especial. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011, p. 227.

152 Ibidem, p. 235-237.

153 Ibidem, p. 227.

154 Ibidem, p. 236.

155 Idem.

156 Idem.

que chegam ao Tribunal de Justiça de São Paulo, são encerrados antes da decisão de mérito, e isso se deve pela discordância presente no mesmo acerca da qualificação jurídica dos casos, se é racismo, se é injúria simples ou se é injúria qualificada.

CONCLUSÃO

No presente trabalho foram analisadas duas figuras típicas, a Injúria Racial e o Crime de Racismo, viu-se que são delitos que apresentam características semelhantes, causando, por vezes, confusão na hora de se fazer a *notitia criminis*. Para descobrir se a Injúria Racial poderia ser considerada Crime de Racismo foram analisados os referidos delitos e exploradas suas peculiaridades, por conta das semelhanças entre os mesmos, verificou-se a incidência do conflito aparente de normas sobre esses crimes, e concluiu-se que para solucionar esse conflito aparente, deve-se utilizar o princípio da especialidade.

Durante toda a busca pelos autores que fundamentariam o presente estudo, fora encontrada dificuldade, pois, a questão acerca dos crimes acima não se encontra debatida pela maioria dos doutrinadores, em geral não são feitas comparações entre esses delitos, a maioria dos autores simplesmente os definem e dizem que a injúria racial é mero crime contra a honra, pois, é dirigida à um sujeito determinado, mas não deixam claro como chegaram a esse entendimento, e nem tratam do conflito aparente de normas entre a Injúria Racial e o Crime de Racismo.

Ao longo do estudo acerca do conflito aparente de normas e seus princípios, notou-se que o critério diferenciador utilizado pela maioria da doutrina para diferenciar a Injúria Racial do Crime de Racismo, qual seja, o alcance de suas expressões, nada mais é do que uma aplicação do princípio da especialidade, posto que, para eles, a injúria racial ocorre quando a ofensa é dirigida a um determinado sujeito, enquanto que o crime de racismo é praticado contra um grupo, uma raça, uma etnia, entre outros, além de ser uma conduta segregacionista.

O Crime de Racismo, como dito anteriormente, em geral, impede o exercício de determinado direito, logo, mesmo quando se indaga sobre o que seria “impedir o exercício de determinado direito”, se ofender uma pessoa

utilizando elementos referentes à raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, não poderia ser mais uma forma de impedir o exercício de um determinado direito, o direito de se sentir igual à todas as outras pessoas, pois, normalmente essa ofensa é mais sentida do que qualquer outra conduta voltada ao segregacionismo.

Apesar de Guilherme de Souza Nucci considerar que a Injúria Racial deveria ser entendida como uma manifestação racista, e como tal, deveria ser inafiançável e imprescritível, a maioria da Jurisprudência e dos Doutrinadores defendem que ela é mero crime contra a honra, pois ela é um crime mais específico, em relação às condutas trazidas pela Lei de Racismo, e sendo assim, ela está sujeita à prescrição e ao instituto da fiança.

Assim sendo, conclui-se que a Injúria Racial não pode ser considerada Crime de Racismo, pois não se deve aplicar uma norma geral quando há uma norma especial tipificando aquela conduta, e tendo em vista que, neste caso, o princípio da especialidade se mostrou a maneira aparentemente mais eficaz de solucionar esse concurso aparente de normas entre os crimes de Injúria Racial e de Racismo, que demonstram, na prática, muitas vezes possuírem uma linha divisória tênue. Outra forma que também se mostrou bem aceita é a do destinatário da ofensa, logo, quando a ofensa é lançada contra um indivíduo, será Injúria Racial, mas quando for dirigida a alguma categoria de pessoas, será Racismo.

REFERÊNCIAS

ARENDE, Hannah. **Origens do Totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989. O pensamento racial antes do racismo. P. 188-214.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Especial 2 – Dos crimes contra a pessoa**. 12ª ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. apud. WESSELS, Johannes. **Direito Penal**, trad. Juarez Tavares, Porto Alegre, Sergio A. Fabris, Editor, 1976, p. 181.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal - parte especial: dos crimes contra a pessoa, dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos**. 5.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2005, volume 2.

CARVALHO, Nathan Castelo Branco; APRILE, Priscila. **Esclarecimentos sobre Injúria Racial e Racismo**. Manual de Direitos do Cidadão, 2006.

DWORKIN, Ronald. **A Virtude Soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes. Capítulos “Ação Afirmativa: funciona? Ação afirmativa é justa? E Brincar de Deus: genes, clones e sorte. P. 543 – 644.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos. **Direito Penal: Parte Geral**. Vol. 2. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, p. 78.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal – parte geral**. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

JESUS, Damásio E. **Direito Penal: parte especial**. Vol. II: dos crimes contra a pessoa e dos crimes contra o patrimônio. São Paulo: Ed. Saraiva, 2004.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal: Parte Geral**. 31ª edição. Ed. Saraiva, São Paulo, 2010.

MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**, Arts. 1º a 120 do CP, Ed. Atlas, São Paulo, 24 ed., 2007.

MUNANGA, Kabengele. **Uma abordagem conceitual das noções de raça, racismo, identidade e etnia**. In: BRANDÃO, André Augusto P. (Org.). **Cadernos PENESB**, n. 05, Niterói, RJ: EDUFF, 2004.

NOVAES, Felipe; SANTORO, Antonio. **Direito Penal**. Vol. III. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Tratado Jurisprudencial e Doutrinário: Direito Penal**. Vol. II: Parte Especial e Legislação Penal Especial. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: parte geral – arts. 1º a 120**. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 7ª ed., 2007.

SANTOS, Christiano Jorge. **Crimes de preconceito e de discriminação**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

SANTOS, Elaine de Melo Lopes. **Racismo e Injúria: Erosão e Persistências no Ideário da Democracia Racial**. 2009. Disponível em: <<http://lasa.international.pitt.edu/members/congress-papers/lasa2009/files/deMeloLopesSantosElaine.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2012.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Racismo no Brasil**. São Paulo: Publifolha, 2001.

SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. **Da Criminalização do racismo: aspectos jurídicos e sociocriminológicos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem. **Considerações sobre os crimes contra a honra da pessoa humana**. Revista eletrônica acadêmica de Direito, 2006. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/13071-13072-1-PB.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Pleno. HC nº 82424; Procedência: Rio Grande do Sul; Relator: Min. Moreira Alves; relator p/acórdão Min. Maurício Corrêa; j. 17.09.2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC nº 18620/PR, 6ª T., Relator: Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 14.10.2008, v.u.

Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Ap. Crim. Nº 1.0479.04.070957-4/001, 4ª Câm. Crim., Relator: Doorgal Andrada, j. 04.11.2009, v.u.

Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. RSE nº 0194043-51.2008.8.19.0001, 8ª Câm. Crim., Relator: Ângelo Moreira Glioche, j. 05.08.2009, v.u.

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Ap. Crim. Nº 70018104547, 8ª Câm. Crim., Relator: Marco Antônio Ribeiro de Oliveira, j. 02.05.2007, v.u.

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Ap. Crim. Nº 70025336546, 6ª Câm. Crim., Relator: João Batista Marques Tovo, j. 27.11.2008, v.u.

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Ap. Crim. Nº 70017531229, 5ª Câm. Crim., Relator: Aramis Nassif, j. 13.06.2007.

Tribunal De Justiça Do Estado De São Paulo. RSE nº 990.09.237622-5, 9ª Câm. de Direito Criminal, Relator: Francisco Bruno, j. 07.01.2010, v.u.

Tribunal De Justiça Do Estado De São Paulo. RSE nº 01083928.3/5-0000-000, 5ª Câm. da Seção Criminal, Relator: Carlos Biasotti, j. 06.12.2007, v.u.

Tribunal De Justiça Do Estado De São Paulo. HC nº 990.10.068753-0, 12ª Câm. de Direito Criminal, Relatora: Angélica de Almeida, j. 29.09.2010, v.u.

Tribunal De Justiça Do Estado De São Paulo. Ap. nº 990.10.154240-4, 5ª Câm. de Direito Criminal, Relator: Tristão Ribeiro, j. 02.12.2011, v.u.