Supremo Tribunal Federal
COORD. DE ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA
D.J. 10.11.2006
EMENTÁRIO Nº 2 2 5 5 - 3

03/08/2006 TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 351.487-3 RORAIMA

RELATOR	:	**MIN. CEZAR PELUSO**
RECORRENTE	:	JOÃO PEREIRA DE MORIAS OU JOÃO PEREIRA DE MORAIS
RECORRENTE	:	JUVENAL SILVA
RECORRENTE	:	ELIÉSIO MONTEIRO NERI OU ELIÉZIO MONTEIRO NERI
RECORRENTE	:	PEDRO EMILIANO GARCIA
ADVOGADOS	:	PEDRO LUIZ DE ASSIS E OUTROS
ADVOGADO	:	EDIR RIBEIRO DA COSTA
RECORRENTE	:	MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
RECORRIDOS	:	OS MESMOS
ASSISTENTE	:	FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI
ADVOGADO	:	ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
ASSISTENTE	:	DAVI KOPENAWA YANOMAMI
ADVOGADOS	:	ARISTIDES JUNQUEIRA ALVARENGA E OUTROS

EMENTAS: 1. **CRIME. Genocídio. Definição legal. Bem jurídico protegido. Tutela penal da existência do grupo racial, étnico, nacional ou religioso, a que pertence a pessoa ou pessoas imediatamente lesionadas. Delito de caráter coletivo ou transindividual. Crime contra a diversidade humana como tal. Consumação mediante ações que, lesivas à vida, integridade física, liberdade de locomoção e a outros bens jurídicos individuais, constituem modalidade executórias. Inteligência do art. 1º da Lei nº 2.889/56, e do art. 2º da Convenção contra o Genocídio, ratificada pelo Decreto nº 30.822/52.** O tipo penal do delito de genocídio protege, em todas as suas modalidades, bem jurídico coletivo ou transindividual, figurado na existência do grupo racial, étnico ou religioso, a qual é posta em risco por ações que podem também ser ofensivas a bens jurídicos individuais, como o direito à vida, a integridade física ou mental, a liberdade de locomoção etc..

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

39

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

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

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência da Senhora Ministra ELLEN GRACIE, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro CELSO DE MELLO.

Brasília, 03 de agosto de 2006.

CEZAR PELUSO - RELATOR

03/08/2006 TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 351.487-3 RORAIMA

RELATOR	:	**MIN. CEZAR PELUSO**
RECORRENTE	:	JOÃO PEREIRA DE MORIAS OU JOÃO PEREIRA DE MORAIS
RECORRENTE	:	JUVENAL SILVA
RECORRENTE	:	ELIÉSIO MONTEIRO NERI OU ELIÉZIO MONTEIRO NERI
RECORRENTE	:	PEDRO EMILIANO GARCIA
ADVOGADOS	:	PEDRO LUIZ DE ASSIS E OUTROS
ADVOGADO	:	EDIR RIBEIRO DA COSTA
RECORRENTE	:	MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
RECORRIDOS	:	OS MESMOS
ASSISTENTE	:	FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI
ADVOGADO	:	ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
ASSISTENTE	:	DAVI KOPENAWA YANOMAMI
ADVOGADOS	:	ARISTIDES JUNQUEIRA ALVARENGA E OUTROS

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - (Relator):

Trata-se de recurso extraordinário interposto com fundamento no artigo 102, III, "a", da Constituição da República, contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça que, conhecendo e provendo recurso especial do Ministério Público Federal, entendeu ser o juiz singular competente para processar e julgar os crimes pelos quais foram condenados os réus.

Estes foram denunciados pela prática do crime de genocídio (artigo 1°, letras "a", "b" e "c", da Lei nº 2.889/56), em concurso material com os

crimes de lavra garimpeira, dano qualificado, ocultação de cadáver, contrabando e formação de quadrilha.

O processo correu perante o juízo monocrático federal e resultou em decreto condenatório, contra o qual os réus interpuseram recurso de apelação, que foi provido, para anular a sentença e determinar a adoção do procedimento previsto nos artigos 408 e seguintes do Código de Processo Penal, porque o Tribunal Regional Federal da 1ª Região entendeu que o genocídio praticado contra índios, em conexão com outros delitos, seria crime doloso contra a vida, de modo que atrairia a competência do Tribunal do Júri (fls.1937).

Desse acórdão foi interposto recurso especial pelo Ministério Público, tendo-se-lhe dado provimento, nos seguintes termos:

> "CONSTITUCIONAL E PROCESSO PENAL – RECURSO ESPECIAL – CRIMINAL – CRIME DE GENOCÍDIO CONEXO COM OUTROS DELITOS – COMPETÊNCIA – JUSTIÇA FEDERAL – ALÍNA "A", DO ART. 1º, DA LEI N. 2.899/56 C/C ART. 74, PARAG. 1º DO CPP E ART. 5º, XXXVIII, DA CF – PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO – CONHECIMENTO – SENTENÇA MONOCRÁTICA RESTABELECIDA.
>
> 1 – Inicialmente, reconhecida extinta a punibilidade de FRANCISCO ALVES RODRIGUES, em virtude de seu falecimento, conforme certidão de óbito juntada às fls. 1.807 dos autos (art. 107, I, CP).
>
> 2 – Aos réus-recorridos é imputada a perpetração dos delitos de lavra garimpeira ilegal, contrabando ou descaminho, ocultação de cadáver, dano, formação de quadrilha ou bando, todos em conexão com genocídio e associação para o genocídio, na figura da alínea "a", do art. 1º, da lei n. 2.889/56, cometidos contra os índios YANOMAMI, no chamado "MASSACRE DE HAXIMÚ", que resultou na morte de 12 índios, sendo 01 homem adulto, 02 mulheres, 01 idosa cega, 03 moças e 05 crianças (entre 01 e 08 anos de idade), bem como em 03 índios feridos, entre eles, duas crianças.
>
> 3 – Esta Corte, através de seu Órgão Especial, posicionou-se no sentido de que a violação à determinada norma legal ou dispositivo tenha sido expressamente mencionado no v. acórdão do Tribunal de origem.

Cuida-se do chamado prequestionamento implícito (cf. EREsp ns. 181.682/PE, 144.844/RS e 155.321/SP). Sendo a hipótese dos autos, afasta-se a aplicabilidade da Súmula 356/STF para conhecer do recurso, no tocante à suposta infringência aos arts. 74, parág. 1º, do Código de Processo Penal e 1º, "a", da Lei n. 2.889/56.

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

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

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

7 – O crime de genocídio têm objetividade jurídica, tipos objetivos e subjetivos, bem como sujeito passivo, inteiramente distintos daqueles arrolados como crimes contra a vida. Assim, a idéia de submeter tal crime ao Tribunal do Júri encontra óbice no próprio ordenamento processual penal, porquanto não há em seu bojo previsão para este delito, sendo possível apenas e somente a condenação dos crimes especificamente nele previstos, não se podendo neles incluir, desta forma, qualquer crime que haja morte da vítima, ainda que causada dolosamente. Aplicação dos arts. 5º, inciso XXXVIII, da Constituição Federal c/c 74, parág. 1º, do Código de Processo Penal.

8 – Recurso conhecido e provido para, reformando o v. aresto *a quo*, declarar competente o Juiz Singular Federal para apreciar os delitos arrolados na denúncia, devendo o Tribunal de origem julgar as apelações que restaram, naquela oportunidade, prejudicadas, bem como o pedido de liberdade provisória formulado às fls. 1.823/1.832 destes autos. Decretada extinta a punibilidade em relação ao réu FRANCISCO ALVES RODRIGUES, nos termos do art. 107, I, do CP, em razão do seu falecimento" (**Resp n. 222.653-RR**, 5ª Turma, rel. Min. **FELIX FISCHER**, j. 12.09.2000).

Contra tal acórdão insurgem-se os réus, alegando negativa de vigência ao disposto no artigo 5º, XXXVIII, alínea "d", da Constituição, enquanto matéria prequestionada explicitamente perante o Superior Tribunal de Justiça. É que essa norma constitucional reserva ao Tribunal do Júri, de forma soberana, competência para julgamento dos crimes dolosos contra a vida, dentre os quais, no entendimento dos recorrentes, contra o do Superior Tribunal de Justiça, estaria o crime de genocídio. Daí, requererem o conhecimento e o provimento deste recurso, para que se restabeleça o acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, o qual decretou a nulidade da sentença do juízo federal monocrático (fls.1944).

Contra-razões do recorrido (fls.1947/1953).

Recurso admitido na origem (fls.1966/1968).

A Procuradoria Geral da República, por seu Subprocurador-Geral, Dr. Wagner Natal Batista, opina pela admissão e não conhecimento (*sic*) do recurso, *verbis*:

> "Como se vê, diferentemente do homicídio, no qual o elemento subjetivo do agente é matar alguém, no genocídio o dolo é de exterminar, total ou parcialmente, fisicamente ou culturalmente determinado grupo. Não se inclui, por isso, o genocídio, dentre os crimes dolosos contra a vida, muito embora os bens jurídicos vida e integridade física e mental também são afetados por este crime.
>
> O bem jurídico tutelado no crime de genocídio não é somente a vida, mas principalmente a integridade de raça, da etnia, do grupo político ou religioso. Obviamente, também busca proteger a vida do indivíduo, mas sob o enfoque de sua vida enquanto integrante de determinado grupo integrante de determinado grupo (...).
>
> (...)

Cumpre lembrar que o genocídio erige-se em crime contra a humanidade na medida em que o Estado Democrático de Direito deve garantir a pluralidade e diversidade humanas, repudiando a intenção de extingüir, total ou parcialmente, etnia, raça, grupo religioso ou político (...)." (fls.1981-1982).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - (Relator):

1. Inconvincente o recurso.

"*Genocide is commonly understood as the intentional killing, destruction, or extermination of entire groups or members of a group*".[1] Essa figura criminosa, que teve origem no direito internacional, foi aí concebida como delito contra a humanidade,[2] como, aliás, lhe sugere a etimologia.

Relembra **CARLOS EDUARDO ADRIANO JAPIASSÚ** que "*essa categoria de delito surgiu com os processos de Nuremberg, embora o termo* ***crimes contra a humanidade*** *seja conhecido, desde a IV Convenção de Haia de 1907, referente às leis e aos costumes da guerra terrestre, por meio da chamada cláusula Martens*".[3]

O nome atual apareceu, em 1944, na obra de **LEMKIN** (*Axis Rule in Occupied Europe*), para denotar os crimes cometidos pelo Estado nazista contra o povo judeu,[4] mas só adquiriu significado independente em 1948, quando a Assembléia Geral da ONU adotou a Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio.

Pouco antes, em 1946, considerava-se que o genocídio era "*a recusa à existência de inteiros grupos humanos e, portanto um delito de direito*

---

[1] **CASSESE, Antonio**. *Genocide*. **In: CASESSE, A., GAETA, P., JONES, J. R. W. D.** *The Rome Statute of the International Criminal Court*. Oxford: Oxford University Press, 2002, v. I, p. 335.
[2] Cf. **CASSESE, Antonio.** *Idem, ibidem.*
[3] **JAPIASSÙ, Carlos Eduardo Adriano.** *O Tribunal Penal Internacional:* a internacionalização do direito penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 221.

dos povos, que contrasta com o espírito e os objetivos das Nações Unidas, delito que o mundo civilizado condena. Surgiu assim, a Resolução n. 96 (11.12.46), que é originária da 6ª Comissão da 1ª Assembléia Geral das Nações Unidas".[5]

O artigo 2º da Convenção assim definiu o genocídio:

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

O Estatuto de Roma,[6] que instituiu o Tribunal Penal Internacional, estabeleceu a competência dessa Corte para o julgamento – até agora – de quatro categorias de crimes: **a**) o crime de genocídio; **b**) os crimes contra a humanidade; **c**) os crimes de guerra; e **d**) o crime de agressão (art. 5º, I).

O artigo 6º do Estatuto define o crime de genocídio nos mesmos termos do artigo 2º da Convenção:[7]

> "Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por 'genocídio', qualquer um dos atos que a seguir se enumeram, praticado com intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, enquanto tal:
> **a**) homicídio de membros do grupo;
> **b**) ofensas graves à integridade física ou mental de membros do grupo;

---

[4] Cf. **CASSESE, Antonio**. *Genocide*..., cit., p. 335.
[5] **JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano.** *O Tribunal Penal Internacional*..., cit., p. 226.
[6] Promulgado pelo Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002.
[7] Conforme pondera **CASSESE**, "*article 6 reproduces word for word Article II of the Genocide Convention and the corresponding customary rule*" (*Genocide*..., cit., p. 347).

c) sujeição intencional do grupo a condições de vida com vista a provocar a sua destruição física, total ou parcial;
d) imposição de medidas destinadas a impedir nascimentos no seio do grupo;
e) transferência, à força, de crianças do grupo para outro grupo".

No Brasil, a Convenção foi ratificada pelo Decreto nº 30.822, de 1952.

No plano interno, o crime de genocídio está previsto em três dispositivos legais:

"a) na Lei 2.889/56. Aqui a definição legal se aproxima daquela contida na Convenção para a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio, de 1948, ratificada pelo Brasil em 1952 (...).
São também puníveis a associação para a prática de quaisquer desses crimes (art. 2°) e o incitamento à prática de tais crimes (art. 3°).
b) no art. 208 do CPM (Decreto 1.001/69), que prevê o crime de genocídio praticado por militar em tempo de paz. A descrição típica integra-se com a previsão do tipo penal de genocídio previsto na Lei 2.889/56.
(...)
c) nos arts. 401 e 402 do mesmo CPM, que prevêem, da mesma forma, o crime de genocídio praticado por militar em tempo de guerra".[8]

A Lei nº 2.889, de 1° de outubro de 1956, não fugiu aos tipos de genocídio descritos na Convenção:

"Art. 1° Quem, com a intenção de destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como tal:
a) matar membros do grupo;
b) causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo;
c) submeter intencionalmente o grupo a condições de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física total ou parcial;
d) adotar medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo;

[8] **AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel (Coords.).** *Persecução penal internacional na América Latina e Espanha*. São Paulo: IBCCRIM, 2003, p. 38-39.

e) efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo;

Será punido:

Com as penas do art. 121, § 2º, do Código Penal, no caso da letra a;

Com as penas do art. 129, § 2º, no caso da letra b;

Com as penas do art. 270, no caso da letra c;

Com as penas do art. 125, no caso da letra d;

Com as penas do art. 148, no caso da letra e".

Não se nega, no caso, ser a Justiça Federal competente para a causa. Não há dúvida ao propósito (cf. **HC nº 65.912**, Rel. Min. **CÉLIO BORJA**; **RE nº 179.485**, Rel. Min. **MARCO AURÉLIO**).

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

A respeito convém ouvir a doutrina.

JAPIASSÚ argumenta:

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

Heleno Cláudio Fragoso, por seu turno, sustenta que as ações que configuram o genocídio não se dirigem, a princípio, contra a vida do indivíduo, mas sim contra grupos de pessoas no todo. O bem jurídico protegido, pois, seria 'a vida em comum dos grupos de homens, na comunidade dos povos, em primeiro lugar'.

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

Em sentido semelhante, Carlos Canêdo faz menção à humanidade, além da vida e da integridade física.

De toda sorte, o entendimento majoritário é aquele que admite que se trata da defesa de um bem jurídico coletivo, aliás, um bem jurídico supra-individual, cujo titular não é a pessoa física, mas o grupo, entendido como uma coletividade".[9]

CARLOS CANÊDO, mencionado no texto, tomando a Constituição da República como ponto de partida e referência básica para a identificação do bem jurídico, sustenta que *"não é difícil perceber o crime de genocídio como antagônico à idéia de pluralidade e diversidade humanas, que, repita-se, devem ser garantidas por um Estado Democrático de Direito. Sem embargo, é claro, da óbvia constatação de que os bens jurídicos vida e integridade física e mental são também afetados por este crime".*[10]

HELENO CLÁUDIO FRAGOSO comunga desse entendimento, ao afirmar que se não está diante de crime contra a vida:

"Não nos parece feliz a introdução no CP de disposições sobre o genocídio, particularmente entre os crimes contra a vida. Nesse sentido, tivemos oportunidade de nos manifestar, em crítica ao anteprojeto, salientando que o que caracteriza o genocídio é, precisamente, a sua projeção no campo internacional e sua transcendência ao simples quadro do homicídio, como crime contra a pessoa. Entendíamos que a natureza desses delitos claramente desaconselhava que o novo CP deles se ocupasse, e sugeríamos que o art. 128 do anteprojeto fosse suprimido".[11]

E, adiante, remata:

"*Objetividade jurídica.* Todas as ações que configuram o crime de genocídio não se dirigem, em primeira linha, contra a vida do indivíduo, mas sim contra grupos de pessoas, na sua totalidade. Como bem jurídico tutelado surge, portanto, a vida em comum dos grupos de homens, na comunidade dos povos, em primeiro plano. Como diz MAURACH, § 48, II A, o bem jurídico tutelado no crime de genocídio reside em ideais

[9] **JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano.** *O Tribunal Penal Internacional...*, cit., p. 230.
[10] **CANÊDO, Carlos.** *O genocídio como crime internacional.* Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 186.
[11] **FRAGOSO, Heleno Cláudio.** Genocídio. *Revista de Direito Penal.* São Paulo, n. 9/10, p. 27-36, jan.-jun./73, p. 31.

humanitários: o entendimento de que todos os povos e grupos de pessoas, não obstante suas diferenças, têm pretensão ao reconhecimento de sua dignidade humana e existência".[12]

CELSO LAFER, analisando a obra de **HANNAH ARENDT**, pondera:

"O genocídio representa 'um ataque à diversidade humana como tal', isto é, 'as características de *status* humano, sem o qual as exatas expressões *gênero humano* ou *humanidade* ficariam sem sentido".[13]

A conduta incriminada pode recair sobre o corpo humano, lesando-o ou extinguindo a vida, mas, perante nosso direito positivo, não está aí o bem jurídico tutelado sob a figura criminosa, senão modalidades da prática do genocídio.

Ao lado de comportamentos que atingem o corpo humano (vida e integridade física), podem a liberdade de locomoção e a liberdade de livre disposição do corpo constituir objeto de conduta incriminada, o que está logo a predicar que não são esses os bens jurídicos protegidos, ao menos vistos na sua singularidade, mas, sim, conforme percebia com agudeza **HANNAH ARENDT** – a qual dizia que a exterminação física de seis milhões de judeus foi crime contra a humanidade perpetrado *no corpo do povo judeu*[14] –, a humanidade na sua diversidade. Ou seja, o que se tem é crime contra a *condição humana*, que a consciência e a ordem jurídica pretendem tutelar no plano doméstico e internacional:

---

[12] **FRAGOSO, Heleno Cláudio.** Genocídio..., cit., p. 32.
[13] **LAFER, Celso.** *A reconstrução dos direitos humanos*: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 180.
[14] **LAFER, Celso.** *A reconstrução dos direitos humanos...*, cit., p. 180.

> "Com efeito, a possibilidade e a intencionalidade de exterminar grupos étnicos, nacionais, religiosos ou racionais – o comportamento ilícito tipificado no art. 2° da Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio –, sejam eles judeus, poloneses, ciganos ou quaisquer outros – vale dizer, a aspiração de fazer desaparecer da face da terra um grupo, antes de ser um delito que fere os direitos das minorias é um crime contra a humanidade e a ordem internacional porque **visa eliminar a diversidade e a pluralidade que caracterizam o gênero humano**, que Kant pretende preservar falando do direito à hospitalidade universal e apontando que a violação dos direitos de uns alcança a todos."[15]

MARIA BARBERÁ FRAGUAS observa que *"el delito de genocidio no protege directamente bienes jurídicos individuales, aunque éstos se ven claramente protegidos de forma indirecta, sino un bien jurídico supraindividual o colectivo que se puede definir como la existencia o supervivencia de todos y cada uno de los grupos raciales, nacionales, religiosos o étnicos, entendidos éstos como unidad social"*.[16] Por discerni-lo do crime de homicídio, prossegue autora, é decisivo ter em mente uma distinção fundamental: no genocídio, o que se busca é *"negar la vida a un grupo"*, e, no homicídio, *"negar la vida a una pessoa"*.[17]

Reforça, no caso, tal inteligência, a própria estima constitucional das populações indígenas, ao considerá-las no conjunto de "*sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições*" (artigo 231, *caput*, da Constituição da República), sem falar da valorização da diversidade e pluralidade

---

[15] **LAFER, Celso**. *Idem*, p. 183.

[16] **BARBERÁ FRAGUAS, María.** Derecho Penal Internacional: el genocidio y otros crímenes internacionales. Autoría e participación: La responsabilidad del superior jerárquico, autoría inmediata. *Actualidad Penal*, Madrid, n. 11, p. 253-275, 11 al 17 de marzo de 2002, p. 257. Mostra a autora que tal postura é compartilhada ainda por **BELTRÁN BALLESTER**, **RODRÍGUEZ DEVESA** e **MUÑOZ CONDE**, dentre outros.

[17] **BARBERÁ FRAGUAS, María.** *Idem*, p. 258.

humanas que governa a República Federativa do Brasil nas relações internacionais (artigo 4º, III).

O objeto jurídico tutelado imediatamente pelo crime de genocídio há de ser, pois, a existência de um grupo nacional, étnico, racial ou religioso.[18] A lesão à vida, à integridade física, à liberdade de locomoção etc., são apenas **meios** de ataque ao bem jurídico tutelado, que, nos diversos tipos de ação genocida, se não confunde com os bens primários também lesados por essas ações instrumentais, como logo veremos.

ALICIA GIL GIL analisa a primeira sentença do Tribunal Supremo alemão (BGH) que condenou alguém por crime de genocídio praticado mediante homicídios, lesões corporais e constrangimento ilegal. A questão central desse caso respeitava às relações concursais entre delito contra bem jurídico coletivo (o genocídio) e delitos cometidos na execução do primeiro, contra bens jurídicos individuais personalíssimos.[19]

A sentença, datada de 30 de abril de 1999, reformou decisão anterior do Tribunal Superior do Estado de Düsseldorf, que havia condenado um sérvio-bósnio por onze delitos de genocídio, em concurso ideal (formal) com 30 assassinatos, 47 delitos de lesões e mais de 300 detenções ilegais.[20]

---

[18] Bem jurídico coletivo, segundo **ROXIN, DEVESA, GONZALES RUS, VARELLA FEIJOO** etc. (cf. **BARBERÁ FRAGUAS, María.** *Derecho Penal Internacional...*, cit., p. 259).

[19] **GIL GIL, Alicia.** Comentario a la primera sentencia del Tribunal Supremo Alemán condenando por el delito de genocidio (Sentencia del BGH de 30 de abril de 1999 – 3 StR 215/98 – OLG Düsseldorf): relaciones concursales entre un delito contra un bien jurídico colectivo – el genocidio – y los delitos contra bienes jurídicos individuales personalísimos cometidos en su ejecución. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid, n. 4, p. 771-798, 2ª. época, 1999.

[20] **GIL GIL, Alicia**. Comentario a la primera sentencia del Tribunal Supremo Alemán condenando por el delito de genocidio..., cit., p. 771.

O fio da meada residia, e reside, no "*establecimiento de las relaciones concursales existentes entre las distintas modalidades de comisión de un genocidio y entre esta figura y aquellas otras que protegen bienes jurídicos individuales pero que constituyen al mismo tiempo modalidades de comisión de un genocidio*". O resultado alcançado pelo Tribunal Supremo alemão conduziu à condenação do réu por um só delito de genocídio, em concurso ideal (formal) com trinta homicídios.[21]

Não é outra a questão posta no presente caso, onde se deve apurar qual o bem jurídico tutelado sob o crime de genocídio, porque se descubra e determine a competência para a causa, se do juízo singular ou do Tribunal do Júri. E, mais, admitindo-se haver concurso de crimes (lesão a bem jurídico individual + lesão a bem jurídico coletivo), quando o genocídio seja praticado por meio de homicídios, resta indagar se a competência para aqueloutro delito deve atribuída ao Tribunal do Júri, por conexão.

À resposta, começo por notar que a redação do tipo legal do genocídio, no ordenamento germânico, obedece ao modelo da Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, de 1948, e ao qual, como vimos, filiou-se a legislação brasileira. Daí, toda a pertinência de recurso crítico às idéias desenvolvidas pela autora no âmbito do direito penal alemão.

Pois bem, divisam-se, no tema, duas ordens de problemas:

a) Em primeiro lugar, é mister aferir desde logo se, dentro de u'a mesma modalidade, as condutas homogêneas constitutivas do crime de

[21] **GIL GIL, Alicia**. *Idem*, p. 772.

genocídio implicam a prática de um ou de vários delitos de genocídio em concurso real, isto é, *"si los asesinatos de dos miembros de un grupo constituyen uno o dos genocidios"*.[22] Em seguida, deve-se avaliar a relação existente entre as distintas modalidades de genocídio, para saber, *"por ejemplo, si el asesinato de un miembro del grupo y las lesiones infringidas a otro constituyen uno o dos delitos de genocidio"*.[23]

b) Em segundo lugar, cumpre enfrentar a problemática concernente à relação entre crime de genocídio e cada uma das figuras delituosas que, consideradas em si mesmas, substanciam crimes autônomos contra bens jurídicos individuais, mas que, animadas pelo elemento subjetivo exigido pelo tipo legal do genocídio, atuam, ao mesmo tempo, como modalidades comissivas do crime de genocídio.

A solução deste caso envolve as duas ordens de questões: (i) a de perquirir se as condutas homogêneas importam a prática de um ou de vários delitos de genocídio, e (ii) a da relação entre o crime de genocídio e cada um dos (doze) homicídios praticados pelos recorrentes.

Sob a luz do pensamento da professora espanhola, analiso-as em separado, não sem antes observar que a questão do concurso entre o crime de genocídio e os de homicídio, pelo que colhi ao exame dos precedentes, ainda não foi examinada nesta Casa. Nos autos do **HC nº 65.913** (Rel. Min. **CÉLIO BORJA**), conquanto estivesse em jogo a tipificação dos homicídios praticados

---

[22] **GIL GIL, Alicia**. Comentario a la primera sentencia del Tribunal Supremo Alemán condenando por el delito de genocidio..., cit., p. 773.

contra índios – ali, a acusação era de homicídio qualificado, lesões corporais, violação de domicílio e formação de bando ou quadrilha –, entendeu o Relator de não apreciá-la na via estreita do writ, relegando-lhe a apuração ao juízo da ação penal:

> "A tipificação da conduta dos pacientes, como crime de genocídio, demanda o exame aprofundado de provas que, a meu juízo, desborda dos estreitíssimos limites do *writ* impetrado. Penso que, somente no curso da ação penal, será possível deslindar questão tão delicada. Daí a cautelosa advertência do Ministro ASSIS TOLEDO, ao dizer que tal não sendo possível em *habeas corpus*, não pretendia, em seu voto, dar qualificação jurídica definitiva –, menos ainda, julgar os fatos denunciados" (fls. 210/211).

Quanto ao primeiro ponto, a solução adotada pelo Tribunal alemão foi que todos os atos cometidos em execução de um genocídio constituem um só crime, ou seja, "*una unidad de acción en sentido típico, pues así se desprende de la génesis, el fin de protección y la descripción típica del precepto*".[24] Esta posição veio, continua **GIL GIL**, da compreensão – aliás, por ela subscrita –, "*del delito de genocidio como protector exclusivamente del bien jurídico '**existencia de un grupo nacional, racial, étnico o religioso', siendo el individuo únicamente el 'objeto del hecho', y quedando, por tanto, fuera de su fin de protección los bienes jurídicos individuales, cuya lesión deberá ser considerada mediante el concurso de delitos**'*".[25]

---

[23] **GIL GIL, Alicia**. Comentario a la primera sentencia del Tribunal Supremo Alemán condenando por el delito de genocidio..., cit., p. 773.
[24] **GIL GIL, Alicia**. *Idem, ibidem*.
[25] **GIL GIL, Alicia**. Comentario a la primera sentencia del Tribunal Supremo Alemán condenando por el delito de genocidio..., cit., p. 774. Grifei.

Donde, todas as distintas ações previstas – "*matar*", "*causar lesão grave*", "*submeter o grupo a condições capazes de causar sua destruição total ou parcial*", "*adotar medidas para impedir nascimentos*", "*efetuar transferência forçada de crianças*" – não representarem tipos independentes, senão modalidades diversas de comissão do crime de genocídio.

Indaga-se aqui: nas modalidades que se consumam mediante ataque singular contra um membro do grupo, estará, em caso de repetição contra outros membros, configurada pluralidade de delitos ou uma unidade típica?

Como vimos, a resposta do Tribunal alemão foi de caracterização da unidade, consoante, aliás, propunha a doutrina.[26] A autora é da mesma opinião e aduz: "*el propio tipo del genocidio al utilizar conceptos globales (muertes, lesiones, traslados...) permite la inclusión de la repetición de actos homogéneos en una sola realización del tipo pudiendo hablarse, como bien afirma el BGH, de una 'unidad de acción típica', siguiendo la terminología tradicional, o 'unidad típica en sentido estricto', el la terminología más moderna*".[27]

Como não poderia deixar de ser, dada a já vista identidade da matriz normativa,[28] nosso ordenamento estruturou os tipos penais, definindo-lhes as condutas com igual alcance, mediante uso de termos coletivos, como, p. ex., "*membros*", "*grupo*", "*nascimentos*", "*crianças*".

---

[26] Cf. **GIL GIL, Alicia**. *Idem*, p. 774-775.
[27] **GIL GIL, Alicia**. *Idem*, p. 775.
[28] A Convenção de 1948.

E conclui a professora espanhola, a meu ver de forma irretorquível: "*la realización de varias muertes de miembros del grupo con la intención de destruir ese grupo constituirá un único delito de genocidio en la modalidad de muerte, y lo mismo sucederá con las demás modalidades*".[29] Tem-se coisa idêntica, quando haja prática de outras modalidades típicas de genocídio – como homicídio e transferência forçada de crianças, ou homicídio e lesões corporais –, casos em que se dá um único crime de genocídio.

Apesar da cominação diferenciada de penas – que se repete no sistema espanhol,[30] não, porém, no alemão –, a hipótese é de tipo misto alternativo, no qual cada uma das modalidades, incluídos seus resultados materiais, só significa distinto grau no desvalor da ação criminosa: "*dado que en todas las modalidades de genocidio se recogen las formas más graves de atentar contra la existencia del grupo y que en principio se consideran capaces de producir su destrucción, parece que habrá que concluir que su tipificación no se debe a que cada una de ellas aporte un injusto específico que no puede ser recogido por la aplicación de una sola, sino que, por el contrario, son todas formas distintas de ataque al mismo bien jurídico*".[31]

Tal conclusão parece-me irrespondível, porque "*el hecho de haber calificado la repetición de acciones homogéneas como unidad delictiva viene a abonar de manera indiscutible esta tesis, pues carecería de sentido afirmar que el que comete una muerte con intención realiza dos delitos de*

---

[29] **GIL GIL, Alicia**. Comentario a la primera sentencia del Tribunal Supremo Alemán condenando por el delito de genocidio..., cit., p. 776.
[30] **GIL GIL, Alicia**. *Idem*, p. 777 e 778, nota 28.

genocidio, mientras que el que comete dos muertes con la misma intención ha realizado un sólo delito de genocidio".[32]

Uma só aplicação do tipo penal, nesses casos, realiza todo o juízo de desvalor nele representado, em curial correspondência com sua estrutura típica: crime decomponível em vários atos, em que a intenção de destruir o grupo compreende a intenção de praticar os atos individuais que levam à destruição perseguida.

Entende-se, pois, haja o tribunal alemão proclamado hipótese típica de crime que se comete mediante repetição de atos e, em cujos limites, um ataque se soma a outro ou outros como mera *progressão no mesmo ataque ao bem jurídico.* Essa qualificação jurídica afina com *"la idea de que a progresión en el ataque a un mismo bien jurídico constituye una unidad delictiva, y en segundo lugar con la Idea de que en los delitos de varios actos la realización de los mismos constituye también una unidad típica en sentido estricto incluso cuando el segundo o posteriores actos aparecieran únicamente como elementos subjetivos de lo injusto*",[33] demonstrativos, no caso do genocídio, da "*intenção de destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso*" (art. 1º, *caput*, da Lei nº 2.889/56).

Aplicadas tais noções à espécie, tenho que a solução dada pelas instâncias inferiores não é de censurar. Os diversos ataques (homicídios) reputam-se uma unidade delitiva, e por um só crime de genocídio foram os

---

[31] **GIL GIL, Alicia.** Comentario a la primera sentencia del Tribunal Supremo Alemán condenando por el delito de genocidio..., op. cit., p. 779.
[32] *Idem, ibidem.*

recorrentes condenados, com base na pena atribuída à forma de ataque mais grave, ou seja, a prevista na primeira parte da cominação, equivalente à pena prevista para o artigo 121, § 2º, do Código Penal.[34] Além disso, creio haver demonstrado de forma satisfatória que o genocídio não é crime doloso contra a vida, o que constitui razão a mais da competência do juízo monocrático.

Mas a questão recursal não se esgota no reconhecimento da prática do genocídio: há, por aquilatar, a concorrência dos doze homicídios perpetrados pelos recorrentes na execução do delito de genocídio.

Observe-se que, entre nós, a pena para quem pratica as diversas modalidades de execução do crime de genocídio, mediante repetições homogêneas ou não, será sempre uma só, conforme a remissão da lei às penas previstas no Código Penal. Poderia ter sido outra a opção normativa. Mas a adotada o foi por considerá-las todas **um só ataque** ao bem jurídico coletivo – "*existência de um grupo nacional, racial, étnico ou religioso*" –, cuja maior ou menor gravidade reflete-se na maior ou menor gravidade da modalidade cometida (artigo 1º, letras "a" a "e"). Os crimes praticados em concurso contra os bens jurídicos personalíssimos (vida, integridade física, liberdade etc.), esses remanescem como tais, sem absorção pelo crime de genocídio.

A forma de cominação da pena em nossa lei é, aliás, a prova mesma de que o genocídio corporifica crime autônomo contra bem jurídico coletivo, diverso dos ataques individuais que compõem modalidades de sua

---

[33] **GIL GIL, Alicia**. Comentario a la primera sentencia del Tribunal Supremo Alemán condenando por el delito de genocidio..., op. cit., p. 780.
[34] Homicídio qualificado, pena de reclusão de 12 a 30 anos.

execução. Ou seja, o desvalor do crime de genocídio **não** absorve nem dilui o desvalor dos crimes contra bens jurídicos individuais ofendidos na prática dos atos próprios de cada modalidade de sua execução. Fosse outra a conclusão, à prática do crime mais grave corresponderia – como ocorreu no caso – pena mais branda!

E este caso bem o ilustra. Os recorrentes foram condenados à pena-base de 15 (quinze) anos de reclusão, aumentada por força de duas agravantes (art. 61, II, "c" e 62, I, do CP) e definida no total de 19 (dezenove) anos e 6 (seis) meses de reclusão (fls.1203-1207), no que tange ao genocídio. Se, por hipótese, tivessem os réus cometido homicídios contra doze pessoas, sem especial intenção de destruir grupo indígena, a sanção seria muito mais severa!

Está a ver-se que, a despeito de aparente contradição, é da concepção típica do delito e da própria lógica normativa admitir-se que a figura criminosa do genocídio não tende a proteger a vida, a integridade física etc., como se poderia supor e se supõe com freqüência, pois que a ofensa singular a tais bens jurídicos não integra o juízo normativo de *desvalor* inerente ao crime de genocídio, como se colhe e prova à sanção penal a este cominada.

Deve afastada, aqui, toda idéia de conflito aparente de normas.

Segundo **JUAREZ CIRINO DOS SANTOS**, as soluções cogitadas para tal conflito fundam-se no seguinte raciocínio: "*o conteúdo de injusto de um tipo legal compreende o conteúdo de injusto de outro tipo legal e, assim, o tipo legal primário exclui o tipo legal secundário, que não contribui para*

o injusto típico, nem para a aplicação da pena".[35] É daí que se extraem as regras da *especialidade*, *subsidiariedade*, *consunção* e *antefato e pós-fato co-punidos*.

Segundo o critério da *especialidade*, o tipo especial contém todos os elementos do tipo geral e mais algum especial e, assim, exclui o tipo geral por "*uma relação lógica de continente e conteúdo: o tipo especial contém o tipo geral, mas o tipo geral não contém o tipo especial* (*lex specialis derogat legi generali*)".[36]

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

Sob a diretriz da *subsidiariedade*, resolve-se o conflito por *inferência*. Assim, o tipo subsidiário somente será aplicado quando não o for o tipo principal, "*porque diferentes normas penais protegem iguais bens jurídicos em diferentes estágios de agressão (lex primaria derogat legi subsidiariae)*".[37] Conforme põem em relevo **GIOVANNI FIANDACA** e **ENZO MUSCO**, só há subsidiariedade diante de tipos dispostos à proteção do mesmo bem jurídico: "*il* princípio di sussidiarietà *intercorrerebbe tra norme che prevedono* stadi *o* gradi diversi di offesa di un medesimo bene*; in modo tale che l'offesa maggiore*

---

[35] **SANTOS, Juarez Cirino dos.** *A moderna teoria do fato punível*. 2ª. ed.. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002, p. 345.
[36] **SANTOS, Juarez Cirino dos.** *Idem*, p. 346.

assorbe la minore e, di conseguenza, l'applicabilità dell'una norma è subordinata alla non applicazione *dell'altra*".[38]

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

Considere-se, por fim, o da *consunção*,[39] segundo o qual o tipo consuntivo repele aplicação do tipo consunto: *"o conteúdo de injusto do primeiro tipo consome o conteúdo de injusto do segundo, porque o tipo consumido constitui meio regular (não, porém, necessário) de realização do tipo consumidor (lex consumens derogat legi consumptae)".*[40]

Nesses casos, "*um tipo descarta outro porque consome ou exaure o seu conteúdo proibitivo*", ou seja, "*quando um resultado eventual já está abarcado pelo desvalor que da conduta faz outro tipo legal*".[41]

A *consunção*, ou *absorção*, atende a uma *relação de valor*.

> "Il principale **criterio** non logico, ma ***di valore*** utilizzato per risolvere i casi di conflitto apparente tra norme non risolubili alla stregua del rapporto di specialità, è quello dell' *assorbimento* o – come anche si dice – della *consunzione*: esso è invocabile per escludere il concorso di reati in tutte le ipotesi nelle quali la realizzazione di un reato comporta, secondo l'*id quod pelumque accidit*, la commissione di un secondo reato, il quale perciò finisce, ad una valutazione normativo-sociale, con l'apparire assorbito dal primo.
> **Questo rapporto di implicazione o compresenza tra più reati,** suffragato dall'esperienza, **non può sfuggire allo stesso legislatore, il**

---

[37] **Santos, Juarez Cirino dos.** *A moderna teoria do fato...*, cit., p. 347.
[38] **FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo.** *Diritto penale*: *parte generale*. Terza edizione, Bologna: Zanichelli, 1995, p. 619.
[39] Como aponta **JUAREZ CIRINO DOS SANTOS**, "a literatura contemporânea oscila entre posições de *aceitação* reticente e de *rejeição* absoluta do critério da *consunção*" (*A moderna teoria do fato punível...*, cit., p. 349). No mesmo sentido, **TOLEDO, Francisco de Assis**. *Princípios básicos de direito penal*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 52.
[40] **SANTOS, Juarez Cirino dos.** *A moderna teoria do fato...*, cit., p. 348.
[41] **ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique**. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. 5ª ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 697.

> **quale, nel prevedere il trattamento per il reato più grave, fissa una sanzione adeguata a coprire anche il disvalore del reato meno grave che normalmente vi si accompagna.**
>
> Caratteristiche essenziali del principio dell'assorbimento, pertanto, sono le seguenti: 1) esso non poggia su di un rapporto logico tra norme, ma su di un **rapporto di valore**, in base al quale **l'aprezzamento negativo del** fatto concreto appare tutto già compreso nella norma che prevede il reato più grave, con la conseguenza che la contemporanea applicazione della norma che prevede il reato meno grave condurrebbe ad un ingiusto moltiplicarsi di sanzioni; 2) esso richiede non la *identità naturalistica* (come il principio di specialità), bensì la unitarietà *normativo-sociale* del fatto" .[42]

Não há, portanto, como dar por consunção dos homicídios pelo crime de genocídio, já que, em nosso ordenamento, a cominação da sanção penal logo revela que o *desvalor do homicídio não está absorvido pelo desvalor da conduta do crime de genocídio*, como suponho ter demonstrado. Insisto: quem matar doze membros de um grupo, com a intenção de destruí-lo no todo ou em parte, receberá uma só pena, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos, pela prática do genocídio, sem prejuízo da pena relativa a cada um dos ataques aos bens jurídicos personalíssimos. Absurdo palpável seria aplicar a quem mate diversos membros de um grupo, com a particular intenção de o destruir, a pena de um só homicídio, posto que qualificado, no lugar de tantas quantas sejam devidas por todos os homicídios.

Tampouco parece fora de propósito raciocinar por confronto com o caso do crime de latrocínio, em que o desvalor do tipo qualificado consome o conteúdo proibitivo do crime de homicídio, como se lhe tira à descrição do Código Penal:

> "Art. 157. (...)

---

[42] **FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo**. *Diritto penale...*, cit., p. 620. Grifos nossos.

> § 3º. Se da violência resulta lesão corporal grave, a pena é de reclusão, de 7 (sete) a 15 (quinze) anos, além da multa; se resulta morte, a reclusão é de 20 (vinte) a 30 (trinta) anos, sem prejuízo da multa".

O latrocínio é exemplo de crime complexo, em que se dá **unificação legal**, sob a forma de um único crime, de duas ou mais figuras criminosas, "*i cui elementi costitutivi sono tutti compresi nella figura criminosa risultante dall'unificazione*".[43] Ou seja, é daqueles crimes "*em cuja composição normativa entram dois ilícitos penais autônomos, seja como elementos constitutivos do tipo, seja um como tipo básico e outro como circunstância agravante*".[44]

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

Esta mesma questão foi ventilada pelo tribunal alemão, que repeliu a hipótese de "*delito massivo consuntivo*", segundo a qual "*el delito en cada una de las modalidades es capaz de consumir todo el desvalor de todos los*

---

[43] **FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo.** *Idem*, p. 624.

delitos recogidos en todos los subtipos compuestos",[45] daí decorrendo unidade do crime de genocídio, que absorveria todos e cada um dos diferentes delitos que lhe compõem as várias modalidades de prática. Tal solução foi rechaçada diante da "*unanimidad doctrinal y la propia jurisprudencia del BGH sobre la imposibilidad de apreciar unidad delictiva en caso de ataques a bienes jurídicos personalísimos pertenecientes a titulares diferentes*".[46] A doutrina sustenta deveras, conforme observou **ALICIA GIL GIL**, que não se pode enxergar unidade de ação delituosa contra bens eminentemente pessoais (vida, integridade pessoal, liberdade individual, honra ou liberdade sexual) de diversos sujeitos passivos.

O disposto no parágrafo único do artigo 71 do nosso Código Penal entra, aliás, na linhagem dessa postura dogmática, ao reservar tratamento mais gravoso à continuidade delitiva, quando se trate de crimes dolosos contra *vítimas diferentes*:

> "Parágrafo único. Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do 75 deste Código".

ALÍCIA GIL GIL entende que, *"cuando un sujeto atenta contra varios individuos cometiendo lesiones de bienes jurídicos individuales como la*

---

[44] **ANDREUCCI, Ricardo Antunes**. Apontamentos sobre o crime complexo. *Estudos e pareceres de Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 40.
[45] **GIL GIL, Alicia**. Comentario a la primera sentencia del Tribunal Supremo Alemán condenando por el delito de genocidio..., cit., p. 787.
[46] **GIL GIL, Alicia**. *Idem, ibidem*.

vida, la integridad corporal, la libertad sexual, etc. y además lo hace con la intención de destruir el grupo al que dichos individuos pertenecen, está cometiendo un genocidio, delito para el que todas esas conductas suponen únicamente una progresión en el ataque al mismo bien jurídico y quedan integradas en una unidad delictiva, y comete al mismo tiempo los respectivos delitos de homicidio o asesinato, lesiones, agresiones sexuales, etc.".[47] Estes últimos delitos encontram-se numa relação de concurso formal com o crime de genocídio, *"pues la acción de dar muerte es una parte de la acción de cometer genocidio, pero entre si, como también reconoce el BGH, esos delitos contra bienes jurídicos personalísimos son absolutamente independientes"*,[48] donde se deveria afirmar que há concurso real – *"ya que la acción de matar a un sujeto A es distinta e independiente de la acción de lesionar a otro sujeto B"* – entre os crimes de homicídio em concurso formal com o crime de genocídio.[49]

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

Não foi esta, porém, a solução adotada pelo BGH, que aplicou a "*teoria do efeito braçadeira*" entre os delitos em concurso. Essa teoria foi desenvolvida na Alemanha diante da questão da relação entre crime permanente e outros crimes, cada um dos quais cometido em unidade de ação com a

---

[47] **GIL GIL, Alicia**. Comentario a la primera sentencia del Tribunal Supremo Alemán condenando por el delito de genocidio..., cit., p. 791.
[48] **GIL GIL, Alicia**. *Idem, ibidem*.

daquele, mas sendo todos independentes entre si. Segundo a teoria, "*dos o más delitos, pese a no hallarse entre si en relación de unidad alguna – en concurso real, por tanto –, cuando coincidan cada uno de ellos por separado con una parte de una tercera y la misma unidad de acción con un mismo delito A, entonces han de considerarse todos en unidad de acción, debiendo apreciarse un concurso ideal de delitos entre A, B e C*".[50]

Em nosso caso, todavia, a solução parece-me deva ser diferente. Entre os diversos crimes de homicídio, creio existir continuidade delitiva, pois presentes, ao menos aí, os requisitos da identidade de crimes, bem como de condições de tempo, lugar e maneira de execução, e cuja pena há de atender ao disposto no artigo 71, parágrafo único, do Código Penal. E, entre tal crime continuado e o de genocídio, dá-se concurso formal, submisso à regra do artigo 70, *caput*, segunda parte, já que, no contexto dessa relação, cada homicídio e o genocídio resultam de desígnios autônomos.

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

---

[49] **GIL GIL, Alicia**. Comentario a la primera sentencia del Tribunal Supremo Alemán condenando por el delito de genocidio..., cit., p. 798.
[50] **GIL GIL, Alicia**. Comentario a la primera sentencia del Tribunal Supremo Alemán condenando por el delito de genocidio..., cit., p. 792.

Mas os recorrentes não foram condenados pelos crimes de homicídio, senão apenas pelo de genocídio. E o recurso é exclusivo da defesa, vedada, pois, *reformatio in pejus*. Assim, resta-me tão-só negar-lhe provimento, já que, como visto, o delito de genocídio não é crime doloso contra a vida, mas contra a existência de grupo nacional, étnico, racial ou religioso.

2. Isto posto, **nego provimento** ao recurso.

Ministro **CEZAR PELUSO**
Relator

À revisão de aparte do Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator).

V O T O

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - É curioso, essa parte final não tem a ver com o caso.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (RELATOR) - A meu ver, eles deveriam ter sido processados também por homicídio, mas não foram. Só foram condenados por genocídio, e o recurso é apenas da defesa.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Sobre essa questão obviamente o Tribunal manifestar-se-á em outra oportunidade.

Acompanho o eminente Relator.

03/08/2006 TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 351.487-3 RORAIMA

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Senhora Presidente, na apreciação do Recurso Extraordinário nº 179.485-2/AM, não se discutiu se a competência para o julgamento do crime de genocídio é do juiz singular ou do Tribunal do Júri, mesmo com características federais.

A Turma simplesmente concluiu pela incidência do artigo 109, inciso IX, da Carta da República, assentando a competência da Justiça Federal.

Na espécie, restou configurado o tipo previsto na Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956. E, conforme salientado em memorial, talvez - e ainda bem, porque não há repetição de casos - seja a primeira condenação a partir dessa lei.

O Supremo, relativamente a crime complexo, tem jurisprudência pacificada, presente o Verbete nº 603. Proclamou que, em se tratando de latrocínio, prevalece o elemento subjetivo, sobressai o objeto buscado pelo agente: a subtração de bem. A competência é do juízo singular.

Aqui - não há a menor dúvida, isso ficou devidamente configurado, é a verdade formal - tem-se crime contra grupo humano. Então, surge a problemática ressaltada pelo relator e, de início, não veria um efeito prático, considerado o recurso dos agentes, já que, presente a continuidade delitiva e a prevalecer a conclusão

sobre o homicídio, incidiria o § 1º do artigo 71 do Código Penal, com possibilidade de a pena ser majorada até o triplo.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – Sim, mas o que o recorrente pretende é responder apenas pelo genocídio, mas perante o Tribunal do Júri.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (RELATOR)– Exatamente.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Sim, mas não temos a possibilidade de enquadramento no Código Penal, considerada a figura do homicídio. Muito embora o núcleo do tipo seja a morte, a disciplina é a da Lei nº 2.889/56.

Não quero me comprometer com a possibilidade de sobreposição; com a possibilidade de, tendo em conta esse núcleo, vir o agente a responder não só pelo crime específico – a solução da controvérsia é pela especialidade – como também pelo crime de homicídio.

Acompanho integralmente o relator no voto proferido, desprovendo o recurso.

03/08/2006 TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 351.487-3 RORAIMA

À revisão de aparte do Sr. Ministro Carlos Britto.

V O T O

O **SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE** - Senhora Presidente, acompanho o eminente Relator, que proferiu um voto antológico.

Também eu não amadureci bastante para, pela simples leitura desse voto magnífico, comprometer-me com a tese da autonomia do genocídio em relação aos crimes comuns, incluídos aqueles contra a vida, em que se tenha materializado. Embora me impressione muito o argumento do eminente Relator de que, a não ser assim, o genocídio seria um grande negócio, se se afirma que, seja qual for a figura típica do concurso de normas, a absorção dos homicídios pelo genocídio. Não, abstraído o genocídio teríamos um crime continuado com violência à pessoa - doze homicídios -, o que autorizaria a aplicação da pena de três homicídios, pelo menos, conforme o parágrafo único do artigo 71 do Código.

Mas me reservo a uma reflexão maior, até porque o **ne reformatio in pejus** impediria de dar conseqüências práticas a essa postura.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - O Ministro Cezar Peluso autonomizou as figuras do genocídio e do homicídio. Ficou bem claro isso!

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Sim, mas sem conseqüências, porque o recurso é só da defesa. O que os réus querem é responder apenas pelo genocídio - pelo qual foram condenados pelo juiz singular - perante o Tribunal do Júri. É isso que se está negando, nada mais que isso.

STF - 102.002

03/08/2006 TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 351.487-3 RORAIMA

V O T O

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Senhora Presidente, vou subscrever, também, as ressalvas dos votos dos eminentes Ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes e Sepúlveda Pertence.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Em xeque está a opção político-legislativa. Imaginemos, no caso, doze ou treze mortes e, aí, mesmo que, no Tribunal do Júri, o juiz presidente ficasse aquém dos vinte anos para não ensejar um novo Júri, ter-se-ia a incidência da majoração maior, que é até o triplo da pena aplicada. Foi o que ressaltou o relator: passa a ser favorável ao acusado a prática do genocídio, considerado o núcleo "morte". É interessante!

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Apenas para pensar em conjunto: com essa separação entre os dois tipos, o genocídio passaria a se caracterizar como a mais grave violação dos direitos humanos.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Com a separação. Se o genocídio absorve os homicídios, é mais favorável do que a incriminação de homicídios qualificados, ainda que em continuidade

delitiva, quando o parágrafo único do artigo 71 do Código permitiria a aplicação até o triplo da pena-base.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Geralmente, no campo federal, o sentenciante tem mão pesada. Aqui, dentro de um balizamento de doze a trinta, ele ficou em dezenove.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 351.487-3
PROCED.: RORAIMA
RELATOR : MIN. CEZAR PELUSO
RECTE.: JOÃO PEREIRA DE MORIAS OU JOÃO PEREIRA DE MORAIS
RECTE.: JUVENAL SILVA
RECTE.: ELIÉSIO MONTEIRO NERI OU ELIÉZIO MONTEIRO NERI
RECTE.: PEDRO EMILIANO GARCIA
ADVDOS.: PEDRO LUIZ DE ASSIS E OUTROS
ADV.: EDIR RIBEIRO DA COSTA
RECTE.: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
RECDOS.: OS MESMOS
ASSIST.: FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI
ADV.: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
ASSIST.: DAVI KOPENAWA YANOMAMI
ADVDOS.: ARISTIDES JUNQUEIRA ALVARENGA E OUTROS

Decisão: A Turma decidiu afetar ao Tribunal Pleno o julgamento do presente recurso extraordinário. Unânime. Presidiu o julgamento o Ministro Marco Aurélio. Não participaram deste julgamento os Ministros Sepúlveda Pertence e Eros Grau. 1ª Turma, 20.09.2005.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator. Votou a Presidente, Ministra Ellen Gracie. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello. Plenário, 03.08.2006.

Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Presentes à sessão os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia.

Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza.

Luiz Tomimatsu
p) Secretário