

# A INJÚRIA RACIAL PODE SER CONSIDERADA CRIME DE RACISMO?<sup>1\*</sup>

*Aline Silva Rios<sup>2\*\*</sup>*

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

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.

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 Santos<sup>3</sup> 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”<sup>4</sup>, 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”<sup>5</sup>, 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”<sup>6</sup>, 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”<sup>7</sup>. Para ela, o preconceito vigente no Brasil tem caráter não-oficial e, por conta disso, o racismo foi sendo reposto em nossa sociedade, tanto pela 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

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/deMeloLopesSantosElaine.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.

a existência do racismo, a exemplo da Lei Afonso Arinos<sup>8</sup>, 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 Schwarcz<sup>9</sup>, 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 Silveira<sup>10</sup> 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 Arendt<sup>11</sup> 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 Dworkin<sup>12</sup> 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 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

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.

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”<sup>13</sup>, 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”<sup>14</sup>, 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 Santoro<sup>15</sup> 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.

Distinguir a Injúria Racial do Crime de Racismo ainda é algo difícil para algumas pessoas, e isso fica evidente principalmente quando casos em que

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.

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”<sup>16</sup>. Já para Cristiano Santos<sup>17</sup> 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”<sup>18</sup>.

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”<sup>19</sup>, 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”<sup>20</sup>. 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”<sup>21</sup>. Acerca da injúria racial, Cezar Roberto Bitencourt diz que “deve estar presente 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”<sup>22</sup>.

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

17 SANTOS, Cristiano 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.

22 Ibidem, p. 350.

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”<sup>23</sup>. Para ele “a simples referência aos dados discriminatórios contidos no dispositivo legal é insuficiente para caracterizar o crime de racismo”<sup>24</sup>.

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 Siqueira<sup>25</sup>, haverá crime contra a honra quando houver uma expressão de desconsideração em relação a uma pessoa. É 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.

Acerca da Calúnia, o artigo 138<sup>26</sup> do Código Penal diz que caluniar alguém é imputar-lhe falsamente algum fato definido como crime. E segundo

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.

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.

Damásio de Jesus<sup>27</sup>, Felipe Novaes e Antonio Santoro<sup>28</sup>, 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 139<sup>29</sup> do Código Penal preceitua que difamar alguém é imputar-lhe fato ofensivo à sua reputação. Felipe Novaes e Antonio Santoro<sup>30</sup>, bem como Damásio de Jesus<sup>31</sup> 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 140<sup>32</sup> do Código Penal dispõe que injuriar alguém é ofender-lhe a dignidade ou o decoro. O momento consumativo desse crime segundo Damásio de Jesus<sup>33</sup>, Felipe Novaes e Antonio Santoro<sup>34</sup> ocorre “quando o fato chega ao conhecimento do ofendido”<sup>35</sup>.

Cezar Roberto Bitencourt<sup>36</sup> ainda subdivide o crime de Injúria em: Injúria Real, que para ele protege dois bens jurídicos distintos, que seriam a honra

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 vias 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.

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.

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”<sup>37</sup>, o que torna a pena maior.

No que diz respeito às afinidades entre a calúnia e a difamação, para Damásio de Jesus<sup>38</sup> 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 ele<sup>39</sup>, 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 Jesus<sup>40</sup>, 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 vítima<sup>41</sup>.

### criação do crime de injúria racial

O artigo 140 do Código Penal, que trata do delito de Injúria, com o advento da Lei nº 9.459<sup>42</sup>, 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.

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.

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”.

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”<sup>43</sup>.

O Estatuto do Idoso<sup>44</sup> “acrescentou a hipótese de injúria consistente na ofensa em razão da condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência”<sup>45</sup> 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”<sup>46</sup>.

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”<sup>47</sup>. Pois, para ele, essa foi uma postura 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!”<sup>48</sup>.

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”<sup>49</sup>. Mas reconhece que esse problema fora solucionado, pois, “o legislador brasileiro, alterando

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.

48 Idem.

49 Idem.

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)<sup>50</sup>.

## 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”<sup>51</sup>. 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”<sup>52</sup> 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”<sup>53</sup>.

Luiz Flávio Gomes e Antonio García-Pablos de Molina<sup>54</sup>, 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 requisitos<sup>55</sup>: 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

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.

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

ainda diz que “inexistindo um deles não há conflito aparente de normas”<sup>56</sup>.

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”<sup>57</sup>. 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”<sup>58</sup>, logo, para eles, só vai incidir o subsidiário quando não estiver presente o principal.

Damáσιο de Jesus aduz que “há relação de primariedade e subsidiariedade entre normas quando descrevem graus de violação do mesmo bem jurídico”<sup>59</sup> 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 Bitencourt<sup>60</sup> 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 Jesus<sup>61</sup>, quando há um conflito entre uma norma mais

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.

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.

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”<sup>62</sup> 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”<sup>63</sup>.

### 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”<sup>64</sup>. Para ele, “há consunção quando o fato previsto em determinada norma é compreendido em outra, mais abrangente, aplicando-se somente esta”<sup>65</sup>. Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini<sup>66</sup> 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 Prado<sup>67</sup> também converge com os doutrinadores acima acerca do princípio da consunção fazer com que o conteúdo da norma de menor

---

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.

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 daquele, 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.

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*”<sup>68</sup>, tese esta, também defendida por Damásio de Jesus<sup>69</sup>. 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”<sup>70</sup>. 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”<sup>71</sup>.

Luiz Flávio Gomes e Damásio de Jesus também demonstram estar em conformidade com os doutrinadores acima. Luiz Flávio Gomes<sup>72</sup> tem como regra geral que “o fato de maior entidade consome ou absorve o de menor graduação (*lex consumens derogat lex consumptae*)”<sup>73</sup> e que “o crime-fim absorve o crime-meio”<sup>74</sup>. Damásio de Jesus<sup>75</sup> 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.

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.

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.

Rogério Greco<sup>76</sup>, 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”<sup>77</sup>, ele diz que a primeira conduta vai ser consumida pela segunda, e que em decorrência da absorção, o antefato torna-se um “indiferente penal”<sup>78</sup>. 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)”<sup>79</sup> 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 exaurimento do crime consumado, que, no entanto, também estão previstos como crimes autônomos”<sup>80</sup>.

Ele ainda afirma que o crime-fim vai absorver o crime-meio, se este, estiver “na linha de desdobramento da afetação do bem jurídico”<sup>81</sup>, 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 estelionato<sup>82</sup> e da falsidade de documento<sup>83</sup>, e dispõe que “quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido”. Porém, quando o autor do furto

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.

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.

vender a coisa furtada à terceiro de boa-fé, “não constitui mero incremento da ofensa precedente porque agora há uma nova vítima”<sup>84</sup>, 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”<sup>85</sup>.

Damásio de Jesus<sup>86</sup> 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”<sup>87</sup>, 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”<sup>88</sup>, 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 tipo do crime “é resultado de condutas que se realizam através da passagem de uma figura criminal menos grave para outra de maior gravidade”<sup>89</sup>.

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”<sup>90</sup>. 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”<sup>91</sup> e a progressão criminosa, “uma pluralidade de fatos cometidos de forma continuada”<sup>92</sup>. Além disso, segundo Damásio de Jesus<sup>93</sup>, 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.

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.

89 Idem.

90 Ibidem, p. 157.

91 Ibidem, p. 158.

92 Ibidem, p. 158.

93 Ibidem, p. 158.

## Princípio da Alternatividade

Alguns autores, tais como Luiz Flávio Gomes e Antonio García-Pablos Molina<sup>94</sup>, 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”<sup>95</sup>. 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”<sup>96</sup>.

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 Molina<sup>97</sup> 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”<sup>98</sup>. 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”<sup>99</sup>.

De acordo com Luiz Flávio Gomes e Antonio García-Pablos Molina<sup>100</sup> 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

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.

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.

único ou não), realiza condutas correspondentes a vários verbos, comete um só crime, não vários”<sup>101</sup>. 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”<sup>102</sup>.

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.

### Princípio da Especialidade

Segundo Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini “o princípio da especialidade consiste na derrogação da lei geral pela especial”<sup>103</sup>, desta forma, “a adequação ao tipo especial afasta a possibilidade de aplicação do tipo geral”<sup>104</sup>. 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*)”<sup>105</sup>. Luiz Flávio Gomes também afirma que “pelo princípio da especialidade a lei especial derroga a lei geral”<sup>106</sup>, para ele, e para Cezar Roberto Bitencourt<sup>107</sup>, 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)”<sup>108</sup>, ou seja, quando contiver as elementares específicas.

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.

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.

Luiz Regis Prado<sup>109</sup>, explanando sobre o assunto aduz que, “a lei especial derroga, para o caso concreto, a lei geral”<sup>110</sup>, 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 Jesus<sup>111</sup> 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 subjetiva, denominados *especializantes*, apresentando, por isso, um *minus* ou um *plus* de severidade”<sup>112</sup>. 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”<sup>113</sup>. O *plus* e o *minus* a que se referem os doutrinadores citados, Luiz Régis Prado<sup>114</sup> 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 Penal<sup>115</sup>, 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”<sup>116</sup>. Damásio de Jesus

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.

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 Regis. **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.

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”<sup>117</sup>.

Damásio de Jesus informa que tanto a disposição geral, quanto a especial “podem estar contidas na mesma lei ou em leis distintas”<sup>118</sup> e que elas “podem ter sido postas em vigor ao mesmo tempo ou em ocasiões diversas”<sup>119</sup>. 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”<sup>120</sup>. 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 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 fato”<sup>121</sup>.

Por fim, Cezar Roberto Bitencourt<sup>122</sup> 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 conflito”<sup>123</sup>. Para Luiz Regis Prado “é oportuno observar ainda que os critérios de subsidiariedade e de consunção são de aplicação secundária ou complementar ao de especialidade”<sup>124</sup>.

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

118 Idem.

119 Idem.

120 Idem.

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.

## A Injúria Racial pode ser considerada Crime de Racismo?

Luiz Flávio Gomes<sup>125</sup> e Damásio de Jesus<sup>126</sup> 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 menor”<sup>127</sup>, 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 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 honra<sup>128</sup>.

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.

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.

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”<sup>129</sup>, para ele “por vezes, a ofensa moral é mais sentida e eficiente do que qualquer objetivo, voltado ao separacionismo”<sup>130</sup>. 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 tipos penais similares, tal como se fez no tocante à injúria qualificada (art. 140, § 3º, CP)<sup>131</sup>.

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”<sup>132</sup>, o que para ele é algo desnecessário, pois, “bastaria subsumir ao tipo do art. 140, § 3º, considerando-o manifestação racista”<sup>133</sup>.

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

---

129        Idem.

130        Idem.

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.

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”<sup>134</sup>.

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”<sup>135</sup>.

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,

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.

pois, neste caso, estaria presente a injúria qualificada<sup>136</sup>. 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”<sup>137</sup>. 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 ser subsumidos ao art. 20 da Lei 7.716/89”<sup>138</sup>. 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.

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.

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

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)<sup>139</sup>.

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 TJSP<sup>140</sup>, o RSE 01083928.3/5-0000-000 do TJSP<sup>141</sup>, a Apelação nº 70018104547<sup>142</sup> do TJRS, e a Apelação nº 1.0479.04.070957-4/001 do TJMG<sup>143</sup>, 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

---

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 Câm. de Direito Criminal, rel. Francisco Bruno, j. 07.01.2010, v.u.  
 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.

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.)<sup>144</sup>.

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 TJRJ<sup>145</sup>, do HC 990.10.068753-0 do TJSP<sup>146</sup>, da Apelação nº 990.10.154240-4 do TJSP<sup>147</sup>, da Apelação nº 70025336546 do TJRS<sup>148</sup> e da Apelação nº 70017531229 do TJRS<sup>149</sup>.

Ainda acerca do tema, no HC 82424<sup>150</sup>; 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,

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, inexistia decadência do direito de queixa no caso. TJRJ, RSE 0194043-51.2008.8.19.0001, 8ª Câm. Crim., rel. Ângelo Moreira Glióche, 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. 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.

especificamente, que se trate de uma raça”<sup>151</sup>, 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”<sup>152</sup>.

Em pesquisa realizada por Guilherme de Souza Nucci<sup>153</sup>, 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)”<sup>154</sup>, 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”<sup>155</sup>.

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

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.

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

ARENDET, 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 Câ. 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 Câ. Crim., Relator: Ângelo Moreira Gliocche, j. 05.08.2009, v.u.

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Ap. Crim. Nº 70018104547, 8ª Câ. 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 Câ. 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 Câ. 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.