

ADRIANA CRISTINA DE MORAIS

**ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA: LEI Nº. 12.850/2013, ARTIGO Nº. 288 E
Nº. 288-A DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO.**

Brasília – DF

Julho/2017

ADRIANA CRISTINA DE MORAIS

**ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA: LEI Nº. 12.850/2013, ARTIGO Nº. 288 E
Nº. 288-A DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO.**

Trabalho apresentado como requisito à
obtenção da aprovação na disciplina de
Metodologia da Pesquisa Jurídica no âmbito
da Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito
Penal e Processo Penal da Escola de Direito
de Brasília – EDB/IDP.

Orientador: Professor Bruno Ribeiro

Brasília – DF

Julho/2017

ADRIANA CRISTINA DE MORAIS

**ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA, OS ART. Nº. 288 E ART. Nº. 288A DO
CÓDIGO PENAL BRASILEIRO E A LEI DE Nº. 12.850/2013.**

Trabalho apresentado como requisito à
obtenção da aprovação na disciplina de
Metodologia da Pesquisa Jurídica no âmbito
da Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito
Penal e Processo Penal do Instituto
Brasiliense de Direito Público – IDP.

Brasília, 31 de Julho de 2017.

Professor Bruno Ribeiro

Orientador

Banca Examinadora

Banca Examinadora

*"Se você conhece o inimigo e
conhecer a si mesmo, não
precisa temer o resultado de
cem batalhas".*

Sun Tzu- Arte da Guerra

RESUMO

O presente trabalho trata das considerações históricas acerca do tipo penal quadrilha ou bando que agora em seu texto atual passa a se chamada pela nomenclatura de Associação Criminosa. Com o passar dos anos os países mais desenvolvidos como Itália, França, Portugal, Espanha e Alemanha, dentre outros, foram se aperfeiçoando e dando definições sobre o conceito de agrupamentos de pessoas e o Brasil, meados do século XX não havia uma definição e nem uma triplicação para as pessoas que se reuniam ou se agrupavam com a finalidade de cometer infrações penais, ou seja, o Brasil não tinha um conceito sobre Organização Criminosa. As ordenações Afonsinas e Manuelinas serviram de base para que o Brasil elaborasse o primeiro Código Penal independente em 1830, oficializado pela lei de 16 de dezembro de 1830. Só em 1940 o Código Penal viria a ser ampliado na parte Geral com 361 (trezentos e sessenta e um) artigos entrando em vigor em 1 de janeiro de 1942. No art. nº. 288 do Código Penal Brasileiro foi tipificada a conduta e acrescentada a nomenclatura de a quadrilha ou bando, vendo a necessidade de ampliar a redação e também a nomenclatura. Em 5 de agosto de 2013 foi criada e editada uma nova Lei nº. 12.850/13 que possibilitou tais alterações, entrando em vigor em 19 de Setembro de 2013, passando no art. nº. 288 do Código penal a se chamar Associação Criminosa revogando assim a nomenclatura Quadrilha ou Bando.

Palavras chave: Associação Criminosa. Código Penal Brasileiro. Lei nº. 12.850/2013.

ABSTRACT

The present work deals with historical considerations about the criminal type gang or gang that now in its current text is called by the nomenclature of Criminal Association. Over the years, the most developed countries such as Italy, France, Portugal, Spain and Germany, among others, were improving and giving definitions about the concept of groupings of people and Brazil, in the middle of the twentieth century there was no definition and no A tripling for people who gathered or grouped together for the purpose of committing criminal offenses, that is, Brazil did not have a concept about Criminal Organization. The Afonsinas and Manueline ordinations served as the basis for Brazil's elaboration of the first independent Criminal Code in 1830, made official by the law of December 16, 1830. It was not until 1940 that the Penal Code was extended in the General section with 361 (three hundred and sixty and one) Articles coming into force on January 1, 1942. In article 288 of the Brazilian Penal Code was characterized the conduct and added the nomenclature of the gang or gang, seeing the need to extend the writing and also the nomenclature. On August 5, 2013, a new Law 12.850/13 that made possible these changes, coming into force on September 19, 2013, passing in article 288 of the Penal Code to be called Criminal Association thus revoking the nomenclature Quadrilha or Bando.

Keywords: Criminal Association. Brazilian Penal Code. Law 12.850/2013.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
1 CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS ACERCA DA NOMENCLATURA QUADRILHA OU BANDO	10
1.1 PARTE HISTÓRICA.....	10
1.2 BEM JURÍDICO.....	19
1.3 SUJEITO DO CRIME	19
1.4 ELEMENTOS OBJETIVO E SUBJETIVO DO TIPO.....	21
1.5 ELEMENTO SUBJETIVO.....	22
1.6 CONSUMAÇÃO, TENTATIVA E DOLO	22
1.7 DA FORMA MAJORADA E MINORIRANTE DA PENA.....	25
1.8 DA AÇÃO PENAL	27
2 ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA E A LEGISLAÇÃO ESPECIAL	30
2.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES	30
2.2 CONCEITO	30
2.2.1 Mudanças no Art. 288 do Código Penal	31
2.2.2 Algumas considerações acerca da ação praticada pela organização criminosa:	32
2.2.3 Problematização conceituais no texto da lei anterior de nº 9.034/95	32
2.2.4 Conceito de Organização Criminosa, Segundo a Conversão de Palermo	36
2.2.5 Conceito de Organização Criminosa, da Lei de nº. 12.694 de 24 de Julho de 2012.	38
2.2.6 Conceito de Organização Criminosa da Lei nº. 12.850, de 2 de agosto. ...	39
2.3 TIPO PENAL DA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA.....	41
2.3.1 Algumas considerações acerca do capítulo II da Lei nº. 12.850/2013.	43
2.3.2 Da colaboração Premiada Lei de nº. 12.850, de 2 de Agosto de 2013.	44
2.3.3 Da colaboração do delator.	47
2.3.4 Da redução de pena.	47
2.3.5 Eficácia da colaboração.....	47

2.4 LEI DE SEGURANÇA NACIONAL	47
2.5 PRISÃO TEMPORARIA	48
2.6 CONCURSOS DE CRIMES	48
2.7 DA FORMAÇÃO DA MILÍCIA PRIVADA	49
2.7.1 Classificação doutrinária.....	55
2.7.2 Sujeito ativo ou passivo da milícia privada.	55
2.7.3 Objeto material e o bem jurídico protegido.	55
2.3.4 Diferença entre organização criminosa e constituição de milícia privada	55
CONCLUSÃO	58
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	60

INTRODUÇÃO

A Organização Criminosa sofreu modificações que ocorreram no art. nº. 288 do Código Penal Brasileiro com o surgimento da nova Lei nº 12.850/2013 e juntamente com a modificação trazida por essa nova lei em relação ao "*Nomem Iuris do Delicto*" que até então era conhecida como "Quadrilha ou Bando". Com essa inovação passou a ser chamada de "Associação Criminosa" por entendimento do legislador da complexidade dessa estrutura organizada, sua organização requer elaboração, planejamento e estratégia entre outros meios a serem organizados para ser iniciado e dá andamento a prática do ilícito definido como crime.

Além da alteração e modificação do nome da conduta criminosa do tipo penal, ou seja, o crime, passou da denominação de Quadrilha ou bando para Associação Criminosa que antes era necessário para qualificar a conduta penal, a participação de no mínimo 4 pessoas como a modificação da nova Lei nº 12.850/2013, passou a ser considerado a participação de no mínimo 3 pessoas, podemos dizer que, houve uma redução quanto a quantidade dos agentes, a modificação também ocorreu de forma majorada do crime no parágrafo único, abordando que a pena será aumentada se a associação criminosa estiver armada, e incluída na nova redação da referida lei a figura da participação de crianças e adolescentes.

Essa nova redação do art. nº. 288 no que diz respeito ao aumento da pena, se tornou mais benéfica, pois, antes da modificação trazida da nova Lei nº 12.850/2013 o art. nº. 288 do CP aplicava em dobro a pena, e agora essa aplicabilidade não comporta tal aplicação, cabendo somente o aumento até a metade da sanção.

As ordenações Afonsinas e Manuelinas serviram de base para que o Brasil elaborasse o primeiro Código Penal independente em 1830, oficializado pela lei de 16 de dezembro de 1830. Só em 1940 o Código Penal viria a ser ampliado na parte Geral com 361 (trezentos e sessenta e um) artigos entrando em vigor em 1 de janeiro de 1942.

No art. nº. 288 do Código Penal Brasileiro foi tipificada a conduta e acrescentada a nomenclatura de a quadrilha ou bando, vendo a necessidade de ampliar a redação e também a nomenclatura. Em 5 de agosto de 2013 foi criada e

editada uma nova Lei nº. 12.850/13 que possibilitou tais alterações, entrando em vigor em 19 de Setembro de 2013, passando no art. nº. 288 do Código penal a se chamar Associação Criminosa revogando assim a nomenclatura Quadrilha ou Bando.

1. CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS ACERCA DA NOMENCLATURA QUADRILHA OU BANDO

1.1 PARTE HISTÓRICA

No descobrimento do Brasil em 22 de Abril de 1500, a legislação atual vigente era a de Portugal, tendo pouca influência das ordenações Afonsinas e Ordenações Manuelinas, com relatos de que não houve influência, pois tais ordenações não haviam ainda elaborado nenhum exemplar até o ano de 1587. O primeiro Código Penal do Brasil independente foi o Código Penal de 1830 oficializado pela lei de 16 de dezembro de 1830, sancionado por Dom Pedro I após ser aprovado e decretado pela Assembleia Geral que previu que crime e delito seria toda a ação ou omissão voluntária contrária às leis penais.

Segundo o ilustre doutrinador Cleber Masson, foram as Ordenações tanto a Manuelina quanto a Afonsina que serviram de base e influenciaram o surgimento e a elaboração do Direito Penal Brasileiro:

1) Ordenações Afonsinas: Promulgadas em 1446, por D. Afonso V, vigoraram até 1514, e apresentaram conteúdo do Direito Romano de Justiniano e do Direito Canônico. Tinha como traços marcantes a crueldade das penas, a inexistência de princípios sagrados como a da legalidade e o da ampla defesa, predominando a arbitrariedade dos juizes, quando da fixação d a pena. A prisão tinha caráter preventivo. Mantinha –se o delinquente preso para evitar sua fuga até ser julgado, ou para obriga- lo ao pagamento de pena pecuniária.

2) Ordenações Manuelinas: Editados em 1514, por Dom. Manuel, o Venturoso. Pouco se diferenciava das Ordenações Afonsinas, em que penas também eram crudelíssimas. Correspondiam ainda á fase da vingança pública. Como território pátrio existiam as denominadas citânias hereditárias, o Direito era aplicado pelos respectivos donatários.

3) As ordenações Afonsinas foram consideradas o primeiro código completo d Europa Destaque-se: "Portugal foi o primeiro país da Europa a possuir um Código completo dispondo sobre quase todas as matérias da administração de um Estado: as Ordenações Afonsinas. O código Afonsino é por si só, u, acontecimento notável na legislação dos Povos Cristãos. Foi um incontestável progresso, e revela os adiantamentos que Portugal tinha em Jurisprudência".¹

¹ https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=13994. Acesso em 03 de julho de 2017.

As ordenações Afonsinas ficaram vigentes no Brasil por mais de 200 anos, até o Código de 1830 quando foi revogado, no que diz respeito à parte criminal. As Ordenações Filipinas, sancionadas em 1603 em razão da medida tomada pelo Rei Felipe II, as quais possuíam as mesmas características das ordenações anteriores, penas cruéis e desproporcionais e da arbitrariedade dos julgadores e inexistência do princípio da legalidade e da ampla defesa, tais como outros princípios que não eram consagrados na época dessas ordenações e não tinham em contexto. Trazia em sua redação o comportamento de pessoas, que se reuniam ou se agrupavam com a intenção de cometer o mal ou causar dano a outrem, esse conceito, perdurou até meados do ano de 1830.²

Os Códigos Penais do Império de 1830 e o Código Penal da República de 1890, já adotavam e seu ordenamento jurídico aquilo que subtendiam com a denominação do Crime de Quadrilha ou Bando.

Segundo o texto do Código de 1830, trata-se do policial (contravenção) de ajuntamento ilícito, previsto no Código Penal no Império de 1830 no capítulo quarto.

No artigo 285 do Código Penal de 1830: Considerava-se ajuntamento ilícito a reunião de três ou mais pessoas com a intenção de se ajudarem mutuamente para, dentre outros fins, cometerem algum delito. A pena de multa só era imposta quando se praticasse algum dos atos declarados no artigo 285, ou seja, para que existisse o crime de ajuntamento ilícito era necessário que o grupo cometesse algum crime.

O artigo 288 previa que aquele que se retirasse do ajuntamento ilícito antes do cometimento de algum ato de violência não incorreria em pena alguma.³

Das legislações comparadas de países como a Argentina, Itália, França, Portugal, Alemanha e Espanha, podemos citar algumas breves ponderações.

Na a estrutura da elaboração futura de um projeto de um Código Penal de 1891, a Argentina baseou-se no Código Penal Italiano de 1889, que já mencionava em seu texto a nomenclatura de Crime de Associação Ilícita.

Com a criação do Código Argentino em 1921, passou a ser caracterizado o Crime de Associação Criminosa, a formação de três ou mais pessoas, com objetivo

2 https://pt.wikipedia.org/wiki/C%C3%B3digo_Penal_brasileiro_de_1940. Acesso em 25 de julho de 2017.

3 https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=13994. Acesso em 03 de julho de 2017.

de cometer crimes. Já em 1937 houve um acréscimo no aumento das penas ao Chefe ou Promotor, ou se a associação Criminosa for armada ou se existir a participação de menores de 16 anos. O crime de associação ilícita está inserido no título oitavo do Código Penal vigente da Argentina, que trata dos crimes a Ordem Pública.

O art. nº. 210 do Código Penal diz que:

A pessoa que participar de uma Associação Criminosa ou Bando Formado com três ou mais pessoas para cometer crimes poderá ser punido com pena de reclusão de três a dez anos. Os organizadores ou chefes da Associação Criminosa, a pena de no mínimo cinco 5 anos de prisão.⁴

O Código Penal Italiano, conhecido pela nomenclatura Zanardelli de 1889, descreve em seu ordenamento jurídico que é Associação de 5 cinco ou mais pessoas, quando há finalidade de cometer crimes contra a Administração Pública, a incolumidade Pública, a Fé Pública, os Bons Costumes ou a Ordem da Família, as pessoas ou a propriedade.

A referida legislação Italiana, teve alterações na tipificação do Crime de Associação reduzindo o número de participantes para três 3 ou mais pessoas associadas, com a finalidade de cometer crimes. A legislação Italiana segue os mesmos moldes da legislação Argentina tratando a pena mais severa e rigorosa aos que exercem os cargos de Chefes ou Organizadores da Associação Criminosa.

O Código Penal Francês de 1810 em seu art. nº. 265, trazia em sua redação que era crime contra a Paz Pública, toda associação, independente do número de pessoas envolvidas e de tempo que elas duram organizadas, com o fim de preparar ou cometer crimes contra pessoa ou propriedade.

Com o surgimento de um nova Lei em 1981, os franceses passaram a punir as pessoas com penas de cinco 5 a dez 10 anos, que tenha participação de uma associação ou formação de uma associação criminosa. O Código Penal da França é de 1992, vigente até os dias de hoje, mantendo e variando a pena de acordo com o tipo de crimes praticados.

⁴ https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=13994. Acesso em 03 de julho de 2017.

O Código Penal de Portugal em seu art. nº. 299, nos crimes contra a Paz Pública, prevê a conduta criminosa de quem promove ou fundar grupo organizado ou associação com a finalidade dirigida de cometer crimes, tendo a pena de prisão de 5 anos. As pessoas que participarem ou até mesmo apoiem, fornecendo materiais para a prática do crime ou qualquer tipo de auxílio para a concretização da associação criminosa, também são consideradas por chefiarem ou conduzir a organização, podendo ser condenadas com pena de 2 dois a 8 anos.

O Código Penal Alemão, em seu contexto jurídico, descreve em seu art. nº. 129:

Será punido com pena privativa de liberdade quem fundar uma associação que tenha a finalidade a prática de crimes, podendo pegar até 5 cinco anos de cadeia ou pena de multa.

Quem participar da associação como membro, também responde do mesmo jeito de quem fundou a associação criminosa.⁵

Em se tratando de organização criminosa, o ordenamento jurídico Alemão tem como punição os crimes na sua forma tentada, ou seja, qualquer tentativa que ensejar uma associação criminosa.

Em se tratando do Código Penal Espanhol, o art. nº. 515 tipifica tais condutas de associação criminosa como:

Condutas puníveis a associação ilícitas que tem como finalidade a prática de algum crime, ou até mesmo, depois de constituídas, promovam sua comissão.

Consideram-se associações ilícitas os bandos armados, os grupos terroristas, organizações de caráter paramilitar entre outros.

As mediadas adotadas na aplicação das penas são de acordo com a função que cada individuo ocupa na associação criminosa.

Os fundadores, diretores e presidentes a pena é de 2 dois anos de prisão, e para os membros ativos são de 1 um a 3 três anos de prisão.⁶

A associação Criminosa é uma atividade que trazia preocupações aos governantes, outrossim, esses entendiam que o agrupamento de pessoas para as

⁵ https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=13994. Acesso em 03 de julho de 2017.

⁶ Idem.

-práticas criminosas tornavam suas condutas habilidades mais estruturadas e perigosas, podendo através de ataques políticos colocar em risco seus governos e a soberania nacional. A Associação Criminosa não tinha tipificação penal em nenhum ordenamento jurídico, tampouco em códigos penais.

Em 1810 o Código Penal Francês previu e transcreveu tal conduta como uma atividade ilícita tipificando em seu art. nº. 265. Com essa inovação outros países seguiram o modelo do Código Penal Francês, e começaram a descrever e adotar em seus Códigos Penais a tipificação da associação criminosa.

Na década de 40, no século XX, o Brasil ainda não tinha tipificado nenhum crime de associações criminosas. Preocupados com tais condutas, entrou em vigor a nomenclatura de Quadrilha ou Bando no Código Penal atual Brasileiro, como já foi mencionado no texto anterior, não havia nenhuma tipificação para tal conduta.

Essa preocupação em inserir Quadrilha ou Bando no Código Penal veio com a ideia de tentar conter tais atividades criminosas.

O conceito de "Quadrilha ou Bando" dado pela antiga redação do art. nº. 288 do Código Penal denominava o crime de associação de pessoas para as práticas ilícitas de Quadrilha ou Bando. Segundo o artigo, associa-se mais de três pessoas em quadrilha ou bando para fim de cometer crimes, com pena de reclusão de 1 um a 3 três anos.

O crime de Quadrilha ou Bando tinha como o bem jurídico tutelado a paz e a Segurança Pública.

No que diz respeito ao sujeito do crime, a quadrilha ou bando eram classificados como crimes de concurso necessário ou plurissubjetivo, exigindo no máximo 4 quatro pessoas para configurar a tipificação de tal conduta criminosa, sendo mesmo assim considerado um crime comum e gerais, tendo como sujeito ativo qualquer indivíduo. Já o que tange o sujeito passivo esse poderá ser tanto uma coletividade quanto uma sociedade.

O tipo objetivo do crime de quadrilha ou bando é uma associação estável e permanente, armada (forma majoritária) ou não (forma simples) com mais de 3 três pessoas, e no mínimo 4 quatro pessoas para o fim de cometerem ou praticarem crimes ou seja mais de 1 um crimes.

Segundo o entendimento da conduta criminosa, dado pelo ilustre Luiz Regis Prado, diz que:

O núcleo do tipo é associar-se, que significar unir-se, ajuntar-se, reunir-se. É necessária a reunião de mais de três pessoas, caracterizando a quadrilha ou bando, ou seja, exigem-se, no mínimo quatro pessoas. Entende-se por quadrilha ou bando a "reunião estável ou permanente (que não significa perpétua), para o fim de perpetração de uma indeterminada série de crimes" (HUNGRIA, N. Comentários ao Código Penal. V. IX, p. 177). A associação tem como objetivo a prática de crimes excluídos as contravenções penais ou atos imorais. Mesmo que na associação haja inimputáveis, que sobre algum de seus membros recaia uma causa pessoal de exclusão de pena ou que nem todos os componentes sejam identificados, o delito se caracteriza (ROSSO, G. Ordine pubblico. Novissimo Digesto Italiano, v. XII, p. 160). Deve a associação apresentar estabilidade ou permanência, características relevantes para a sua configuração. Em razão da natureza dos delitos culposos e preterdolosos, também estes não podem ser escopo da quadrilha ou bando. A associação delitiva não precisa estar formalizada: é suficiente a associação fática ou rudimentar. (PRADO, 2010)

Importante salientar que no crime de quadrilha ou bando não pode faltar o vínculo de associação, ou seja, a efetiva comunicação de associação entre seus participantes, justamente com a estabilidade e permanência. A ausência deste vínculo associativo poderá configurar concursos de pessoas de acordo com o art. nº. 29 do Código Penal.

No crime de quadrilha ou bando a Associação Criminosa não precisa estar formalizada, só o simples fato de cogitação de existir uma organização social rudimentar, já pode ser caracterizado como crime de quadrilha ou bando.

Para o Ilustre Doutrinador Cleber Masson:

Em síntese, para a caracterização da associação estável e permanente inerente aos crimes de quadrilha ou de bando é prescindível a existência de uma organização detalhadamente definida, com hierarquia entre seus membros e repartição prévia de funções entre cada um dele. (MASSON, 2010)

O doutrinador salienta sobre a associação criminosa que:

Não é preciso, no entanto, que essa associação se forme pelo ajuste pessoal e direito dos sociados. Basta que o sujeito esteja consciente em formar parte de uma associação cuja existência e finalidades lhe sejam conhecidas. Não é preciso, em consequência, o ajuste pessoal, nem o conhecimento, nem a

reunião em comum, nem a unidade de lugar. Os acordos podem ser alcançados por meio de emissários ou correspondências. (MASSON, 2010)

O crime de quadrilha ou bando deve sempre estar associado a mais de 3 três pessoas para a prática de crimes, e não com intuito de prática de cometer contraversões penais.

Em se tratando do tipo objetivo do crime de quadrilha ou bando, podemos classificar como dolo genérico, ou a vontade consciente e livre de querer associar-se com outras pessoas com intuito de cometer crimes.

Segundo alguns doutrinadores o crime de quadrilha é como um delito de perigo abstrato. Considerando que, o crime abstrato é aquele onde não se faz necessário que a quadrilha ou bando tenha cometido qualquer delito para a sua caracterização. Só o fato de se associarem já é o suficiente dando ensejo à Associação criminosa.

No entendimento dos ilustres Fragoso e Nelson Hungria:

O crime de quadrilha ou bando é um crime de perigo concreto. Fragoso vai nos dizer que para que não existir nenhuma dúvida de que se trata de delito de quadrilha ou bando, alerta que não adianta apenas o acordo de vontades, enquanto se expressa por palavras ou mesmo por reuniões. É necessário que a associação se traduza por atos e organizações do bando, motivo pelo qual, na prática, não é fácil demonstrar a existência da quadrilha antes de seu efetivo funcionamento.⁷

O art. nº. 14 do Código Penal diz que o momento da consumação do crime, bem como a fase da tentativa:

Art. 14. Diz-se o crime:

I – consumado, quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal;

II – tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.

Paragrafo único. Sendo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços.⁸

⁷ https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=13994. Acesso em 03 de julho de 2017.

⁸ Idem.

Na consumação é necessário que todos os elementos do crime estejam reunidos para a sua definição legal, sobre a tentativa, ao ser iniciada a conduta criminosa não se consuma por circunstancia alheia a sua vontade.

Segundo o doutrinador Rogério Sanches Cunha a respeito da consumação, no crime de quadrilha ou bando, esta consumação se concretizava quando três ou mais pessoas se associam para praticar alguns crimes, independente se o crime venha a ser efetivamente praticado.

O crime de quadrilha ou bando se consuma, em relação aos fundadores, no momento em que aperfeiçoada a convergência de vontades entre mais de três pessoas, e, quanto 'aqueles que venham posteriormente a integrar-se ao bando já formado, na adesão de cada qual, independe da prática de algum crime pelos integrantes.

Felipe Caldeira, diserta sobre o ponto de vista decisão do STF:

O STF reiterou a sua jurisprudência, e considerou o crime de quadrilha ou [bando] um crime formal, de forma que se consuma no momento em que se concretiza a convergência de vontades dos fundadores, sendo irrelevante a prática ou não dos crimes.⁹

Constitui-se consumação do crime de quadrilha ou bando, e é considerado crime permanente, tendo a consumação prolongada no tempo, enquanto houver a existência de pessoas envolvidas na associação.

Em se tratando de crime permanente, podemos citar três consequências: quando a qualquer tempo pode ocorrer a prisão em flagrante; quando a prescrição da pretensão punitiva se inicia na data da cessão da permanência; e se o crime for cometido no território de duas ou mais cidades, a competência será firmada a critério da prevenção.

Se um dos integrantes da associação criminosa, quadrilha ou bando vier a abandonar o agrupamento ilícito, não se faz com que o crime venha a ser desqualificado ou excluído, pois, neste sentido o crime já fora consumado, no momento da execução.

⁹ https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=13994. Acesso em 03 de julho de 2017.

O doutrinador Cleber Masson salienta sobre o momento da consumação em seu posicionamento:

Imaginemos uma quadrilha já constituída e composta por quatro membros, o número mínimo legalmente exigido para a caracterização do crime definido no art. 288 do Código Penal. Se um deles retirar-se do agrupamento ilícito, estará excluído do delito? A resposta é negativa, pois o crime já havia consumado no momento da efetiva associação, razão pela qual não se pode falar em desistência voluntária ou arrependimento eficaz (CP, art. 15). No entanto, a partir da retirada de um dos integrantes, rompendo-se o mínimo de pessoas exigido para a configuração da quadrilha ou bando, estará afastado o crime contra a paz pública. Aplica-se igual raciocínio na hipótese em que a quadrilha ou bando é composta por quatro membros, e um deles é absolvido pelo fato de ter sido comprovado que ele não fazia parte da associação ilícita. (MASSON, 2014. p. 977)

A tentativa no crime de quadrilha ou bando é punida mesmo não tendo chegado ao resultado final, só o fato de existir a tentativa é o suficiente para configurar o delito, o legislador por sua vez pune os atos preparatórios, sem a necessidade de resultado.

O crime de quadrilha ou bando prevê a forma majorada, dando a possibilidade de a pena ser dobrada quando o crime for praticado de forma armada.

Sobre esse assunto o ilustre doutrinador Damasio de Jesus se posiciona:

Nos termos do parágrafo único do art. 288 do CP, a pena cominada ao tipo simples aplica-se em dobro no caso de quadrilha ou bando armado. A razão da causa de aumento de pena é a maior temibilidade e periculosidade dos seus componentes. A arma pode ser própria (aquela concebida para o fim específico de ataque ou defesa, como o revólver) ou imprópria (objetivo concebido para outros fins que não a defesa ou o ataque, mas que podem servir para tanto, dada a sua idoneidade ofensiva, como a faca etc.). Pouco importa se a arma é portada ostensivamente ou não. (JESUS, 2007)

Não há necessidade que os integrantes estejam todos armados, basta apenas que um integrante da quadrilha ou bando esteja armado, portando uma arma, para ocorrer a aplicação em dobro da pena. O necessário nesse contexto é que os integrantes mostrem maior periculosidade com o emprego da arma.

Em se tratando das associações, podemos dizer que ela se configura em uma ação Penal Pública e Incondicionada.

1.2 BEM JURÍDICO

O novo crime exposto no art. nº. 288 do Código Penal tem também como bem jurídico tutelado a Paz Pública Tal denominação foi utilizada pelo legislador em uma concepção subjetiva, ou seja, como o sentimento coletivo de paz assegurada. Assim, não cabe ao Poder Público somente a garantia da incolumidade da ordem pública objetivamente considerada, entendida como estado de pacífica vida coletiva. Neste crime, a lei penal incrimina condutas que aparentemente representariam meros atos preparatórios de outros tipos penais, contentando-se com a simples ameaça a direitos alheios.

Segundo os doutrinadores Magalhães Noronha e Damasio de Jesus sobre o bem jurídico tutelado:

Esses crimes autênticos atos preparatórios e a razão de puni-los está ou no relevo que o legislador dá ao bem ameaçado ou porque sua frequência está a indicar a necessidade da repressão, em qualquer caso, em nome da paz social.

O interesse ou bem que o ordenamento penal protege. É o bem jurídico, que se constitui em tudo o que é capaz de satisfazer as necessidades do homem, como a vida, a integridade física, a honra, o patrimônio etc. (JESUS, 2012. p. 221)

No crime de Associação Criminosa o bem jurídico tutelado é a paz pública. O ilustre doutrinador Rogério Greco sobre o conceito de Paz Pública, ressalta que: "A necessária sensação da tranquilidade, de segurança, de paz, de confiança que a nossa sociedade deve ter em relação à continuidade normal da ordem jurídico-social".

1.3 SUJEITO DO CRIME

Em se tratando de crime comum a Associação Criminosa onde o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, este crime não exige uma determinada especificação de pessoas para cometê-lo. Sendo considerado um crime de concurso necessário, em duas modalidades: plurilaterais ou plurissubjetivo. O crime plurissubjetivo são aqueles crimes onde o tipo penal, para a caracterização do delito, exige a participação de mais de um indivíduo. Conhecido também como crimes de condutas paralelas, uma vez

que os diferentes participantes, de maneira mútua, auxiliam com o intuito de produzirem o mesmo resultado, qual seja a união estável e permanente para o cometimento do crime,

Diferente do crime de quadrilha ou bando, o tipo penal exige no mínimo 3 três pessoas para a configuração do crime. Também são incluídos no número legal os inimputáveis, os menores de dezoito anos e os doentes mentais. Sendo assim, se o autor se associar-se com três menores ou três doentes mentais, com intuito de cometer crime, estará respondendo pelas sanções do artigo 288 do Código Penal.

Posicionamento do Superior Tribunal de Justiça em relação ao número legal dos agentes que serão computados mesmo sem a sua identificação:

Consoante jurisprudência desta Corte, para aracterização do crime quadrilha ou bando não é imprescindível que todos os coautores sejam identificados, bastando elementos que demonstrem a estabilidade da associação para a prática de crime.¹⁰

O não conhecimento dos demais integrantes da associação criminosa não alterará a tipificação dada pelo art., 288 do Código Penal, segundo decisão do Superior Tribunal Federal.

No crime de quadrilha ou bando pouco importa que seus componentes não se conheçam reciprocamente, que haja um chefe ou líder, que todos participem de cada ação delituosa ou que cada um desempenhe uma tarefa específica, bastando que o fim almejado seja o cometimento de crimes pelo grupo.¹¹

Se no caso de uns dos agentes alcançarem a extinção da sua punibilidade, isso não interfere no crime, porque a extinção é da pena, e não do crime.

Se um dos sujeitos ativos for absolvido e não estiver relatado nos autos a sua participação, o crime de Associação Criminosa será descaracterizado, a não ser que existam ainda a participação de outras três pessoas.

¹⁰ https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=13994. Acesso em 03 de julho de 2017.

¹¹ Idem

1.4 ELEMENTOS OBJETIVO E SUBJETIVO DO TIPO

Os elementos objetivos do tipo, também chamados de elementos descritivos, são aqueles que se referem à materialidade da infração penal, na forma como tem que ser de executado o crime, o tempo, o lugar etc.

Segundo o doutrinador Damásio, no tipo penal sempre tem um verbo que expressa a conduta. Esse verbo é transitivo, e no geral, vem com seu objetivo, como: "matar alguém", "ofender a integridade corporal de alguém"

A conduta típica na Associação Criminosa é: "associarem-se 03 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crime".

Com a nova lei se torna mais severa, exigindo um número menor de participantes para a configuração do crime, apenas 03 (três), uma vez que a lei antiga exigia, no mínimo, 04 (quatro) pessoas.

O crime de Associação Criminosa, diferente da Associação Ocasional, é um crime estável e permanente, em que reunir-se em sociedade para determinado fim (tornar-se sócio), havendo uma vinculação sólida, quanto à estrutura, e durável, quanto ao tempo (que não significa perpetuidade). É muito mais que um mero ajuntamento ocasional ou encontro passageiro, transitório (típico de concurso de agente).

Segundo o doutrinador Rogério Sanches Cunha:

"A Associação Criminosa é formada para o fim específico de cometer crimes ou uma quantidade indeterminada de crimes, pois se a Associação for formada para cometer um único crime, haverá coautoria ou participação no crime praticado (concurso eventual de pessoas". (CUNHA, 2012)

A respeito do crime abordado, é que se mais 3 (três) pessoas se reunirem para cometer contravenções penais, não incide o art. 288 do Código Penal, é que, como entende a maioria dos doutrinadores, impossível a Associação Criminosa para a prática de crimes culposos e preterdolosos, pois não tem como buscar um resultado que não se deseja.

1.5 ELEMENTO SUBJETIVO

Também conhecido pela maioria dos doutrinadores como “elementos subjetivos do injusto”, o tipo subjetivo é a vontade de praticar o núcleo do crime, caracterizado pelo dolo.

Segundo a menção de ilustre Mezger:

Os diversos tipos da Parte Especial do Código têm como ponto de partida uma descrição objetiva de determinados estados e acontecimentos que devem construir a base da responsabilidade penal do agente. Trata-se, portanto, de estados e processos externos, suscetíveis de serem determinados espacial e temporalmente, perceptíveis pelos sentidos, objetivos, fixados na lei pelo legislador e forma descritiva, e que devem ser apreciados pelo juiz mediante simples atividade de conhecimentos (cognição). (MEZGER, 1995)

Outrossim, o tipo subjetivo do artigo 288 do Código Penal é “*para o fim de cometer crimes*”, não admitindo a forma culposa.¹²

1.6 CONSUMAÇÃO, TENTATIVA E DOLO

A respeito da consumação, podemos dizer que ele se consuma, no momento em que aperfeiçoada as vontades entre ao menos 3 três pessoas, e em relação há aqueles que venham posteriormente integrar-se ao grupo já formado com sua estrutura organizada, na posição do (RTJ 181/680). Independente da prática de algum crime pelos integrantes.

Em relação às posições pacíficas nos tribunais do STF e STJ, tendo ambos o mesmos posicionamentos sobre o crime autônomo, ser a associação criminosa crime autônomo, que independe da prática de delitos pelo grupo, (aliás, eventuais infrações praticadas gera, para seus autores- que participam, direta ou indiretamente da execução-, concurso material entre o crime praticado e o art. 288 do CP).

Percebe-se com esse posicionamento de ambos os tribunais que, trata -se de um crime permanente, cuja consumação se pendura no tempo, a retirada ou a

¹² https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=13994. Acesso em 03 de julho de 2017.

desistência de um integrante do grupo, deixando o grupo desfalcado com menos de 3 três integrantes da associação criminosa, cessa a permanência, mas não interfere na existência do crime, já considerado consumado para todos os integrantes.

Segundo O ilustre Doutrinador, Hungria:

O bando ou voluntário acesso de qualquer associado não o eximirá de pena, e se a sua retirada fizer descer o quórum abaixo de quatro, cessará a permanência, isto é, a continuidade do momento consumativo, mas não se apagará o crime (*factum infectum nequit*).¹³

Quanto à tentativa do crime de associação criminosa, assim como no antigo crime de quadrilha ou bando, ela é inadmissível, não é aceita.

Uma observação muito importante é que quando estivermos diante de crime permanente, a consumação da Associação Criminosa se prorroga no tempo. Diante disso, a qualquer momento pode ser feita a prisão em flagrante.

Na tentativa é inadmissível, porque os atos e elaborações praticados com intuito de formar uma associação criminosa, antes da sua execução e formação são meramente atos preparatórios.

Existem julgados admitindo a coexistência entre dois crimes de associação criminosa e o de extorsão mediante sequestro qualificado pelo concurso de pessoas, em quanto os bens jurídicos tutelados são bens distintos e autônomos.

A manutenção da associação criminosa após a condenação ou mesmo a denúncia constitui novo e idêntico crime formal, incorrendo conforme nova imputação RSTJ (78/369) como *Bis In Idem*. (CUNHA, 2014. p. 652 e 657)

A busca pela obtenção de lucros é uma pratica mais comum, entre a associação criminosa, porém indispensável, perfeitamente possível para a prática de crimes contra a honra.

Em relação à consumação, a doutrina faz uma divisão em duas partes tratando cada uma dela com suas peculiaridades. Os crimes podem ser divididos em: crimes de perigo concreto e crime de perigo abstrato.

¹³ https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=13994. Acesso em 03 de julho de 2017.

Crimes de perigo concreto são aqueles em que o tipo impõe que produza pelo menos uma lesão. Para a consumação do crime de perigo concreto, exija-se a comprovação do resultado de pelo menos alguma lesão.

Os crimes de perigo abstrato são:

Aqueles que não exigem a lesão de um bem jurídico ou a colocação deste bem em risco real ou concreto. São tipos penais que descrevem apenas um comportamento, uma conduta, sem apontar um resultado específico como elemento expresso do injusto (Autor desconhecido).¹⁴

Podemos dizer que o crime de associação criminosa é um crime de perigo abstrato, pelo fato de ocorrer a associação de 3 ou mais pessoas, já configura o crime descrito no tipo penal, independente do crime ser concretizado ou não.

A consumação do crime de associação criminosa ocorre com o simples ajuntamento de 03 (três) pessoas com o intuito de cometer o crime, não sendo necessário que estes efetivamente ocorram.

Conforme o artigo 288 do Código Penal: "Não se faz necessária à efetiva prática de outro crimes a que a quadrilha se destinava, basta a convergência de vontades relacionadas ao cometimento, em tese, de crimes, independentemente do resultado".

O crime se consuma independente do resultado, depois de organizada a Associação Criminosa, se algum dos integrantes abandonarem voluntariamente o resto dos integrantes, o crime já estará consumado, e mesmo assim, todos os integrantes responderão pelo crime do artigo 288 do Código Penal.

Segundo o ilustre, Hungria:

O abandono ou voluntário recesso de qualquer associado não o eximirá de pena, e se a sua retirada fizer descer o *quorum* abaixo de quatro, cessará a permanência, isto é, a continuidade do momento consumativo, mas não se apagará o crime (*factum infectum nequit*) (Damásio cita em Damásio de Jesus, Direito Penal, Parte Geral, 33 edição. p. 647. Ed. Saraiva).¹⁵

¹⁴ https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=13994. Acesso em 03 de julho de 2017.

¹⁵ Idem.

Em se tratando de Dolo, considera-se dolo a vontade consciente do agente, associarem com 3 três ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes, tendo o elemento subjetivo especial do injusto é com a finalidade de cometer crimes, sem a qual o delito não se configura. (CUNHA, 2014. p. 652)

A busca pela obtenção de lucros é uma pratica mais comum, entre a associação criminosa, porém indispensável, perfeitamente possível para a prática de crimes contra a honra.¹⁶

1.7 DA FORMA MAJORADA E MINORIRANTE DA PENA

A nova Lei 12.850/13, em seu parágrafo único, traz uma nova redação ao artigo art. 288 do Código Penal: Art. 288, Parágrafo único: "A pena aumenta-se até a metade se a associação é armada ou se houver a participação de criança ou adolescente".

Com essa alteração trazida pela nova legislação de nº 12.850/13 tornou mais benéfica à aplicação da pena, pois de acordo com o parágrafo único, a pena aumenta-se até a metade se a associação estiver armada ou ocorrer participação de criança ou adolescente. A antiga redação dizia: "A pena aplica-se em dobro, se a quadrilha ou bando é armado", sendo assim a pena se aplicava em dobro, e agora o aumento é ate a metade.

A nova redação trouxe em seu contesto, a participação de criança ou adolescente, algo que a lei anterior não mencionada, como forma de aumento de pena. Neste sentido, a nova redação se preocupou com o envolvimento de crianças e adolescentes nos crimes de associação criminosa, nesse caso a pena será aumentada até a metade se a associação estiver armada ou ocorrer participação de menores de 18 anos.

Nesses casos será irrelevante se o sujeito está com uma arma própria ou arma imprópria para cometer o ilícito Penal.

Segundo Ilustre doutrinador Cleber Masson, arma própria é:

Um instrumento concebido com a finalidade precípua de ataque ou defesa, como no caso de arma imprópria, é dizer, objetivo criado com finalidade

¹⁶ https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=13994. Acesso em 03 de julho de 2017.

diversa, mas que pode ser utilizado para ataque ou defesa. A arma branca, compreendida como instrumento dotado de ponta ou gume (faca, espada, machado etc) igualmente enseja o aumento da reprimenda. (MASSON, 2014. p.978).

O simples fato dos integrantes de uma Associação Criminosa estarem armados, já configura para todos o ilícito penal, ocorrendo assim, o aumento da sanção penal, independente de porte ou da utilização da arma, bastando apenas a sua posse da arma.

A alguns doutrinadores divergem sobre a cerca da quantidades de integrantes que devem está aramados para que se inicie a pratica do crime de organização criminosa.

Segundo os posicionamentos dos ilustres doutrinadores Hungria e Noronha: "Basta que um integrante esteja armado para gerar o argumento"

Para o entendimento de Bento de Faria: "Exige-se que a maioria dos membros esteja armada". (CUNHA, 2014. p. 653)

Dessa forma, temos o posicionamento do ilustre doutrinador Fragoso, onde diz:

"O juiz deverá reconhecer o bando é armado, quando, pela quantidade de membros que portem armas ou pela natureza da arma usada, seja maior o perigo e o temor causado pelos malfeitores. Conforme sejam as circunstâncias, pode bastar que apenas um se apresente armado, sem que se exija que o faça de forma visível ou ostensiva".¹⁷

Sobre circunstância qualificadora da pena, o referido artigo de 8º da Lei de nº 8.072/90 prevê:

"A elevação de pena, quando verificada as circunstâncias qualificadores, onde a pena poderá ser elevada a reclusão 3 três anos a 6 seis anos, quando associação criminosa visar a prática de crimes, a derivar de crimes; Hediondos ou a eles equiparados tais como a tortura, trafico e terrorismo".¹⁸

O artigo da de 8º da Lei de nº 8.072/90, apenas tratou em seu texto legal, de aumentar as penas para essas hipóteses de ocorrência do crime de associação criminosa, sem se submeter os agentes às regras previstas no art. 2º, que somente

¹⁷ https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=13994. Acesso em 03 de julho de 2017.

¹⁸ Idem.

prevê que tal conduta só irá incidir se sobrevier a prática de um dos delitos equiparados como o Hediondo, tortura, tráfico de drogas ou a eles equiparados.

Sobre a Minorante ou da diminuição da pena, a lei de nº 8.072/90 em seu art. 1º parágrafo único prevê a possibilidade de uma delação premiada com uma diminuição de pena. A diminuição para ser reconhecida, direito subjetivo do delator, depende dos seguintes requisitos:

a) Deve partir de integrante ou participe

b) Deve ser capaz, isso é possibilitar o desmantelamento da associação, havendo nexa entre a delação e a desorganização do bando.

Há controvérsias em relação a diminuição da pena para duas correntes de doutrinadores, onde somente inside sobre a pena de associação criminosa ou se tem uma maior abrangência, alcançando outros fatos criminosos praticados pelos infratores unidos.

A primeira corrente, em relação ao participante e ao associado diz que a Lei quer beneficiar tanto o associado quanto o coautor, participe nos outros crimes praticados.

A segunda corrente tem o entendimento que o participante a que alude o texto é aquele que não integra a associação, mas contribuiu de qualquer maneira, para a sua formação. (CUNHA, 2014. p. 654 e 655)

1.8 DA AÇÃO PENAL

Ação Penal é um mecanismo usado pelo poder do Estado sobre o autor e o réu no poder de jurisdição; e do outro o direito do réu, que é o direito de defesa.

No crime de Associação Criminosa, a ação penal é pública incondicionada.

O Ilustre doutrinador Rogério Greco discorre:

Diz-se incondicionada a ação penal de iniciativa pública quando, para que o Ministério público possa iniciá-la ou, mesmo, requisitar a instauração de inquérito policial, não se exige qualquer condição. É a regra das infrações penais, uma vez que o art. 100 do Código Penal assevera que a *ação penal*

é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido. (GRECO, 2012)

A ação Penal Pública Incondicionada é a regra no direito penal. A ação Penal Pública Incondicionada não depende de nenhuma condição específica para fazer o oferecimento da denúncia. No silêncio da lei, o crime será de ação Penal Pública Incondicionada, em se tratando de crime de Associação Criminosa. A ação penal será sempre incondicionada.

Sobre o princípio da especialidade:

a) Código Penal x Lei 2.889/56: dispõe o art. 2º da Lei de nº 2.889/56 se crime associarem-se mais de 3 três pessoas para destruir, no todo em parte, grupo nacional, ético, racial ou religioso.

b) Código Penal x Lei de Segurança Nacional: o Art. 16 da Lei 7.170/83 pune com reclusão de 1 a 5 anos quem; Integrar ou manter associação, partido, comitê, entidade de classe ou grupamento que tenha por objetivo a mudança do regime vigente ou do Estado de Direito, por meios violentos ou com emprego de grave ameaça. O artigo 24 da mesma Lei pune com reclusão de 2 a 8 anos constituir, integrar ou manter organização ilegal de tipo militar, de qualquer forma ou natureza aramada ou não, com ou sem fardamento, com finalidade combativa.

c) Código Penal x Lei de Drogas: A Lei 11.343/2006, no seu art. 35, pune com reclusão de 3 a 10 anos associarem - se duas ou mais pessoas para fim de praticar, reiteradamente ou não, o tráfico de drogas (art.33) ou de maquinários (art. 34). Nas mesmas penas incorre quem se associa para á prática reiterada do crime definido no art. 36 (financiamento do Tráfico)

d) Código Penal x Lei nº 12.850/2013: Lei 12.850/2013 define, em seu art. 1º inciso 2º, a organização criminosa como sendo a associação de 4 quatro ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter direta ou indiretamente vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 quatro anos, ou que seja de caráter transnacional .No art. 2º, a referida Lei pune, com reclusão de 3 três a 8 oito anos, e multa, as condutas de promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa. (CUNHA, 2014. p. 654 e 655)

Sobre a Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC Lei 12.529/20011, vigente desde 28/05/2012 ampliou as hipóteses de crimes passíveis de acordo de leniência (pacto de colaboração do infrator na investigação de crimes contra a ordem econômica que, uma vez cumprida, pode gerar a extinção da punibilidade- CF, art. 86 da Lei). O acordo, até então, somente contemplava os crimes dos arts. 5º, 6º e 7º da lei 8.137/90 (delitos contra a ordem econômica e relações de consumo). Agora com a Lei do SBDC, art. 87, estendeu os efeitos de acordo para os

"demais crimes diretamente relacionados á prática de cartel". Constando do rol de crimes de associação criminosa art. 288 do CP.

Sobre a abrangência da Lei nº 12.529/2011, que ampliou as hipóteses de crimes passíveis de acordo de leniência, abrangendo os crimes de Cartel, incluído também no rol de crimes de associação criminosa. Art. 288 do Código Penal, essa Lei trouxe a possibilidade dos autores do crime contra a Ordem pública, poderem fazer um celebração de um acordo de leniência, e poderão ter extintas a punibilidade das suas ações contra a Ordem Pública e também em relação à organização Criminosa.

2 ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA E A LEGISLAÇÃO ESPECIAL

2.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Publicada no dia 05 de agosto de 2013 no Diário Oficial da União, a Lei 12.850/13, a Nova Lei da Organização Criminosa, entrou em vigor quarenta e cinco dias depois, no dia 19 de setembro de 2013, e junto com ela, trouxe varias mudanças conceituais e estruturais, no que se refere a investigação criminal, os meios de conseguir provas, as infrações penais correlatas e o procedimento. Esta nova lei alterou também o artigo 288 do Código Penal,

Além de alterar a redação do artigo 288, esta nova lei também alterou o nome do crime, que se chamava "Quadrilha ou Bando", passando agora a ser chamada de "Associação Criminosa".

2.2 CONCEITO

O crime de associação criminosa do artigo 288 do Código Penal, na legislação penal, existe uma definição de associação estável e permanente. Através dessa conceituação de estável e permanente se dá a diferenciação entre associação criminosa e o concurso de pessoas (coautoria ou participação) para a prática de delitos em geral. Na modalidade de associação permanente é essencial o vínculo associativo, revestido de estabilidade e permanência, entre seus integrantes.

A resolução comum é, pois indispensável. Não bastam meros atos preparatórios da convenção comum; não é suficiente simples troca de ideias, ou conversa' por ato' acerca do fim, mas o propósito firme e deliberado, a resolução seriamente formada, com o programa a ser posto em execução em tempo relativamente próximo, de modo que se possam divisar no fato a lesão jurídica e o perigo social, contra os quais se dirige a tutela Penal.¹⁹

Inexistindo o vínculo associativo, na união de 3 três ou mais indivíduos para prática de um ou mais crimes caracteriza o concurso de pessoas (coautoria) e participação, nos moldes do artigo 29 caput, Código Penal. A diferença entre o crime

¹⁹ https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=13994. Acesso em 03 de julho de 2017.

de associação criminosa e concurso de pessoas; é que na associação criminosa pouco importa se os crimes, para os quais foram constituídos, foram ou não praticados.

Para que se constitua e se caracterize uma associação criminosa, é prescindível a existência de uma organização detalhadamente definida, com uma hierarquia entre seus membros e repartição prevista de funções entre cada um deles.

Conforme o art. 288 Caput Do Código Penal: "Associarem-se três ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes".

2.2.1 Mudanças no Art. 288 do Código Penal

A antiga redação do artigo 288 do Código Penal dizia o seguinte: "Quadrilha ou Bando: associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes: Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos".

Agora com o surgimento da Lei 12.850/13, o texto legal passou a ser assim: "Associação Criminosa: Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes: Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos".

É nítido observar que não houve alteração na pena imposta, mas ocorreu modificação no número mínimo de integrantes, nascendo então um novo tipo penal: Associação Criminosa.

Além da modificação da tipificação do crime, a principal mudança ocorre no parágrafo primeiro do art. nº. 288. A pena que antes era aplicada em dobro, se a quadrilha ou bando fosse cometida armada. Agora com a nova redação pode aumentar-se até a metade, ou seja, antes podia chegar até 6 (seis) anos de pena máxima, agora poderá chegar até 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses, portanto sendo mais benéfica aos agentes que cometerem o crime. E por último, a outra modificação que ocorreu foi no agravante, incluindo, além o uso de armas, também agora "a participação de criança ou adolescente".²⁰

A lei de nº. 12.850, de 2 de Agosto de 2013, alterou o Código Penal e revogou, expressamente, a Lei de nº. 9.034, de 3 de maio de 1995, Definiu a nomenclatura que

²⁰ https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=13994. Acesso em 03 de julho de 2017.

antes era de Quadrilha ou Bando para Associação Criminosa, Com o objetivo de fortalecer a investigação criminal, os meios de provas, as infrações penais correlatas e o procedimento criminal. Estando divididas em três capítulos no Código Penal, sendo 27 artigos: Capítulo I: cuida do conceito de organização criminosa, traz um tipo específico e apresenta afeitos da condenação criminal (art. 1º e 2º); Capítulo II: trata de investigação e dos meios de obtenção da prova e cria novas condutas típicas relacionadas com condutas que dificultem a investigação (art. 3º a 21); e capítulo III: estabelece as disposições finais (art. 22 a 27).

2.2.2 Algumas considerações acerca da ação praticada pela organização criminosa:

O Capítulo I trata das definições de ação praticadas por organizações criminosas, definindo a organização criminosa e dispondo sobre a investigação criminal, os meios de obtenção de prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado.

2.2.3 Problematização conceituais no texto da lei anterior de nº 9.034/95

A lei nº. 9.043/95, em sua redação original, regulava se apenas pelos meios de provas obtidas e procedimentos investigatórios que versassem sobre a Quadrilha ou Bando, sem mencionar as Organizações Criminosas. Desta forma, havia um desencontro entre o anunciado, que colocava como um objeto da regulamentação as Organizações Criminosas, e o texto da referida lei em seu art 1º que apenas mencionava a nomenclatura de Crimes Praticados por "Quadrilha ou Bando". Ficava uma incerteza, porque a lei se referia apenas a Quadrilha ou Bando, conforme mencionado em seu texto no art. 1º; ou as Organizações Criminosas, mencionadas no anunciado de texto, com essas duas possibilidades surgiram dúvidas a respeito sobre as duas vedetes mencionadas no referido texto da lei, tais como:

- a) Organização Criminosa seria sinônimo de quadrilha ou de bando, delito enforcado pela legislação em tela;

b) Organização Criminosa seria mais que quadrilha ou bando, ou seja, constituir-se de quadrilha ou bando mais alguma coisa (que a lei não disse o que é).

Segundo William Douglas sobre essas duas corretes:

O partidário da primeira correte, defendia que a Lei alcançava qualquer delito de quadrilha ou de bando previsto no art. 288 do Código Penal, pouco importando a existência de maior ou menor sofisticação. Essa era considerada a posição da maioria, pois, o anunciado trazia e a firmava em seu mencionado do art. 1º que: A lei incidia sobre as Organizações Criminosas, e que o art. 1º dessa lei dizia no seu contexto que o seu objeto eram os crimes praticados por quadrilha ou bando, conclui-se que ambas as expressões foram tratadas e mencionadas com os mesmos significados, o art. 1º todavia, usava expressões equivalentes com o mesmo conteúdo conceitual, no apontamento do âmbito de incidência da lei 9.043/95. (CAPEZ, 2014. p. 263 e 264)

A referida lei 9.043/95 cuidava apenas dos meios investigatórios e probatórios relacionados aos crimes de quadrilha ou bando, sem mencionar quaisquer outros complementos contido em seu texto, se limitando apenas ao que foi mencionado. Neste sentido, podemos citar o posicionamento do Ilustre Jorge César S.B Gonçalves: "Só se pode afirmar a aplicação da lei ao clássico delito de quadrilha ou de bando, e nada mais"

Esse posicionamento não muito aceito, pois a divergência em acha-lo inadequado, porém havia sido a Expressão da lei: tratar como idênticas a quadrilha ou bando agrupando as sem nenhuma sofisticação, complexidade ou estrutura diferenciada, chamada de: "Criminalidade Massificada", sendo a organização criminosa muito mais complexa, pertencente ao gênero da Criminalidade Sofisticada, ou seja uma criminalidade mais organizada e estruturada.

A lei do Crime Organizado aplicava se aos crimes cometidos por quadrilhas ou bando, permanecendo a figura de Associação Criminosa, sem ser mencionada tal nomenclatura utilizada no polo principal, ficando apenas uma visão de que a quadrilha ou bando se equiparava a uma associação criminosa, contendo os mesmos elementos do tipo penal do art. nº. 288 do CP. Hoje essa problemática seria maior, caso a lei nº. 9.043/95 não tivesse sido revogada, e a nomenclatura de quadrilha ou bando não tivesse sido alterada por força da nova lei vigente de nº. 12.850/13, ficando o crime de quadrilha e bando para Associação Criminosa.

A Lei nº. 12.850/13 em seu artigo 1º § 1º diz que:

Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.²¹

A associação criminosa tem como objetivo especificamente cometer crimes, obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, tendo como caminho a prática de infrações graves. Além, de a organização criminosa exigir a participação de no mínimo 4 (quatro) pessoas.

Segundo Luiz Flávio Gomes e Raúl Cervini, sobre o Crime Organizado, a quadrilha ou bando constitui o arcabouço mínimo para a existência da organização criminosa, o requisito para a sua existência. entretanto, além dos elementos estruturais definidos no art. 288 do CP, é necessário estarem presentes, pelo menos, três dentre as seguintes características:

- a) Previsão de acumulação de riqueza: não é necessário que a riqueza seja efetivamente reunida: basta a previsão do acúmulo, o intuito do lucro ilícito ou indevido.
- b) Hierarquia estrutural: a organização consiste sempre em uma ordem hierárquica, i.e., em um poder disposto de modo vertical, dentro do qual ocorre um estreitamento cada vez maior, até se chegar ao comando central (forma pirâmida): É comum, nessas organizações que os agentes das mais baixas posições desconhecem quem são os superiores de seu chefe imediato, o que o torna mais difícil à identificação dos líderes. (...) (CAPEZ, 2014. p. 263 a 265)

Como dito pelo Ilustres doutrinadores, não se faz necessário à demonstração de riqueza, bastando apenas o acúmulo delas para configurar o enriquecimento ilícito ou indevido do montante acumulado.

²¹ https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=13994. Acesso em 03 de julho de 2017.

Na hierarquia estrutural de uma organização criminosa, fica difícil identificar os organizadores das organizações, onde os agentes subordinados pela hierarquia superior, não conseguem identificar seus líderes hierárquicos.

Após a edição das leis nº. 12.850/13 e nº. 12.694/12 e com a redação do art. 1º da lei 9.043/95, determinada pela lei nº. 10.217/2001, O projeto de lei foi ampliado para alcançar todos a modalidades que envolva a organização criminosa, não apenas a quadrilha ou bando, denominada impropriamente antes da alteração da Lei nº. 9.043/95 com: Organização Criminosa mais também as Quadrilhas ou Bando, atualmente conhecida como Organização Criminosa, após a alteração do art. nº. 288 do Código Penal, as Associações criminosas de qualquer tipo, atual art. nº. 35 da Lei nº. 11.343/2006, e as Organizações Criminosas de qualquer tipo passaram a fazer parte de um agrupamento mais extenso.

Na redação anterior não mencionava o termo "Associação Criminosa" usando o sinônimo de Quadrilha ou bando, foi necessário que com a nova Lei advinda, com a mudança da Nomenclatura quadrilha ou bando modificasse essa expressão para Associação Criminosa, para que essa passasse a ter uma abrangência mais ampla no significado de associação criminosa. Depois da modificação do art. 1º, é que surgiram algumas diferenças na denominação de quadrilha ou bando, com o nome atual de Associação Criminosa, bastando conferir a redação do art. 288 do Código Penal, bem como a conferência do dispositivo da Associação Criminosa do art. 35 da Lei nº. 11.343/2006, para se perceber que ainda paira dúvidas a respeito dos tais dispositivos para fins da aplicação da Lei nº. 9.043/95. Podendo ser essa dúvida sanada ou definida doutrinariamente, porém isso ofenderia o princípio constitucional da reserva legal.

A Lei de nº. 12.694, de 24 de julho de 2012, em seu art. 2º, formulou o conceito legal da nomenclatura Organização Criminosa, contudo a nova modificação só teve incidência para os fins processuais, não podendo ter sua aplicabilidade em sentido diverso em normas incriminadoras, ou seja, não se pode fazer analogia para prejudicar a parte contrária. Dessa forma a Lei ao estabelecer critérios e elementos na organização Criminosa, foi clara em dizer que:

O Art. 2º PARA EFEITOS DESSA LEI Considera-se Organização Criminosa a Associação, de (3) três pessoas ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo

de obter, direta ou indiretamente, vantagens de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a (4) quatro anos, ou seja, de caráter transnacional.²²

A Lei de nº. 12.850, efetivou-se, solucionando todos os contratempos sobre as possíveis lacunas que existiam a respeito do conceito de organização criminosa, servindo como fonte legal para a aplicabilidade plena e irrestrita da Lei, posicionando o Brasil entre outros países que podem combater as atividades ilícitas das organizações criminosas, garantindo-se na aplicabilidade da Lei Penal.

Sobre o princípio da irretroatividade da Lei, não se pode retroagir uma Lei para prejudicar quem já tinha cometido um delito de associação criminosa, podendo retroagir caso a conduta for considerada crime permanente, sendo a associação criminosa considerada um crime permanente, que faz dar continuidade no delito enquanto se pendurar no tempo a ação criminosa, e podendo prender em flagrante delito a organização criminosa a qualquer tempo, com base na legislação atual, após sua entrada em vigor.

2.2.4 Conceito de Organização Criminosa, Segundo a Conversão de Palermo

A conversão de Palermo das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, realizada em Palermo, na Itália, em 15 de dezembro de 2000, definiu em seu art. 2º, o conceito de organização criminosa como todo "grupo estruturado" de 3 três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o fim de cometer infrações graves, com a intenção de obter benefícios econômico ou moral.

Essa convenção foi ratificada pelo Decreto Legislativo de nº 231. Publicado em 30 de maio de 2003, no Diário Oficial da União, n.103, p.6, Segunda coluna, passando a integrar nosso ordenamento jurídico.

Notória a importância desse decreto em nosso ordenamento jurídico, pois foi por iniciativa desse Decreto Legislativo, com este conceito de organização criminosa

²² https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=13994. Acesso em 03 de julho de 2017.

que nosso ordenamento jurídico usou de base e como fonte, para complementar e fazer parte do nosso ordenamento atual, no que se diz respeito ao Crime Organizado.

Com o este conceito estabelecido pela Conversão de Palermo, pelo Decreto Legislativo de nº 231, estabelecendo que; bastando apenas três pessoas ou mais pessoas para que se organize uma quadrilha ou bando. O conceito é um pouco vaga, pois a referida conversão exige em seu texto que, a quadrilha já esteja formada e estruturada, Organização Criminosa "Como todo o grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente o grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo" (...).

O STJ se manifestado no sentido da possibilidade da identificação de Organização Criminosa, relatado que:

"A possibilidade da identificação da Organização Criminosa, nos moldes do art.1º da Lei 9.043/95, com a redação dada pela Lei de nº 10.217/01, com a tipificação do art. 288 do Código Penal e do Decreto Legislativo 231/03, que ratificou a Conversão de Palermo". (CAPEZ, 2014. p. 266 e 267)

Sobre esse entendimento, o Ilustre doutrinador, Luiz Flávio Gomes, se afasta sobre a argumentação de que:

"A conversão de Palermo não produz nenhum efeito jurídico enquanto o Congresso Nacional não aprovar (referendar) definitivamente o documento internacional (CF, artigo 49, inciso I). Uma vez referendado o tratado, cabe ao presidente do Senado Federal a promulgação do texto (CF artigo 57, parágrafo 5º). Que será publicado no Diário Oficial. Depois de aprovado ele deve ser ratificado pelo executivo. Após essa ratificação internacional o chefe do Poder Executivo expede um decreto de execução interna, que é publicado no Diário Oficial. É só a partir dessa publicação que o texto ganha força jurídica interna"²³

Os tratados e Convenções configuram fontes diretas, imediatas do Direito Internacional Penal; relação entre o indivíduo com o "ius puniendi" internacional, que pertence ao organismo internacional-TPI,v.g), e jamais poderá serve como base normativa para o direito penal interno, pois cuida das relações dos indivíduos com o

23 https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=13994. Acesso em 03 de julho de 2017.

"*IUS PUNIDENDI*" do Estado Brasileiro. Onde a única utilização direta desse mecanismo só poderá ser dada através da Lei Ordinária ou Complementar.

2.2.5 Conceito de Organização Criminosa, da Lei de nº. 12.694 de 24 de Julho de 2012.

A lei nº. 12.694/2012 dispõe sobre o processo e o julgamento do colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações Criminosas. Com essa Lei, veio um conceito legal de Organização Criminosa e, conforme segundo entendimento deverá ser usada para os fins processuais previstos na Novatio legis de 2012.

Salienta o artigo 2º da Lei nº. 12.694/2012:

"Para os efeitos desta Lei, considera-se Organização Criminosa a Associação de 3 três pessoas ou mais pessoas, estruturalmente e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 quatro anos ou que sejam de caráter transnacional" (CAPEZ, 2014. p. 268 e 269)

Esse conceito foi criado e especificamente e adotado pelo colegiado, para da possibilidade do juiz decidir, visando sempre á prática de qualquer ato processual, a integridade física e psicológica do julgador na prática dos atos processuais. Nota se que a expressão Organização Criminosa, no artigo 2º da Lei 12.694/2012 dá início com a expressão: "Para Efeitos Dessa Lei", com sua finalidade exclusiva processual consistente em admitir a constituição de um colegiado para a prática dos atos processuais, como por exemplo: A decretação de prisão ou de medidas assecuratórias, a concessão de liberdade provisória, a sentença e a execução de pena, Lei nº.12.694/2012, art.1º.

As normas processuais admitem interpretação extensiva e o emprego de analogia, conforme art. 3º do Código do Processo Penal, mesmo que não haja a formação de colegiado, podendo ser aplicadas todas as regras processuais da Lei de Crime, Lei essa atual de nº. 12.850/2013. Não faria sentido se o órgão julgador não fosse colegiado, mais sim, unitário, deixassem de incidir nos dispositivos processuais

próprios de combate a Organização Criminosa. Esse conceito não terá aplicação para efeitos penais diante da impossibilidade de analogia em norma penal incriminadora e *In Malam Partem*.

A efetivação dos requisitos para a formação de uma Associação Criminosa requer que:

- a) Associação Criminosa seja formada por 4 pessoas ou mais pessoas;
- b) Estrutura interna na organização;
- c) Ordenações de funções;
- d) Divisão de tarefas entre seus integrantes;
- e) Dispensa a constituição formal, com atas e assembleias;
- f) Unidos com finalidade de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza;
- g) Mediante a prática de infrações penais com pena máxima em abstrato igual ou superior a 4 quatro anos, ou que sejam de caráter transnacional, nesse sentido, não há importância das sanções penais serem fixadas em abstrato pela lei.

Serão necessários todos esses requisitos para o conceito de Organização Criminosa, faltando esses requisitos incorre em "Concurso de Pessoas", que não se configura para a típica classificação de organização Criminosa.

2.2.6 Conceito de Organização Criminosa da Lei nº. 12.850, de 2 de agosto.

A lei nº. 12.850/2013 de organização criminosa, quando foi aprovada, sancionada e publicada ganhou conceito jurídico bem definido, respeitando o princípio da legalidade penal.

Considera-se Organização Criminosa, segundo o inciso 1º do art. 1º da Lei:

A associação criminosa de 4 quatro pessoas ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cuja as penas máximas sejam superiores a 4 quatro anos, ou que sejam de caráter transnacional.²⁴

²⁴ https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=13994. Acesso em 03 de julho de 2017.

A primeira posição sobre o posicionamentos acerca da Lei é que a lei alcança as quadrilhas ou bandos formados para a prática de contravenções penais, por exemplo, as grandes organizações do "Jogo do bicho" porque a atual redação não fala mais em "Crime" praticado por quadrilha ou bando, mas em infrações penais' razão pela qual abrange todos os crimes e todas as contravenções penais.

Sobre o alcance da Lei em crime de quadrilha formada para a prática de crimes omissivos, existem duas visões; a primeira diz que não há possibilidade, pois o art. 1º é expresso em dizer que: "esta Lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versarem sobre crime resultante de ações de quadrilha ou bando". Segundo entendimento, as regras dessa Lei afetam os direitos fundamentais do acusado, como a ampla defesa, o contraditório e a publicidade do processo, devendo ter sua interpretação restritiva. Exemplo: O crime de peculato por omissão ficaria de fora do âmbito investigatório da Lei. Em se tratando de uma Lei de caráter eminentemente processual, nada impede o uso a analogia e da interpretação extensiva, alcançando também as quadrilhas formadas para a prática de crimes omissivos, nos termos do art. 3º do Código de Processo Penal. (CAPEZ, 2014. p. 269 e 270)

A segunda posição, em se tratando de Crime Organizado por natureza e Crime por extensão, podemos dizer que o crime de natureza é um crime próprio, tendo seu conceito tipificado no inciso 1º do artigo 1º da Lei. Já o Crime Organizado por extensão, está tipificado nos dois incisos do 2º do mesmo artigo 1º, tais como:

- a) Infrações penais previstas em tratados ou convenção internacional quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente. É o caso dos chamados (crimes a distância);
- b) Condutas praticadas por organizações terroristas internacionais, reconhecidas segundo a norma do direito internacional por foro do qual o Brasil faça parte, cujos atos de suporte ao terrorismo, bem como os atos preparatórios ou de execução de atos terroristas, ocorram ou possam ocorrer em território nacional.

É possível dar início ao procedimento investigatório, que se trata na Lei, mediante simples ameaça do consentimento do crime, ou melhor, dizendo, antes da sua execução, pois a Lei destina-se à repressão e à prevenção do crime organizado.

2.3 TIPO PENAL DA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA

Segundo o artigo da Lei nº. 12.850/2013 em seu artigo 1º: “Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa: pena-reclusão, de 3 três a 8 oito anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas”

Contudo, de promover é o mesmo que, estimula a criação, e constituir é o mesmo que, formar efetivamente, no financiar, teremos a figura de custear a manutenção da organização criminosa, no que diz respeito ao integrar, já se faz a parte formal e informal do delito, são classificadas como condutas típicas previstas no art. 2º da referida Lei nº. 9.850/2013.

O objeto material de delito é a própria organização criminosa, o conceito da organização é imprescindível para a aplicação do delito, e deve ser interpretado de forma técnica, com todos os seu elementos presentes no que diz respeito a organização criminosa. Além do dolo, há um elemento subjetivo específico que exige uma comprovação de que indivíduo participou não com a simples intenção de promover, constituir, patrocinar ou integrar um grupo criminoso, formado por no mínimo quatro pessoas. Porém se o fez com a finalidade especial de obtenção de qualquer vantagem, impondo-se dessa forma, o ônus da prova, cabendo a este demonstrar com interesse peculiar.

No tipo penal é necessário para consumação, a prática, para obtenção de vantagem de infração penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 quatro anos ou que sejam de caráter transnacional. (CAPEZ, 2014. p. 270 e 271)

É relevante distinguir o concurso de pessoas do tipo penal de organizações criminosas, são institutos diferentes cada um com suas peculiaridades.

O artigo ainda faz menções equiparadas, que consistem em impedir de qualquer forma, ou embaraçar as investigações das infrações penais, que possa envolver as organizações criminosas. A punição, de será de reclusão, de 3 três anos

a 8 oito anos mais multa, sem prejuízo das penas com penas recorrentes às demais infrações penais praticadas. Neste caso das penas, não são aplicadas a suspensão condicional do processo, por força da pena mínima acima de 1 ano.

Se a pena efetivamente for aplicada pelo juiz na sentença for superior a 4 quatro anos, não haverá a possibilidade de a pena ser modificada pela restritiva de direitos, por mera incompatibilidade do requisito subjetivo, que se refere a quantidade máxima da pena. Contudo cabe ressaltar que, deverão ser analisados os requisitos previstos no artigo 44 do Código Penal, entre estes a personalidade do agente, dentre outros requisitos.

O mesmo requisito subjetivo do art. 44 do Código Penal deverá também ser considerado, na hipótese de aplicação da suspensão condicional da pena, se o patamar da reprimenda (advertência) for, no máximo até 2 anos de reclusão. Conforme art. 77 do Código Penal. Em relação ao regime, considera-se a regra do art. 33 do CP, sendo acima do patamar de 8 oito anos o regime será obrigatoriamente fechado para o réu ser for primário, e em caso o réu seja reincidente, o regime poderá ser inicialmente fechado, não importante a elevação da pena máxima aplicada, precisando tal decisão ser fundamentada pelo magistrado.

O art. 2º inciso 2º traz uma causa de aumento de pena de até a metade se na atuação da organização criminosa houver emprego de arma de fogo. Por força da taxatividade legal, não bastado o porte de arma de fogo, será necessária a utilização da arma, nem que seja pelo simples fato de causar medo a vítima.

O art. 3º privilegia a teoria do domínio do fato, no que diz respeito ao concurso de pessoas, a pena será obrigatoriamente aumentada para quem exercer o comando, individual ou coletivo, na associação criminosa, ainda que não tenha ligação direta com a ação, ou seja, não execute pessoalmente os atos.

Há outras possibilidades de aumento da pena, que pode variar de 1/6 (um sexto) a 3/6 (dois terços) conforme a Lei nº. 12.850/2013 art. 2º inciso 4º:

- a) Se há participação de criança ou adolescente;
- b) Se há concurso de funcionário público, valendo-se a organização criminosa dessa condição para a prática de infração penal;
- c) Se o produto ou proveito da infração penal destina-se, no todo ou em parte ao exterior;

- d) Se a organização criminosa mantém conexão com outras organizações criminosas independentes;
- e) Se as circunstâncias do fato evidenciam a transnacionalidade da organização.

Os incisos 5º, 6º e 7º, tratam das consequências jurídicas, processuais e penais para os agentes públicos que façam parte da organização criminosa.

Já no inciso 5º o afastamento cautelar do funcionário público que integra organização criminosa, pelo juiz, desde que existiam indícios suficientes de sua participação. O afastamento não prejudicará sua remuneração, quando a medida se faz necessária ou para uma investigação criminal. (CAPEZ, 2014. p. 272 e 273)

No inciso 6º As consequências de uma condenação definitiva, ou seja, quando já tem uma condenação com o trânsito em julgado, sem possibilidade de interposição de recursos, segundo o conceito do art. 327 do código penal. Sofrerá as seguintes sanções:

- a) A perda do cargo, função, emprego ou mandato efetivo;
- b) Interdição para o exercício de função ou cargo público pelo prazo de 8 a 10 anos subsequentes ao cumprimento da pena.

Se houverem indícios ou provas envolvendo a participação de policial nos crimes da lei nº. 12.850/2013, a corregedoria de Polícia instaurará inquérito policial e comunicará ao Ministério Público, que designará membra para acompanhar o efeito até a sua conclusão. Tratando se essa operação de uma investigação conjunta com a Polícia Federal.

2.3.1 Algumas considerações acerca do capítulo II da Lei nº. 12.850/2013.

O capítulo II da Lei nº. 12.850/2013 referida Lei de associação criminosa trata da investigação e dos meios de obtenção da prova e como um instrumento para obter elementos de prova para sedimentar eventual ação penal. Tipificado as expressas inovações trazidas pela Lei em seus seguintes institutos:

- I- colaboração premiada;
- II- captação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos;

III- ação premiada;

IV- acesso a registros de ligações eletrônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes em bancos de dados públicos ou privados e as informações eleitorais ou comerciais;

V- interceptação de comunicação telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica;

VI- afastamento dos sigilos financeiros, bancários e fiscal, nos termos da legislação específica;

VII- infiltração, por policiais, em atividades de investigação, na forma do art. 11;

VIII- cooperação entre instituições e órgãos Federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal.

Dos órgãos investigatórios especializados no combate ao crime organizado, de acordo com o artigo 4º da Lei de organização criminosa: "Os órgãos da polícia judiciária estruturarão Setores e equipes de policiais especializados no combate à ação praticada por organizações criminosas"

O objetivo desse trecho da referida Lei, é garantir o melhor desempenho no combate às organizações criminosas por meio de setores especializados e esquematizados de investigações garantidos e mantidos pelo estado democrático de direito. (CAPEZ, 2014. p. 273 e 274)

2.3.2 Da colaboração Premiada Lei de nº. 12.850, de 2 de Agosto de 2013.

No nosso ordenamento jurídico admite-se a delação premiada que é um benefício legal concedido a uma pessoa que cometeu crime e que aceita ajudar na colaboração na fase investigatória ou na entregar seus companheiros.

A delação premiada pode beneficiar o acusado na diminuição de pena, no cumprimento da pena em regime semiaberto, na extinção da pena ou no perdão judicial.

Por exemplo, nos crimes cometidos em Associação Criminosa ou coautoria contra o sistema financeiro nacional, o partícipe ou coautor que revelar de forma espontânea à autoridade policial ou judicial toda armação e organização terá sua pena reduzida de um a dois terços, de acordo com o artigo 25, § 2, da Lei nº. 7.492/86.

Também ocorrerá a delação premiada nos crimes cometidos em Associação Criminosa e coautoria contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, quando o partícipe ou coautor confessar espontaneamente toda trama, terá sua pena reduzida de um a dois terços, como fala o artigo 16, parágrafo único, da lei nº. 8.137/90.

E nos crimes hediondos e equiparados, o participante e o associado que entregar à autoridade policial ou judicial a Associação Criminosa, possibilitando o seu desmanche, terá a pena a reduzida de um a dois terços, como bem relata o artigo 8º, parágrafo único, da Lei nº.8.072/90.

Os artigos 4º e 7º tipificam e regulamentam a colaboração premiada, de acordo com o artigo 4º da Lei de organização criminosa;

O juiz poderá á requerimento das partes conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

- I- A identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;
- II- A revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;
- III- A preservação de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;
- IV- A recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;
- V- A localização de eventual vítima com sua integridade física preservada.

A colaboração premiada ou também chamada de eficaz beneficia o colaborador da associação criminosa que trair o seu grupo, delatando tudo que sabe sobre as práticas de crimes cometidos pela organização criminosa, entregando seus respectivos autores ou partícipes.

Além da redução de pena ofertada para os colaboradores há outras previsões legais dadas aos colaboradores da associação criminosa tais como alguns benefícios tais como:

- a) O representante do Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do ministério Público, poderá requerer ou apresentar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o art. 28 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código Processo Penal);
- b) O prazo para oferecimento da denúncia ou o processo, relativos ao colaborador, poderá ser suspenso por até 6 (seis) meses, prorrogáveis por igual período, até que sejam cumpridas as medidas de colaboração, suspendendo-se o respectivo prazo prescricional;
- c) O ministério Público poderá deixar de oferecer a denúncia se o colaborador; I- não for o líder da organização criminosa; II- for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo;
- d) Se a colaboração for posterior á sentença, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos;

Diante de todas essas hipóteses, não estaremos, submetidos obrigatoriamente as causas de diminuição das penas, a lei menciona a possibilidade de redução das penas aplicadas sobre á análise da personalidade do colaborador, a natureza, as circunstância, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração. Se todos esses fatores e os fatores da natureza subjetiva forem identificados pelo juiz da ação como tidos preenchidos, é que podemos falar que teremos então a mitigação da sanção penal e os demais benefícios.

O juiz poderá recusar-se de fazer a homologação na proposta que não vier atender os requisitos legais e poderá adequá-los ao caso concreto. (CAPEZ, 2014. p. 275 e 276)

2.3.3 Da colaboração do delator.

A colaboração poderá ocorrer em qualquer fase ou ato da persecução penal, podendo até mesmo ocorrer depois do trânsito em julgado, a lei não estabelece nenhum limite temporal para se conceder esse benefício. Caso a colaboração ocorrer após sentença penal condenatória, a pena poderá ser diminuída até a metade ou será admitida a progressão de regime, mesmo estando os requisitos objetivos ausentes.

2.3.4 Da redução de pena.

A redução será até 2/3 (dois terços) da pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos, de acordo com a maior ou menor contribuição causal para o esclarecimento das infrações penais, ou seja, quanto maior a colaboração do delator, maior será a sua redução de pena.

2.3.5 Eficácia da colaboração

Se não houver uma eficácia na colaboração, estaremos diante de uma ineficácia, que não auxilia no desenvolvimento das informações relativas aos crimes, não tendo nenhum efeito benéfico para o réu, o benefício tem como condição de aplicabilidade a colaboração do delator. (CAPEZ, 2014. p. 275 e 276)

2.4 LEI DE SEGURANÇA NACIONAL

O artigo 16 e 24 da Lei nº. 7.170/83 dispõe:

Integrar ou manter associação, partido, comitê, entidade de classe ou grupamento que tenha por objetivo a mudança do regime vigente ou do Estado

de Direito, por meios violentos ou com o emprego de grave ameaça. Pena- Reclusão de 1(um) a 5(cinco) anos.²⁵

O artigo 24 da Lei nº. 7.170/83 dispõe também: Constituir, integrar ou manter organização ilegal de tipo militar, de qualquer forma ou natureza armada ou não, com ou sem fardamento, com finalidade combativa. Pena- de Reclusão de 2 (dois) a 8 (oito) anos.

Diferentemente do crime de associação criminosa, essas organizações tipificada pela Lei de Segurança Nacional, não tipificar a quantidade de participantes, são formadas para determinados crimes, enquanto a lei de associação criminosa é formada para qualquer pratica de crime. (GRECO, 2011. p. 918 e 919)

2.5 PRISÃO TEMPORÁRIA

Conforme o artigo 1º, inciso III, da Lei nº. 7.960/89, caberá prisão temporária quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes: I- Associação Criminosa (art. nº. 288 do Código Penal), ou seja, se presentes os requisitos exigidos pela legislação, é possível a prisão temporária no crime de Associação Criminosa.

2.6 CONCURSOS DE CRIMES

Segundo Rogério Greco, em sua introdução ao concurso de crimes, diz:

Pode ocorrer que várias pessoas, unidas pelas mesmas identidades de propósito, se reúnam com o fim de cometer determinada infração penal, e, neste caso, teremos aquilo o que o Título IV do Código Penal denominou de *concurso de pessoas*. Também pode acontecer que uma só pessoa pratique uma pluralidade de delitos, surgindo o fenômeno do *concurso de crimes*. (GRECO, 2011)

²⁵ https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=13994. Acesso em 03 de julho de 2017.

Existem divergências entre alguns doutrinadores acerca das discussões no que diz respeito da possibilidade de o crime de Associação Criminosa cumular com outro crime qualificado ou majorado pelo concurso de pessoas.

Para Rogério Greco, existe o *bis in idem*, ou seja, a punição duas vezes dos autores por terem cometido dois crimes.

Tanto Regis Prado e Fernando Capez acreditam na possibilidade de não existir o *bis in idem*, pois para eles a formação de associação criminosa independe do ulterior crime, ou seja, no momento em que o delito visado foi praticado, o delito de associação criminosa já estava consumado. Ademais, os bens jurídicos ofendidos são distintos.”²⁶

2.7 DA FORMAÇÃO DA MILÍCIA PRIVADA

As considerações acerca da constituição da Milícia Privada, o art. nº. 288 do Código Penal e também o art. nº. 288-A, tutelam a Paz Pública. O crime de Milícia Privada foi inserido pela Lei de nº. 12.720, de 27 de setembro de 2012, com o objetivo de fortalecer as consequências jurídicas no combate aos crimes de milícia privada e aos grupos de Extermínio. Esse tipo de crime não permite qualquer forma de despenalização trazida pela Lei nº. 9.099/95.

Qualquer pessoa pode ser sujeito direto na participação desse delito, não exigindo a Lei nenhuma especificação quanto ao agente, tratando-se de um crime, plurissubjetivo ou concurso necessário, de condutas paralelas, no sentido de uma auxiliar a outra.

Existem duas correntes que advertem sobre o número máximo de integrante tanto na Milícia Privada, Grupo de Extermínio ou Organização Paramilitar. A primeira corrente tem seu posicionamento de que o número de agentes deve coincidir com o da Associação Criminosa, atualmente 3 três ou mais pessoas. Já a segunda corrente, pela qual adotamos, se alinha ao conceito de organização criminosa, definida e tipificada pela Lei atual nº. 12.850/2013, que exige o número mínimo de 4 quatro pessoas.

²⁶ https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=13994. Acesso em 03 de julho de 2017.

O sujeito passivo será a coletividade, tendo o objetivo de ser associar para cometer o ilícito penal.

A nova tipificação penal prevê punições para quem constituir, ou seja, compor a organização criminosa ou o grupo criminoso; organizar, integrar, manter ou custear organização paramilitar, milícia particular ou grupo de extermínio. Conforme o art. nº. 288-A do CP: "Constituir, organizar, manter ou custear organização paramilitar, milícia particular, grupo ou esquadrão com a finalidade de praticar qualquer dos crimes previstos neste código; Pena de reclusão de (4) quatro a (8) oito anos."

Não importando os atos acima mencionados, estaremos diante de comportamentos cometidos por associações criminosas, com estabilidade e durabilidade da associação, com o mero concurso de pessoas para cometerem infrações penais associativas.

A respeito da organização Paramilitar:

- a) Organização Paramilitar são associações civis, armadas e com estrutura semelhante á militar, contendo características de uma força militar; a estrutura e a organização de uma tropa ou exército, sem sê-lo.
- b) Milícia Privada; são grupos de pessoas, civis ou não com finalidade de desenvolver a segurança retirada das comunidades mais carentes, restaurando a paz.
- c) Grupo de extermínio; São considerados grupos de pessoas que tem por finalidade, de atuarem com matadores, justiceiros, que atuam na ausência do poder público, tendo como finalidade a matança generalizada, chacina de pessoas supostamente como marginais. (CUNHA, 2014. p. 656 e 657)

A organização Paramilitar não é considerada como grupos oficiais, cujo seus integrantes atuam ilegalmente, com a utilização de armas, com características equiparadas á da policia militar. Sua atuação é as mesmas usadas pelas forças policiais e militares, porém sua atuação é ilegal. As forças paramilitares usam as mesmas técnicas e táticas policiais oficiais, com finalidade de alcançarem seus objetivos.

Outrossim, ocorre com frequência a participação de pessoas pertencentes as organizações paramilitares tais como; forças militares, bombeiros, policiais civis e federais.

A Constituição Federal em seu art.5º XVII salienta em sua redação a expressa proibição da associação para os fins ilícitos de caráter paramilitar. "É plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar".

O art. 288-A do Código Penal, faz menção a ambas tipificações penais: "constituir, organizar, integrar, manter ou custear milícia particular".

Historicamente, a cerca da denominação do nome milícia, voltando aos tempos do Império, onde os Portugueses conheciam tão denominação de milícia como a de "Tropas de Segunda Linha" que atuavam na reserva auxiliar do exercito, considerada de primeira linha.

A polícia Militar, durante muito tempo foi considerada uma reserva do exercito, e passou em decorrência disso ser vista como milícia.

Na doutrina, não era comum usar a expressão milícia, quando queria-se referir a polícia militar, na formulação de uma peça processual de inicial de acusação ou lavratura de um auto de prisão em flagrante, ou de qualquer manifestação formal, era comum referir-se aos policiais militares que faziam a prisão com a nomenclatura de "Milicianos", ou seja, a própria polícia militar chamava seus integrantes (policiais militares) como milicianos. Nos dias atuais, não se pode mais usar essa denominação de milicianos, pois o termo torna a expressão agressiva e com o duplo sentido no que se quer dizer Milícia; a dificuldade da palavra milícia em sua interpretação, teve como debate em um Relatório Final da comissão Parlamentar de Inquérito (Resolução de nº 433/2008), da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, presidida pelo Deputado Marcelo Freixo, destinada a investigar a ação dessas novas "Milícias" no que diz respeito a aquele Estado. (GRECO, 2014. p. 920 e 921)

A dificuldade da expressão do termo Milícia vem se vislumbrar, no inicio do relatório. Dispondo:

"Desde que grupos de agentes do Estado, utilizando-se de métodos violentos passaram a dominar comunidades inteiras nas regiões mais carentes do município do Rio exercendo á margem da Lei o papel de policia e juiz, o conceito de milícia consagrado nos dicionários foi superado. A expressão milícia se incorporou ao vocabulário da segurança pública no Estado do Rio e

começou a ser usada frequentemente por órgãos de imprensa a partir de 2004. Ficou ainda mais consolidado após os atentados ocorridos no final de dezembro de 2006, tidos como uma ação de represália de facções de narcotraficantes á propaganda de milícias na cidade". (GRECO, 2014. p. 920 e 921)

O relatório citado no texto acima, embora de difícil interpretação, mas, porém para efeito de reconhecimento do tipo penal estabelecido pelo art. 288-A, do Código Penal. As milícias estão divididas em; "milícia pública e milícia privada". Milícias públicas que são as ligadas diretamente ao poder público e milícias privadas criadas pelo poder público, podendo ser consideradas, Militares ou Paramilitares as milícias militares são as forças policiais pertencentes á Administração Pública, tais como as forças armadas; Exército, Marinha, Aeronáutica e as forças policiais (polícia militar) tendo a polícia militar uma função determinada e específica para desempenha tais atividades da sua competência, assim, definidas como Paramilitares.

As milícias privadas, vista como uma organização criminosa que se encontrava nos parâmetros da Lei, sendo formadas por Civis, Policias e Ex-policiais. Os civis eram tidos como aqueles que não tinham participação direta ou indireta com qualquer força policial.

A milícia no início visava a proteção de comerciantes e moradores de determinada região da cidade ou de uma determinada comunidade, como a finalidade de cobrar pequenos valores de cada cidadão, que seriam devidos para custear a prestação de serviços prestados de segurança. Como as milícias costumavam andar armadas, havia sempre um confronto nas comunidades com os traficantes que eram expulsos dos locais ocupados pelos milicianos, como também os pequenos criminosos que praticavam furtos contra o patrimônio e geralmente eram mortos pelos milicianos.

A diferença entre a milícia privada e as forças policiais do Estado estava no modo de agir de cada instituto, porque os milicianos não atuavam somente em expulsar os traficantes de droga, e mantinha-se no local para marcar o território, ao contrário do que acontecia com as Forças Nacionais, que não se mantinham no local após confrontos com os criminosos da região ou de determinada comunidade, fazendo com que o que, os criminosos se estalassem novamente voltando à conduta anterior "status quo" na ocupação criminosa. (GRECO, 2014. p. 920 e 921)

O artigo 288 do Código Penal faz menção às condutas de; construir, organizar, integrar, manter ou custear grupo, para fazermos uma interpretação extensiva a respeito da abrangência do art. 288 – A e também qual os grupos que esse referido art. 288 –A abrange, temos a interpretação teológica da Lei de nº 12.720, de 27 de Setembro de 2012, que dispõe a respeito do crime de extermínio de seres humanos, razão pela qual altera o Código Penal.

O grupo de extermínio mencionado no Código Penal, só poderá ser aquele tipo mencionado ao extermínio de pessoas considerado como grupos de justiceiros, que na concepção dos justiceiros, aquele individuo merece morrer, esses homicídios poderão se cometidos mediante pagamento ou gratuitamente com a finalidade de fazer uma limpeza.

Contudo, não se confunde o extermínio de pessoas dado pela Lei de nº 12.720, de 27 de setembro de 2012, com o delito de genocídio, elencado na Lei de nº 2.889/56, o caput do art. 1º da mencionada Lei dispõe: “Pratica o crime aquele atua com a intenção de destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso”.

Já no art. 2º da referida Lei menciona para a Associação: “Associarem-se mais de 3 pessoas para a prática dos crimes mencionados no artigo anterior: Pena Metade da cominada aos crimes ali previstos”.

Segundo posicionamento do Deputado Nilmário Miranda, Presidente da Comissão de direitos Humanos da Câmara Federal:

A ação dos grupos de extermínio consiste numa das principais fontes de violação dos direitos humanos e de ameaça ao Estado de direito no país. Essas quadrilhas agem normalmente nas periferias dos grandes centros urbanos e têm seus correspondentes nos jagunços do interior. Usam estratégia de ocultar os corpos de suas vítimas para se furtar à ação da justiça, sendo que os mais ousados chegam a exibir publicamente sua crueldade. Surgem como decorrência da perda e de credibilidade nas instituições da justiça e da segurança pública e da certeza da impunidade, resultante da incapacidade de organismo competentes em resolver o problema. Os embriões dos grupos de extermínio nascem quando comerciantes e outros empresários recrutam matadores de aluguel, frequentemente policiais militares e civis, para o que chamam 'limpar' o 'seu bairro ou sua cidade'. (GRECO, 2014. p. 922 e 923)

Gerson Santana Arrais discorda:

Discordando da possibilidade de ser considerado grupo de extermínio as mortes ocorridas "gratuitamente", e amparado na definição apontada pelo ilustre Deputado mineiro, assevera: As principais características dos grupos de extermínio são a matança de pessoas, após aqueles serem recrutados ou contratados por pessoas do comércio e outras empresas. Claramente, por óbvio, que esses exterminadores não fazem esse 'serviço surjo' sem ônus, não o fazem 'de graça'. Certamente são pagos pelos contratantes – os maiores interessados. Assim são profissionais do crime que não possuem, em primeiro plano, uma relação de desafeto com as vítimas de extermínio. (GRECO, 2014. p. 922 e 923)

Dessa forma, concluímos que esses exterminadores, ao calar suas vítimas, não estão motivados por nenhum motivo de natureza pessoal, são profissionais, recebendo pelo que fazem, agindo com frieza e torpeza, por serem frios agem com futilidade e banalidade em relação ao seu modo operante, pela sua forma de agir, com profissionalismo que elevam os seus perfis, considerados bons atiradores, frios, experientes, treinados, profissionais atuando geralmente em bando, estão em grandes condições de superioridade em relação às vítimas, que nas quais, na maioria das vezes, não tem a possibilidade ou oportunidade de se defender.

Assim, pode-se compreender que não é esse modelo ou modalidade de esquadrão oficial a que se refere o art. 288-A do tipo penal elencado no Código Penal, porém aquele de natureza clandestina, que fica às margens da Lei, e tendo como finalidade principal o extermínio de pessoas.

Segundo o sociológico Ignácio Cano, em um relatório citado no final da Comissão Parlamentar de Inquérito da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro (pág.36) sobre a definição da milícia privada, quando destaca as seguintes características que lhe são relevantes, ao ponto de vista da problemática apontada:

- a) Controle de um território e da população que nele habita por parte de um grupo armado irregular;
- b) O caráter coativo desse controle;
- c) O ânimo de lucro individual como motivação central;
- d) Um discurso de legalidade referido à proteção dos moradores e à instrução de uma ordem;
- e) A participação ativa e reconhecida dos agentes do Estado.

Segundo o sociólogo Ignácio Cano, essas características apontadas elencam algumas definições dos grupos de extermínio atuantes nos locais.

2.7.1 Classificação doutrinária.

Em se tratando de crime comum, no que diz respeito ao sujeito ativo e sujeito passivo, serão considerados crimes dolosos, não havendo a possibilidade da modalidade do crime ser culposos ou comissivos, podendo também ser conforme o art. 13, inciso 2º do Código Penal, praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do status de garantidor. (GRECO, 2014. p. 922, 924 e 925)

2.7.2 Sujeito ativo ou passivo da milícia privada.

Qualquer indivíduo poderá exercer o sujeito ativo no delito da constituição de milícia privada, haja vista que o tipo penal de milícia privada não exige e não menciona nenhuma qualidade ou condição especial ao tipo penal. Já o sujeito passivo será a sociedade.

2.7.3 Objeto material e o bem jurídico protegido.

A paz pública é o bem jurídico protegido pelo tipo penal que prevê o delito de constituição de milícia privada, no que diz respeito ao objeto material, não há materialidade, portanto não há em se falar em objeto material.

A pena para o crime de constituição de milícia privada conforme o art. 288-A do Código Penal e de; 4 (quatro) anos a oito (oito) anos, sendo a Ação Penal de iniciativa Pública Incondicionada.

2.7.4 Diferença entre organização criminosa e constituição de milícia privada

A organização criminosa está tipificada no art. 288 e a constituição de Milícia privada no art. 288 – A, ambas do Código Penal. O art. 288- A ao contrário do dispositivo mencionado no art. 288, prevê que a constituição de milícia privada tem a

finalidade de praticar os crimes previstos no Código Penal, limitando se apenas ao Código Penal esquecendo a possibilidade de uma abrangência extensiva a outros mecanismos que poderiam dá extensão a esse tipo de crime, ao contrario do art. 288 do Código Penal, onde, não se tem essa limitação, bastante apenas que esteja diante de um crime, estando este previsto ou não no Código penal, ficando apenas afastadas as contravenções penais.

Outrossim, se um grupo de milicianos se reúnem com a finalidade de praticar torturas, não encontraremos a tipificação no Código Penal, e sim, na Legislação Penal Extravagante da Lei de nº 9.455/97, não seria possível o reconhecimento de tão conduta penal tipificada no art. 288-A mais sim do art. 288 ambas elencadas no mesmo Código Penal.

Em relação a pena aplicada na constituição de milícia privada podemos dizer que, é bem maior do que a pena aplicada na Organização Criminosa.

A Lei nº. 12.694, de 24 de julho de 2012, definiu, inicialmente, o conceito de organização criminosa em seu texto no referido art. 2º:

Para efeitos dessa Lei, considera-se organização criminosa a associação, de 3 pessoas ou mais pessoas, estruturadas ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagens de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a (4 quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional. (GRECO, 2014. p. 922, 924, 925, 926 e 927)

A Lei nº. 12.850 2 de Agosto de 2013 conceituou o conceito de organização modificando algumas questões do artigo e modificou também o texto anterior, revogando tacitamente, conforme remete inciso 1º e o art.1º da referida Lei da organização criminosa. O Art. 1º descreve: "Art.1º Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado."

Já no inciso 1º descreve:

Considera-se organização criminosa de 4 (quatro) pessoas ou mais pessoas estruturalmente ordenadas e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente vantagens de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional. (GRECO, 2014. p. 922, 924, 925, 926 e 927)

A máfia privada, pelos seus modos operantes é também considerada uma organização criminosa, tendo sua organização estruturada e ordenada e com divisão de tarefas, e com o objetivo de obter direta e indiretamente vantagens, não sendo essas vantagens configuradas por qualquer maneira, tendo por fim a finalidade de obter vantagens econômicas. Será necessário traçar um parâmetro acerca de cada associação criminosa, embora distintas cada uma possuem suas peculiaridades. (GRECO, 2014. p. 922, 924, 925, 926 e 927)

CONCLUSÃO

Após vasta pesquisa nos termos das Leis, e consultas extraídas de doutrinadores renomados e dos momentos históricos do início até os dias atuais, nota-se a necessidade de se criar o primeiro Código Penal que foi criado independentemente no ano de 1830 oficializado pela lei de 16 de dezembro de 1830, sancionado por Dom Pedro I após ser aprovado e decretado pela Assembleia Geral que previa que crime e delito seria toda a ação, ou omissão voluntária contrária às leis penais.

Vindo depois de alguns anos o novo Código Penal do ano de 1890 que não ficou muito tempo vigente. Só então depois de 50 anos o Brasil preocupado com o avanço da criminalidade no país, e seguindo modelos de outros países tais como; França, Alemanha, Itália, Portugal; dentre outros, que já tinham suas legislações próprias e com a tipificação penal para condutas diversas e com a definição dada para agrupamentos de pessoas tipificando por Associação Criminosa, o Brasil vendo-se sem nenhuma tipificação penal até o presente momento incluiu a nomenclatura de Quadrilha ou Bando, elaborou seu próprio Código Penal, criado pelo decreto de nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940, pelo então Presidente Getúlio Vargas, o Código Penal Brasileiro entrou em vigor apenas dois anos após, em 1 de janeiro de 1942 com 361 artigos, os dois últimos Códigos Penais de 1830 e 1890 não permaneceu por muito tempo. O código Penal de 1830, em seu art. 285 fazia menção a nomenclatura de Quadrilha ou Bando, com o intuito de tipificar a conduta de pessoas dentre 3 ou mais que se reuniam com a finalidade de cometer ilícitos, no Código do império previa a mesma definição de Quadrilha ou Bando para justificar tal conduta.

Em 1921 no Código da Argentina, já havia a tipificada de Associação criminosa, A Itália em sua legislação do ano de 1889, também priorizava a mesma nomenclatura de Associação Criminosa; a França no ano de 1810 art. 265, seguia os mesmos moldes adotando também a nomenclatura Associação criminosa, Portugal em seu art. 299, Alemanha art. 129, Espanha art. 515 também seguiu a mesmo modelo da nomenclatura de Associação Criminosa. O Brasil por sua vez tardiamente, lá pelos meados da década de 40 no século XX não tinha tipificação penal em nenhum ordenamento jurídico, tampouco em Códigos Penais sobre a Associação Criminosa,

preocupados com tais condutas o Brasil inseriu a nomenclatura de Quadrilha ou Bando no Código Penal essa preocupação em inserir Quadrilha ou Bando no art. 288 Código Penal veio com a ideia de tentar amenizar tais atividades criminosas.

O conceito de “Quadrilha ou Bando” era dado pela antiga redação à época, que denominava como o crime de associação de pessoas para as práticas ilícitas de Quadrilha ou Bando. Já em 05 de Agosto de 2013, foi elaborada uma nova Lei da Organização Criminosa de nº 12.850/2013, que entrou em vigor 45 dias depois, no dia 19 de Setembro de 2013 junto com ela veio varias mudanças conceituais e estruturadas, no que se refere á investigação criminal e os meios de conseguir provas, as infrações penais correlatas e procedimentos, a nova Lei alterou a redação do art. 288 e também a nomenclatura do crime de Quadrilha ou Bando; passando a ser chamada de Associação Criminosa, com uma definição mais esclarecedora acerca de tal instituto, estabelecendo diretrizes sobre o conceito de Associação Criminosa que passa a ser uma conduta estável e permanente com o vínculo associativo, revestido de estabilidade e permanência entre seus integrantes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERIL e LANDEOSI Advogados Associados. **Breves distinções entre o concurso de pessoas, a associação criminosa e a organização criminosa da Lei 12.850/13.** Disponível em <https://berillandeosi.jusbrasil.com.br/artigos/263901535/breves-distincoes-entre-o-concurso-de-pessoas-a-associacao-criminosa-e-a-organizacao-criminosa-da-lei-12850-13>. Acesso em 16 de janeiro de 2017.

BRASIL. **Código de Processo Penal.** Art. 83.

_____. **Código Penal.** Artigo 14.

_____. **Código Penal Brasileiro de 1940.** Disponível em https://pt.wikipedia.org/wiki/C%C3%B3digo_Penal_brasileiro_de_1940. Acesso em 25 de julho de 2017.

_____. **Superior Tribunal de Justiça.** 6 T. - Ag Rg no REsp 1011795/RJ - j. 17/03/2011.

_____. **Superior Tribunal de Justiça.** 6 T - HC 145765/RJ - J. 10/11/2009.

_____. **Superior Tribunal Federal - Pleno,** AP 481/PA, j. 08/09/2011.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito penal.** Ed. Saraiva, 2014.

CUNHA, Rogério Sanches. **Curso de Direito Penal - Parte Especial (arts. 121 ao 361).** Edição 2012 – Ed. JusPodivm, 2014.

_____, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Crime Organizado: Comentários à nova Lei sobre o crime organizado.** 2a Ed. São Paulo: JusPodium. 2014.

CURY, Rogério. **Associação Criminosa.** In: Jus Brasil. São Paulo, 2014.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito Penal: informativos do STF e STJ comentados e sistematizados.** Col. Informativos Comentados. Vol. 1. Salvador: Jus Podivm, 2010.

GOMEZ, Cássio Gonçalves Moreno. **O novo crime de associação criminosa e suas modificações.** Disponível em http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=13994. Acesso em 03 de julho de 2017.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado.** 5ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

_____, Rogério. **Código Penal Comentado.** 8ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

_____, Rogério. **Curso de Direito Penal.** Parte Geral. Vol. 1 – 17ª Ed. Niterói: Impetus, 2015.

Rogério Greco, Código Penal: comentado/Rogério Gerco-8º. ed,-Niterói, RJ:Impetus,2014. 1.256 p.;17x25 cm,

JESUS, Damásio de. **Direito Penal. Parte especial.** 16ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____, Damásio de. **Direito Penal. Parte Geral.** 33ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MAGALHÃES, Noronha e. **Direito penal.** 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

MASSON, Cleber. **Código Penal Comentado.** 2. ed. São Paulo: Editora Método, 2014.

_____, Cleber. **Direito Penal Esquematizado. Parte Geral.** v. 1. São Paulo: Editora Método, 2011.

MAZINE, Vincenzo. **Trattato di Diritto Penale Italiano.** 5. ed. Torino: ITET, 1956.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Comentários à Lei de Combate ao Crime Organizado.** São Paulo: Atlas. 2013.

MEZGER, Edmundo. **Tratado de Derecho Penal.** Revista de Derecho Privado. Imprenta: Madrid, 1955.

PINHO, Ruy Rebello. **História do Direito Penal Brasileiro: Período Colonial.** São Paulo: Bushatsy. Editora da Universidade de São Paulo, 1973.

PRADO, Luiz Régis. **Comentários ao Código Penal.** 5. ed. São Paulo: RT, 2010.

QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito Penal – Parte Especial – Volume Único.** Salvador: Jus Podivm, 2013.