

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Claudia Cristina Barrilari

O crime de quadrilha ou bando à luz da teoria do bem-jurídico penal

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora
como exigência parcial para obtenção do título de
MESTRE em Direito Penal pela Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo, sob
orientação do professor Doutor Dirceu de Mello.

SÃO PAULO
2008

BANCA EXAMINADORA

Ao Marcelo, pai dedicado, marido amoroso,
entusiasta da vida, pela força contagiante com que
luta pelos seus sonhos.

Agradecimentos

Meus agradecimentos aos professores Claudio de Cicco, Hermínio Alberto Marques Porto e Sílvio Luís Ferreira da Rocha que muito contribuíram para o meu desenvolvimento intelectual nos créditos do mestrado.

Um agradecimento especial ao meu orientador e estimado professor Dirceu de Mello, pelas lições, pela paciência, pelo incentivo e, acima de tudo, pela honradez de seu exemplo.

Aos colegas colaboradores do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, pela conjugação de idéias e ideais para um direito penal mínimo, justo e ético. Aos funcionários da biblioteca da mesma instituição, agradeço o suporte essencial ao desenvolvimento do presente trabalho.

À memória de Raimundo Pascoal Barbosa, de quem tive a oportunidade de usufruir lições preciosas do grande advogado e estudioso da ciência penal.

À minha grande amiga Maria José Constantino Petri, pelo primoroso trabalho de revisão.

Aos meus pais, meu porto seguro, por tudo, sempre.

Não se pode situar num plano secundário nem a capacidade, ao mesmo tempo crítica e criativa, do Direito, nem a vontade política idônea para fomentá-la. Ver o mundo num contexto mais humano e ético deve ser, apesar de todas as dificuldades e embaraços, que se lhe antolham, a expressão política de cada operador do Direito.

Alberto Silva Franco

SUMÁRIO

I Introdução, 13

- 1.1 Considerações iniciais, 13
- 1.2 Do fenômeno da inflação legislativa e sua relação com o crime de quadrilha ou bando, 14
- 1.3 O direito como norma pura ou atrelada ao valor, 20
- 1.4 A dicotomia das duas grandes escolas do direito penal clássico frente aos influxos axiológicos no direito penal, 26

II Da influência da teoria do bem jurídico-penal nos crimes de perigo, 30

- 2.1 Conceito de delito, 30
- 2.2 Conceito de bem jurídico, 31
 - 2.2.1 Bens jurídicos coletivos ou universais, 37
 - 2.2.2 O estudo da vítima frente aos bens jurídicos coletivos ou universais, 46
 - 2.2.3 Bem jurídico e valores constitucionais, 48
 - 2.2.4 Bem jurídico: fundamento de criminalização ou de descriminalização de condutas, 50
- 2.3 Bem jurídico e direito penal do perigo, 54
 - 2.3.1 Definição de perigo, 57
 - 2.3.2 Distinção entre crime de perigo abstrato e crime de perigo concreto, 63
- 2.4 Conceito formal de paz pública, 65
- 2.5 Bem jurídico penal e paz pública, 67
 - 2.5.1 Bem jurídico penal e paz pública nos dias atuais, 70
 - 2.5.2 Bem jurídico penal e quadrilha ou bando, 73

III Análise estrutural do crime quadrilha ou bando, 75

- 3.1 Aspectos introdutórios do fenômeno da pluralidade de delinquentes, 75

- 3.1.1 As teorias do concurso de pessoas, 75
 - 3.1.2 O concurso de agentes e a periculosidade, 76
 - 3.1.3 O concurso de pessoas no Código Penal de 1940, 80
- 3.2 O direito de reunião e a associação para delinquir, 84
 - 3.2.1 Da contravenção penal de associação secreta, 86
- 3.3 Breve análise da legislação comparada, 88
 - 3.3.1 Argentina, 88
 - 3.3.2 Itália, 89
 - 3.3.3 França, 90
 - 3.3.4 Portugal, 91
 - 3.3.5 Alemanha, 92
 - 3.3.6 Espanha, 92
- 3.4 Aspectos históricos da associação de criminosos no Direito Penal brasileiro, 93
 - 3.4.1 As Ordenações do Reino e os Códigos Penais do Império (1830) e da República (1890), 93
 - 3.4.2 Os projetos de alteração ao Código Penal da República, 95
- 3.5 Distinção entre quadrilha ou bando, 97
- 3.6 Elementos do crime de quadrilha ou bando, 98
 - 3.6.1 Associação, 98
 - 3.6.2 Estabilidade ou permanência, 102
 - 3.6.3 Finalidade de cometer crimes, 105
 - 3.6.3.1 Dois ou mais crimes, 106
 - 3.6.3.2 Crimes determinados ou indeterminados, 108
 - 3.6.3.3 Crime continuado, 111
 - 3.6.4 Quatro ou mais pessoas, 112
- 3.7 Quadrilha ou bando e concurso de agentes, 116
 - 3.7.1 Associação eventual para a prática de crimes, 117
 - 3.7.2 A participação delitiva no crime de quadrilha ou bando, 119
- 3.8 Novos rumos legislativos do crime de quadrilha ou bando e o denominado “crime organizado”, 120

3.8.1 O crime de quadrilha ou bando conforme o Anteprojeto do Código Penal de 1999 – Aprovado pela Comissão Revisora, 120

3.8.2 Projetos de lei de alteração do artigo 288 do Código Penal e da Lei nº 9034/95 em tramitação no Parlamento brasileiro, 121

3.8.3 Observações sobre a construção típica do crime organizado na legislação brasileira (Lei n.º 9034/95), 123

3.9 Notas sobre as soluções apontadas pela doutrina a respeito da legitimação do crime, 128

Conclusão, 134

Referências, 139

RESUMO

O destaque que se dá atualmente aos crimes de perigo, aliado ao aumento da criminalidade organizada, são fatores desencadeadores da ênfase que os crimes de quadrilha ou bando vêm recebendo no momento atual. A análise jurisprudencial do mencionado delito permite concluir que a incriminação por quadrilha ou bando vem sendo “vulgarizada” de modo a proliferar denúncias por quadrilha ou bando que não culminam, ou não deveriam culminar, em condenação, por não se observar a estrita realização de seus elementos normativos. O tipo do delito, seja por ser aberto, seja por prescindir do resultado material, assumiu evidente plano secundário, o que causa patente desequilíbrio na observância dos princípios basilares do direito penal.

Assim, pretende-se conduzir o presente trabalho analisando esses dois fatores, crimes de perigo e associação criminosa, e as conseqüências que se extraem, de um lado, afastando-se da legitimidade punitiva, assumindo o direito penal função eminentemente de controle social; de outro lado, procura-se a legitimação do crime de quadrilha ou bando e a adequada utilização dogmática dos crimes de perigo, com apoio no direito penal garantístico, orientado pela máxima proteção da pessoa humana.

O tema é árduo, principalmente em face da escalada da violência, fenômeno dos tempos atuais. Talvez a preocupação do jurista atual deva ser conciliar a defesa da pessoa humana, em sua mais intransigente acepção desde o Iluminismo, com o endurecimento do tratamento penal, como mecanismo apropriado para a contenção da violência.

Não se pode desprezar o incremento do risco a que se vê exposta a sociedade atual. A violência assume variadas formas e é nesse contexto que se verifica a antecipação da tutela penal, como tentativa de conter o crime no seu momento embrionário. Nos crimes de objetividade difusa, o mecanismo da antecipação da tutela é potencializado com base na crença de que só assim é possível a efetiva proteção do bem jurídico. Na outra ponta, o que se combate é a verificação do dano de forma difusa, a relação entre um crime e vítima determinada é substituída pela vitimização coletiva ou até mesmo indeterminada.

A magnitude gerada pelo interesse envolvido ou pela possibilidade de atingir inúmeras vítimas, requer a máxima proteção do bem, de modo que, em nome de uma ilusória eficiência, seja compatível apenas com a antecipação da tutela até o limite em que

não haja qualquer ameaça de risco ao bem tutelado. É o que se verifica em determinados crimes ambientais, a título de exemplo.

A questão principal consiste em encontrar um ponto de equilíbrio, ou seja, em descobrir a partir de que momento é legítima a atuação da tutela penal, especialmente no que se refere ao crime de quadrilha ou bando. Esta indagação está diretamente relacionada à clássica concepção do direito penal como *ultima ratio* do sistema normativo.

Palavras-chaves

(crimes de perigo; crime de quadrilha ou bando; legitimação punitiva; incremento do risco; direito penal; *ultima ratio* do sistema normativo)

ABSTRACT

The highlight currently given to danger crimes, allied to the organize criminality increase, are strong triggering factors of the focus received by gang crimes at the current moment. The caselaw analysis of the mentioned criminal offense makes it possible to conclude that incriminations due to gangs has been “vulgarized”, in order to proliferate denounces due to gang that do not culminate or should not culminate in conviction, as the strict occurrence of their normative elements. The offense type, either for being open or for prescinding material results, assumed an evident secondary plan, which cause an evident unbalance in the criminal law fundamental principles compliance.

Thus, we intend to conduct the present work analyzing those two factors, danger crimes and criminal association, and the consequences derived from, of the one side, leaving the punitive legitimacy aside, with the criminal law assuming an eminently social control function; of the other side, it is sought the gang crime legitimacy and the adequate dogmatic use of danger crimes, supported by the guaranty criminal law, guided by the human being maximum protection.

The topic is arduous, mainly in face of the violence escalation, a phenomenon of the current times. Maybe the current jurist concern should be to conciliate the human person defense, in its strictest acceptance since Enlightenment, with the criminal treatment hardening as an appropriate mechanism for violence containment.

The risk increment to which the current society is exposed cannot be despised. Violence assumes varied forms, and it is in this context that the criminal advance relief is verified, as an attempt to contain crime at its embryonary moment. In crimes of diffuse objectivity, the advance relief is potentialized based on the belief that this is the only way to effectively protect the juridical stead. At the other end, what is fought is the damage verification in a diffuse way, the relation between a crime and a determined victim is replaced with collective or even undetermined victimization.

The magnitude generated by the involved interest or by the possibility of affecting innumerable victims requires the maximum protection of the stead, so that, in the name of an illusory efficiency, it be compatible only with advance relief up to the limit at which the

protected stead is not under any risk threat. This can be verified in certain environmental crimes, for instance.

The main issue consists in finding a balance point, that is, in discovering as from which moment the criminal advance relief actuation, especially in reference to gang crimes. This question is directly related to the classic conception of criminal law as the normative system *ultima ratio*.

Key-words

(danger crimes; gang crimes; punitive legitimacy; risk increment; criminal law; normative system *ultima ratio*)

I INTRODUÇÃO

1.1 Considerações iniciais

Uma das primeiras preocupações que a abordagem do trabalho encerra é a conceituação do bem jurídico-penal e, conseqüentemente, a conceituação dos crimes de perigo, de acordo com as teorias jurídicas que combatem a pura exegese ao tratar o direito como fenômeno social, ético e histórico.

Grande parte da nossa doutrina e também da jurisprudência mantêm uma postura conservadora quando chamadas a se pronunciar sobre alguns pontos do direito penal, os quais apresentam, em comum, aquilo que pode ser denominado de antecipação da tutela penal. Dentre esses pontos merece destaque a tipificação de crimes de atentado, a punibilidade da tentativa, a construção dogmática de crimes de simples atividade ou mera conduta e também dos crimes de perigo. Tal aspecto relaciona-se diretamente à função preventiva do direito penal.

A postura mencionada é conservadora porque não atende aos interesses próprios do direito penal liberal, isto é, próprios de um Estado democrático.

O direito penal liberal, por sua vez, tem caráter limitado e não está predisposto a atuar em caráter antecipado, muito ao contrário, é garantia do indivíduo, assegurada constitucionalmente, a preservação da liberdade, de modo que a tutela incida apenas quando necessária.

É certo que o ordenamento jurídico como um todo dispõe de vários meios para combater ou sancionar o ilícito que não só a sanção penal. Reserva-se o direito penal, e aí reside sua característica de subsidiariedade, somente para a lesão ou exposição a perigo de determinado bem jurídico no qual a proteção de outras áreas do direito restou inócua ou insuficiente.

A questão é saber se é lícito conciliar essa tutela antecipada, mormente a que ocorre nos crimes de perigo abstrato, com o caráter limitado do direito penal. Tal caráter limitado

subdivide-se, segundo Francisco de Assis Toledo¹, em dois aspectos: o primeiro decorrente da subsidiariedade, devendo o ordenamento jurídico buscar a tutela, primeiro em outros ramos do direito, para, só então, falhando na missão de proteger o bem jurídico, recorrer ao direito penal. O segundo, exigindo a seleção dos fatos ilícitos mais graves para justificarem a tutela penal, conferindo caráter fragmentário ao direito penal.

Tal limitação, característica do direito penal como *ultima ratio*, também denominado de direito penal mínimo, embora desejada, pouco é observada pelo legislador. Não só no Brasil, como também no direito estrangeiro. Não só nos dias de hoje como também no passado. Por tal motivo, afigura-se correto dizer que ainda é atual a recomendação de Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria, feita no parágrafo XLI de sua famosa obra: “Se se proíbem aos cidadãos uma porção de atos indiferentes, não tendo tais atos nada de nocivo, não se previnem crimes: ao contrário, faz-se que surjam novos, porque se mudam arbitrariamente as idéias ordinárias de vício e virtude, que todavia se proclamam eternas e imutáveis.”²

1.2 Do fenômeno da inflação legislativa e sua relação com o crime de quadrilha ou bando

Convive-se com o ordenamento penal inflacionado, manuseado mais como instrumento político do que como meio predisposto para a manutenção efetiva da ordem no grupo social.

O legislador brasileiro, a exemplo das legislações estrangeiras³, utiliza, não raras vezes, da antecipação da tutela penal, para proibir um número cada vez maior de condutas.

¹ *Princípios básicos de direito penal*, p. 14.

² *Dos delitos e das penas*, p. 126

³ José CEREZO MIR, em comentário ao então projeto do Código Penal espanhol de 1992, critica o legislador espanhol pela opção feita em se distanciar do princípio da mínima intervenção. Segundo esse princípio, o direito penal deveria intervir apenas quando resultar insuficiente as sanções de outros setores do ordenamento jurídico, sendo, assim, o último recurso para a proteção dos bens jurídicos. Nesse sentido, critica a tipificação do crime de dano culposos, que poderia apenas constituir um ilícito civil, resolvendo-se no campo da indenização. O projeto referia-se a imprudência grave e danos causados em museu, biblioteca, instituição análoga ou bens de valor histórico, artístico, científico, cultural ou monumental. Afirma o citado doutrinador, por fim, que os defensores da tipificação do dano culposos sustentam que no campo civil não se efetivaria a desejada prevenção, principalmente no campo dos crimes de trânsito e de meio ambiente, pois nessas tutelas a culpa incrementa um perigo também para a coletividade. Soma-se a esses motivos, o fato de ser o direito

O que poderia ser tutelado no campo administrativo⁴ com maior eficácia, por questões políticas ou por descuido de técnica, passa a ser tutelado no campo penal. A tutela penal assume verdadeiro papel simbólico quando passa a mensagem de ser o meio apropriado para o combate da violência.

É necessário enfrentar o problema e reconhecer que esse é um caminho ineficaz, mas escapa aos objetivos do presente trabalho a análise das políticas públicas necessárias ao combate da violência. Já o direito penal tem seus princípios abalados quando é manejado seguindo os rumos traçados por uma política criminal imediatista e repressora.

Várias leis⁵ apresentam dispositivos penais para o descumprimento de suas disposições, como se a tutela penal fosse garantia de observância das mesmas, sendo que

penal a via mais rápida e segura para obter a indenização dos danos. Ao que Cerezo Mir responde com perspicácia, que essa rapidez poderia se conseguida no âmbito do processo civil. *Temas fundamentales del Derecho Penal*, tomo II, pp. 176-178.

Em nosso ordenamento, o artigo 62 da lei 9605/98, na esteira do código penal espanhol, prevê a tipificação do dano culposos, em relação ao bem especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial (difícil se faz precisar com exatidão o objeto protegido por evidente a falta de clareza e objetividade do conceito), e ainda, arquivo, registro, museu, biblioteca, pinacoteca, instalação científica ou similar protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial. Esse é mais um exemplo da tutela penal antecipada, desprestigiando princípios como o da subsidiariedade.

⁴ A propósito, destaca-se, no direito estrangeiro, o denominado direito de mera ordenação social, surgido na Alemanha em meados no século passado e logo inserido na legislação de Portugal, Espanha, Itália e outros países europeus. A tal ramo do direito reserva-se a ordenação de condutas sociais cuja inobservância gera uma sanção, geralmente de multa, ou em alguns casos, restrições de direitos. Muitos ilícitos saíram dos códigos penais para integrar esse novo ramo, de modo a preservar o caráter subsidiário e de *ultima ratio* do direito penal.

⁵ No Brasil é comum a técnica legislativa de dispor da tutela de determinados bens jurídicos como o código de defesa do consumidor (lei n. 8078/90), o estatuto da criança e do adolescente (lei n. 8069/90), a lei de licitações e contratos públicos (lei n. 8666/93), a lei da propriedade industrial (lei n. 9279/96), o código de trânsito brasileiro (lei n. 9503/97), o estatuto do idoso (lei n. 10741/03) entre outros, inserindo em um mesmo contexto normativo a proteção civil e a tutela processual do direito material, somadas a ilícitos administrativos decorrentes da inobservância das determinações legais, culminando com a tipificação de crimes para a prática de certos atos. Apesar do excesso de disposições penais e administrativas para reforçarem e forcem a observância das condutas tuteladas, demonstra a prática de nossos Tribunais que a efetiva repressão, e aqui nos restringimos às condutas penais, não ocorre. Há, em verdade, uma grande distância entre a realidade dos fatos e o sistema normativo. Em termos de defesa do consumidor, por exemplo, o Brasil vem paulatinamente progredindo no que se refere a fazer conhecer da população os direitos do consumidor, e apresentar mecanismos hábeis de defesa, principalmente por entidades públicas predispostas à defesa do consumidor, de modo que a defesa do consumidor é exercida preponderantemente fora do âmbito penal. Em maior ou menor grau, o mesmo ocorre quando da proteção dos demais bens tutelados. Em certa medida, acreditamos que o fenômeno da inflação legislativa acaba por encontrar campo fértil na falta de verificação em concreto da persecução criminal. Já que na prática dos Tribunais não é freqüente a existência de processos envolvendo as condutas tipificadas, pouco há de debate técnico acerca dos crimes e o legislador mais e mais opta pelo direito penal quando da tutela de bens jurídicos relevantes. A dissociação entre a prática e a norma não pode servir de fator a justificar a produção de figuras típicas sem que se observe a estrutura principiológica do direito penal, há que se defender até com mais ênfase a observância de regras, de modo a não permitir que o direito penal adquira elasticidade que o permita conviver com a relativização de regras matrizes. O que se deve buscar é um eixo de equilíbrio que propicie tal objetivo.

poderiam ser mais bem tuteladas no campo da responsabilidade civil, ou do direito administrativo, com a adoção de medidas sancionatórias administrativas.

Não é de hoje que a doutrina clássica busca encontrar uma explicação eficiente para a distinção entre os ilícitos civil, administrativo e penal. Nelson Hungria, após apresentar diversas teorias⁶, conclui que é impossível encontrar uma distinção ontológica entre os ilícitos. De tal modo que a distinção é meramente de quantidade ou gravidade. Certo, contudo, é reservar a pena como último recurso para restabelecer a ordem jurídica violada.

Contudo, verifica-se que a opção do legislador nacional parece ser ampliar o leque da tutela de modo a fazer incidir a proteção em vários campos do direito. Ou então, no que se refere especificamente ao direito penal, tutelar em graus variados de intensidade as várias formas de exposição à lesão do bem jurídico. Com isso, surge a proliferação da utilização da técnica do perigo abstrato para a criação de tipos de crimes. Abusa-se da incriminação de fatos independentemente do dano produzido, bem como da incriminação de fatos cujo dano, ainda que existente, seja insignificante. Em função de tais fatores a questão que se coloca é: que espécie de crimes é necessário punir.⁷

É notório, nos dias atuais, o aumento da criminalidade em geral. Os meios de comunicação especializaram-se na divulgação da violência. A cultura do medo predomina nos centros urbanos e pouco a pouco chega às pequenas cidades. O consumo desenfreado, a sociedade de massa, o desemprego, a concorrência, a queda das barreiras culturais com a conseqüente homogeneização social são fatores que contribuem para o desenvolvimento da criminalidade organizada, da criminalidade econômica.

Ao lado desses fatores, há o incremento da tecnologia e da biotecnologia, devendo o direito penal, por força constitucional em alguns casos, “tutelar esses novos direitos,

⁶ *Comentários ao Código Penal*, vol. I, t. II, pp. 26-35.

⁷ “Mas, na época em que vivemos, com os problemas criados pelo surgimento de uma criminalidade violenta, crescente e geograficamente expansiva, parece ser oportuno indagarmos não apenas o “que é o crime”, mas “que crime”? Com isso mudamos o velho enfoque clássico e, sensíveis às revelações de uma Criminologia moderna, passamos a questionar o próprio elenco legal dos crimes. Vale dizer, que espécies de crime desejamos hoje punir? A sedução, o ato ou escrito obsceno, o adultério, a lesão corporal levíssima ou leve, o curandeirismo, a injúria verbal, o pequeno furto etc., ou haverá fatos mais graves a exigir a atenção de nossa Justiça Criminal, que não deveria ser sobrecarregada com toda essa miudeza de infrações penais sem expressão ou facilmente solucionáveis em juizados especiais ou em outras esferas de jurisdição? Em outras palavras, o momento atual recomenda a ampliação indiscriminada do leque de crimes ou, ao contrário, uma seleção mais rigorosa das condutas dignas de castigo na esfera penal? Eis aí o tema central de uma moderna Política Criminal.” São palavras de Francisco de Assis TOLEDO, A lei, o crime, a pena, in *Estudos jurídicos em homenagem a Manoel Pedro Pimentel*, p. 127.

criminalizando os atentados contra o meio ambiente, os abusos graves de recursos tecnológicos, o uso indevido da informática, os perigos e os danos resultantes do uso da energia nuclear, e as manipulações possíveis e alarmantes da engenharia genética.”⁸

Deseja-se um direito penal que tutele o indivíduo, a sociedade e que para tanto seja repressor, eficaz. Vivemos sob a cultura do medo, é verdade, mas podemos admitir em face de uma provável segurança, o recrudescimento do direito penal, o menoscabo dos princípios garantísticos? Nesse panorama inserimos a crescente produção legislativa dos crimes de perigo, como uma tentativa de coibir a ameaça já em sua etapa embrionária, a antecipação do direito penal como forma de proteção e defesa, fortalecendo-o apenas no já apontado aspecto da prevenção.⁹

O crime de quadrilha ou bando teve seu panorama modificado em razão de alterações legislativas significantes advindas após a década de 1990. Vários textos legislativos surgiram ou foram elaborados fazendo referência direta à figura da quadrilha ou bando. Embora o tipo penal seja o mesmo dado pelo legislador do Código Penal de 1940, a análise superficial da jurisprudência demonstra que atualmente os fatos que se subsumem, tanto na descrição típica original do código quanto em leis esparsas que lhe fazem referência, são diversos daqueles. Esse fenômeno não é exclusivo do direito brasileiro, outras legislações depararam-se, em momentos diversos, com novas incriminações envolvendo o delito de associação criminosa, e, principalmente, com questionamentos por parte da doutrina acerca da legitimação do delito.

Especialmente no que se refere aos novos contornos da utilização legislativa do crime de quadrilha ou bando, destaca-se a relação entre a antecipação da tutela penal e a crescente produção legislativa.

Em 1990, a denominada Lei de Crimes Hediondos – de n. 8072/90 – cuja característica repressora, em relação aos crimes de quadrilha ou bando, é evidenciada pelo

⁸ Cf. Luis LUISI, *Os princípios constitucionais penais*, p. 107.

⁹ Leggitimata *negativamente* dall'importanza dei beni da tutelare, una anticipazione della tutela va incontro a difficoltà crescenti, quanto più ci si allontana dalla concreta lesione del bene protetto. La categoria del pericolo astratto, in particolare, definisce una tecnica di tutela così anticipata, che lo stesso rapporto fra la condotta vietata ed il bene si fa problematico; la realistica rivalutazione di tale tecnica di tutela, nella dottrina più recente, si preoccupa di indicarne condizioni e limiti di legittimità, con riguardo sia agli aspetti funzionali (correttezza della descrizione delle situazioni di pericolo, idoneità preventiva della norma) sia all'incidenza su sfere generali di libertà e su eventuali specifici controinteressi." Cf. Domenico PULITANÒ, *Obblighi costituzionale di tutela penale?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, p. 501.

teor de seu artigo 8º, estabelece novas penas para o supra mencionado crime quando se tratar de crimes hediondos ou a eles equiparados.

Passada mais de uma década, apesar de a lei ter sofrido recente alteração, em atendimento aos reclamos já existentes desde seu advento, quanto à inconstitucionalidade de alguns de seus dispositivos, ainda hoje, o crime de quadrilha ou bando, quando se tratar de crimes hediondos ou equiparados, é apenado em três a seis anos de reclusão, pelo só fato da associação, em evidente desproporcionalidade exigida pela correlação crime-pena.¹⁰ Outro exemplo da aplicação desproporcional da pena encontra-se na forma qualificada do crime de extorsão mediante sequestro. Um dos meios pelos quais se qualifica o crime reside no fato de ser o mesmo praticado por quadrilha ou bando, cuja pena original na redação do Código de 1940 era de oito a vinte anos de reclusão. A Lei n. 8072/90 alterou o dispositivo para elevar o mínimo da pena a doze anos de reclusão.

Em 1995, o advento da lei n. 9034 provoca profundas alterações no panorama dos crimes de quadrilha ou bando com a previsão de um procedimento peculiar para os ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações e associações criminosas de qualquer tipo. Referida lei foi recebida com crítica por grande parte da doutrina¹¹ principalmente no que se refere à falta de tipificação legal para aclarar o sentido de organizações e associações criminosas.

Ainda no mesmo ano, a lei n. 9080, altera dispositivo da lei n. 8137/90, para agregar a figura da delação premial aos crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo quando praticado em quadrilha, prevista também na lei n. 9034/95.

Por sua vez, a lei n. 9613/98, conhecida por Lei de Lavagem de Dinheiro, prevê, em seu artigo 1º, que é crime de lavagem: ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime praticado (inciso VII) por organização criminosa. Além disso, há que se mencionar o artigo 35 da lei 11343/06, lei de drogas.¹²

¹⁰ Sobre o art. 8º da lei nº. 8072/90 ver Alberto Silva FRANCO, *Crimes hediondos*, pp. 361-364.

¹¹ Ver por todos Alberto Silva FRANCO, Crime organizado, in *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*, v. 1, Coord. Alberto da Silva FRANCO e Rui STOCO, pp. 573-594.

¹² Cf. Alberto Silva FRANCO, *Crimes hediondos*, pp. 364-378.

Como situar os crimes de perigo entre o direito penal da *ultima ratio* e a crescente produção legislativa que, na ânsia de falsamente proteger a sociedade, chega até mesmo a prescindir da efetiva colocação em perigo do bem para incriminar condutas.

Há crimes de perigo que se legitimam pela efetiva ameaça que trazem ao bem tutelado, quanto mais relevante é o bem tutelado, caminha o direito penal numa escala de valores para proteger o bem jurídico em todos os momentos possíveis da agressão, desde o dano efetivo, conduta mais grave, passando pela ameaça do dano até atingir a exposição a perigo. É o que se verifica, a título de exemplo, com o homicídio, a lesão corporal, agravada quando resultar perigo de vida, até chegar ao crime de periclitamento da vida e da saúde.

O que se questiona é a tipificação de condutas despidas de potencial para causar dano social, ou seja, a simples ameaça apenas na fase embrionária como algo passível de sanção.

O direito precisa acompanhar o desenvolvimento do grupo social, reconhecendo que o fundamento do Estado é a dignidade da pessoa humana e um de seus objetivos fundamentais é a construção de uma sociedade livre e justa.

A introdução tem por objetivo justificar a necessidade de compreender o direito, e especialmente o direito penal, enquanto objeto do presente estudo, em sintonia com os valores inerentes à sociedade, servindo de instrumento para a realização da justiça, elevando a dignidade da pessoa humana a valor supremo, diretriz do ordenamento jurídico.

No segundo capítulo será abordado o bem jurídico, enquanto instrumento do direito penal liberal, voltado para, dentro de um contexto político-dogmático, legitimar o direito penal, ordenando-o com os valores inerentes ao ordenamento jurídico. Em seguida, será feita uma introdução ao tema dos crimes de perigo, partindo de sua evolução histórica e de seu conceito dogmático.

No terceiro capítulo, o objeto será o crime de quadrilha ou bando, seu desenvolvimento histórico, legislação comparada e sua nova dimensão após o advento da malfadada lei do crime organizado.

Por fim, propõe-se um direito penal eticamente necessário, como forma de fortalecer a proteção das garantias, a dignidade da pessoa humana e a não subsistência de

crimes que antecipem a tutela penal para um momento anterior à provocação de perigo ao à produção de dano ou ameaça.

1.3 O direito como norma pura ou atrelada ao valor

Qual o limite que se impõe ao legislador ao tutelar determinado bem jurídico sob o manto do direito penal? Deve o direito atender aos reclamos da sociedade, quando acuada com o crescimento da violência, passa a exigir um aumento de rigor do sistema penal? Ou, por outro lado, a proliferação de idéias contrárias ao aumento de rigor do sistema penal, apesar de caminhar na contramão das expectativas da sociedade, legitima-se apenas quando se obedece ao valor fundamental da dignidade da pessoa humana? Até que ponto é necessário buscar um equilíbrio entre a função de prevenção do direito penal e os princípios democráticos asseguradores de direito?

Mais do que responder a essas indagações. Pretende-se estabelecer premissas para que o tema central do trabalho seja compreendido sob um enfoque não apenas dogmático. O objeto da questão é compreender o direito sob um prisma não apenas estritamente formalista, inserido na dinâmica social, absorvendo valores, atrelado a sua finalidade que é a realização da justiça¹³.

A opção metodológica feita, optando por aproximar a dogmática das condições de vida na sociedade que estão em constante evolução, obrigando os operadores do direito a

¹³ Aníbal BRUNO já em sua obra *Direito penal*, sustentava que o direito penal não poderia prender-se exclusivamente ao rigor técnico, distanciando-se da realidade. Nesse sentido, em mais de uma passagem defende o valor da crítica, que retira inspiração dos princípios da dogmática, da política criminal e das ciências causais-explicativas do crime, para manter a atualização do direito. Afirma que: “a maioria dos dogmáticos refutariam essa posição da crítica dentro da ciência do Direito Penal. Mas é ela que concilia, como vimos, o rigor da técnica com o sentido das forças empíricas que movem o fenômeno do crime, e sem deformar o Direito como ele realmente existe, estabelece uma relação entre o presente e o futuro, útil à compreensão, que poderíamos chamar evolutiva, do Direito vigente e hoje mais do que nunca justificada, quando os Códigos penais, com as concessões que têm feito às exigências fundamentais da corrente de inspiração naturalista, revelaram que o Direito Penal está dentro de uma renovação profunda nesse sentido. E assim ele evita o perigo maior do tecnicismo, que é fazer perder ao jurista o sentido do histórico, cerrando o Direito vigente como coisa acabada e entorpecendo-lhe o movimento para a sua evolução e transformações oportunas, o que nos levaria, por fim, por caminhos diversos, à idéia de um Código ideal, perpetuamente válido, contra a qual valeria renovar a batalha que SAVIGNY conduziu através do historicismo.” *Direito penal*, t. I, pp. 41-42

encará-lo concretamente, não quer significar a adoção de um método sociológico, ou o repúdio à lei positivada do Estado.¹⁴

Entende Miguel Reale que a mudança reside nos pressupostos que se deve adotar e não propriamente na natureza do método, pois, nos dois casos o método será sempre jurídico. Miguel Reale parte da suposição de que as teorias do direito em geral equivocam-se na separação que fazem entre norma, fato e valor, pois estudam o direito apenas sob o ângulo de um só desses vetores, sem que haja interação entre eles, tratando do direito ora como fato social, ora sob o prisma do justo ou ora analisando a norma. Ele enxerga o direito como uma realidade tridimensional, o direito é sempre fato, valor e norma.¹⁵

A ciência do direito deve se ocupar da interação desses vetores que parte do fato e chega até a norma através do caminho do valor. Assim, o direito está sujeito aos influxos do processo histórico e também aos valores da sociedade. Contudo, para a “movimentação” entre fato, valor e norma não ficar sujeita a variáveis de modo a aproximar-se de um relativismo não desejado, o direito deve ter como fim a pessoa humana, devendo estar ligado ao homem e ao contexto social no qual ele se insere.

A idéia de justiça, para legitimar as normas jurídicas, deve ter a pessoa humana como fonte de todos os valores.

O desafio que enfrenta o direito na atual conjuntura é ter como fim a realização da justiça não como retórica, é ser efetivo, realista.

Relacionar o direito ao seu momento histórico será conclusivo para entender que o fortalecimento da idéia de se conceber o direito com base na lei escrita teve seu nascedouro no período iluminista, período marcado pela necessidade de fortalecer os direitos do homem frente ao Estado.

¹⁴ Segundo Jorge de FIGUEIREDO DIAS: “não há como se dissociar a infração criminal dos componentes externos, sociais como também dos internos, individuais, pois ambos apresentam-se como componentes da realidade humana. De tal modo que já no século XIX o crime se tenha tornado objeto de uma multiplicidade de ciências, não só as auxiliares da ciência normativa do direito penal: a história, filosofia, como também de outras ciências sociais relacionadas ao crime: a sociologia criminal, a antropologia criminal, a psicologia criminal, a psiquiatria criminal e outras, formando um conjunto de disciplinas científicas que, tendo o crime como objeto, foi denominado por von Listz de enciclopédia das ciências criminais. Advoga o autor que o conhecimento dessas ciências deve ser levado em conta pela ciência estrita do direito penal, a dogmática jurídico-penal, não significando com isso tornar a dogmática jurídico-penal uma ciência interdisciplinar”. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*, p. 22.

¹⁵ Cf. *Teoria tridimensional do direito*.

As relações sociais proliferaram na sociedade moderna, o tempo já não tem a mesma medida, de modo que a lei escrita apresenta-se cada vez mais insuficiente para acobertar o manto das relações existentes entre os homens na sociedade.

O direito deve relacionar-se com as características próprias do Estado de cada época. Assim, é próprio do estado liberal o fortalecimento do sistema normativo como forma de manutenção das garantias conquistadas. O princípio da legalidade, e conseqüentemente, a vontade do legislador, é o mecanismo hábil que permitiria afastar o arbítrio e a manipulação dos interesses da minoria por intermédio da ordem normativa.

O estado legalista tem como uma de suas principais conseqüências estabelecer a idéia de que a lei é a fonte primária do direito. A colocação da lei como fonte permite concluir que a forma adquire maior importância que o conteúdo, de modo que se relega a um plano secundário a questão da interpretação do direito.

Passado o período humanitário, com destaque para as idéias liberais e individualistas trazidas pelo Iluminismo, verifica-se o surgimento de profunda modificação social, marcada pela revolução industrial; essa crise do Estado liberal faz com que se procure outro tipo de Estado, onde se assegurem os direitos individuais, mas onde também sejam impostas obrigações ao indivíduo, reconhecendo que os cidadãos têm direitos de cunho social

Quando o Estado de direito formal foi substituído pelo estado social, assume relevo a promoção e a realização do desenvolvimento do sistema social, o homem é encarado não mais sob o prisma individualista, mas sim inserido no contexto social.

Como forma de proteção dos direitos fundamentais do homem, atrelado à necessidade de limitação do poder estatal, há o advento, no século XVIII, da teoria da Constituição, cujo desenvolvimento é construído ao redor da idéia de um documento escrito e solene, que respaldasse a organização adequada do Estado.

A legitimidade, a limitação do Estado substitui a noção de Estado Legalista pela de Estado Constitucionalista, na medida em que a supremacia da Constituição deve funcionar para limitar formal e materialmente os órgãos estatais.

A respeito desse tema, o processualista italiano Piero Calamandrei, via necessário encontrar um meio jurídico de limitar a onipotência jurídica da legalidade. Apontava a dificuldade de encontrar uma solução que devesse ser jurídica, pois o sistema da legalidade

era apoiado na lei escrita e assim deveria manter-se para a preservação do próprio sistema, coluna mestra na qual se apóia a certeza do direito.

Nesse sentido, ainda na visão de Calamandrei, como não seria possível considerar qualquer direito meta-jurídico como limite à onipotência do legislador, era necessário encontrar um caminho para que o direito natural fosse do campo filosófico para o campo jurídico. Esse caminho, afirma o autor, partiu do reconhecimento do direito de liberdade, como realidade moral preexistente ao Estado, e, portanto, positivada com força superior à própria lei positiva.¹⁶

Vemos nos dias atuais o Estado voltar-se para a pessoa humana, desse modo a democracia é instrumento para que alcancemos um estado personalista; a Constituição, para além da limitação estatal, é eleita como porta voz dos valores inerentes ao homem.

É também fruto da história o reconhecimento de que o direito deve ser extraído das relações concretas existentes entre o homem, atendendo a sua mais antiga concepção no sentido de realização de justiça. Um dos caminhos traçados para tanto consiste em extrair dos valores extrínsecos do ordenamento jurídico, limites para a proteção do homem frente ao Estado, o que, no último século, evidenciou-se como necessidade, após as atrocidades cometidas na Segunda Grande Guerra, mormente na Alemanha nazista.

Os princípios jurídicos estabelecem o elo entre a dogmática e o pensamento orientado a valores. Segundo afirma Karl Larentz, os princípios jurídicos são pautas gerais de valoração em relação à idéia do direito que têm por função serem fundamentos

¹⁶ “Per arrivare, dunque, a dare un limite pratico alla onnipotenza giuridica delle leggi bisogna far discendere questo <<diritto naturale>> dal campo filosofico nel campo più propriamente giuridico: bisogna che esso, da sentimento disarmato e sprovvisto di sanzione esterna diventi a sua volta legge positiva superiore alle leggi positive, limite pratico a quel potere che il legislatore há di limitare praticamente la libertà dei sudditi. Questo appunto si volle fare colla famosa dichiarazione dei <<diritti dell’uomo e del cittadino>>, che sulla fine del secolo XVIII fu, in America e in Francia, la premessa fondamentale della nuova legalità uscita dalle rivoluzioni.” Piero CALAMANDREI, *Opere giuridiche*, v. III, p. 100.

“Sicché, in conclusione, questi <<diritto di libertà>> rappresentarono, e rappresentano ancora in tutti gli ordinamenti che tuttora li rispettano, non solo il riconoscimento di questa insopprimibile realtà che è la coscienza individuale considerata in sé, fonte naturale di una autonomia morale che le leggi esterne non possono ignorare, ma altresì lo strumento insostituibile per raggiungere nell’interesse comune quella piena legalità che, come si disse, non si può conseguire se non attraverso la effettiva partecipazione di tutti i cittadini allá creazione del diritto. La proclamazione di questi <<diritto di libertà>> entro così a far parte integrante della costituzione dello Stato, cioè di quell’atto solenne con cui si creavano i limiti dell’autorità. Anche le leggi in cui tali diritti erano proclamati furono comprese tra le leggi *costituzionali*; considerate cioè come le <<superleggi>> che lo stesso legislatore non poteva abrogare, come non poteva varcare i limiti o distruggere i congegni della legalità da cui derivavano i suoi poteri.” Idem, p. 102.

justificativos das regras jurídicas aplicáveis. Estão em grande parte declarados na Lei fundamental tendo, assim, dignidade constitucional.¹⁷

Tais princípios, por outro lado, são deduzidos do sistema, ou declarados em lei, mas o que importa é a relação estabelecida entre os princípios e a referência à idéia de direito.

Apesar de não terem concretização, distinguem-se de acordo com a potencialidade de concretização, sendo que, no grau mais elevado não têm nenhuma especificação de previsão e consequência jurídica, refere-se a uma “idéia jurídica geral” destacando-se a função de orientação das normas, de direcionar, conduzir a concretização ulterior.

Cita o autor mencionado, como exemplo, os princípios do estado de direito, do estado social e do respeito da dignidade humana. Outros princípios já trazem uma especificação de previsão, aproximam-se das normas. Em resumo, há uma hierarquia principiológica, alguns com menor ou maior poder de irradiação no sistema. São todos ordenados à otimização do sistema, de modo que, quando surge um conflito, cada um cede perante outro de forma a subsistir a melhor aplicação de cada um.¹⁸

A inserção do direito penal dentro de uma pirâmide valorativa deve necessariamente estar em sintonia com o estado democrático de direito, cujo fundamento é a dignidade da pessoa humana, e tem como princípio a construção de uma sociedade livre que assegura a liberdade do indivíduo.

Contudo, parece haver certa incongruência entre o discurso normativo e a realidade social. Apesar de o direito constitucional, especificamente a Constituição de 1988, albergar normas definidoras dos direitos fundamentais, verifica-se que falta coerência e sistematização no ordenamento jurídico pátrio como um todo.

A legitimação do direito penal, inserida logicamente no contexto jurídico brasileiro, ao retirar seu fundamento de validade do princípio fundamental da liberdade do indivíduo, deveria responder aos reclamos de uma intervenção punitiva minimalista, ordenada como *ultima ratio* do sistema. Não é o que ocorre, apesar dos princípios constitucionais garantidores previstos no ordenamento. Em sentido similar é o mesmo que transformar os direitos sociais previstos na Constituição em realidades fenomênicas. Como se a previsão

¹⁷ *Metodologia da ciência do direito*, p.316.

¹⁸ Cf. Karl Larentz, *Metodologia da ciência do direito*, pp. 674-676.

constitucional do direito ao trabalho ou a moradia tivessem, por si só, a capacidade de se ‘materializar’ na sociedade.

A tal paradoxo José Joaquim Gomes Canotilho faz referência quando aborda o discurso jurídico normativo que se apóia na crença (infundada) de que as normas constitucionais são suficientes para dar respostas aos problemas de garantia, proteção e realização dos direitos fundamentais.¹⁹

As normas constitucionais passam assim por um processo crítico e questionador, para o qual se voltam os estudiosos do direito constitucional na tentativa de encontrar um novo eixo referencial. Segundo Canotilho é necessário que haja uma adequação da esfera jurídico-constitucional a diferentes âmbitos sociais e a diferentes práticas sociais. Nesse contexto faz referência à dificuldade existente em conciliar o direito constitucional e, conseqüentemente, os esquemas formais normativos, com os problemas da globalização, do meio ambiente, da biotética, etc.²⁰

Esse é o desafio que se impõe: tornar efetivas as normas constitucionais, de modo a assegurar a liberdade do indivíduo direcionando o sistema penal àquelas situações que mais gravemente comprometem a normalidade da vida social. Dessa forma, o direito penal, para que haja unidade e coerência no sistema jurídico, restará submetido aos princípios garantísticos do ordenamento.

Há que se falar ainda na necessidade de reconhecimento de que o risco é inerente à sociedade contemporânea, além de ser apontado como um dos efeitos decorrentes da globalização. No campo penal, o risco é fator responsável pelo incremento da intervenção. Sendo assim, torna-se difícil compatibilizar os princípios garantidores da liberdade do indivíduo na sociedade com o direito penal sendo manejado para afastar os riscos presentes na sociedade atual.

Um dos efeitos perversos da globalização, segundo aponta José Eduardo Faria, é confrontar os valores que foram frutos das conquistas dos direitos humanos a partir das lutas anti-absolutistas com a nova ordem da economia mundial. O fato de não ser mais o Estado agente controlador da dinâmica da acumulação privada e da mobilidade dos

¹⁹ *Estudos sobre direitos fundamentais*, p. 117.

²⁰ *Idem*, p. 121.

capitais, acarretam, no plano jurídico, certa involução dos direitos humanos e da democracia representativa.

A globalização econômica, aprofundando a desigualdade e a exclusão, acarreta, no campo penal, um aumento da repressão, como tentativa de controle das transgressões. Diante da ampliação das desigualdades, da expansão do crime e da perda de autoridade do Estado, este, ao invés de direcionar-se para a proteção dos direitos civis e políticos e para a implementação dos direitos sociais e econômicos, acaba dirigindo suas atividades para o campo da punição e da repressão.²¹

1.4 A dicotomia das duas grandes escolas do direito penal clássico frente aos influxos axiológicos no direito penal

No direito penal, o chamado período clássico tem seu início marcado pela obra de Cesare Bonesana, “Dos delitos e das penas” e, em seguida, na Itália, atingiu seu ápice com os estudos de Francesco Carrara. Talvez pela proximidade do direito penal com as mazelas humanas, ou sob influência dos abusos cometidos no período anterior, a doutrina penal desenvolvida nesta que se convencionou chamar escola clássica²² é marcada por forte apelo *jusnaturalista*, confundindo algumas vezes, moral e direito.

²¹ “Para tanto, a concepção de intervenção mínima e última do direito penal é alterada radicalmente. Essa mudança tem por objetivo torná-lo mais abrangente, rigoroso e severo, com o objetivo de disseminar o medo e o conformismo no seu público-alvo – os excluídos. Por isso, enquanto no âmbito dos direitos basicamente sociais e econômicos vive-se hoje um período de refluxo e <<flexibilização>>, no direito penal se tem uma situação diametralmente oposta: uma veloz e intensa definição de novos tipos penais; uma progressiva jurisdição e criminalização de várias atividades em inúmeros setores na vida social; o enfraquecimento dos princípios da legalidade e da tipicidade, por meio do recurso a normas com <<textura aberta>>, isto é, regras porosas, sem conceitos precisos ou unívocos; ampliação do rigor das penas já cominadas e de severidade das sanções; o encurtamento das fases de investigação criminal e instrução processual; e, por fim, a inversão do ônus da prova, passando-se a considerar culpado quem, uma vez acusado, não pode provar sua inocência.” José Eduardo FARIA, Direitos humanos e globalização econômica: notas para uma discussão, In *Revista do Ministério Público*, pp. 44-45.

²² Segundo afirma JIMENEZ DE ASÚA: “Recordemos que la escuela clásica no se presentó al principio com carácter unitario – entre las escuelas absolutas y las relativas había diferencias insalvables em su tiempo-. Fué la Escuela positivista la que com sentido peyorativo llamó clásicas a todas las tendencias y doctrinas que existieron antes de que se proclamara por Lombroso la necesidad de emplear los métodos experimentales em el estudio del delincuente. Por contraste com tan profundas renovaciones pudo ya reducirse la oposición entre los partidarios de aquellos antiguas teorías y aparece la Escuela llamada clásica com los caracteres siguientes: a) Método lógico-abstrato para el estudio del Derecho Penal; b) Imputabilidad basada em el libre albedrío, como fundamento de la responsabilidad; c) Construcción del delito como um ente jurídico que era la piedra angular de todo el sistema, y d) Concepción de la pena como um medio de tutela jurídica.” *El criminalista*, t. IV, p. 143.

Francesco Carrara, maior representante do direito penal clássico italiano, apesar de sua célebre definição do crime como ente jurídico, entendia que a lei do Estado devia satisfazer certas exigências formais, como, igualmente devia respeitar em seus preceitos certos valores.

Segundo afirma Juan Fernandez Carrasquilla²³, Carrara teve o mérito de conceber o direito penal apartado do positivismo jurídico. Não abandonou o postulado da legalidade, entendia que a lei do Estado deveria satisfazer as exigências formais, contudo entendia que a lei devia também respeitar certos valores fundamentais, sob pena de não ser verdadeira e válida. Esse aspecto, segundo o autor, revela a grande importância da obra de Carrara.

Várias foram, ao longo da história, as tentativas de dar um sentido material e não apenas formal para o direito, ressaltando a importância da busca de uma dogmática axiológica que necessariamente trará modificações ao método jurídico.

Afirma Adolphe Prins que a escola clássica, com suas características de abstração e generalidade, distanciada do homem e da sociedade, concebia o delinqüente como um tipo abstrato e não um ser vivo considerado em suas infinitas variedades da natureza humana.

Para esse autor, tal postura da escola clássica provocou, paulatinamente, o aumento da criminalidade, a precocidade dos delinqüentes e o aumento da reincidência.²⁴

Ainda segundo o autor, é este o mote que fez com que se estudasse o direito penal a partir do prisma do combate eficaz da criminalidade, buscando as causas do crime e os fenômenos sociais a ele relacionados.

É a manifestação do direito penal sob a ótica sociológica e antropológica. Os postulados da escola clássica começam a ser combatidos com o desenvolvimento das

²³ “Y si Carrara podía sostener que la <<ley del Estado>> no era verdadera, propia y válida ley sin el reconocimiento de esos valores, en el mismo sentido podemos hoy sostener que no hay derecho positivo sin el reconocimiento de ciertos valoraciones mínimas de justicia, libertad, igual y dignidad de la persona humana que hoy encontramos plasmadas, unitaria y básicamente, en los derechos humanos internacionales. Este simple y mero planteo muestra la vibrante actualidad del pensamiento carrariano, al que hoy podemos y debemos acudir para un nuevo amanecer tras la amarga y tempestuosa noche positivista.” (...) “Ya hoy no parece discutible la posibilidad y la necesidad de una dogmática de tal orientación, que en general traduce la urgencia de compaginar los resultados del derecho penal con los de la política criminal y, más allá de esto, la de modificar el método dogmático para que la ciencia jurídica trascienda el campo de la ley positiva y se confronte con las realidades sociales, claro está, pero también y constantemente con los valores fundamentales de la persona humana y los derechos humanos internacionales. En una especie de visión tridimensional, el derecho aparece así como norma, valor y realidad.” La ciencia del derecho criminal como control de la función punitiva y la posibilidad de una dogmática axiológica (La proyección actual del pensamiento de Francesco Carrara en Colombia y Latinoamérica), In *Francesco Carrara nel primo centenario della morte*, pp.388-389.

²⁴ *Ciência penal e direito positivo*, p. 23.

ciências da natureza. O homem criminoso, e não o ato praticado, passa a ser o objeto central de pesquisa, dando início a uma nova etapa do estudo do direito penal.

Com o movimento filosófico baseando-se no pensamento positivista, surgem novas teorias combatendo o racionalismo do período anterior, a teoria evolucionista de Darwin, o estudo da sociologia, de August Comte, todo esse novo movimento cultural propicia, no campo do direito penal o surgimento da Escola Positiva, partindo dos estudos do médico italiano Cesar Lombroso, e sua teoria do homem delinqüente. O estudo do delito passa a ser feito não apenas sob o ponto de vista jurídico, como também, antropológico e sociológico. O crime é fenômeno natural e social, a pena é medida de defesa social.

Posteriormente, em um terceiro momento, na escola técnico-jurídica vê-se resurgir com força o rigorismo dogmático no direito penal. Após um período no qual o direito penal ficou aberto aos influxos de outras ciências, sucede o momento de prestigiar critérios objetivos, o jurídico abstrato.

Dois grupos parecem surgir no seio da escola, na Itália²⁵. Os primeiros representantes fecham o direito penal a qualquer influxo filosófico, sendo Vincenzo Manzini, segundo Aníbal Bruno, o mais intolerante adversário da filosofia.²⁶ Outros, no entanto, concebem que o direito penal possa sofrer influência de valores. É o caso de Giuseppe Bettiol, que deu uma orientação realista ao direito penal, supondo que a dogmática penal deve observar o conteúdo das normas, ao valor que se leva em consideração denomina o autor de bem jurídico.²⁷

Em relação ao bem jurídico, é interessante a crítica traçada por Bettiol, quando afirma que Arturo Rocco polarizou seu sistema de direito penal em torno da noção de bem jurídico como objeto da tutela da norma, que, sendo um sistema de lógica concreta, nesse sentido deveria orientar seus seguidores, que, não obstante, optaram por manter-se no perigoso campo do racional.

²⁵ As bases metodológicas da escola, foram estabelecidas, na Itália, por Arturo Rocco, que afastava do direito penal qualquer consideração filosófica, afirmando Bettiol que “Sòmente assim, o direito penal – no pensamento de Rocco- libertava-se de tóda “toxina” filosófica que poluía a investigação jurídica e de todo incômodo que derivava de uma investigação experimental sôbre fatôres naturalísticos do crime; sòmente assim o direito penal poderia finalmente brilhar com luz própria, e impor-se à consideração de todos os juristas.” Cf. Giuseppe BETTIOL, *Direito penal*, vol. I, p. 49.

²⁶ Cf. Aníbal BRUNO, *Direito penal*, v. 1, p. 131.

²⁷ Aníbal BRUNO, *idem*, p. 72 .

Segundo Bettiol, Giacomo Delitala foi um dos poucos que utilizou a noção de bem jurídico como “critério teleológico de investigação que, na atmosfera rarefeita da jurisprudência conceitualística, teve o mérito de um chamamento à realidade da vida”.²⁸

Na Alemanha, o período clássico desenvolve-se a partir de Feuerbach. Mas, segundo aponta Aníbal Bruno, a tendência à exegese e à dogmática foram estimuladas pelo Código Penal alemão de 1871, tendo em Binding um grande expoente. Posteriormente, von Lizst concebe a escola moderna da Alemanha.²⁹

Dissociar o direito penal da dogmática fechada, relacionada apenas com o sistema de normas, é missão a que o estudioso do direito não pode se furtar frente ao reconhecimento, cada vez mais freqüente, dos influxos axiológicos a que está sujeito o ordenamento jurídico do Estado.

É possível fundamentar esses valores na ordem constitucional, ou nos princípios inerentes ao Estado democrático, ou no reconhecimento de que o direito deve obedecer a um mínimo ético, ou ainda enfocá-lo sob o aspecto do seu fim imanente de realização do bem comum.

O mais importante é abrir a dogmática a valores sem, contudo, violar o que pode ser considerado seu aspecto mais positivo, ou seja, a proteção do indivíduo frente ao arbítrio do poder.

A própria idéia de fim pode ser utilizada para retirar o direito penal do campo da exclusiva dogmática, contrapondo-se aos seguidores de Hans Kelsen, para quem o fim não pertence ao direito. Luis Jimenez de Asúa corrobora o entendimento de que o fim é imprescindível ao direito, ao sustentar que a dogmática jurídica não pode prescindir da finalidade, pois, ocupando-se o direito penal de condutas, o fim é inerente ao mesmo, cabendo ao Estado proteger os interesses que se relacionam com a cultura.³⁰

²⁸ Giuseppe BETTIOL, *Direito penal*, v. 1, p.52.

²⁹ Para uma visão mais ampla do tema, v. Aníbal Bruno, *Direito penal*, v. I, p. 12.

³⁰ *Principios de derecho penal – la ley y el delito*, p. 20. Continua o autor com a seguinte afirmação: “Hoy no puede construirse la Dogmática penal sino em base Del Derecho vigente; pero el Derecho no es únicamente la Ley. Los dogmáticos legalistas que, en holocausto de la Libertad, creen que la Ley lo ha agotado todo y que sólo debe interpretarse gramaticalmente ésta, se aproximan más a los prácticos de los siglos XVI y XVII que a los dogmáticos modernos. La Dogmática se edifica sobre el Derecho que existe y que cambia al adaptarse progresivamente a las conductas de hoy.” p. 24

II DA INFLUÊNCIA DA TEORIA DO BEM JURÍDICO-PENAL NOS CRIMES DE PERIGO

2.1 Conceito de delito

O conceito formal de delito parte da consideração de que é crime aquilo assim definido pela lei do Estado. Quando se pretende responder a indagação de quais fatos podem ser considerados crimes, qual característica deve conter o fato para poder ser proibido pelo ordenamento e, violada esta proibição, ser punido com pena, é decepcionante ter como resposta que crime é aquilo que o direito vigente definiu como tal.³¹

Todo o esforço no sentido de compreender a essência do delito conduz à afirmação de que o direito penal não é só a norma positivada pelo Estado, devendo integrar-se com a criminologia e a política criminal. É necessário que a distinção entre o conceito formal e material do delito seja bem delimitada, reconhecendo-se que cada um dos conceitos tem distintas funções.

O conceito formal de delito relaciona-se com a concreta extensão do campo penal, sendo então, importante fator de garantia para o cidadão³². Quando a Constituição da República, em seu art. 5º, inciso XXXIX, determina que não há crime sem lei anterior que o defina nem pena sem prévia cominação legal, está, em verdade, firmando a função garantidora da lei penal.

O conceito material de delito, por sua vez, é instrumento da política criminal, na medida em que concentra os motivos pelos quais a sociedade entende que determinado fato deve ser proibido mediante uma ameaça de pena.

Atualmente, relaciona-se o conceito material de delito com a fórmula da danosidade social. Consideram-se socialmente danosas aquelas condutas que eliminam ou afetam de forma inaceitável a capacidade de manter a estabilidade e funcionalidade da vida social. Admite-se a aplicação da norma penal apenas quando referir-se a necessidades essenciais de proteção da coletividade ou aos interesses vitais do indivíduo.

³¹ Cf. Reinhart MAURACH e Heinz ZIPF, *Derecho penal*, v. 1, p. 213.

³² Idem, p. 213.

Afirmam ainda Maurach e Zipf que as teorias da danosidade social e do bem jurídico encontram-se reciprocamente relacionadas. Entendidos como valores sociais merecedores de proteção, os bens jurídicos proporcionam a justificação da existência do tipo penal, a determinação da danosidade social das formas de conduta que atentam contra determinado bem jurídico, fixam o conteúdo e a extensão de cada um desses bens.

A partir disso é questionável saber se determinado bem jurídico alcança uma completa proteção, ou se a proteção ocorre apenas de forma parcial ou a partir de determinada intensidade do ataque sofrido. De acordo com o último posicionamento, que gradua a intensidade do ataque para possibilitar ou não a proteção, é que, ante uma perspectiva de política criminal, se questiona a descriminalização parcial ou setorial de determinado fato.³³

2.2 Conceito de bem jurídico

Em período anterior ao Iluminismo, era o delito visto como violação de dever, sancionada criminalmente. Desse ponto de vista, o delito era encarado sob o prisma de violação de dever com o Estado.

Com o advento do movimento iluminista, inseriu-se o conceito de lesão a direito subjetivo como tentativa de retirar o poder do Estado na definição do ilícito, na medida em que necessitava da lesão a um interesse individual implicando um dano social.

Ocorre que a definição de delito como lesão a direito subjetivo e, portanto, relacionada a direitos individuais, passa a ser insuficiente para acobertar crimes que não se relacionavam a direitos individuais, como os delitos religiosos e contra o Estado.

Nesse ponto desenvolve Birnbaum o conceito de bem jurídico³⁴ relacionando-o não só ao indivíduo como também aos valores morais da sociedade.

³³ *Derecho penal*, v. 1, pp. 213-214.

³⁴ Segundo afirma Arturo ROCCO: “El concepto de <<bien jurídico>> (*Rechtsgut*) o del <<interés jurídico>> (*rechtlich geschützt Interesse*) no es propio sólo del derecho penal, sino de todo el derecho. No solo pues la ciencia del derecho penal aporta eficaces contribuciones a su determinación científica sino también la teoría general del derecho (*allgemeine Rechtslehre*). La introducción del concepto de “bien jurídico” en lugar del de “derecho subjetivo” en el campo del derecho penal se debe a Birnbaum, Ueber das Erforderniss einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens, en “Archiv. Des Criminarechts”, N.F., 1834, os. 175 y ss., para quien el delito es justamente la violación de um bien jurídico, antes que de un derecho.” *El objeto del delito y de la tutela jurídica penal*, p. 22, nota 31.

O bem jurídico no núcleo central da noção do delito é atribuído a Birnbaum, como contestação à tese de concepção iluminista, fruto do contrato social, de que o crime era ofensa a um direito subjetivo.³⁵

A definição do objeto jurídico do delito é um dos temas mais tormentosos do direito penal. Mesmo quando atrelado à noção de bem jurídico, continua a imprecisão conceitual, pois foram muitas as definições dadas ao bem jurídico. Destaca-se a importância de se reconhecer que o conceito de bem jurídico em substituição à idéia de lesão a direito subjetivo, teve o mérito de conceber o delito fora do ordenamento estatal, relacionado a fatos sociais, daí sua relação com os aspectos materiais do conceito de delito, possibilitando que o bem jurídico tenha a função de limitar a atuação legiferante.

Segundo afirma Luis Regis Prado, essa reação contrária ao tratamento científico formal da norma partiu dos estudos de Franz von Liszt.³⁶

Para Liszt, o direito é a ordenação da sociedade organizada em Estado, sistema de normas coercitivas que estabelecem a ligação entre os indivíduos e a coletividade e que garantem a consecução de fins comuns. A idéia de fim é, para o autor, a força geradora do direito. O objeto do direito é a defesa dos interesses da vida humana.³⁷

Para Aníbal Bruno, a proteção de bens jurídicos é o meio que permitirá ao direito penal atingir sua finalidade de defesa da sociedade, superando a defesa das condições puramente materiais e atingindo a proteção de valores, além de relacioná-lo com os valores da vida individual ou coletiva, o que constitui, para esse doutrinador, os valores da cultura. Baseado no conceito de von Liszt, Aníbal Bruno afirma que bem jurídico é tudo que pode satisfazer uma necessidade humana e é tutelado pelo direito³⁸.

³⁵ Cf. Nilo BATISTA, *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*, p. 94

³⁶ *Bem jurídico- penal e constituição*, p. 35. Segundo afirma Eugenio Raúl ZAFFARONI "El concepto liberal de bien jurídico, como derecho subjetivo, corresponde al penalismo de la Ilustración y comprende como tales a los derechos prelegislados, o sea a entes pre-jurídicos (los bienes jurídicos existen como tales, como "entes", independientemente de su reconocimiento jurídico). en von Liszt, al positivizar el bien jurídico, al convertirlo en una "condición vital de la comunidad estatal", también se hallan antes de su reconocimiento positivo, razón por la que Liszt polemiza con Binding, para quien bien jurídico son "personas, cosas o estados que sean condición efectiva para una sana vida en común", siendo el legislador quien da el criterio selectivo. el concepto de Liszt era positivista-naturalístico y el de Binding positivista jurídico (...). Los conceptos liberal y positivista-naturalístico son pre-legales, o sea que, en alguna forma, son jusnaturalistas." *Tratado de derecho penal*, v. III, p. 249.

³⁷ Franz von LISZT, *Tratado de derecho penal*, t. II, p. 6.

³⁸ Aníbal BRUNO, *Direito penal*, t. I, pp. 28-31.

Por sua vez, Franz von Liszt afirma que bem jurídico é um interesse juridicamente protegido³⁹. Afirma ainda que os interesses são criados pela vida e não pela norma. O direito tem a função de fazer com que esses interesses vitais à sociedade ou ao indivíduo sejam protegidos de modo que os eleva a categoria de bens jurídicos. O interesse nasce do grupo social, a norma apenas irá reconhecê-lo, qualificando-o como bem jurídico. Conceitua, ainda, bem jurídico como algo que corresponde aos interesses vitais do indivíduo ou da comunidade.⁴⁰

A partir da afirmação de von Liszt, reconhecendo que o bem jurídico nasce do grupo social, principia o elo entre o conceito de bem jurídico e os interesses individuais ou coletivos relevantes. Nesse sentido, o conceito de bem jurídico é dissociado do conceito preestabelecido pela norma jurídica, adquirindo base axiológica. No entanto, tal conceito é insuficiente para estabelecer total independência do conceito formal, ao ponto de ser utilizado como conceito valorativo de legitimação do direito penal.

Liszt tem o mérito de ter valorado o bem jurídico sob o ângulo material, na medida em que reconheceu que o interesse tutelado precedia a existência da norma, porém, sem apontar qual seria o caminho percorrido pelo legislador na escolha do interesse a ser protegido.

O conceito material de bem jurídico proposto por von Liszt expressa uma tentativa de limitação do poder estatal. Observa-se que seu conceito de bem jurídico opõe-se àquele de Binding, para quem o bem jurídico é criação do direito e, conseqüentemente, do legislador. Cabe à norma expressar a vontade do Estado, não cabe qualquer elemento subjetivo ou material porque o bem jurídico faz parte da norma.

Posteriormente, o conceito material de bem jurídico é substituído ora pelo valor cultural, ora pelo valor ético-social, não se dissociando, porém, da vertente positivista ao tratar o bem jurídico sob o aspecto formal.

³⁹ Muitos autores se posicionaram contra a definição de bem como interesse. Sobre o tema, v. Arturo ROCCO, in *L'oggetto del reato*, p. 265. Afirma Antonio PAGLIARO que “Bene è ciò che ha attitudine a soddisfare un bisogno del soggetto; interesse è la stessa realtà sotto due diversi angoli visuali: non si può tutelare il bene senza tutelare l'interesse, né tutelare l'interesse senza tutelare il bene. E, se è vero che non c'è interesse senza titolare, è pure vero che al requisito del soggetto fa riferimento anche la nozione di bene. (...) Ai fini del diritto penale, dunque, è indifferente parlare di tutela di beni o di tutela di interessi.”. *Principii di diritto penale*, p. 227.

⁴⁰ Cf. Franz von LISZT, *Tratado de derecho penal*, t. 2, p. 6.

Um conceito metodológico⁴¹ ou neokantiano⁴² não se distancia da vertente positivista na medida em que a noção material de bem jurídico é substituída pelo valor cultural, intrínseco à norma. Estabelecer que o fundamento de validade do bem jurídico encontra-se na norma é tratar o bem jurídico apenas sob o ângulo formal, desse modo a conduta do legislador, ou seja, a mera produção legislativa é suficiente para conhecer o bem jurídico tutelado penalmente, o que não se compatibiliza com a idéia de bem jurídico como instrumento de legitimidade da norma.

É possível compreender o bem jurídico por meio de duas vertentes e, quando se reserva ao legislador o poder de decidir qual bem jurídico será defendido por meio da tutela penal, opta-se por um conceito dogmático que é ineficaz para justificar a limitação ao poder punitivo do Estado. Pretende-se então encontrar um caminho cuja missão seja conduzir o legislador aos bens que podem ser legitimamente tutelados pelo direito penal.

Hans Welzel substitui a noção de bem jurídico por valores ético-sociais. A missão do direito penal, para o autor, é assegurar a vigência dos valores de atos ético-sociais, de cunho positivo, tais como o respeito à vida, à saúde, à liberdade e à propriedade,⁴³ e, ainda, reserva ao bem jurídico posição secundária⁴⁴, na medida em que a missão do direito penal é a proteção de valores ético-sociais.

Hans Welzel valora a ação humana sob dois aspectos: conforme o resultado que origina e também segundo a atividade como tal, independente do resultado. Daí originar-se o desvalor da ação e o desvalor do resultado. Sob esses dois aspectos é importante a ação humana, assim, quando o direito quer proteger bens vitais da comunidade, são impostas

⁴¹ Cf. Jorge de FIGUEIREDO DIAS, *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*, p. 63.

⁴² Cf. Juarez TAVARES, *Teoria do injusto penal*, p. 189.

⁴³ “Más esencial que la protección de determinados bienes jurídicos concretos es la misión de asegurar la real vigencia (observancia) de los valores de acto de la conciencia jurídica; ellos constituyen el fundamento más sólido que sustenta al Estado y la sociedad. La mera protección de bienes jurídicos tiene sólo un fin preventivo, de carácter policial y negativo. Por el contrario, la misión más profunda del Derecho Penal es de naturaleza ético-social y de carácter positivo. Al proscribir y castigar la inobservancia efectiva de los valores fundamentales de la conciencia jurídica, revela, en la forma más concluyente a disposición del Estado, la vigencia inquebrantable de estos valores positivos de acto, junto con dar forma al juicio ético-social de los ciudadanos y fortalecer su conciencia de permanente fidelidad jurídica” Hans WELZEL, *Derecho penal alemán*, p. 3.

⁴⁴ Entende Juarez TAVARES que “Diante do subjetivismo do enunciado welzeliano, é fácil compreender porque trata a questão do bem jurídico de modo secundário, como um desdobramento ora naturalístico, ora normativo dos valores ético-sociais. É que sendo imanente à consciência de cada pessoa a obediência a um dever geral de respeito a esses valores ético-sociais, a proteção jurídica se confunde com a proteção moral, não havendo necessidade – talvez, apenas uma necessidade retórica – de identificar os dados materiais do objeto de proteção, veiculados como bens jurídicos. Com tal postura, a noção de bem jurídico perde substancialidade.” *Teoria do injusto penal*, p. 193.

consequências jurídicas quando se verifica qualquer lesão a esses bens vitais. Impede-se o desvalor do resultado mediante a punição do desvalor do ato, assegurando-se os valores do ato.

O mérito de Welzel foi destacar a política criminal na elaboração do sistema penal finalista. Sua concepção ontológica colocava o direito penal sujeito a dados axiológicos prévios, de forma a admitir a existência de estruturas lógico-objetivas ou reais preexistentes ao legislador, devendo este observá-las para que o conteúdo da lei penal seja adequado e não extrapole o limite do exercício do poder estatal. Desse modo, é possível afirmar-se que Welzel estava consciente da necessidade de que a lei penal se orientasse por influxos político-criminais, considerada sob o ângulo material ou valorativo. Além dessa orientação axiológica a lei deveria estar em consonância com a manutenção dos direitos e liberdades do indivíduo, de modo que o exercício do poder por parte do Estado teria como limitação o dever de observar os direitos do homem.⁴⁵

Por outro lado, não se pode concordar com a prevalência de valores morais ou éticos como objeto de tutela do direito penal. Há muito se sustenta que não interessa ao direito penal as motivações internas do homem.⁴⁶ É inaceitável que o direito penal se constitua como meio adequado para a proteção de valores morais ou éticos.⁴⁷

⁴⁵ Cf. Moisés MORENO HERNÁNDEZ, El finalismo y sus implicaciones en la dogmática penal y la política criminal, in *Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad*, p. 174.

⁴⁶ “El Derecho penal se caracteriza como un conjunto de ilicitudes definidas. Donde no hay acción, exteriorización, alteración real o potencial del mundo externo, no hay represión. “Las acciones privadas de los hombres, que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados”, cf. Sebastian SOLER, *Derecho penal argentino*, t. I, pp. 26-27. V. tb. Georges VIDAL, para quem “si un grand nombre d’actes relèvent de l’une et de l’autre sont prohibés par la morale et la loi pénale: attentats à la vie, à la santé, à la propriété, aux mœurs, d’autres doivent être tolérés par la loi, quoique réprouvés par la morale: parce que la loi pénale ne doit prohiber et punir que les actes nuisibles et dangereux pour l’ordre social, troublant assez gravement la sécurité publique et doit, lorsque ce n’est pas rigoureusement nécessaire, s’abstenir de toute intervention, par respect pour la liberté individuelle. – C’est ainsi que la simple pensée, la résolution, quoique bien arrêtée, de commettre un crime, si grave qu’il soit, quoique immorale, n’est plus aujourd’hui punie par la loi.”. *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, pp.67-68.

⁴⁷ A essa conceituação de Welzel se insurge Jorge de FIGUEIREDO DIAS, para quem “Uma concepção deste teor é, pois, absolutamente inadequada à estrutura e às exigências (mesmo, ou sobretudo, às exigências éticas!) das sociedades democráticas e pluralistas dos nossos dias. (...) porque, em definitivo, uma tal concepção não se adequa ao pluralismo ético-social das sociedades contemporâneas, onde, em maior ou menor medida, coexistem – por vezes de forma pacífica, por outras de forma tensa – zonas de consenso com zonas de conflito; como se não adequa às exigências da moral própria de sociedades secularizadas, onde se torna instantânea a palavra já tão antiga, quanto sábia de S. Tomás segundo a qual o legislador não se deve deixar seduzir pela tentação de tutelar com os meios do direito penal todas as infrações à “moral objetiva”. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*, pp. 60-61.

Os problemas que surgem com a tentativa de encontrar um limite material ao conceito de crime com base no bem jurídico partem, em sua maior parte, da imprecisão e indefinição do conceito de bem jurídico. Segundo afirma Juarez Tavares, o fato de ser o bem jurídico uma realidade natural, que se produz na relação social concreta, liga o bem jurídico com as contradições e problemas inerentes à própria realidade, de modo a justificar que o conceito de bem jurídico possa resultar apenas do aspecto formal da norma, pois assim se expressa o bloco que está no poder.⁴⁸

Segundo Aníbal Bruno é o valor social que eleva os interesses fundamentais à categoria de bem jurídico. Ao se considerar a consciência comum do grupo ou das camadas sociais nele dominantes como ambiente natural do valor da comunidade, as classes dominantes terão primazia quanto à escolha dos interesses protegidos.⁴⁹

É possível afirmar que o conceito de bem jurídico, ligado às relações sociais concretas, passa por transformações que o relacionam com a legitimação democrática, não se admite mais possa o estado democrático de direito conviver com um suposto interesse geral da sociedade, mas que seja fruto apenas das classes dominantes. O poder de punir do estado deve estar indissociavelmente relacionado com a proteção da pessoa humana e, nesse sentido, a escolha de condutas puníveis só é legítima quando relacionar-se com a lesão ou perigo de lesão de bens jurídicos, inseridos na realidade natural como relação social concreta.⁵⁰

Segundo afirma Juarez Tavares, o bem jurídico, como fundamento da incriminação, resulta de uma opção política. Em um estado democrático de direito avulta a importância do bem jurídico porque nele reside o processo de legitimação da norma.⁵¹

Aceitar a idéia de que o conceito de bem jurídico é uma opção política, implica dizer que a vinculação ou não do fundamento da incriminação com o bem jurídico também é uma opção política. Sendo assim, ao vincular o bem jurídico com a incriminação, a conclusão necessária é aceitar o bem jurídico como fundamento, como parâmetro de legitimidade, não apenas como elemento formal do ilícito derivado da norma.

⁴⁸ Juarez, TAVARES, Critérios de seleção de crimes e cominação de penas, in *Revista Brasileira de ciências criminais*, número especial de lançamento, p. 79.

⁴⁹ *Direito penal*, t. I, p. 29.

⁵⁰ Juarez TAVARES, Critérios de seleção de crimes e cominação de penas, p. 80.

⁵¹ Juarez TAVARES, *Teoria do injusto penal*, p. 181

Outro fator que se extrai do bem jurídico vinculado a relações sociais concretas é a necessidade de que a lei penal se ocupe de punir condutas que realmente ameacem uma pacífica convivência social. O conteúdo material da lei penal liga-se ao conceito de nocividade social, que se expressa como ofensa de bens jurídicos particularmente significativos. A nocividade social é o elo que permitirá que a sociedade aprove a criminalização de uma nova conduta. Por outro lado, para o delinquente, terá o efeito de contribuir para a recuperação social, pois o agente tem consciência de que seu comportamento é anti-social e ofende um bem jurídico determinado, que fica, em função de sua determinação, claramente identificado.

Aliado a esses fatores, deve o ordenamento penal ocupar-se com a tutela da liberdade do indivíduo, para corresponder às exigências de um estado social de direito.⁵²

A exigência de nocividade social e o bem jurídico como fator legitimante da norma, somados à tutela da liberdade do indivíduo são fatores cuja interferência no campo da produção legislativa será de evidente cunho material e limitativo. O limite ao poder punitivo orientado por esses fatores terá como primeira consequência servir como fator de redução da intervenção penal.

O Estado atual está preordenado para proteger a liberdade do indivíduo; nesse sentido não se admite possa conviver então com o ordenamento penal dilatado. A inflação das leis penais, além de relacionar-se diretamente com a ineficácia do sistema, acaba por violar a idéia de que o Estado deve se orientar pelo respeito à liberdade individual. Só é legítima a intervenção do Estado, coibindo condutas que efetivamente ameacem a convivência social.

2.2.1 Bens jurídicos coletivos ou universais

A análise histórica do conceito de bem jurídico acaba por mostrar que já na sua origem não respondia eficazmente às indagações acerca do objeto a ser tutelado. Se no passado foi desenvolvido como tentativa de resposta à incriminação de bens que não se

⁵² Cf. Sergio MOCCIA, *El derecho penal entre ser y valor: función de la pena y sistemática teleológica*, pp. 181-183.

relacionavam a direitos individuais, mais recentemente foi questionado em relação aos bens jurídicos ditos universais.

É freqüente, na atualidade, a associação entre a construção dogmática dos crimes de perigo, principalmente na modalidade de perigo abstrato, e a proteção de bens cuja característica é a não identificação imediata da vítima. Trata-se de crimes cujo objeto ofendido é o meio ambiente, a economia ou as relações de consumo.

Sustenta-se que, em função da titularidade difusa de tais bens, a única proteção efetiva é aquela que antecipa a tutela de modo a incriminar um fato em momento anterior a uma efetiva ofensa, dispensando assim a exigência de dano. Convém esclarecer que a construção dogmática do crime de perigo abstrato será analisada em momento próprio.

Interessa, nesse momento, o estudo da relação que se estabelece quando se afirma a necessidade de proteção de bens coletivos ou universais, em contraposição aos bens individuais. Quando a tutela desses bens é efetuada sem guardar os necessários vínculos com as relações sociais concretas, de modo a perder a correlação com a nocividade social, terá destaque o recurso à construção dogmática dos crimes de perigo abstrato.

A assim chamada tutela antecipada dos bens coletivos ou universais conflita com a função limitadora do bem jurídico. Essa é a primeira questão que se apresenta: é possível conciliar o bem jurídico como conceito limitador da punibilidade com a tutela que seja a mais adequada aos bens coletivos? A tal questão outra se impõe: a tutela antecipada configura o meio adequado para a proteção do bem jurídico coletivo ou é possível que haja outro meio de proteção também eficaz?

É possível afirmar-se que o direito penal deve acompanhar a evolução da sociedade e, para tanto, estabelecer uma política criminal de proteção de bens jurídicos coletivos. A tal idéia se opõe quem defende que a teoria do bem jurídico, como fundamento do poder punitivo do Estado, só se compatibiliza com o bem jurídico voltado para a proteção do indivíduo.

Quando o Estado resolve proteger bens jurídicos universais só o faz quando a proteção indiretamente referir-se ao indivíduo. Nega-se assim a existência do bem jurídico universal como realidade distinta do indivíduo. Esta teoria denominada por parte da doutrina de monista contrapõe-se à denominada teoria dualista dos bens jurídicos que considera os bens individuais e universais realidades diversas.

A evolução tecnológica, complementada pela evolução das relações sociais, foi o campo propício para que, em meados do século passado, se despertasse a atenção para o progressivo aumento de importância dos bens coletivos⁵³. Inclusive, é possível afirmar-se que o próprio processo de globalização acarretou, na ordem internacional, a exigência de proteção a tais bens, de modo que é comum atualmente, a preocupação global com bens como o meio-ambiente, a saúde pública e a ordem econômica mundial.

Não há como deixar de reconhecer que o novo panorama da realidade social acarretou a mudança da fisionomia do bem jurídico. Não obstante essa alteração da realidade fenomênica, não se pode transigir com os princípios e regras estruturadores do sistema. Nesta ótica, parte-se de uma análise mais abrangente, saindo do restrito campo do bem jurídico para adentrar no campo do sistema penal.

As questões suscitadas quando do estudo do bem jurídico coletivo devem guardar sintonia com o sistema penal.⁵⁴ Sendo assim, quando se antecipa a tutela penal, atingindo condutas que ainda não têm potencialidade lesiva para ofender o bem jurídico, viola-se o sistema penal.

Sergio Moccia destaca o surgimento de novos objetos de tutela relacionados com os recursos públicos, que apesar de lesivos, em passado recente não eram objeto de tutela penal, como a evasão fiscal e o abuso na subvenção pública. Afirma que há uma incongruência na história do direito penal porque, de um lado, a tutela se relaciona quase que exclusivamente com a defesa de bens fundamentais do indivíduo e que, em nome dessa defesa, admite-se até a criminalização de fatos inócuos ou lesivos de bens pouco significativos. Por outro lado, percebe-se que demorou a ser adotada uma estratégia eficaz

⁵³ Nesse sentido Susana Aires de SOUSA, referindo-se a lição de Klaus Tiedemann: “Hoje a generalidade da doutrina não hesita em apontar como critério definidor deste direito a autonomia dos respectivos bens jurídicos. Entre os autores que contribuíram para este entendimento, destaca-se Klaus Tiedemann para quem o direito penal econômico veio pôr em evidência bens jurídicos supra-individuais, sociais ou colectivos. Considera este autor que na complicada evolução do processo econômico uma maior importância vai sendo adquirida por numerosos bens jurídicos intermédios entre os interesses do Estado e os interesses individuais de um agente econômico em particular. Como exemplos refere o interesse supra-individual no funcionamento do tráfico creditício na actual ordem econômica e o interesse na informação adequada sobre as circunstâncias econômicas nas sociedades de capitais, como as sociedades anônimas...” *Direito penal das sociedades comerciais*, in *Revista portuguesa de ciência criminal*, p. 55.

⁵⁴ Cf. Sergio MOCCIA, “In effetti, il naturale adattamento dell’ intervento penale alla peculiarità del fenomeno non può mai implicare un adattamento dei principi alle esigenze del sistema, quale si è venuto delineando intorno ai principi dello stato sociale di diritto.” *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, p. 349.

no combate da criminalidade econômica, apesar do evidente dano social causado, deixando antever que defende a tutela penal nesses casos desde que relacionada à danosidade social.

Vê-se assim nascer no grupo social a necessidade de controle de condutas ofensivas ao bem-estar da comunidade, são interesses funcionais ou, como define o autor, bens-prestações, isto é, bens que asseguram as funções próprias a um estado social de direito⁵⁵, voltadas à realização de objetivos preordenados pelo estado interventor.

Convém destacar que o bem jurídico não se confunde com a noção de função. Função é um conceito que se preordena para estabelecer uma relação existente entre dois ou mais fatores, não existe por si só, é uma relação axiologicamente neutra, correspondente a alguma coisa.⁵⁶

Assim, exemplificando com a função tributária ou a função de gestão ambiental, destaca-se a falta de conteúdo próprio dessas funções, não se admitindo que o direito penal tributário ou ambiental tenha por bem jurídico tutelado a função tributária ou ambiental. Segundo Luís Régis Prado, o principal perigo dessa atribuição de bem jurídico ao conceito de função é a conversão dos tipos penais em pura infração de dever.⁵⁷

O problema surge quando a sociedade, despertado o interesse para a tutela desses bens, direciona a proteção desses interesses para o campo da máxima intervenção estatal, utilizando para tanto, entre outros meios, de novas formas de estruturação do tipo penal.

Discorda-se do fato de serem esses “bens-prestações” reduzidos a objeto de tutela penal. Tais bens caracterizados por assegurar as funções próprias de um estado social de direito, relacionados entre outros à economia, à ordem tributária ou às finanças públicas, não podem ser reduzidos a objeto de tutela. Objeto da tutela, segundo Moccia, é a ordem pública; aqueles bens são, em verdade, a razão, a motivação da tutela. Admitir que a proteção desses bens seja feita elegendo-os como objeto de tutela contraria o conceito de bem jurídico, e conseqüentemente as garantias formais e substanciais que se relacionam com o conceito.

⁵⁵ “<<(...)Beni rappresentati dalle disponibilità economico-finanziarie, senza le quali è impossibile l’assolvimento delle funzioni tipiche di uno stato sociale di diritto, da avvicinare, pertanto, nella tutela, a quelli che compongono il repertorio, per così dire storico e tradizionale di derivazione liberale>> Il riferimento oggettivo viene dato da beni quali la corretta gestione economica, la creazione dei presupposti necessari per un razionale svolgimento della vita economica, il corretto funzionamento del sistema economico, l’ordine stabile dell’economia, la regolare percezione dei tributi.” Sergio MOCCIA, Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali, p. 351.

⁵⁶ Cf. Luís Régis PRADO, *Bem jurídico-penal e Constituição*, p. 59.

⁵⁷ Idem, p. 59.

Crítica o autor a utilização da *ratio* da tutela no lugar do objeto da tutela por colocar em perigo as garantias individuais. Além de ser incapaz de oferecer uma noção significativa do bem e ser ainda, inidônea quanto à função de delimitação da intervenção estatal. Afirma que a defesa do denominado “bene-ratio” acarreta a criminalização de conduta que está longe de causar qualquer efetiva lesão ao bem que a conduta visa a atingir.

O mesmo autor, em obra diversa⁵⁸, admite a intervenção penal para os bens coletivos, desde que relacionada com a efetiva nocividade social. Admite a incriminação de fatos que atentem contra os bens jurídicos coletivos desde que presente uma efetiva nocividade social.

A efetiva nocividade social é um elemento que deve servir tanto para reformar o ordenamento, afastando aquelas incriminações em que não se vislumbra a nocividade social, como deve servir para a incriminação de novas condutas, cuja nocividade social era desconhecida, não havia ainda se manifestado ou, então, cuja defesa não era efetuada no campo penal.

O autor defende uma correta técnica de normatização que esteja em sintonia tanto com a tutela da liberdade quanto da eficiência. Ataca, nesse sentido, a tendência à proliferação das figuras jurídicas. Afirma que a dilatação excessiva do campo do ilícito penal acaba sendo contraproducente para os fins da tutela da liberdade individual, na medida em que se torna mais freqüente o recurso ao poder punitivo estatal. Por outro lado, a hipertrofia acaba sendo perigosa no plano da eficiência, porque o aumento no número de violações culmina com o enfraquecimento do poder punitivo que não consegue ser eficaz para atingir todas as condutas. Além dos motivos apontados, que devem levar a uma redução da intervenção penal, o autor ataca, no campo dogmático, a tipicidade dupla ou múltipla, consequência da criminalização hipertrófica.⁵⁹

A expressa referência aos delitos associativos no ordenamento italiano é um exemplo, apontado pelo autor, da hipertrofia legislativa, o que é condenável, entre outros

⁵⁸ *El derecho penal entre ser y valor*, pp 187-189.

⁵⁹ “Nos referimos a las hipótesis de la denominada tipicidad doble o múltiple – la consecuencia tal vez más grave, desde este punto de vista, de una criminalización hipertrófica – por la cual un mismo hecho, a causa de una individualización incorrecta del objeto efectivo de la tutela, puede entrar en varias figuras jurídicas, fuera de los casos de concurso aparente, abriendo así, contrariamente al respeto de fundamentales exigencias de libertad, espacios discrecionales inadmisibles en un estado social de derecho. Piénsese, por ejemplo, en el tema de los delitos contra la personalidad del Estado, cuyas hipótesis se ven en los arts. 270, Cód. Pen., asociación subversiva, 270 bis, Cód. Pen., asociación con finalidad de terrorismo y de evasión del orden democrático, 305, Cód. Pen., banda armada.” Idem, p. 189.

motivos, por se afastar da necessária danosidade social para que haja a incriminação penal.

Ao defender a relação que deve existir entre a tutela penal e o princípio da fragmentariedade, sugere meios alternativos de tutela ao direito penal e também da consideração de que o direito penal deve se ocupar de ofensas particularmente significativas, o dano e o perigo caracterizados por uma concretude real. Nesse contexto condena a utilização de figuras jurídicas de perigo abstrato.

Segundo o autor⁶⁰, a utilização do perigo abstrato como figura jurídica, do ponto de vista da ofensividade, não prevê a causalidade do dano e também não prevê a criação de um real perigo para o bem jurídico.

Além dos fatores apontados, o crime de perigo abstrato, segundo o autor, não atende à função de prevenção do crime, por não servir aos propósitos reeducativos da pena. O delinquente tem dificuldades para compreender o desvalor do fato criminoso, porque sua conduta não coloca o bem jurídico em situação de efetivo dano ou perigo.

As considerações feitas têm por intuito destacar o paralelo efetuado por Sergio Moccia entre os mecanismos de incriminação do bem jurídico coletivo e as figuras típicas da associação ilícita na Itália.

O paralelo estabelecido por Moccia abre a possibilidade para que se questione a legitimidade do tratamento similar, ou, ao menos, a adoção da mesma técnica de tutela – a adoção do perigo abstrato – para a tutela do bem jurídico coletivo e para os crimes associativos em geral.

No que se refere ao bem jurídico coletivo, o ponto de partida é a sua vinculação com a proteção dos interesses individuais. O denominado conceito pessoal de bem jurídico parte dos bens jurídicos fundamentais ao admitir a proteção dos bens coletivos desde que esses possam ser deduzidos dos bens individuais. Defende-se que essa teoria reflete de forma acertada a relação entre o indivíduo e a sociedade na qual ele se insere e a ordem de valores estabelecida pela lei fundamental. Deve o direito penal ser ordenado de acordo com o valor fundamental do ordenamento que é a pessoa humana.⁶¹

A forma pela qual se efetua a proteção do bem jurídico coletivo reside comumente no campo prévio à verdadeira lesão de bens jurídicos. No que se refere aos bens protegidos

⁶⁰ Sérgio MOCCIA, *El derecho penal entre ser y valor*, p. 195.

⁶¹ Cf. Detlev STERNBERG-LIEBEN, Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal, in *La teoría del bien jurídico*, pp. 19-110.

mais importantes e concretos tutelados pelo ordenamento (a proteção da vida, por exemplo), nada impede que o legislador adiante a proteção penal com fins preventivos, atendendo os deveres de proteção que são constitucionalmente impostos. O importante é determinar se a conduta incriminada já colocou em perigo os interesses dignos de proteção. Se se deixar de exigir dos crimes de perigo abstrato a conexão com a proteção de condições de desenvolvimento penal, o direito penal deixa de ser um meio de proteção de bens jurídicos para converter-se em instrumento de controle social.⁶²

O cerne da questão reside na efetiva colocação em perigo do bem jurídico tutelado. Contudo, a doutrina alemã não esconde o fato de ser difícil algumas vezes, em função da natureza complexa dos bens coletivos, demonstrar, ou melhor, aguardar pela colocação efetiva em perigo do bem tutelado para efetuar sua proteção.⁶³

Partindo do fato de admitir-se a flexibilização dessa exigência, ela só poderá ocorrer excepcionalmente e, assim mesmo, para os casos onde for incompatível a tutela do bem coletivo e a demonstração do perigo para o bem. Não é o que ocorre com o crime associativo. Apesar de ser a mesma a técnica utilizada, falta justificativa, quando se coloca, no caso da legislação pátria, o crime de quadrilha ou bando no mesmo patamar dos crimes econômicos, ambientais, tributários, enfim, crimes que tutelam os bens coletivos. O mesmo se diga em relação ao crime organizado, apesar de relacionado à criminalidade moderna, não se admite possa ser tutelado da mesma maneira que os bens coletivos.

Principalmente no Brasil, onde o crime organizado carece de adequada tipificação legal. Utiliza-se do tipo de quadrilha ou bando, previsto no art. 288 do Código Penal, o que acarreta grande dificuldade para a repressão eficaz do crime organizado.

⁶² Cf. Detlev STERNBERG-LIEBEN, Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal, in *La teoría del bien jurídico*, p. 114.

⁶³ “En cualquier caso, la puesta en peligro de los objetos de protección supraindividuales de naturaleza compleja (como <<la seguridad ciudadana>> o <<el buen funcionamiento del sistema crediticio>>) resulta difícil de demostrar, ya que estos bienes jurídicos sólo pueden operacionalizarse de forma limitada para llevar a cabo una prognosis de peligro (por los mismos motivos, pero en sentido opuesto, apenas puede demostrarse que no han sido puestos en peligro). Cuanto menos concreta sea la prueba del peligro que se considere necesaria para autorizar la utilización del instrumental penal, tanto mayor será la probabilidad de que se aleguen peligros más o menos generales para justificar de forma aparentemente objetiva y racional una prohibición que no se orienta de modo principal a la protección de bienes jurídicos concretos. Al hacerlo se corre el riesgo de que el Derecho penal sea utilizado de manera espuria como una ética coercitiva (*Zwangsethik*) creadora de valores en lugar de como un instrumento de refuerzo de los valores existentes, o como un acabado sustituto de las disposiciones del Derecho administrativo.” Idem, p. 115.

Tanto a tutela do bem jurídico coletivo quanto dos crimes associativos são feitas tendo por base a construção dos crimes de perigo abstrato. Tal observação conduz à reflexão de que a hipertrofia legislativa é a causa geradora da inobservância das regras clássicas quanto à necessidade de danosidade social para a construção de tipos incriminadores.

Conclui-se, assim, que mesmo na tutela dos bens jurídicos coletivos, apesar de a doutrina defender, de modo geral, a necessidade de uma adequação dos novos mecanismos com a forma de tutela, critica-se o recurso cada vez mais freqüente aos crimes de perigo abstrato.

Com efeito, é possível pensar que as peculiaridades próprias da moderna sociedade de massa, justificam o desenvolvimento de um novo princípio a contrapor-se ao da prevenção, em função do incremento do risco a que se vê exposta a sociedade atual, trata-se do princípio da precaução.⁶⁴ As incertezas dos riscos a que estamos expostos, conjugado com o fato de não serem ainda previsíveis, mas apenas suspeitos, em decorrência da falta de critérios precisos de determinação em razão do limite próprio do saber científico, autorizariam a antecipação da tutela penal.

Conforme a lição de Cerezo Mir encontra-se no princípio da precaução a justificativa para a ampliação dos crimes de perigo abstrato, na medida em que esse princípio autoriza a incriminação de fatos em que haja apenas a mera suspeita da possibilidade de produção de um dano grave e irreversível em virtude da incerteza do saber científico-causal.⁶⁵

Discorda o autor da possibilidade de prescindir da previsibilidade para a caracterização dos crimes de perigo abstrato, além do que a suspeita, para o autor, permite a ampliação da responsabilidade civil ou administrativa, mas não da penal.⁶⁶

É preciso que se enfatize a concepção de que é o direito penal efetivamente um direito penal do bem jurídico, o que vêm sendo ameaçada pelos novos fatores relacionados com a globalização, novas formas de criminalidade e a própria concepção de uma sociedade de risco, como motivos justificadores da antecipação da tutela penal. Se, em

⁶⁴ Sobre o princípio da precaução ver *Crime de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*, Pierpaolo Cruz BOTTINI.

⁶⁵ *Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal*, p. 61

⁶⁶ *Idem*, p. 62.

nome dos riscos, decidir-se antecipar a tutela penal até o ponto onde o bem jurídico restaria insuficiente para a prevenção, passa o direito penal a ser manejado como instrumento de governo da sociedade.⁶⁷

Não se defende, contudo, que o direito penal mantenha-se dissociado do progresso do grupo social. Há que se reconhecer que a evolução social trouxe inegável alteração das relações sociais e políticas; atualmente os direitos coletivos são merecedores da tutela penal, mormente aqueles cuja proteção é imprescindível à sociedade.

O fato de atingir, a um só tempo, uma pluralidade de indivíduos, em nada impede que os direitos supra-individuais sejam admitidos como bens jurídicos penais. Embora se rejeite a idéia de que o direito penal sirva como instrumento de controle social, reconhecendo que o ordenamento dispõe de outros modos de tutela, mais eficazes e menos agressivos, admite-se, por outro lado, que determinados interesses, ainda que supra-individuais, são vitais à sociedade e, conseqüentemente, ao indivíduo. Tais interesses são reconhecidos constitucionalmente, sendo que há um interesse especial do grupo social na sua preservação, para além do interesse público, meramente estatal. (como exemplos: a ordem econômica, o sistema financeiro, a ordem tributária...).⁶⁸

A questão é complexa, principalmente por envolver diferentes aspectos que devem ser valorados, conhecidos em conjunto, para, em harmonia, responder às sucessivas indagações com as quais a doutrina se depara quando busca encontrar um ponto de equilíbrio para a legitimação do crime. A globalização, a sociedade de risco, a criminalidade organizada, as novas tecnologias, os direitos supra-individuais, os princípios clássicos do direito penal, a dignidade da pessoa humana como meta valor do ordenamento jurídico, a correta ordenação desses fatores permitirá encontrar a nova estrada para o direito penal do futuro.

⁶⁷ Nesse sentido a precisa lição de Jorge de FIGUEIREDO DIAS: “O grande perigo para a subsistência e evolução da doutrina do bem jurídico como instrumento por excelência de determinação do conceito material de crime não provém hoje tanto, na verdade, de uma argumentação como a que ficou expendida e criticada. Provém sim do argumento de que, por mais que se antecipe a tutela de bens jurídicos – como sempre se fez através da punição da tentativa e hoje cada vez mais se faz com a proliferação do direito penal do perigo ou do risco e o cotejo, a cada momento aumentado, dos crimes de perigo (concreto, abstrato-concreto ou puramente-abstrato) –, tal não é bastante para assegurar efetivamente o cumprimento eficaz da função do direito penal na sociedade dos nossos dias. Esta seria caracterizadamente uma “sociedade do perigo” ou “do risco” (a famosa Risikogesellschaft de que fala o sociólogo Beck), à qual se revelaria absolutamente inadequado um direito penal unicamente legitimado por uma função de tutela de bens jurídicos, ainda de cariz individualista e liberal indisfarçável.” *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*, p. 71.

⁶⁸ Cfr. Luciano FELDENS, *A constituição penal*, p. 55.

2.2.2 O estudo da vítima frente aos bens jurídicos coletivos ou universais

A ofensa a bens jurídicos coletivos ou universais leva, no campo da vitimologia, à compreensão do fenômeno da vítima não individualizada. Tal aspecto distancia-se da vitimologia tradicional, cujo conceito de vítima existe relacionado a bens jurídicos microsociais, como a ofensa à vida, à saúde, à segurança, liberdade, honra ou patrimônio do indivíduo.⁶⁹ Esse conceito restritivo de vítima acarreta a exclusão de uma gama de delitos que se dirigem contra interesses supra-individuais.

Afirma-se que determinados delitos prescindem de determinação concreta da vítima em razão da forma de proteção dirigida a determinados bens jurídicos cuja característica principal é o fato de referirem-se ao funcionamento do sistema, como os crimes ambientais e também como aqueles que envolvem as relações de consumo, principalmente quando configurados como crime de perigo.

Cabe esclarecer que nesses crimes está sempre presente o sujeito passivo, seja um sujeito passivo coletivo geral, isto é, todos e cada um dos cidadãos, ou um sujeito coletivo concreto, como, por exemplo, os consumidores ou o estado propriamente dito.⁷⁰

Questiona-se a possibilidade de se apontar a existência de ‘vítima’ quando o sujeito passivo de determinado delito for a coletividade ou o estado. Esta contradição advém das origens positivistas da criminologia, cuja concepção personalista naturalista da vítima deixava de considerar como tal entes coletivos ou pessoas jurídicas.⁷¹

Cabe à vitimologia atual compreender o fenômeno da vítima sob ângulo diverso daquele que recai apenas sobre a pessoa natural, abrangendo o campo dos bens jurídicos supra-individuais.

Nesse sentido, não há como se refutar a idéia de que certos fatos criminosos, por sua própria natureza, lesionam ou põem em perigo bens e interesses cujo titular não é a pessoa física, porque transcendem a esta. No entanto, o fato de transcenderem a pessoa física não autoriza sejam denominados de delitos sem vítima, expressão criticada por Antonio García-

⁶⁹ Cf. Juan Bustos RAMÍREZ e Elena Larrauri PIJOAN, *Victimología: presente y futuro (hacia un sistema penal de alternativas)*, p. 21.

⁷⁰ Idem, pp. 17-18.

⁷¹ Ibidem, pp. 19-20.

Pablos de Molina⁷². Para esse autor, significa sim, que em determinados campos da criminalidade, como crimes financeiros e crimes do colarinho branco, falta operatividade ao conceito tradicional de vítima, quando relacionado ao fenômeno da despersonalização ou coletivização da vítima, produzido por este tipo de criminalidade.

O autor traça um paralelo entre a vitimização difusa ou a dificuldade em identificar-se a vítima e a justificação do delito. Aponta essa característica da vítima como fator gerador de neutralização e justificação do delito por parte do infrator, um pretexto de diminuição de sua culpa.

É possível, com base nessa idéia, relacionar a vitimização coletiva com os delitos praticados em quadrilha ou bando, que têm como fim a criminalidade econômica, mais propriamente a lavagem de dinheiro. A falta de identificação da vítima serve como fator de apoio ao intento criminoso, exemplifica-se com base nos crimes praticados contra a previdência social ou então, crimes de corrupção, no campo político. Apesar dos grandes danos causados à economia nacional, tais crimes não causam o impacto próprio da violência gerado pelos crimes cuja vítima prontamente é identificada.

O delinqüente que lesa o mercado de capitais ou grandes conglomerados empresariais tem, na vitimização difusa⁷³, um elemento que o favorece ou até mesmo o incentiva: acredita-se que as perdas geradas por esse tipo de crime podem estar associadas ao risco inerente às atividades econômicas complexas dos dias atuais.

⁷² *Tratado de criminología*, p.122. Segundo afirma ainda Antonio GARCIA-PABLOS DE MOLINA: “En todo caso, procede resaltar un dato victimológico de primera magnitud: la progresiva *despersonalización, colectivización o anonimato* que parecen caracterizar las relaciones entre delincuente y víctima en una amplia y significativa parcela de la criminalidad de nuestro tiempo. Así, por ejemplo, en los delitos <<*financieros*>>, en los de <<*cuello blanco*>>, en numerosos hechos criminales cometidos en nombre de personas jurídicas y empresas (o en perjuicio de éstas), delitos de fraude al consumidor, delitos cometidos mediante ordenadores, etc. Dicho proceso de despersonalización, colectivización o anonimato de la víctima tiene su origen, sin duda, en las complejas relaciones de la sociedad postindustrial y posee un trascendental interés criminológico, tanto desde un punto de vista etiológico (génesis del delito) como político-criminal (prevención del mismo).” p. 125. No mesmo sentido é a lição de Alessandra Orcesi Pedro GRECO, para quem: “Não há crime sem vítima, ou seja, todo crime lesa ou expõe a perigo de lesão o bem jurídico de alguém. A expressão “crimes sem vítima” se refere à criminalidade difusa, em que a vítima é toda a coletividade, como nos casos de crime organizado, de tráfico de entorpecentes, de crimes ambientais e de crimes contra o sistema financeiro.” *A autocolocação da vítima em risco*, p. 161.

⁷³ “El delincuente aprovecha la especial psicología de la víctima masa, indiferente y poco motivada si la entidad del perjuicio concreto que se le ha causado no le compensan los gastos e incomodidades de una reclamación judicial y, sobre todo, la injusta desconfianza, recelo y escepticismo con que la sociedad suele recompensar a quien ha sido víctima de delitos de esta especie.” Antonio GARCIA-PABLOS DE MOLINA, *Idem*, p. 126.

Outro fator que pode ser apontado, principalmente em relação ao patrimônio público, é a crença de que esse patrimônio não pertence a determinado indivíduo, não sendo possível identificar a pessoa lesada. Os prejuízos causados por esses delitos, apesar de vultosos, carecem de impulso social suficiente para uma adequada apuração e repressão penais.

2.2.3 Bem jurídico e valores constitucionais

Um dos modos de compreender o bem jurídico sob ótica diversa da estritamente formal relaciona-se à concepção do bem jurídico que retira o fundamento de validade da Constituição, isto é, dos valores por ela abrigados. O bem jurídico, servindo de parâmetro para restringir o poder punitivo do Estado, adquire manifesto caráter material. A tentativa de encontrar parâmetros para o legislador levou a doutrina “a eleger a constituição como critério de referência na escolha do que pode legitimamente ser protegido pelo direito penal”.⁷⁴

A partir dos estudos de Claus Roxin, surge a idéia de reconhecer que a única restrição previamente dada ao legislador encontra-se nos princípios constitucionais. Um conceito de bem jurídico político-criminal deve derivar da lei fundamental, do estado de direito baseado na liberdade do indivíduo para limitar o poder punitivo do estado. É um conceito que parte da existência de valores prévios ao legislador, mas que não é prévio à Constituição. Ao contrário, retira dela o fundamento de validade.⁷⁵

Segundo afirma Carbonell Mateu, em análise do direito penal espanhol, a exigência de que os bens a serem penalmente tutelados tenham relevância constitucional relaciona-se ao princípio da legalidade, à necessidade de que o direito penal interfira o menos possível e esteja a serviço das liberdades, de modo que como o direito penal é manejado de forma a suprir, a limitar a liberdade individual através das penas e, sendo a liberdade um direito fundamental da pessoa humana, a restrição da liberdade, essa severa intervenção do Estado

⁷⁴ Cf. Germano Marques da SILVA, *Direito penal português*, vol. 1, p. 22.

⁷⁵ Claus ROXIN, *Derecho penal*, t. I, p. 55.

na vida das pessoas, só se legitima quando o interesse violado seja também de relevância constitucional.⁷⁶

A proteção da liberdade das pessoas tem como limite intransponível o momento no qual o exercício da liberdade de um dos membros do grupo social irá esbarrar no direito do outro.

Cabe ao Estado assegurar que cada indivíduo é livre para exercer sua liberdade sem qualquer interferência desde que e até o momento em que não invada a esfera de liberdade do outro.

O conceito de bem jurídico tem sua nota substancial na afetação do direito de um indivíduo causado pela extrapolação do exercício da liberdade de outro. A lesividade é a tônica do referido conceito.

Na Itália, Franco Bricola foi o precursor do entendimento de que os bens jurídicos deveriam ter relevância constitucional, mas seus fundamentos diferem daqueles ancorados nos valores fundamentais de liberdade do indivíduo, tendo como eixo os princípios da legalidade e da proporcionalidade, enquanto proibição de excesso.⁷⁷

Afirmar que os bens a serem especialmente tutelados pelo Estado devem ter relevância constitucional é incidir na consideração positiva de que da Constituição emanam os interesses do corpo social.

Um terceiro modo de relacionar Constituição e bem jurídico parte da consideração de que a Constituição trata de alguns bens relevantes, mas não de todos, já que há certos crimes que se referem a bens jurídicos sem amparo constitucional e que são da tradição do nosso direito, e que, para esses bens jurídicos basta que se relacionem com bens constitucionalmente tutelados, de modo que com a proteção de um desses bens é possível atingir, de maneira reflexa, um outro bem digno de proteção constitucional.

⁷⁶ *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, p. 36.

⁷⁷ Ver estudo aprofundado do tema na obra *Scritti di diritto penale*, v. 1, Franco BRICOLA.

2.2.4 Bem jurídico: fundamento de criminalização ou descriminalização de condutas

Segundo Hassemer, o conceito de bem jurídico apresenta como barreiras o interesse político-criminal de criminalização global e a dificuldade em estabelecer um conceito crítico de bem jurídico. Há um conflito de fins entre esses fatores, na medida em que o interesse de criminalização global utiliza o conceito de bem jurídico para alcançar um número maior de condutas. Já os que defendem um conceito crítico de bem jurídico o fazem procurando encontrar um limite à criminalização.⁷⁸

Ponderando esse antagonismo existente na teoria do bem jurídico, conclui Hassemer que a conceituação do bem jurídico tanto pode ser utilizada como fundamento de criminalização ou de descriminalização de condutas.

Para os doutrinadores que fazem extrair da Constituição os valores a direcionar o bem jurídico, parte deles conclui que, se a valoração indica o caminho dos bens a tutelar, isso significa que devem ficar de fora as condutas não abrangidas, como também significa que devem entrar no campo penal as que ainda não receberam esse tipo de tutela.

Afirma-se que a Constituição, ao abrigar valores de cunho positivo, próprios do Estado social, compromete-se com a efetivação desses valores. O comprometimento com a efetivação dos valores sociais exige, como consequência necessária, a defesa desses valores. Mais especificamente, a efetivação compreende a proteção dos valores sociais.

São novos valores e funções albergados pelo modelo de Estado social e democrático de direito que implicam, sob um enfoque valorativo, que a Constituição, para além de direitos individuais, positiva valores de índole social que acarretam, sob um ângulo funcional, a necessidade de proteção ativa de determinadas objetividades jurídicas.⁷⁹

Destaca-se ainda a força impositiva da Constituição sobre a legislação infraconstitucional. Mais do que exercer o papel de orientação em relação às leis penais, a Constituição impõe o caminho a seguir, sendo assim, a lei penal deve estar em consonância com a Constituição, deve observar seus limites, de modo que as premissas constitucionais,

⁷⁸ *Pena y Estado - función simbólica de la pena*, p.50.

⁷⁹ Cf. Luciano FELDENS, *A constituição penal*, p. 23. No mesmo sentido Francesco PALAZZO, para quem "O sistema da justiça constitucional assume, então, um papel historicamente *novo*, isto é, não mais o de fixador de limites a favor do indivíduo e contra o poder punitivo, mas o de "propulsor" do direito penal para *novas* matérias em *novas* fronteiras integrativas do Estado social." *Valores constitucionais e direito penal*, p. 78.

em consonância com a hierarquia de valores que alberga, orientem tanto a despenalização quanto a penalização de condutas.⁸⁰

Admitir que parte da Constituição a indicação dos bens que devem ser tutelados penalmente, acarretando a necessidade de descriminalizar as condutas que não ofendam aos interesses albergados pela mesma, também pode significar, pela via transversa, a utilização do bem jurídico como vetor de criminalização, em face da relevância do interesse constitucionalmente protegido, que deve ficar sob o abrigo da tutela penal.⁸¹

Se o direito penal deve funcionar como *ultima ratio* do sistema, parece ser incompatível com o conceito de bem jurídico a idéia de que o mesmo possa ser ordenado à criminalização. Pois é garantia de um estado democrático de direito que o direito penal só tutele determinado interesse após o reconhecimento de que outro tipo de tutela seja insatisfatório.

Nesse sentido a lição de Emilio Dolcini e Giorgio Marinucci, para quem não há obrigações constitucionais implícitas de incriminação, há apenas uma indicação dos bens de relevância que merecem uma tutela mais severa, sem significar, no entanto, que tais bens necessitam receber a tutela penal. Afirmam os autores que apenas um direito penal voltado para a retribuição pode se coadunar com a incriminação de bens que mereçam a pena, sem que seja necessária qualquer consideração acerca da eficácia e da necessidade da tutela penal. No direito penal da prevenção, não basta que o bem tenha relevância constitucional, o legislador dispõe de outras espécies de tutela, de modo que "será necessário interrogar-se

⁸⁰ Cf. Márcia Dometila Lima de CARVALHO, *Fundamentação constitucional do direito penal*, p. 38. Ainda conforme lição da autora, em nome do que denomina dignificação constitucional do bem jurídico, assim chamada a tutela penal de bens, individuais ou coletivos, de natureza constitucional, sugere que sejam tipificados atos que ofendam a ordem econômica-social, cultural e ambiental e que sejam elevados a categoria de crimes hediondos "quando de consequências graves, verbi gratia, quando ameaçadores dos princípios constitucionais, voltados ao desenvolvimento da justiça social, do equilíbrio ambiental." Idem p. 49.

⁸¹ Nesse sentido "Comune ad entrambi i casi, al di sopra delle diversità di contenuto ideale, è l'impianto argomentativo circa i nessi fra sistema penale e Costituzione. Dalla rilevanza e preminente importanza costituzionale di dati bene (la salute e l'ambiente, ovvero la vita umana in *fieri*) si trae un obbligo di principio di tutela penale di quei beni, o quanto meno l' illegittimità del sopprimere una tutela penale già esistente. In questi termini, le eccezioni *in malam partem* rappresentano un paradossale (imprevedibile?) sviluppo della teoria dei beni giuridici costituzionali, che la dottrina penalistica degli anni' 70 ha elaborato in chiave critica e riformatrice del sistema punitivo tradizionale. Fondamento necessario, e perciò idea-limite di una tutela penale costituzionalmente legittima, il bene giuridico è ora invocato come fondazione - di per sé sufficiente e vincolante - di un contenuto minimo irrinunciabile di tutela penale." Domenico PULITANO, *Obblighi costituzionale di tutela penale?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, p. 487.

não só sobre o "merecimento" mas também sobre a "*necessidade*" da tutela penal, conforme à idéia da pena como *ultima ratio*." ⁸²

Além do que, o desenvolvimento do conceito de bem jurídico foi direcionado a questionar o poder punitivo do Estado, de tal modo é incompatível sua utilização no sentido oposto para o qual fora pensado, sob pena de quebrar a unidade lógica do sistema.

A Constituição erige a liberdade do indivíduo como valor predominante a reger as relações sociais. O ordenamento é predisposto para a defesa da liberdade e, em nome dessa defesa, concebe, por mais paradoxal que se considere, a restrição da liberdade individual quando a mesma representar ameaçar a liberdade do todo do grupo social. Nesse sentido, não há como se dissociar do direito penal a missão de proteção da liberdade do grupo social.

Nesse passo, sendo o direito penal estatuto de preservação da liberdade da sociedade, somente é possível admitir a restrição de direitos quando vise a coibir atos cuja carga de lesividade coloque em risco a ordem social.

Corroborar tal entendimento o fato de a Constituição conter uma série de princípios voltados à preservação da liberdade. Esses princípios têm por função direcionar a atuação estatal ao correto proceder na observância das garantias individuais. Esse correto proceder será compatível com o binômio da máxima preservação da liberdade e da estrita necessidade do poder punitivo.

Compreender o delito como simples violação de um bem jurídico é esvaziar a necessidade "de um dano social decorrente da violação de direito subjetivo", assim, da tipificação do fato se extrai a legitimação do delito, sem qualquer conteúdo material. A questão que mais se destaca da concepção de crime como ofensa a bem jurídico é a que sustenta que essa definição não demonstra qual o critério que deve orientar o legislador para escolher os bens de maior relevância, colocando-os sob a proteção do direito penal. Assim, o legislador fica "livre" para escolher quais os bens que o direito penal irá tutelar. O que pode servir de instrumento para o Estado interferir no grupo social além do admitido.

O Estado democrático só se compatibiliza com o direito penal que coloca a liberdade do indivíduo como valor de referência, desse modo, a tutela penal só se legitima

⁸² Constituição e escolha dos bens jurídicos, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 2, ano 4, p. 184.

quando a restrição à liberdade do indivíduo for necessária.⁸³ Esse atributo existirá quando o ordenamento não dispuser de outro meio para proteger o bem, assim, a liberdade do indivíduo será atingida em última hipótese, após falhar ou mostrar-se insuficiente os demais meios de tutela postos à disposição do Estado pelo ordenamento jurídico.

Em oposição aos que entendem que o bem jurídico pode tanto servir como limite à incriminação ou como vetor para a criminalização, a posição de Juarez Tavares para quem, “como todo conceito, o de bem jurídico só pode servir a uma autêntica teoria democrática do injusto, à medida que corresponda aos seus fins limitativos e não aos propósitos punitivos.”⁸⁴

Se a relação do bem jurídico com os valores constitucionais permite que o conceito caminhe na dupla via de se constituir ora em limite à incriminação ora como fator de incriminação é necessário desconsiderá-lo por não atender aos reclamos para ao qual foi pensado. De todo modo, é inquestionável que a relação entre bem jurídico e Constituição originou-se atrelada ao valor fundamental da liberdade do indivíduo. Sendo assim, a única possibilidade legítima para a derivação do bem jurídico da Constituição é aquela que se compatibiliza com a função limitadora da incriminação.

⁸³ Conforme afirmam Emilio DOLCINI e Giorgio MARINUCCI: “A garantia dos direitos de liberdade do cidadão impede, de facto, o legislador, de antecipar o recurso à sanção penal ao momento em que se manifestam, de qualquer modo, vontade ou personalidade hostis à lei, impondo-lhe que espere a verificação de lesões tangíveis ou ameaças à integridade desta ou daquela realidade ou relação existente no mundo exterior. Se, todavia, a obra do legislador se traduzir em uma formulação com possíveis e múltiplos significados literais que abarquem, de tal sorte, também comportamentos não lesivos nem perigosos para o bem jurídico a proteger, caberá ao intérprete garantir os direitos de liberdade do cidadão, reconduzindo a repressão penal aos limites estabelecidos pelo princípio da ofensividade.” Constituição e escolha dos bens jurídicos, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 2, ano 4, p. 154.

⁸⁴ *Teoria do injusto penal*, p. 183. Ver Franco BRICOLA, Profili costituzionali della non punibilità, in *Rivista di diritto e procedura penale*, v. XXVII p.626. No mesmo sentido, Winfried HASSEMER, para quem: “Ya debido a que el margen de maniobra del legislador es amplio y complejo, a que multitud de objetivos legales deben optimizarse por la inseguridad de su consecución, la idea de que el principio del bien jurídico y el de protección de bienes jurídicos podrían guiar al legislador penal positivamente no sólo no se corresponde con la tradición penal, sino que resulta ingenua desde un punto de vista metodológico. Este principio no formula un mandato de criminalización o comminación penal al legislador cuando se trata de la protección de bienes jurídicos, sino una prohibición de criminalización cuando no se puede encontrar un bien jurídico.” Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?, in *La teoría del bien jurídico*, p. 101.

2.3 Bem jurídico e direito penal do perigo

Já na primeira metade do século passado, Arturo Rocco reconhecia a íntima relação existente entre os conceitos de bem e interesse e os de dano e perigo.⁸⁵

O direito penal vinculado à proteção de bens jurídicos, para além da efetiva lesão ao bem jurídico, compatibiliza-se também com a colocação em perigo do bem jurídico. Todavia, é preciso que o perigo tenha a aptidão necessária para ameaçar a existência do bem tutelado.

O direito penal clássico ocupou-se primordialmente com os crimes de dano, reservando os crimes de perigo para a ameaça de dano, como antecedente do mesmo mal que se quer proteger com o crime de dano. Segundo afirma J. de Magalhães Drummond, a característica primordial dos crimes de perigo é o fato de ter, como necessária correlação, outro crime, de dano, "que tem como evento a realização daquele mesmo mal cuja possibilitação constitui o evento do primeiro".⁸⁶

Daquela concepção clássica que colocava o crime de perigo como antecedente lógico do dano que se queria proteger, o direito penal atual caminhou no sentido de quebrar a relação lógica existente entre dano e perigo, concedendo maior autonomia ao perigo e, em alguns momentos, enfatizando a necessidade de a tutela penal prescindir do dano ao bem protegido.

O direito penal atual tem dado destacada importância ao crime de perigo, antecipando a proteção do bem jurídico a ponto de romper a correlação mencionada.

A crítica que merece a ampliação do direito penal, incidindo cada vez com mais força no campo da colocação em perigo está no fato de que as incriminações estão cada vez mais prévias e atingindo bens jurídicos indefiníveis.⁸⁷

Já em 1944, J. de Magalhães Drummond antevia a relação entre o progresso humano e novas formas de perigo, concluindo que o homem não poderia, em função dos perigos a que se vê cada vez mais exposto, preservar-se totalmente. Ao procurar este patamar elevado de proteção, o homem poderia ser alçado à imobilidade, à inércia, e com

⁸⁵ *El objeto del delito y de la tutela jurídica penal*, p. 283.

⁸⁶ *Comentários ao código penal*, vol. IX, p.9.

⁸⁷ Claus ROXIN, *Derecho penal*, p.60.

isso não se compatibiliza a vida e, conseqüentemente, o direito, que não pode ser indiferente à vida. De tal modo, não há como o direito querer regular a atividade humana incriminando toda forma de perigo.⁸⁸

Segundo afirma Luigi Ferrajoli⁸⁹, antes de o direito penal sofrer uma involução, afastando-se do conceito axiológico do bem jurídico, os crimes de perigo eram punidos, segundo a tradição do direito penal iluminista, quando efetivamente colocavam em perigo determinado bem jurídico. Como exemplo menciona que, para Carrara, ou a conduta causava dano ou perigo concreto para o homem, sem se falar em perigo presumido. Carrara via que a conduta praticada que não causava dano efetivo, mas sim perigo corrido para o homem, tanto era elemento justificador do perigo concreto, efetivo, quanto da punibilidade do crime tentado. Quanto mais o conceito de bem jurídico se desmaterializa mais se verifica a proliferação de leis penais, e a perda de referência externa para a incriminação de condutas. Assim, ao se prescindir da lesividade para a incriminação de condutas, abre-se campo para o crime de perigo abstrato.

A teoria do bem jurídico, analisada isoladamente, não é apta para estabelecer a justiça ou a injustiça da proteção de determinado bem jurídico por um específico tipo penal, sob o ângulo da legitimidade. No entanto, a teoria oferece alguns critérios de deslegitimação, o que não diminui sua importância. Dentre esses critérios, além da irrelevância do bem jurídico tutelado, aponta a possibilidade de uma melhor proteção por

⁸⁸ "Desserviria a sua função reguladora de atividades humanas a lei que incriminasse tôda e qualquer forma de perigo. É necessário socializar-se-lhe o conceito, humanizá-lo de tal modo que, informado por êle, o legislador ponha o dispositivo penal como eficiente defesa avançada dos interesses jurídicos, no que possam estes efetivamente ser sonogados a perigos, assim conjurados enquanto apenas perigos, só ameaças de mal, sem embaraço - ou com um mínimo de embaraço - ao livre desenvolvimento da vida. É necessário que êsse movimento de defesa se polarize só para o perigo sério, indubitavelmente possível, verdadeiramente iminente e verdadeiramente grave, segundo a experiência humana, enquanto acumuladora de conhecimentos de correlações necessárias entre o fato como gerador do perigo e a transmutação dêste em mal efetivo. (...) Legislando não somente para elites, regulando não atividades técnicas - objeto de regulamentações especiais, a lei penal, no que respeita ao estado de perigo, desprezará sutilezas, fugirá à pretensão de tudo prever e a tudo prover, desde logo." *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 24.

⁸⁹ *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, pp 430-431. José Francisco de Faria COSTA, também defende que o direito penal da época iluminista tinha suas raízes deitadas no direito penal do dano. Assim: "A violação perfila-se, deste modo, tanto na veste de resultado do agir, como ainda no papel do próprio acto de violação. Vivendo ainda ancorado no dano, como elemento imprescindível que leve à construção do *tipo-de-segurança*, o direito penal retoma, por outro lado, o veio originário da procura da voluntas que a racionalidade iluminista, através do valor fundante e discursivo da liberdade, tinha reproposto como centro para todo o direito penal. O que de maneira nenhuma se não pode é deixar de reconhecer que continua a ser a violação-dano o elemento essencialíssimo do ilícito penal. O perigo, como categoria dogmática ou tão-só como nódulo problemático, ainda se não tinha revelado." *O perigo em direito penal*, p. 339-340.

meio de medidas destituídas de caráter penal. Outro critério aponta a desnecessidade de proteção penal em função da ausência de lesão efetiva por parte da conduta proibida.⁹⁰

É certo que a intenção recai sobre a necessidade de que as proibições sejam direcionadas a impedir ataques concretos a bens fundamentais, individuais ou coletivos. Entende-se por ataque, não só o dano causado, como também, o perigo causado, até porque inerente à finalidade preventiva do direito penal.

Agrega-se ainda a necessidade de que a tutela penal incida de maneira subsidiária, de modo que a prevenção de resultados lesivos penais seja efetuada por meio da tutela não penal, relevando a importância das medidas administrativas como meio de prevenção do crime.

Se o ponto de partida for o princípio da mínima intervenção penal, voltado à proteção dos bens jurídicos vitais à comunidade, a tipificação penal deve voltar-se para as condutas lesivas ou perigosas aos bens jurídicos tutelados.⁹¹

⁹⁰ Cf. Luigi FERRAJOLI, *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, p. 432.

⁹¹ Sobre o tema a análise minuciosa do professor italiano, para quem “O tema delineado na nossa terceira questão é totalmente distinto: se, e em que medida, um sistema jurídico como o italiano satisfaz normativamente o princípio de lesividade, em cumprimento, ou não, das ordens constitucionais. Lamentavelmente, essa questão é respondida de forma negativa. Tal como se verá na quarta parte, nosso sistema penal, pelo Código Rocco, caracteriza-se por uma triplíce inflação dos “bens” penalmente protegidos. Encontramos, em primeiro lugar, uma proliferação quantitativa dos interesses tutelados, já que, por um lado, assumem-se funções autoritárias mediante o incremento de delitos sem dano - é o caso de ofensas a entidades abstratas, como a personalidade do Estado ou a moralidade pública - e, por outro lado, aumentam-se incontroladamente os delitos contravencionais e, inclusive, de bagatela, frequentemente representados por meras desobediências. Em segundo lugar, tem-se produzido uma ampliação indeterminada do campo do designável como bens tutelados, mediante a utilização de termos vagos, imprecisos ou, o que é pior, valorativos, que derrogam a estrita legalidade dos tipos penais e oferecem um amplo espaço à discricionariedade e à “criação judicial”. Pense-se, para citar apenas dois exemplos, nos diferentes delitos associativos ou nas variadas figuras de periculosidade social. Em terceiro lugar, temos assistido a uma crescente antecipação da tutela, mediante a configuração de delitos de perigo abstrato ou presumido, definidos pelo caráter altamente hipotético e até improvável do resultado lesivo e pela descrição aberta e não taxativa da ação, expressada por fórmulas como “atos preparatórios”, “dirigidos a”, ou “idôneos para pôr em perigo” ou semelhantes. Isso sem contar com a persistência de resíduos pré-modernos, como a penalização de ações praticadas pelo agente contra si próprio - desde a embriaguez ao uso imoderado de entorpecentes - ou de delitos de opinião contra a religião.” Idem, p. 436.

2.3.1 Definição de perigo

O direito penal tem a função de defesa e proteção dos bens ou interesses necessários para a convivência social. A norma penal tutela a lesão ou exposição à lesão de um bem ou interesse jurídico.

Afirma-se que o crime produz um resultado que pode ser de dano ou de perigo. Dano é a efetiva destruição do interesse ou bem tutelado, enquanto o perigo é a potencialidade de dano a que se vê exposto o bem ou interesse tutelado.

Em relação ao perigo, duas teorias procuraram estabelecer suas premissas básicas. A primeira teoria que teve como expoentes Janka, von Buri e Finger, compreendia o perigo como entidade subjetiva, derivado da limitação inerente ao homem no antever as conseqüências dos fatos praticados, ou seja, prever se um acontecimento tem capacidade de produzir um dano ou lesão ao interesse que se quer tutelar. A possibilidade ou a probabilidade são imaginárias, não tem existência concreta. Os fatos ocorrem ou não ocorrem, este é um dado objetivo. Sendo o perigo a possibilidade de dano, também ele é um dado subjetivo, não tem existência concreta e sim imaginária. O perigo é *ens imaginationis*.⁹² É o perigo um juízo próprio de cada homem que se extrai de um fato exterior. Sendo representação da mente humana sua existência é variável.

O juízo de perigo é feito sob a ótica *post-factum*, ou seja, a ameaça temida ou se verificou, confirmando que o perigo existia e de fato ocorreu, ou não se verificou, o que permite afirmar que o fato não tinha capacidade de acarretar o perigo. Qualquer juízo *ante-factum* sobre a possibilidade ou probabilidade de verificação daquele evento de perigo seria inócuo para afirmar a existência ou não do perigo, desse modo, o juízo que se estabelece sobre o perigo refere-se à potencialidade de causação do evento. É um juízo que se antecipa sobre o futuro.

⁹² Cf. Nélson HUNGRIA, *Comentários ao código Penal*, vol. 1, t. II, p. 12.

Para um estudo mais completo do tema ver Arturo ROCCO, *El objeto del delito y de la tutela jurídica penal*, p. 299.

Já para os defensores da teoria objetiva, o perigo é um “trecho da realidade”⁹³. Segundo Francesco Antolisei, não há como se sustentar aquela antiga concepção do perigo, baseada na lei de causa natural, para o qual perigo era potencialidade real, estado objetivo de incerteza entre o verificar-se e o não verificar-se um evento danoso. Vê acerto na concepção de perigo que, ao invés de basear-se em um estado de incerteza da natureza, reclama o conceito de probabilidade de um dado resultado. A origem da probabilidade encontra-se no juízo relativo que permite ao homem afirmar, sobre certo evento, que é provável que aconteça sem, porém, poder afirmar que irá acontecer.⁹⁴

Os defensores da teoria objetiva não se afastam dos dados objetivos da lei da causalidade, admitem que, sob a ótica causal, os fatos ocorrem ou não ocorrem. Apenas compreendem que os dados da experiência, a observação sistemática das coisas, segundo Arturo Rocco, podem ser utilizados *a priori* para se verificar a ocorrência ou não dos fatos sob um cálculo de possibilidade ou probabilidade.⁹⁵

Segundo afirma Madureira de Pinho⁹⁶, o perigo é uma apreciação subjetiva de fatos ou circunstâncias do mundo exterior, o que não quer dizer, contudo, que falte ao conceito um determinado grau de objetividade material que permita estabelecer um juízo de certeza. Parte da premissa de que a sensação psíquica do homem sobre as coisas é inseparável da realidade fenomênica.

O direito penal é dinâmico, interage com a sociedade e dela extrai, com base na experiência, os dados que serão valorados para a tutela dos interesses sociais. Não há como se precisar com segurança o desenvolvimento futuro de determinado fenômeno e não pode o direito penal, para estabelecer suas normas, depender da observação *a posteriori* do fenômeno. Esse é o erro no qual incide a teoria subjetiva, segundo autorizada doutrina.⁹⁷

⁹³ Segundo Nélson HUNGRIA: “Diverso é o ponto de vista da teoria objetiva (von Kries, Binding, Merkel, Oppenheim, Hälschner, von Liszt, Rocco, Janniti di Guyanga, Ratiglia, Florian): o perigo é um *trecho da realidade*. Existe uma possibilidade ou probabilidade *objetiva* (segundo um cálculo estatístico ou observação sistemática dos fatos) e, portanto, um perigo objetivo. Se, em certas circunstâncias, um fenômeno pode ocorrer ou falhar, significa isto que o fenômeno existe na ordem externa das coisas, na possibilidade ou probabilidade objetiva do mundo cósmico, ou seja, que o fenômeno possível ou provável tem uma existência objetiva.” *Comentários ao código penal*, vol. I, t. II, p. 13.

⁹⁴ Cf. Francesco ANTOLISEI, *L’Azione e l’evento nel reato*, pp. 121-122.

⁹⁵ Cf. *El objeto del delito y de la tutela jurídica penal*, p. 307.

⁹⁶ Cf. *O valor do perigo no direito penal*, p. 20.

⁹⁷ Cf. Giuseppe RATAGLIA, *Il reato di pericolo*, p. 13.

Em síntese, enquanto os defensores da teoria objetiva discutem tendo como base o caso singular, partindo do que acontece na realidade, os demais o fazem com base nos casos análogos, partindo do que poderia acontecer. Estes últimos visam a estabelecer, em um dado momento, a possibilidade genérica do perigo, já os primeiros, embora admitindo tal possibilidade, consideram-na irrelevante se comparada com a impossibilidade específica de um determinado evento.

A lei penal tem por objetivo a generalização racional do caso singular, para servir de norma de disciplina hipotética dos casos análogos. Essa é uma exigência absoluta que não pode ser dissociada da ontologia ou da exegese da norma penal.⁹⁸

O artigo 288 do Código Penal tipifica a associação de mais de três pessoas para o fim de cometer crimes. Essa é a figura hipotética genérica, há uma suposta probabilidade de que as pessoas reunidas venham a efetivamente praticar crimes, o perigo a que se vê exposto o bem jurídico deriva dessa probabilidade, e essa probabilidade é objetiva porque, para se chegar à norma hipotética, partiu-se de um juízo de experiência, de observância dos fenômenos sociais. Assim, o perigo é um dado concreto, real.

Segundo entendimento diverso, analisado o fato concreto, realizado, conclui-se que não se efetivara a ameaça ao bem jurídico, de modo que perigo não havia, mas a lei, ao tipificar o fato, compatibiliza-se com a ignorância do homem em extrair o exato resultado da relação causal. Nesse caso o perigo é pura presunção, decorre da imaginação do homem.

Tal juízo acarretaria a constatação de que o direito penal, baseado em presunções, pela incapacidade de o homem retirar seguras deduções dos fenômenos físicos, está assentado em base frágil, relacionado à incerteza dos fatos.

A doutrina atual entende que é irrelevante, por ser considerada ultrapassada, a distinção entre a teoria subjetiva e objetiva do perigo.

Segundo afirma José Francisco de Faria Costa, o perigo é uma noção que pertence ao real, tendo sido abandonada a sua compreensão subjetivista. Em função do perigo, é legítimo prever como possível o desencadear de um dano ou violação para com um bem jurídico penalmente protegido. A noção de perigo é construída com amparo nas lições de Von Rohland, para quem os elementos referenciais do perigo sufragados por Binding são: a probabilidade e a danosidade do perigo. Para que haja uma situação de perigo é necessário

⁹⁸ Giuseppe RATAGLIA, *Il reato di pericolo*, p. 14.

que a probabilidade do resultado desvalioso seja superior a probabilidade de sua não produção.⁹⁹

Essa forma de compreender o perigo pode acarretar que haja uma determinada situação de perigo que fique ao desabrigo da tutela penal apenas porque a probabilidade do resultado desvalioso foi inferior à probabilidade de sua não produção. A resposta positiva a essa indagação pode conduzir ao reconhecimento da necessidade de se alargar o campo da punibilidade. Faria Costa não entende ser incorreto esse alargamento, desde que a qualificação feita da situação de perigo se opere dentro de um mínimo de determinação, ou seja: “Dentro da determinação (variável) que a dogmática e o pensamento penal consideraram como legítima para a não violação dos seus valores fundamentais”.¹⁰⁰

Essa questão adquire especial relevância frente à postura dogmática atual de alargar o campo da punibilidade em função dos novos perigos. Não se questiona que se está diante de uma situação de perigo quando a probabilidade da produção do resultado desvalioso é superior à probabilidade da sua não produção. O problema está na situação inversa, quando a probabilidade da não produção do resultado desvalioso é mínima ou inexistente e, ainda assim, tipifica-se a conduta como crime de perigo sem um mínimo de determinação.

Faria Costa defende a posição doutrinária que sustenta não haver uma situação de perigo real ou verdadeira quando houver apenas uma mera possibilidade de ocorrer o resultado desvalioso.

O ponto central da questão é a possibilidade relevante de se criar uma situação de perigo. Esse é o meio pelo qual legitimamente se afirma a existência do perigo, na medida em que, através de um juízo de experiência, se comprove que a situação em causa abrigava uma grande probabilidade de que o resultado desvalioso viesse a ocorrer.

Do ponto de vista formal, crime de perigo é aquele que para sua consumação, depende da exposição a perigo de um bem juridicamente tutelado.

A consumação do crime de perigo prescinde da lesão, satisfazendo-se com a produção do perigo. Admite-se apenas a ameaça a um bem jurídico ou a um interesse penalmente protegido. Já os crimes de dano, necessitam, para consumir-se, da efetiva lesão

⁹⁹ *O perigo em direito penal*, pp. 580-584 (v. em especial notas de rodapé).

¹⁰⁰ *Idem*, p. 600.

do bem jurídico. Afirma Anibal Bruno que a distinção entre crime de dano e de perigo parece vir de Binding.¹⁰¹

Segundo Francesco Antolisei, a distinção entre crime de perigo e de lesão deve partir da verificação do fato que integra a figura do crime constituir lesão ou simples exposição a perigo do interesse protegido. Assim, será crime de perigo "quelli per cui basta che il bene stesso sia minacciato."¹⁰²

No entanto, cabe enfatizar que a distinção entre crime de dano e de perigo reside na dimensão da ofensa sofrida pelo bem jurídico, o que não se confunde com o resultado previsto no tipo legal. Assim, fala-se em crime de dano e crime de perigo tendo como referência o bem jurídico protegido.¹⁰³ Com base em tal conceito afirma-se o desacerto em identificar o crime material com o crime de dano, bem como o crime formal ou o crime de mera conduta com o crime de perigo.

O crime material ou crime de resultado é aquele cuja conduta está relacionada com o resultado previsto no tipo.¹⁰⁴

O crime material necessita de um resultado naturalístico para sua consumação relativo ao objeto da conduta que poderá tanto ser de dano como de perigo. O crime de falsificação de moeda falsa, previsto no artido 289, *caput*, do Código Penal é um exemplo de crime material e de perigo. É crime material porque sua consumação depende de um resultado naturalístico previsto no tipo e é crime de perigo porque em relação ao bem jurídico tutelado, basta a potencialidade da lesão.¹⁰⁵

O crime formal, por sua vez, é aquele cujo tipo apresenta um resultado naturalístico, embora a consumação do delito independa da produção do resultado. Segundo Francisco de Assis Toledo, os crimes de perigo não se equiparam rigorosamente aos crimes formais.¹⁰⁶

¹⁰¹ *Direito penal*, t.2, p. 222. Ver ainda Arturo ROCCO, *L'oggetto del reato*, p. 325, nota 112.

¹⁰² *Manuale di diritto penale*, parte generale, p. 204

¹⁰³ Cf. Francisco de Assis Toledo, *Princípios básicos de direito penal*, p. 143.

¹⁰⁴ *Idem*, p. 143.

¹⁰⁵ Exemplo fornecido por Ângelo Roberto Ilha da SILVA. O autor fornece um segundo exemplo para melhor elucidar a questão: "O crime de lesão corporal com perigo para a vida é material, evidentemente. Quanto ao bem jurídico integridade corporal há, efetivamente, dano. Não obstante, quanto ao bem jurídico vida, o que ocorre é uma situação de perigo que neste caso deve ser concreto. Aqui a lei penal protege dois bens jurídicos, quais sejam, a integridade física e a vida humana, sendo que para a intervenção penal com relação ao primeiro exige-se o dano, enquanto no segundo basta o perigo." *Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição*, p. 58.

¹⁰⁶ *Princípios básicos de direito penal*, p. 143.

No entanto, apesar da apontada distinção entre os conceitos, é possível encontrar um ponto de similitude entre alguns dos conceitos apontados. Nesse sentido, falta um critério válido de distinção entre os crimes de mera atividade e alguns crimes de perigo abstrato, pois como afirma Enrique Bacigalupo, os crimes de atividade, assim como alguns crimes de perigo abstrato, independem da produção não só do resultado, como também de qualquer tipo de perigo.¹⁰⁷

O tipo do crime de mera atividade, assim como o crime de perigo, não compreende o resultado naturalístico, a modificação operada no mundo exterior por meio da ação. Nesses crimes o evento se dá apenas com a simples ação ou conduta, sendo também conhecidos por crime de mera conduta ou de simples atividade, crimes sem resultado. Os crimes de mera conduta e os crimes de perigo, para atacar o bem jurídico, dependem apenas da realização da ação, da conduta.

Os crimes de perigo apresentam uma identidade substancial com os crimes tentados, pois ambos relacionam-se com a possibilidade de dano. Relevante destacar que os crimes tentados dependem do início da execução do delito, assim, só se punirá a tentativa quando houver efetivo ataque ao bem jurídico. O dolo do agente, não obstante, era a produção do resultado, que não se verificou por circunstâncias alheias à sua vontade. Ele queria o resultado, procurou o dano ao bem jurídico, mas o resultado não se produziu, não se consumando o delito. Apesar do dolo do agente, da intenção clara do agente no atuar visando ao resultado danoso, o ato só entrará no campo penal, passível de sofrer sanção, se adentrar o campo da execução, ou seja, se efetivamente representar um perigo ao bem jurídico.¹⁰⁸

Segundo a lição de Vincenzo Manzini, apesar da tentativa constituir um fato perigoso, ela não constitui um crime de perigo. Afirma que a tentativa deriva de um crime de lesão. Sob a ótica formal, o preceito violado pela tentativa refere-se a um crime de lesão. Sob a ótica material, se o crime se consuma, ou seja, se a ameaça de dano se verifica, não há qualquer elemento próprio da tentativa, há apenas a consumação do crime de lesão, de

¹⁰⁷ *Derecho penal*, p. 232.

¹⁰⁸ Afirma José Salgado MARTINS que "A tentativa tem sua identidade substancial com os crimes de perigo, porque, naquela, como nesses delitos, é a possibilidade do dano que lhes empresta relevo como fatos antijurídicos. Mas, nos delitos de perigo, o dolo do agente se dirige apenas à produção do perigo. Ao passo que, na tentativa, o dolo do agente se exerce no sentido da produção de um resultado de dano, que, no entanto, se não verifica, por circunstâncias alheias à sua vontade. Por isso a tentativa não se compadece com os delitos de perigo. Não há perigo de perigo." *Direito penal*, pp. 253-254.

dano. Se o fato não se verifica por um atuar positivo do agente no sentido de impedir a consumação do crime, o agente pode ser beneficiado pelo instituto da desistência voluntária, de modo que, apesar da exposição a perigo, não há crime algum.¹⁰⁹

Para que a tentativa possa ser incriminada é necessário um mínimo de substrato material que permita afirmar que a ação praticada tinha potencialidade de atingir o resultado esperado. Assim, é necessário que a ação perpetrada pelo agente crie uma situação de perigo ao bem jurídico tutelado, caso contrário, não se vislumbra possa haver incriminação por crime tentado.

O real objeto de interesse na comparação feita entre os crimes tentados e de perigo é a possibilidade de afirmar que, se o crime tentado só admite punição quando houver efetiva ameaça ao bem jurídico, do crime de perigo também deve ser exigida a efetiva ameaça do bem jurídico para que seja passível de punição. Parece ser incoerente exigir da tentativa de um crime de dano, que é um *plus* em comparação com o crime de perigo, o ataque ao bem jurídico e, em relação ao crime de perigo, admitir a existência do crime sem a efetiva colocação em perigo do bem jurídico.

2.3.2 Distinção entre crime de perigo abstrato e crime de perigo concreto

Para Zaffaroni e Pierangeli, a distinção entre crime de perigo abstrato e crime de perigo concreto reside mais no aspecto processual do que penal, propriamente dito. Tal ocorre em face da inversão da prova que acarreta o perigo abstrato, não se exige a prova efetiva do perigo causado, em verdade, afirma-se o perigo, a menos que o acusado possa fazer prova de sua não configuração. Os autores entendem insustentável a interpretação que relaciona o perigo concreto com a efetiva existência de perigo e o abstrato com a mera possibilidade de perigo. Esta interpretação leva ao inaceitável “perigo do perigo”, no caso de crimes tentados teríamos o “perigo de perigo de perigo”.¹¹⁰

Aceita-se a posição dos mencionados doutrinadores mais como repúdio à posição clássica de entender-se os crimes de perigo, com base na dicotomia perigo concreto, real e

¹⁰⁹Vincenzo MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, 6º v., p.454.

¹¹⁰ *Manual de direito penal brasileiro*, p.geral, p. 561.

perigo abstrato, provável, ou possível. O fato de a questão ser colocada no campo da prova indica a opção pela efetiva existência do perigo, repudiando-se dessa forma, a aceitação do perigo possível ou provável como elemento autorizador da punibilidade de determinada conduta.

Delitos de perigo concreto são aqueles cujo tipo exige que se produza efetivamente uma probabilidade de lesão. Desse modo, é possível afirmar-se que os crimes de perigo concreto são crimes de resultado, nos quais, no lugar do resultado de lesão, para a consumação do crime, exige-se a comprovação do resultado de uma possibilidade certa de lesão.

Delitos de perigo abstrato, por sua vez, são aqueles a cuja conduta o legislador associa o estigma de perigoso, segundo qualidades gerais, independentemente de se verificar, no caso concreto, um risco real de ataque ao bem protegido. Em um primeiro grupo de delitos de perigo abstrato, proíbem-se ações realizadas dentro de certas condições que, quando se verificam, geralmente podem conduzir ao perigo de que efetivamente ocorra uma lesão.¹¹¹

Situação diversa verifica-se em um segundo grupo de delitos de perigo abstrato, caracterizados por punir atos anteriores ao começo de execução de um delito de lesão, ou seja, punição de atos materialmente preparatórios tipificados em particular como delitos formalmente consumados. Integra esse grupo o crime de quadrilha ou bando, previsto no artigo 288 do Código Penal.

Afirma Marcelo A. Sancinetti que é possível apontar nesse segundo grupo de crimes de perigo abstrato uma certa carência de legitimidade, porque o assecuramento de expectativas de conduta se adianta a um estado prévio ao começo de execução.¹¹²

Nos delitos de perigo concreto, o perigo é um elemento do tipo, sendo assim, a realização típica exige a demonstração de que a situação de perigo efetivamente tenha ocorrido. Nos delitos de perigo abstrato o perigo não é um elemento do tipo, constituindo o motivo que levou o legislador a incriminar a conduta. No primeiro caso, o legislador parte do entendimento segundo o qual uma determinada situação pode ser perigosa e a tipifica com base na suposição de que seja perigosa. No segundo caso, o legislador parte do

¹¹¹ Cf. Marcelo A. SANCINETTI, Tipos de peligro, en las figuras penales, in *Revista peruana de Ciencias penales*, pp. 462-465.

¹¹² Idem, p. 466.

entendimento de que determinada situação comumente é perigosa e a tipifica como tal. Nos delitos de perigo concreto, se castiga uma conduta na eventualidade de que seja perigosa. Nos delitos de perigo abstrato, na probabilidade de que seja perigosa.¹¹³

Segundo a lição de Marino Barbero Santos, é crescente a preocupação de que os crimes de perigo abstrato sejam incompatíveis com o princípio da legalidade, que se justifica com a prescindibilidade de se comprovar a idoneidade da ação para produzir o perigo que a lei pretende evitar. Sugere, para afastar tal incompatibilidade, a admissão da prova da inexistência do perigo, aduzindo que há na doutrina autores que defendem essa via, ainda que de *lege lata* e com independência ante a ausência de previsão legal.¹¹⁴

A relação entre bem jurídico e perigo necessita que o perigo seja apto para afetar o bem jurídico, o que só ocorrerá com a colocação efetiva do bem em perigo. Antecipar o perigo para um momento anterior terá como consequência quebrar o elo entre a afetação do bem jurídico e a tipicidade penal.

2.4 Conceito formal de paz pública

O Código Penal de 1890 não tratou dos crimes contra a ordem ou a paz pública, apesar de os crimes contra a ordem pública serem tratados pela legislação penal italiana de 1889, e de ter sido essa legislação a que mais influenciou o Código Penal de 1890.

A primeira referência aos crimes contra a ordem pública, na legislação brasileira, encontra-se no projeto de J. Vieira de Araújo. Projeto substitutivo elaborado por Galdino Siqueira, em 1899, optou pela denominação de crimes contra a paz pública. Já Alcântara Machado preferiu a denominação anterior, que foi também repetida no Código Penal italiano de 1930.

O legislador do Código Penal de 1940 preferiu a denominação do projeto de Galdino Siqueira, tendo denominado o título VII do Código de crimes contra a paz pública.

¹¹³ Cf. Marino Barbero SANTOS, Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto, in *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, p. 489.

¹¹⁴ Idem, p. 495.

Acertadamente optou-se pela proteção da paz ao invés da ordem pública, por ser aquela mais específica do que a ordem pública.¹¹⁵ Enquanto todo e qualquer crime afeta a ordem pública, a paz pública relaciona-se com a saúde moral da coletividade, são crimes de alarma coletivo, crimes com aptidão para causar o abalo da paz pública.¹¹⁶

Também Nélson Hungria parece preferir paz pública à ordem pública, uma vez que nos crimes tratados por nossa legislação penal "não se apresenta efetiva perturbação da ordem pública ou da paz pública no sentido material, mas apenas se cria a possibilidade de tal perturbação, decorrendo daí uma situação de alarma no seio da coletividade". Continua o autor afirmando que "o perigo de interrupção da estabilidade da ordem pública tem por efeito imediato abalar o sentimento ou a consciência da segurança geral ou da paz pública."¹¹⁷

Contudo, quando se utiliza o efeito de alarma coletivo para justificar a existência dos crimes contra a paz pública, ou contra a ordem pública como o faz o direito italiano, quer significar, na via oposta, que tais crimes prescindem de lesão a um bem jurídico determinado, porque a tranqüilidade da coletividade refere-se a um direito da sociedade como um todo.

A doutrina italiana reconhece que a questão de não haver bem jurídico tutelado nos crimes contra a ordem pública é tema que, desde Francesco Carrara, desperta a atenção dos juristas. Nesse sentido, segundo afirma Giancarlo de Vero, a forma que Carrara encontrou para que os crimes contra a ordem pública atendessem a uma objetividade jurídica própria, foi afastar a idéia de alarma social como consequência imediata destes delitos. O que se justifica pelo fato de ser o alarma social consequência mediata não só dos crimes contra a ordem pública, mas de todos os delitos. Sendo consequência mediata dos crimes contra a ordem pública, não poderia, ao mesmo tempo, figurar como consequência imediata. Melhor explicitando, o alarma coletivo por si só não é suficiente para configurar a consequência própria do delito que justifique a incriminação contra a ordem pública, ou a paz pública, no direito pátrio. Falta, assim, especificar qual é o bem jurídico tutelado.

¹¹⁵ "Parece-nos mais certa a denominação de nosso estatuto. A expressão ordem pública é ampla, designando mais do que aqui se compreende. É também vaga. Primeiramente, consigne-se que todo crime atenta contra a ordem pública, fere a harmonia e estabilidade social, gerando nos indivíduos sentimento de insegurança, pela reflexão de que o mal que atingiu certa pessoa podia feri-los também." Magalhães NORONHA, *Direito penal*, v. 4, p. 76.

¹¹⁶ Cf. Francisco de Paula BALDESSARINI, *Tratado do código penal brasileiro*, v.IX, pp. 134-135.

¹¹⁷ *Comentários ao código penal*, vol. IX, p. 163.

Logo, optou-se pela ameaça do sentimento coletivo de segurança, como perigo específico e próprio dos crimes contra a ordem pública, reconhecendo nesse fato a consequência imediata dos crimes citados. O tema há muito desperta polêmica, não por outro motivo, desde os trabalhos preparatórios do Código Penal italiano de 1930, conhecido como código Zanardelli, reconheceu-se que não havia bem jurídico determinado lesionado pelos crimes contra a ordem pública.¹¹⁸

Assim sendo, vê-se que é insuficiente considerar que os fatos que atentam contra a ordem pública são considerados crimes por causa do alarma social que causam, ou ainda, pela ameaça do sentimento coletivo de segurança, apesar do esforço de grande parte da doutrina em tomar o alarme social como elemento justificador dos crimes relacionados com a ordem ou a paz pública. É necessário encontrar um bem jurídico determinado que dê sustentação para a tipificação de fatos específicos que atentem contra a ordem pública, a ponto de legitimar a rigorosa intervenção penal por parte do Estado.

2.5. Bem jurídico penal e paz pública

Inicialmente, antes de estabelecer uma diretriz apta a delimitar o bem jurídico atingido pelos crimes contra a ordem pública, é pertinente uma breve análise acerca da doutrina do bem jurídico e de sua relação com o objeto jurídico do delito.

Pode-se afirmar que a doutrina do bem jurídico sofreu certa involução a partir da segunda metade do século XIX, seguindo a orientação dos movimentos antiiluministas. O objeto do delito, em sua origem, relacionava-se aos direitos subjetivos do homem. Segundo Locke¹¹⁹, um dos objetivos do Estado era a tutela dos bens fundamentais do homem, como meio propício à conservação da sociedade. Essa concepção estrita do objeto do delito foi

¹¹⁸ “La lettura di un passo della relazione al progetto rende edotti di come il legislatore del tempo fosse bem consapevole che in gran parte dei reati in esame non può ravvisarsi <<una lesione immediata a verun diritto privato o pubblico>>: eppure <<a prescindere da ogni discussione dottrinale, il progetto considera come reato contro l’ordine pubblico ogni fatto che, per la varietà delle offese o per la diffusione di cui è suscettivo attacca il buon assetto e perturba il regolare andamento del vivere civile>>” Giancarlo de VERO, Tutela dell’ordine pubblico e reati associativi, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, p. 95.

¹¹⁹ “Pois a primeira e fundamental lei positiva de todos os Estados é a que estabelece o poder legislativo, devendo este, assim como as leis fundamentais da natureza, tender à conservação da sociedade” Jean-Jacques CHEVALLIER, *As grandes obras políticas de Maquiavel a nosso dias*, p.111

posteriormente ampliada por Birbaum, mantendo, no entanto, a vinculação do conceito com os elementos exteriores à norma, de tal modo que a definição de delito partia de um conceito axiológico.¹²⁰ O conceito de bem jurídico, ainda que incipiente, estava fora do direito e dele era independente.

A mencionada reação antiiluminista foi responsável por afastar a função axiológica do conceito de crime. Segundo afirma Luigi Ferrajoli¹²¹, foi Hegel quem deu início ao processo de abstração que culminou com o reconhecimento de que o delito devia ser proscrito como lesão de direito enquanto direito.

De acordo com essa nova orientação, predominam as orientações formais ou técnicas que identificam o bem jurídico como objeto formal do delito ou como o interesse ou direito subjetivo público estatal no respeito à obediência da lei penal. Finalmente, o conceito de bem jurídico acaba por perder qualquer referência axiológica com o movimento irracionalista fruto da cultura alemã do início do século XX, que o transforma em instrumento positivo de legitimação política dos interesses tutelados.¹²²

A classificação dos crimes na parte especial dos códigos penais vem sendo feita partindo dessa concepção formal, idealista de bem jurídico. A denominação do título e do capítulo é a primeira indicação, por parte do legislador, acerca do bem jurídico que se quer proteger.

Do ponto de vista formal, considera-se suficiente a relação que se estabelece entre a coletividade, a ameaça à ordem, à paz ou à tranquilidade pública e os crimes que ofendem esses bens.

No entanto, tendo como ponto de partida a insuficiência desse conceito como fator de legitimação do bem jurídico, é necessário encontrar um conceito que esteja em sintonia com a diretriz que fundamenta, na teoria do bem jurídico, a razão de existência da proibição.

Pretende-se relacionar os conceitos de paz pública e bem jurídico. Para tanto, parte-se do conceito de bem jurídico enquanto legitimador do direito penal, ou seja, relacionado com a preservação de garantias e limitador da punibilidade. Em relação ao conceito de paz pública, este deverá ser estrito e, principalmente, referir-se a um bem jurídico delimitado.

¹²⁰ Cf. Luigi FERRAJOLI, *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, pp. 429-430.

¹²¹ Idem, nota 34.

¹²² Ibidem, p. 431.

Em relação à distinção apontada por parte da doutrina entre ordem pública e paz pública, condensada na afirmação de que a paz pública nada mais é que uma consequência da ordem pública¹²³, tal distinção não é apta a afastar o entendimento segundo o qual falta exatidão a ambos os conceitos, ou, ainda, que os mesmos se confundem.

Para estabelecer o conceito de paz pública com exatidão, tomam-se, inicialmente, as expressões ordem e paz pública como sinônimas. A doutrina estrangeira fornece alguns caminhos na tentativa de encontrar um conceito mais adequado.

Apesar de a doutrina esforçar-se por delimitar o conceito de ordem pública ideal ou material, relacionando-o ora com os valores constitucionais que lhe servem de abrigo ou então com a ordem jurídica ideal, tal conceito será insuficiente assim como o será o conceito de paz pública, para identificar o bem jurídico tutelado pela norma com clareza e precisão. Desse modo, é possível afirmar que o conceito, analisado sob esse ângulo, não atende aos reclamos do princípio da legalidade.

Nesse sentido, é uma exigência do princípio da legalidade em matéria penal que tudo aquilo que se refere ao direito coercitivo deve ser perfeitamente delimitado para não vulnerar o direito de defesa. Assim, considerando que a expressão ordem jurídica é insuficiente para fornecer uma definição precisa, sendo merecedora de vários significados no campo jurídico, sua lesão ou colocação em perigo no campo penal, refere-se à tranquilidade pública, ou, o que é o mesmo, a causar um alarma coletivo que altere a paz social.¹²⁴

Segundo Soler¹²⁵, a ordem pública é um conceito que gera muitos equívocos, o que se deve, em grande parte, aos vários sentidos jurídicos que a expressão possui. Uma das dificuldades apontadas em relação à ordem pública é a afirmação de que todos os crimes tutelam a ordem pública, todos se referem, em última análise, à preservação da tranquilidade social.

Quando a tutela incide especificamente sobre a ordem pública, não se quer fazer referência àquela ordem pública geral, interna e externa, que possibilita o mais completo desenvolvimento da coletividade. Quando o direito penal refere-se à ordem pública, enquanto bem jurídico lesionado ou ameaçado por determinado fato, esta há que ser tomada

¹²³ Ver por todos Magalhães NORONHA, *Direito penal*, v. 4, p. 77.

¹²⁴ Cf. Abel CORNEJO, *Asociación ilícita y delitos contra el orden público*, p. 23.

¹²⁵ *Derecho penal argentino*, t. IV, p. 629.

em sentido estrito, ou seja, a ordem que assegura a harmônica e pacífica coexistência dos cidadãos sob a proteção do Estado e do direito.¹²⁶

No preciso ensinamento de Francesco Antolisei, os crimes contra a ordem pública distinguem-se dos demais porque nestes a ofensa da ordem pública ocorre de maneira direta, imediata. É a própria essência da ordem pública que é afetada nestes crimes, ao contrário de todos os demais delitos, que afetam a ordem pública de maneira mediata, indireta. Agrega o autor a essa característica dos crimes contra a ordem pública o fato de, em grande parte, ficarem no campo da ameaça de crimes futuros.¹²⁷ Parece que o argumento de Antolisei tem como base o pensamento de Carrara.

É questionável se a ofensa à ordem pública imediata é suficiente por si só a legitimar a existência dos crimes contra a ordem pública. Ao contrário, o reconhecimento de que se questiona, desde Carrara, a existência de determinado bem jurídico ofendido nesses crimes, é argumento que corrobora a insuficiência de um conceito que permita delimitar com precisão o bem tutelado.

Não sem razão a moderna doutrina penal alemã não poupa esforços para criticar determinados ilícitos que tutelam a paz pública, com base no argumento de que falta legitimação à idéia de se defender a existência autônoma desse bem jurídico, uma vez que a tutela da paz pública parece confundir-se com a mera reformulação do proibido, ou seja, falta fundamento suficiente para a tutela do bem em questão. Aduza-se que a tutela da paz pública corre o risco de ser confundida com a tutela de mero sentimento.¹²⁸

2.5.1 Bem jurídico penal e paz pública nos dias atuais

É necessário estabelecer um elo entre a paz pública, compreendida como sentimento ou consciência da pacífica convivência social, e a sociedade no interior da qual ela se verifica. A sociedade dos dias atuais é muito diferente daquela da primeira metade do

¹²⁶ Cf. Francesco ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, parte speciale, vol. II, p. 220.

¹²⁷ Idem, p. 220.

¹²⁸ Cf. Andrew von HIRSCH, El concepto de bien jurídico y el <<principio del daño>>, *In La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* p. 48. Ver também Gerhard SEHER, La legitimación de normas penales basadas en principios y el concepto de bien jurídico, *In La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* p. 84.

século passado. A referência ao sentimento de pacífica convivência social deve ser concretamente retirada do meio social, de forma que não se constitua como um conceito formal a dar guarida indiscriminadamente a qualquer sociedade, sem ligação com a época ou ainda com o regime político do grupo.

Conforme já mencionado, atualmente, vive-se o momento da sociedade globalizada, que cada vez mais sofre os influxos dos valores capitalistas. Aliado a esse fator, atribui-se ao desenvolvimento tecnológico o fenômeno da sociedade de riscos. Ao confrontar-se a paz pública enquanto conceito estático a justificar a incriminação de determinados fatos eleitos como próprios a causar abalo à sociedade e os novos fenômenos por que passa a sociedade atual, evidencia-se a fragilidade do conceito de paz pública, tomado no sentido tradicional mencionado.¹²⁹

Assim, conclui-se que a paz social atual não é atingida pelos mesmos fatores que seriam hábeis a abalar a sociedade da década de quarenta, por exemplo. Além do que, no que se refere à estrutura do poder nos Estados até meados do século passado, a característica própria dos mesmos era manter o controle sob o grupo social, de modo a fazer da repressão penal um meio para assegurar pela força a pacífica convivência social.

Atualmente, a liberdade do indivíduo é primado do estado democrático, além disso, a segurança geral da coletividade é um dado que deve ser encarado através de uma postura crítica e realista. As questões que se propõem são: o crime de quadrilha ou bando coloca efetivamente em alarma a sociedade? Ameaça a paz do grupo social? Sendo positiva a resposta, pergunta-se ainda: toda e qualquer quadrilha ou bando? Ou apenas aquelas voltadas à nova criminalidade, produto da sociedade globalizada, voltada ao tráfico internacional de drogas, armamentos, lavagem de dinheiro, redes de prostituição, tráfico de pessoas.

Deve ser tomado em consideração o fato de que a sociedade atual é caracterizada por ser uma sociedade de classes. A grande massa de desempregados aliada à desigualdade sócio-econômica constitui campo fértil para a criminalidade de terceiro escalão, ou criminalidade de massa, ou seja, crimes em geral contra o patrimônio, praticados

¹²⁹ "A complicare il problema ha, peraltro, contribuito la recente *legislazione c.d. dell'emergenza*, la quale sotto un'etichetta ampia e atecnica di "ordine pubblico" - mutuata dal linguaggio politico e dal lessico corrente - ha raggruppato norme riguardanti le materie più diverse (dal diritto penale sostanziale al diritto processuale, dalle misure di prevenzione ai poteri di polizia)." Giovanni FIANDACA e Enzo MUSCO, *Diritto penale*, v. I, p. 459.

disseminadamente nos grandes centros urbanos, sem maior organização dos envolvidos, ainda que o crime seja praticado em concurso.

Não se pretende minimizar os efeitos da criminalidade em decorrência da desigualdade social. O que se questiona é a vulgarização da tipificação do crime de quadrilha ou bando, sem que se questione a adequada subsunção dos fatos que se verificam no mundo real, adequadamente contextualizados. Além disso, questiona-se também a aptidão de toda quadrilha ou bando para ameaçar a paz social.

Com efeito, há quem aponte na doutrina¹³⁰ atual a necessidade de que os crimes que tutelem a paz, a ordem ou a tranquilidade pública tenham como referência um bem jurídico mais concreto e determinado do que a mera tranquilidade pública. Sendo assim, é de exigir que as condutas sob esse rótulo tipificadas impliquem uma ameaça efetiva para a tranquilidade, integridade e dignidade dos potencialmente afetados.

Para tanto, será preciso analisar as condutas praticadas concretamente para se aferir a capacidade da mesma ter sido eficaz para violar a paz pública. Por isso, sugere Guillermo Yacobucci, que a noção de tranquilidade e paz social, quando consideradas como fim de proteção normativa, exigem uma análise concreta de sua constitucionalidade tendo como parâmetro o grau de perturbação que se pode verificar em cada caso.¹³¹

¹³⁰ Conforme ensina Guillermo YACOBUCI, com apoio nas lições de Roxin: “Por eso Roxin señala como problema de las técnicas actuales de tipificación a la denominada “formación de leyes penales simbólicas”, entendiendo por tales a aquellas que no desarrollan efectos concretos de protección, sino que están destinadas a servir criterios de proclamación política o ideológica. Ciertamente, el autor reconoce la importancia de la formación de la conciencia jurídica de la sociedad tendiente a la protección real de la coexistencia pacífica. Sin embargo, para servir incluso en este aspecto preventivo positivo, entiende que la referencia a la mera “tranquilidad pública” como bien jurídico a proteger resulta problemática. En ese orden, que se vincula de manera directa con el problema aquí tratado, Roxin exige las conductas tipificadas impliquen una puesta en crisis de la tranquilidad, integridad y dignidad de los potenciales afectados. (...) Como se ve, la noción de tranquilidad y paz social, consideradas como fin de protección normativa exige un análisis concreto de su constitucionalidad en virtud del grado de perturbación que se pueda verificar en cada caso.” Los tipos penales relacionados con el crimen organizado in *El crimen organizado*, pp. 84-85.

¹³¹ Idem, p. 85.

2.5.2 Bem jurídico penal e quadrilha ou bando

O crime de quadrilha ou bando, previsto no artigo 288 do Código Penal, incrimina a associação de mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes.

Pune-se a preparação para o cometimento de crimes porque o legislador entendeu que a gravidade do abalo causado à coletividade é suficiente para justificar a incriminação. Se assim não fosse, a conduta sequer seria considerada tentativa, porque ainda estaria no campo dos atos preparatórios.

Há quem rejeite o entendimento segundo o qual a existência do crime de quadrilha ou bando configura a antecipação excepcional da tutela penal para o momento no qual ainda restaria configurado apenas ato preparatório dos crimes a serem praticados. Essa interpretação pode ser apontada como temerária ao permitir uma inadequada aplicação do dispositivo pela praxis penal. A interpretação inadequada reside no fato de autorizar a suposição de não ser necessário concretizar os “atos de execução na quadrilha ou bando para a afirmação da tipicidade no crime em exame; assim procedendo, poderia ser até mesmo presumida a finalidade de cometer crimes, sem qualquer constatação segura sobre a materialidade do fato”.¹³²

Conforme a lição de Sheila Jorge Selim de Sales, é necessário evitar a formação e a existência de associações para o fim de cometer crimes porque são incompatíveis com o normal e ordenado desenvolvimento da sociedade. De tal modo, o delito incriminado não tutela a ordem pública, como se afirma no direito penal italiano, mas sim, atua em momento anterior, quando a ordem pública ainda não tenha sido atingida, mas se esteja diante de uma situação que seja de perigo em relação à ordem pública e, ao mesmo tempo, de efetiva violação da paz pública.

Assim, há a coexistência, no tipo de quadrilha ou bando, da tutela da ordem pública ideal, ameaçada pelo delito; e da tutela da paz pública, lesionada pelo delito. Por fim, a autora faz menção a uma específica *ratio* de tutela político-criminal, indicada pela doutrina

¹³² Cf. Sheila Jorge Selim de SALES, *Dos tipos plurissubjetivos*, p. 128.

moderna, que é a função preventiva no que se refere ao crime organizado e também o fim de evitar a realização dos crimes que a associação se propõe a cumprir.¹³³

A autora mencionada, ao distinguir a ordem pública da paz pública, tem por objetivo legitimar a existência do crime de quadrilha ou bando com base na existência efetiva de perigo de dano à paz pública. Desse modo, sustenta que essa interpretação dá substrato para eliminar a possibilidade de que o delito se materialize, ainda quando a associação for inidônea para produzir o evento tipificado, ou seja, sem que haja perigo para a paz pública, ou ainda, quando houver apenas a configuração de um mero acordo para delinquir.¹³⁴

A preocupação que desperta a incriminação da quadrilha ou bando é estabelecer um mínimo de substrato, com base na existência de efetiva ofensa ao bem jurídico, que autorize a incidência de determinado fato na conduta tipificada em lei.

Os requisitos para a configuração do delito são: a associação que pressupõe um acordo de vontades, uma união efetiva, estável, permanente de indivíduos. O mínimo de quatro indivíduos reunidos para a consecução de crimes. Por fim, é necessário que a associação tenha o propósito de praticar delitos, qualquer outro fim, ainda que imoral, não pode conduzir ao delito.

¹³³ Sheila Jorge Selim de SALES, *Dos tipos plurissubjetivos*, p. 127.

¹³⁴ Idem, p.131.

III ANÁLISE ESTRUTURAL DO DELITO DE QUADRILHA OU BANDO

3.1 Aspectos introdutórios ao fenômeno da pluralidade de delinqüentes

3.1.1 As teorias do concurso de pessoas

De modo geral, os crimes são atos passíveis de serem praticados por um só agente. Uma só pessoa pode praticar um homicídio, um furto, uma lesão corporal, entre outros delitos. No entanto, é possível que o delito seja fruto da atividade de mais de um agente que, unidos, realizam-no conjuntamente, estabelecendo uma divisão de tarefas ou, de modo diverso, com base na cooperação de um agente na atividade criminosa de outrem. Apresenta-se, de tal modo, o concurso de pessoas, também denominado de co-participação, co-delinqüência ou co-autoria criminosa. Prefere-se a denominação do concurso de pessoas, por ser gênero do qual fazem parte a participação e a co-autoria.

Além da pluralidade de agentes, dentre os requisitos para que se verifique o concurso de pessoas, destaca-se a necessidade de que as condutas dos agentes sejam convergentes para a realização do intento criminoso.

As teorias que tratam do concurso de pessoas têm como base efetuar a distinção entre três diversas situações, que são: (a) saber se o ilícito praticado pelos agentes em concurso configura um só crime, (b) se os crimes praticados são dois, um praticado pelos autores e outro pelos partícipes ou, (c) se são tantos crimes quantos forem os agentes, o que corresponde respectivamente às teorias unitária, dualista e pluralista do concurso de pessoas.

A doutrina debateu com veemência as teorias unitária, dualista e pluralista do concurso de pessoas. Segundo a teoria unitária, o crime praticado por diversos agentes é único, ainda que diversas sejam as condutas praticadas. Desse modo afirma-se que o partícipe, aquele que instigou outrem à realização da conduta, embora não tenha executado nenhum ato material do delito, responde pelo mesmo crime do autor, sem que haja acessoriedade entre a conduta do partícipe e a do autor do delito.

Já os defensores da teoria dualista diferenciam a conduta do autor e do partícipe, na medida em que dois delitos se apresentam: aquele praticado pelos autores, que realizaram a conduta principal do tipo, e outro delito para os partícipes, que realizaram uma conduta secundária. Para a teoria pluralista, cada ação praticada, pelos autores e pelos partícipes, configura um diferente crime. A participação recebe o tratamento de crime autônomo.

A grande dicotomia existente no instituto do concurso de pessoas baseia-se em equiparar ou distinguir os participantes, tendo a primeira por base a identidade do elemento psíquico da conduta e a segunda a diversidade da atividade física. O critério objetivo do crime único para autores e partícipes foi desprestigiado pelos positivistas que, do ponto de vista subjetivo, consideravam a conduta individual dos agentes e a psicologia dos associados.¹³⁵

3.1.2 O concurso de agentes e a periculosidade

Um dos questionamentos que a pluralidade de agentes para a prática de crime desperta, refere-se a considerar o concurso de agentes um motivo propiciador de maior periculosidade social, fazendo com que a circunstância de ser um delito praticado por dois ou mais agentes seja considerada uma agravante. A teoria positiva, em fins do século XIX, reconheceu a influência da pluralidade de agentes na prática do delito, em razão do maior perigo representado.

Foi Scipio Sighele,¹³⁶ que destacou do tema da pluralidade de agentes a periculosidade que os agentes reunidos representavam para o meio social. Presumia o autor que os criminosos mais perigosos agem em conjunto, visando a facilitar a execução do crime, atingindo melhor e mais rapidamente o intento criminoso. Se assim é, percebe-se que os crimes praticados em conjunto são objetivamente mais graves, o que justifica medidas preventivas e repressivas adequadas a esta modalidade de atuação criminosa. Contudo, enxergava na multidão criminosa uma menor periculosidade dos agentes, porque o domínio da multidão leva o agente a praticar um ato que sozinho não praticaria. Por isso,

¹³⁵ Cf. Roberto LYRA, *Comentários ao código penal*, v., II, pp. 301-302.

¹³⁶ Cf. *La foule criminelle: essai de psychologie collective*.

defendia o autor que a pluralidade de agentes para a prática do crime deveria constituir agravante obrigatória, enquanto a multidão criminosa deveria ser circunstância atenuante do crime.¹³⁷

Segundo Adolphe Prins¹³⁸, o essencial, quando se analisa a cooperação ou a cumplicidade criminosa, é a maior gravidade da infração praticada por várias pessoas em acordo, por ser mais perigosa do que a infração praticada por um só indivíduo. Defendia que a associação tanto pode tornar o homem mais forte para o bem quanto para o mal. Da periculosidade decorrente da associação dos agentes deriva a justificação para a maior parte das legislações penais contemplar disposições repressivas das associações de criminosos. O autor ainda criticou o Código Penal belga de 1867 por não apenar mais severamente os provocadores, em razão da influência que exercem sobre os provocados para a prática do delito.

Na nossa legislação, desde o Código Penal do Império destaca-se a influência do acordo de pessoas para a prática de crimes. O Código de 1830 fazia referência, no artigo 16, item 17, ao fato de constituir circunstância agravante ter precedido ajuste entre dois ou mais indivíduos para o fim de cometer crimes. O Código Penal de 1890 continha dispositivo semelhante. O artigo 39, § 13 previa como circunstância agravante o fato de ter sido o crime ajustado entre dois ou mais indivíduos.

A disposição do Código do Império de 1830 levou a doutrina da época a debater sobre o acerto ou não do código em agravar a circunstância de dois ou mais indivíduos ajustarem-se para o fim de cometer delitos. Carlos Perdigão teceu severas críticas ao legislador da época, por considerar o ajuste entre diversos indivíduos para a prática de crimes como agravante. Suas críticas acirravam-se quando tratava da incidência da agravante em relação ao mandante. Considerava importante verificar apenas a qualidade dos agentes e o papel considerável que eles representavam no cometimento do delito, assim, no ajuste entre pessoas para cometer crimes, a culpabilidade de cada um dos agentes deveria ser apreciada individual e separadamente segundo as regras ordinárias.¹³⁹

¹³⁷ Cf. Esther de Figueiredo FERRAZ, *A co-delinquência no direito penal brasileiro*, pp. 70-72.

¹³⁸ Cf. *Ciência penal e direito positivo*, pp.360-361.

¹³⁹ "O Supremo Tribunal de Justiça, por decisão de 21 de Agosto de 1861 e o Acórdão da Relação da Bahia (designado para a revisão) de 2 de Setembro de 1862, diante da inconcebível espécie de tal agravante, confirmaram esta nossa opinião, julgando que "ao Réo, como mandante, não se deve admittir esta aggravante, visto que é da natureza do mandato *criminal* haver *ajuste* entre o mandante e o mandatario, entrando a

Já Vieira de Araújo criticou em sua obra a jurisprudência e a doutrina (Paula Pessoa, Carlos Perdigão, Francisco Luiz e Ferreira Tinoco) que opinaram que a agravante do ajuste, contemplada no art. 39, § 13 do Código de 1891, era incabível no mandato, por ser elemento constitutivo deste. Sustentava que a circunstância do ajuste deveria ter aplicação ao mandato. Definia ajuste como pacto, convenção, acordo, estipulação. Entendia que estavam presentes tanto no mandato quanto na co-autoria simples os mesmos elementos subjetivos de criminalidade, a *consciencia sceleris*. Além da existência de paridade de condições não só em relação ao *pactum sceleris* quanto a *societas sceleris*.

Segundo Vieira de Araújo, a razão pela qual o legislador pune mais gravemente a pluralidade de delinquentes tem inspiração nas idéias de Bentham e recai sobre três ordens de fatores: o fato de facilitar a realização do crime, dificultar os meios aptos a impedi-lo e, por fim, dificultar eventual reação da vítima para se defender. Em síntese, são fatos reveladores da temibilidade dos delinquentes em razão do perigo que causam.¹⁴⁰

Vieira de Araújo, em obra posterior¹⁴¹, comentando o delito da associação para delinquir, lembra que o núcleo das disposições acerca deste crime, no Código Criminal do Império, encontrava-se justamente na agravante do ajuste. Se a agravação da pena ocorre pelo simples fato da pluralidade de agentes, não há como deixar-se de aceitar a incriminação da associação para delinquir.

Afirma ainda que Scipio Siguele, ao desenvolver seu tratado sobre a pluralidade de delinquentes, criticara a falta de lei e teoria sobre o tema. Vieira de Araújo rebate tal crítica reinvidicando para o Código Criminal de 1830 o mérito de abordar o tema, (quase meio século antes da obra de Siguele) com a previsão da agravante para o ajuste.¹⁴²

circunstancia do ajuste na constituição e essencia do delicto; e por isso não póde ser aggravante." *Manual do código penal brasileiro*, v. I, pp. 179-180.

¹⁴⁰ Fazendo menção ao entendimento de Bentham, diz João Vieira de ARAÚJO que "O espírito antes de tudo, diz elle, trata de comparar os meios de ataque e de defeza e conforme se julga o crime mais ou menos facil, a inquietação é mais ou menos viva. Eis aqui uma das razões que elevam o mal de um acto de *brigandage* (de um grupo de malfetores), muito acima do mal de um acto de *furto* ou *gatunice*, a *força* attinge muitas cousas que estariam ao abrigo da *astucia*." (...) "O legislador considerando mais terrivel a *pluralidade* de criminosos, porque offercia maior *perigo* social, considerou circumstancia aggravante a *pluralidade (ajuste)* (...) E portanto em todos os casos da chamada codelinquencia *facultativa* o *ajuste* será AGGRAVANTE e no *homicidio* QUALIFICATIVA. Ao contrario, não sel-o-ha nas de codelinquencia *necessaria* que exigem o concurso de dous ou mais individuos, como por exemplo, nas figuras dos arts. 115, 118, 214, 307, e outros semelhantes." *Código penal commentado theorica e praticamente*, pp. 129-130.

¹⁴¹ O código penal interpretado, v. 1, p. 91.

¹⁴² O código penal interpretado, v. 1, p. 91.

Assim, discorda-se do magistério de Esther de Figueiredo Ferraz¹⁴³, quando sustenta que os Códigos Penais de 1830 e 1890 não foram influenciados pelas inovadoras idéias defendidas pela Escola Positiva, em relação à maior periculosidade dos delitos praticados em concurso. Segundo a autora, o legislador dos mencionados códigos, ao agravar o ajuste prévio, preocupou-se apenas com a maior intensidade do dolo dos agentes que delinqüiam em conjunto, em razão do prévio ajuste. Entendia, então, que o enfoque não recaia sobre a maior periculosidade dos agentes.

Em relação ao delito praticado por meio de multidão, cabe observar que o Código Penal de 1940 atenua a responsabilidade do indivíduo que pratica o crime sob influência de multidão. Reconhece o legislador que o meio exerce certas influências sobre o indivíduo. No caso da atenuante, parte a lei do "estado passional prévio, da subitaneidade e irreflexão no ser executado"¹⁴⁴, sendo esta a justificativa para que o agente mereça a atenuante.

Defende-se que no delito praticado pela multidão ocorre a diminuição ou a limitação das atividades desenvolvidas por cada agente que ocasiona o abandono ou o desprezo de uma parte da personalidade consciente. O indivíduo, quando aliena um pouco de sua independência, anuindo, aderindo à multiconsciência comum, restringe sua própria personalidade, o que se reflete na imputabilidade do agente. Resta, então, a união das personalidades reduzidas, cuja característica é exatamente ser mais flexível à influência, à sugestão, ou mesmo à imitação, do que seria cada um dos indivíduos considerados isoladamente. É o que Afrânio Peixoto denomina de resultante *imediata* da associação na psicologia das multidões.¹⁴⁵

Não é esse o caso do delito de quadrilha ou bando, por via oposta, parte o legislador do perigo concreto que a associação representa para a paz do grupo social. Flamínio Fávero¹⁴⁶ pondera, com precisão que, enquanto os participantes de tais associações já se reúnem com o escopo deliberado de mal fazer, nas primeiras, ou seja, nas associações sem finalidade nociva, a conduta está condicionada à psicologia muito própria das multidões.

A reunião do artigo 288 é aquela que se dá entre indivíduos especificamente voltados à prática de crimes. Não há que se falar em subitaneidade ou irreflexão. Ao

¹⁴³ *A co-delinqüência no direito penal brasileiro*, p. 78.

¹⁴⁴ Cf. Afrânio PEIXOTO, *Medicina legal: Psico-patologia forense*, p.137.

¹⁴⁵ *Idem*, p.136.

¹⁴⁶ Cf. *Código penal brasileiro comentado*, v. 9, p. 235.

contrário, há uma ordenação, uma especialização de atividades dirigida à determinada finalidade. O homem procura na estabilidade da organização a união de forças que contribuirão para o sucesso da empreitada delituosa, a união de idéias no sentido de escolher o melhor caminho para a impunidade e a divisão de tarefas no sentido de dificultar a identificação da autoria.

Nesse ponto, parece possível afirmar-se que se destaca não a resultante imediata da associação na psicologia das multidões, acima mencionada, mas sim, a resultante mediata da associação na psicologia das multidões, que seria o fomento da atividade criminosa em virtude da facilitação propiciada pela atividade realizada em associação, de modo que os agentes atuam motivados pelo incentivo de que a atividade em grupo dificulta a descoberta da autoria, facilita o trabalho criminoso, conduz mais facilmente ao êxito na realização do crime.¹⁴⁷

3.1.3 O concurso de pessoas no Código Penal de 1940

A teoria unitária ou monista é a dominante e acolhida pelo Código Penal pátrio. Quem de qualquer modo concorre para o crime, diz o código, incide nas penas a “este” crime cominadas. O crime é um só, o concurso de agentes é direcionado a um resultado comum, de modo que há a soma dos atos individuais que se encontram para a realização de um fim único. Esse elemento do concurso de pessoas permite a incriminação do agente cuja conduta realizada, caso analisada isoladamente, configuraria um ato preparatório de um delito qualquer. Porém, como o ato é realizado em adição à conduta de outro agente, a conduta é punida porque integra outras condutas que conduzem a um mesmo crime.

Segundo afirma José Frederico Marques, mesmo os que não executam a conduta contida no núcleo do tipo, mas concorrem de qualquer modo para o crime, realizam uma conduta que adquire relevância penal, porque a norma de extensão contemplada pelo

¹⁴⁷ "Dessa mesma associação resulta para cada qual mais segurança e certeza de êxito na defesa e na agressão feita a todos, desconto antecipado de uma impunidade relativa nos actos violentos, pela imprecisão de autoria dividida e espalhada, o que facilita, se não promove a manifestação de todos os instintos e tendencias egoisticos, covardes, violentos, perversos, criminosos, que o medo da punição ou a ética da cultura vem penosamente refreando através da civilização, que é a domesticação no homem." Afrânio PEIXOTO, *Medicina legal: Psico-patologia forense*, p. 136.

código que torna relevante qualquer forma de concurso, amplia o alcance de enquadramento do tipo, ao tornar típica uma conduta que em si mesmo era atípica.¹⁴⁸

A esse respeito, destaca-se a importância de cada uma das condutas praticadas pelos agentes para a consecução do resultado final. Em outros termos, é importante que haja uma materialização da conduta, de modo a afastar a punição da cogitação, porque incompatível com a doutrina penal.

O Código Penal de 1940 seguiu a orientação do Código Italiano de 1930, o denominado código Rocco, e eliminou a distinção que havia no Código Penal de 1890 entre autores, cúmplices e instigadores. Tal simplificação é criticada porque dificulta a distinção entre os co-autores e aqueles que apenas colaboram para a execução do crime, por meio de instigação ou cumplicidade, que são formas de participação. Nem todos os que concorrem para o crime são autores, devendo-se entender que “todos os que concorrem têm, em princípio, a mesma pena estabelecida para o autor.”¹⁴⁹

Na reforma da parte geral do Código Penal de 1984, acabou-se por reconhecer o acerto dessa crítica, pois, segundo diz a exposição de motivos da nova parte geral, “sem completo retorno à experiência passada, curva-se, contudo, o Projeto aos críticos dessa teoria, ao optar, na parte final do art. 29, e em seus dois parágrafos, por regras precisas que distinguem a autoria da participação.”

Assim, afirma-se que o concurso de pessoas, no direito penal pátrio, adota a teoria unitária ou monista temperada, porque o código contempla, no artigo 29, dois parágrafos que tratam da participação. Se a lei cuida especificamente da participação é porque admite que haja distinção entre a co-autoria e a participação.

As teorias acerca do concurso de pessoas tratam de regular a identificação das condutas criminosas praticadas por diversos agentes que atuam unidos e com identidade de propósito.

Outro fato é o modo de compreender a tutela penal em relação à maior ou menor periculosidade que os crimes praticados em conjunto de pessoas acarretam para a sociedade.

¹⁴⁸ *Curso de direito penal*, v.2, p. 308.

¹⁴⁹ Cf. PIERANGELI, José Henrique e Eugênio Raúl ZAFFARONI, *Manual de direito penal brasileiro*, p. 665.

O Código Penal de 1940 não adotou a idéia de que os crimes praticados mediante prévio acordo de pessoas deveriam constituir agravante genérica. Apesar da Consolidação das Leis Penais de 1932 ter mantido a disposição que considerava agravante o ajuste entre dois ou mais indivíduos para a prática do crime, a exemplo dos Códigos de 1830 e 1890, tal agravante não figurou no rol do artigo 44 (atual artigo 61) do Código Penal de 1940.

Por outro lado, verifica-se que o Código Penal atual, em diversas passagens da parte especial, estabelece que o fato de ter sido o crime praticado por mais de duas pessoas é motivo autorizador tanto da previsão qualificada de certos tipos quanto do aumento de pena em outros. Esse tratamento mais severo decorrente da pluralidade de agentes justifica-se em função da maior periculosidade, o que acarreta a necessidade de maior repressão aos atos praticados em acordo de pessoas. Exemplo da primeira situação ocorre nos crimes de furto¹⁵⁰ e roubo¹⁵¹, que são agravados quando cometido mediante concurso de duas ou mais pessoas; já para o crime de constrangimento ilegal¹⁵² e para os crimes contra os costumes¹⁵³, funciona o acordo de pessoas como causa de aumento de pena.

¹⁵⁰ “Trata-se de hipótese de *crime acidentalmente coletivo*. Para o reconhecimento da majorante, tem-se de atender às regras sobre a *participação criminosa*, mas com as seguintes alterações: a) é necessária a presença *in loco* dos concorrentes, ou, seja a cooperação deles na fase *executiva* do crime; b) não basta a adesão voluntária, mas *ignorada*, do concorrente (é indispensável que haja uma consciente *combinação* de vontades na ação conjunta).” Nélson HUNGRIA, *Comentários ao código penal*, v. VII, p. 44.

¹⁵¹ “Perante o nosso Código, o concurso tanto é majorativa do furto, como do roubo. Portanto, a qualificativa se funda no efeito positivo que o concurso oferece em relação à consumação do crime, que se torna mais fácil, pelo enfraquecimento da defesa privada. O crime, no qual participam muitos delinquentes, tem maior probabilidade, *coeteris paribus*, de ser consumado do que o ideado e executado por um só agente, além de que oferece mais perigo para a sociedade. Portanto, deve esta opor ao crime praticado por muitos delinquentes defesa mais enérgica do que a que se empresta ao crime cometido por um só indivíduo.” Mário Hoepfner DUTRA, *O furto e o roubo (em face do Código Penal brasileiro)*, p. 206.

¹⁵² “A pluralidade do sujeito ativo é, aqui, agravante especial. O número de co-partícipes deve ser superior a três (no mínimo, quatro), e não é necessário um prévio ajuste ou acordo de vontades, bastando, como no *concurso delinquentium* em geral, que haja em cada um dos co-partícipes a consciência de concorrer à ação dos outros. Segundo a lição de Manzini (Trattato, V, pág. 355), “*basta una riunione puramente occasionale, com un accordo immediato, instantaneo, tacito, com subito entendimento implicito*”. A cooperação pode ser prestada por simples *convivência*, -, o que não é de confundir-se, porém, com a presença ocasional, sem qualquer vínculo com a atividade criminosa. Justifica-se a agravação especial da pena: em face de múltiplos coatores, frustam-se a esperança e a possibilidade de reação contra a prepotência.” Nélson HUNGRIA, *Comentários ao código penal*, v. VI, pp. 159-160.

¹⁵³ “Deve entender-se que a co-participação, aqui, é para a *execução* do crime (contra: MAGALHÃES NORONHA). O dispositivo não se refere, indistintamente, a *concurso* de duas ou mais pessoas *para o crime*, mas ao fato de ter sido o crime *cometido*, isto é, *executado* com pluralidade de agentes. O Código não adotou a teoria de SIGHELE, segundo a qual o concurso de agentes devia constituir sempre circunstância agravante: só em certos crimes dá relêvo a tal circunstância, para o efeito de especial agravação da pena; mas há casos em que, pela redação do dispositivo, se evidencia que apenas contempla a hipótese de simultânea concorrência de agentes na execução material do crime.” Nélson HUNGRIA e Romão Côrtes de LACERDA, *Comentários ao código penal*, v. VIII, pp. 233-234.

Ainda, entendeu o legislador de presumir a periculosidade em determinadas formas de participação. É o que se verifica na análise do artigo 62, segundo o qual a pena será agravada em relação ao agente que promove ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais; coage ou induz outrem à execução do crime; instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou impunível em razão de qualidade ou condição pessoal; por fim, aquele que executa o crime ou nele participa, mediante paga ou recompensa.¹⁵⁴

No sentido oposto, o legislador reconheceu a diminuição da periculosidade dos agentes que praticam o delito por influência de multidão, constituindo atenuante genérica ter sido o delito cometido sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou.¹⁵⁵

Finalmente, o legislador tipificou como delito autônomo a associação de quatro ou mais pessoas para a prática de crimes. A análise conjunta desses aspectos da criminologia permite afirmar que o delito de quadrilha ou bando é o último estágio que a legislação penal atinge quando valora a influência que o concurso de pessoas exerce sobre o atuar criminoso.

A *ratio* da tipificação autônoma da quadrilha ou bando funda-se, em última análise, na consideração de que o delito praticado em conjunto assume maior grau de periculosidade o que justifica a incriminação antecipada do fato de associar-se determinado número de agentes visando a praticar crimes.

A relação existente entre o concurso de pessoas e o delito de quadrilha ou bando adquire especial relevo no estudo do delito em si, principalmente em relação ao modo como se verifica a co-autoria, participação e tentativa no crime de quadrilha ou bando.¹⁵⁶

¹⁵⁴ Sobre o tema ver Roberto LYRA, *Comentários ao código penal*, v. II, pp. 300-310.

¹⁵⁵ Ensina Roberto LYRA a respeito dessa atenuante, com base na lição de Ferri que: “Observou Ferri que o partícipe de multidão tumultuária pode perder a força inibitória da vontade e até o senso moral. Os delitos multitudinários são quase sempre improvisados e só o fato de ter agido “por sugestão de multidão tumultuária” deve ser considerado como circunstância de menor periculosidade, excetuados os provocadores e instigadores, principalmente quando premeditam. Os outros não cometeriam tais excessos nas condições ordinárias da vida e fora do furacão psicológico desencadeado pela multidão.” *Comentários ao código penal*, v. II, pp. 383-384.

¹⁵⁶ Ver *infra* cap. 3 item 7.

3.2 O direito de reunião e a associação para delinquir

A associação criminosa, desde tempos remotos, desperta a inquietação dos detentores do poder. Inicialmente, é possível afirmar que as associações eram coibidas porque não era permitido questionar a autoridade dos governantes.

A reunião de pessoas podia representar perigo de sedição ou conjuração, então não se garantia tal direito, ao contrário, motivos políticos justificavam que se considerasse ilícita qualquer reunião ou associação do povo.¹⁵⁷

Posteriormente, em consonância com as conquistas do liberalismo, garante-se o direito de reunião, sendo este apontado como um dos primeiros direitos coletivos a ser tutelado pelo ordenamento jurídico, tendo sido previsto já na Constituição francesa de 1791 e, nesse país, regulamentado em 1881. Seus elementos identificadores são: a pluralidade de participantes, o tempo, a finalidade e o lugar.¹⁵⁸ O tempo é um dos elementos aptos para efetuar a distinção entre associação e reunião. Neste último a duração é limitada, o tempo necessário refere-se apenas à consecução imediata do objetivo, enquanto na associação predomina, em relação ao tempo, a permanência.

No ordenamento brasileiro do século XIX, o liame entre os temas do direito de reunião e do delito de associação ilícita era mais facilmente demonstrado, na medida em que o Código Penal de 1830 e também o Código Penal de 1890 faziam referência às duas figuras no mesmo contexto.

É interessante observar a previsão do Código Penal de 1890 (art. 123) que não considera ajuntamento ilícito: a reunião do povo para representar contra os funcionários públicos; ou a reunião pacífica, em lugar público, para representar e discutir acerca dos negócios públicos. Dispensava-se, inclusive para essa hipótese, a prévia licença da autoridade policial.

¹⁵⁷ Segundo afirma Heleno Cláudio FRAGOSO: “As associações ilícitas desde tempos remotos preocupavam os governantes, por motivos puramente políticos, ou seja, pelo perigo de sedição ou conjuração. Um texto de *Marciano*, inserto do Digesto (Lei nº 47, tit. 22,1), refere a proibição de confrarias ou sodalícios, e, de modo geral, de congregações ilícitas (*illicitum collegium*). Segundo *Mommsen*, II, 382, desde a época republicana, e sobretudo ao tempo do Principado, a associação perigosa para o Estado era punida, sem que se tivesse, porém, noção de crime autônomo.” *Lições de direito penal*, p. 279.

¹⁵⁸ Celso Ribeiro BASTOS e Ives Gandra da Silva MARTINS, *Comentários à Constituição do Brasil*, v. 2, pp. 99-100.

O diploma penal de 1890 contemplava o delito de ajuntamento ilícito e protegia e garantia o direito de reunião.

É tal a importância do direito de reunião assegurado ao povo, que o Código Criminal do Império de 1830 já o protegia ao prescrever que não se considerava sedição o ajuntamento do povo desarmado, em ordem, para o fim de representar as injustiças e vexações e o mal procedimento dos funcionários públicos (art. 112).

Galdino Siqueira, com precisão, enfatiza a lesão efetiva da ordem pública, causada pela existência da associação criminosa, como motivo justificador da incriminação da associação, ainda que vigente o princípio constitucional da liberdade de associação.¹⁵⁹ O que autoriza a conclusão de que não há conflito entre a incriminação da associação para delinquir e a proteção do direito de reunião, porque a associação criminosa parte da violação efetiva da ordem pública, enquanto no direito de reunião, a intenção é a manutenção da ordem pública, quando se tem em vista a defesa da ordem política.¹⁶⁰ Para que o direito de reunião seja passível de intervenção pela autoridade pública é necessário que se verifique uma efetiva violação da lei, pois, em sua formação, seus elementos são voltados para a consecução de fins lícitos.

Na Constituição da República de 1988, o artigo 5º, inciso XVI assegura o direito de reunião, desde que pacificamente e sem armas, independentemente de autorização, enquanto o inciso XVII assegura a liberdade de associação para fins lícitos. Assim, é possível perceber que o delito está na ponta oposta do direito de reunião constitucionalmente assegurado. Em um extremo, a reunião de pessoas é primado da democracia, protegido constitucionalmente, e incentivado como um dos modos de exercício democrático direto. Em outro, o Código Penal de 1940 tipifica a associação de mais de três pessoas que visem a cometer crimes.

Tal confronto não é recente e data desde o momento em que se passou a garantir o direito de reunião. Na legislação brasileira desde o Código Imperial de 1830 nota-se a relação entre o delito de associação ilícita e o direito de reunião assegurado.

¹⁵⁹ *Tratado de direito penal*, t. II, p. 368.

¹⁶⁰ "A emenda primeira á constituição declara mais que o Congresso não poderá elaborar lei alguma que restrinja o direito do povo de reunir-se pacificamente, e de dirigir petições do governo com o fim de obter alguma satisfação ás suas reclamações"(...) "É certamente importante o direito de reunião, porque se póde usar d'elle para fins religiosos, sociaes, industriais e politicos; mas sem duvida, o que se teve em vista, ao adoptar-se a emenda, foi o seu valor politico". Thomás COOLEY, *Principios geraes de direito constitucional dos Estados Unidos da América do Norte*, p.310.

Na medida em que o grupo abandonar a licitude quanto ao modo de agir e, principalmente, quanto aos fins da reunião, mais próximo estará de colocar em perigo a ordem pública, e, conseqüentemente, do crime de quadrilha ou bando, caso o grupo volte-se para a prática de atos criminosos. Segundo afirma Damásio de Jesus¹⁶¹, caso o grupo voltar-se para a prática de atos ilícitos ou imorais, perde a proteção constitucional do direito de reunião, apesar de não se caracterizar o crime de quadrilha ou bando.

Cabe mencionar que a reunião ou associação lícita conta com ampla proteção estatal, da qual faz parte a lei 4898/65, denominada lei do abuso de autoridade. De acordo com o artigo 3º “f” e “h” da mencionada lei, constitui abuso de autoridade qualquer atentado à liberdade de associação bem como ao direito de reunião. A liberdade de associação e o direito de reunião, princípios garantidos constitucionalmente, estão protegidos contra abusos de autoridade, quando seus fins forem lícitos e não contrariarem preceitos de ordem pública.¹⁶²

3.2.1 Da contravenção penal de associação secreta

Antes do estudo dos elementos do crime de quadrilha ou bando, a contravenção penal da associação secreta, prevista na Lei das Contravenções Penais, merece algumas considerações porque se entende que o referido delito situa-se a meio caminho do direito de associação constitucionalmente assegurado até o oposto deste que é o crime de quadrilha ou bando. Quando a Constituição assegura o direito de reunião, exige prévio aviso à autoridade competente. Utilizam-se indistintamente os princípios da liberdade de reunião e da liberdade de associação por terem significados equivalentes.¹⁶³ A Constituição não condiciona o direito de reunião a qualquer autorização do poder público, no entanto a falta

¹⁶¹ *Direito penal*, v.3, p. 412.

¹⁶² Cf. Gilberto Passos de FREITAS e Vladimir Passos de FREITAS, *Abuso de autoridade*, pp. 42-44.

¹⁶³ Gilberto Passos de FREITAS e Vladimir Passos de FREITAS lembram a lição de Araújo Castro para quem o direito de reunião tem relações íntimas com o de associação, porque os indivíduos, para se associarem, precisam, geralmente, reunir-se. Os autores concluem que a reunião, quando ocorre, é antecedente lógico da associação, ou então, quando houver diferença, esta será mínima, recaindo sobre a estabilidade do vínculo, de modo que a reunião será aquela no qual o caráter do vínculo é provisório e a associação será ordenada de modo a criar laços permanentes e mais prolongados. *Idem*, p. 42

de prévio aviso à autoridade competente pode acarretar, desde que presentes outros elementos, a configuração da contravenção penal de associação secreta.

Segundo o art. 39 da Lei das Contravenções Penais, constitui contravenção penal a participação em associação de mais de cinco pessoas, que se reúnam periodicamente, sob compromisso de ocultar à autoridade a existência, objetivo, organização ou administração da associação. Além da falta de aviso prévio às autoridades competentes, o tipo requer o compromisso, o acordo de vontades dos associados, em ocultar a existência da sociedade. Exige-se o número mínimo de seis pessoas e a periodicidade das reuniões, de modo a requerer a habitualidade para sua configuração¹⁶⁴. Se as reuniões não forem constantes ou periódicas, ou ainda, contar com número inferior a seis participantes, o fato é atípico. Na mesma pena de um a seis meses de prisão ou multa incorre o proprietário de prédio que o cede para reunião de associação, conhecendo a natureza secreta da associação.

A análise dos requisitos da contravenção de associação secreta permite concluir que o legislador, ao tipificá-la, vê no simples fato da reunião periódica de seis ou mais pessoas a possibilidade de ofensa à segurança pública, bem jurídico penal ofendido. Contudo o parágrafo segundo do art. 39 prevê a possibilidade de o juiz conceder o perdão judicial, caso comprovada a licitude dos fins da reunião. A comparação desses elementos permite afirmar que o fim último que a incriminação da associação secreta visa a atingir é coibir a existência de associações secretas cujo objetivo seja o cometimento de fatos ilícitos.

José Duarte afirma haver uma incongruência na lei contravencional quando a mesma admite que o juiz possa deixar de aplicar a pena quando o fim da associação for lícito. O art.39 incrimina a associação pelo fato de ser secreta e não pela ilicitude ou não de seus fins. Dessa incongruência extrai-se o entendimento de que a lei, em última instância, preocupa-se com a finalidade ilícita da associação.¹⁶⁵

Entendimento contrário levaria à conclusão de que o legislador tipificou uma conduta sem que a mesma tenha capacidade de lesionar o bem jurídico tutelado. Somente a finalidade ilícita da associação tem potencialidade para ameaçar a paz social, a segurança pública.

¹⁶⁴ Cf. Damásio de JESUS, *Lei das contravenções penais anotada*, p. 140.

¹⁶⁵ *Comentários à lei das contravenções penais*, p. 427.

Em comentários ao parágrafo segundo, ensina José Duarte que a justificativa para a figura contravencional não é somente o fato de ocultar à autoridade a existência da associação ou não promover a sua organização de acordo com as prescrições legais, mas sim que o fim da lei é prevenir o que encerra perigo. “Os possíveis perigos do direito de associação não podem ser estabelecidos *a priori*, mas o Estado os previne, de um modo geral, com impedir o funcionamento de associação secreta, que oculta a sua existência, seu objetivo, sua administração. É o perigo potencial.”¹⁶⁶

O perigo que a conduta ocasiona ao bem jurídico da paz social só se verifica quando o fim da associação for ilícito, porque antecedente lógico do delito de quadrilha ou bando, no qual o fim coibido é a prática de crimes.¹⁶⁷

3.3 Breve análise de legislação comparada

3.3.1 Argentina

O projeto do Código Penal da Argentina de 1891, nos moldes do Código italiano de 1889, fazia menção ao crime de associação ilícita. Segundo afirma Fontan Balestra, tal dispositivo, em 1903, veio a integrar a legislação penal argentina, punindo com pena de um a quatro anos aquele que tomar parte em qualquer associação ou bando destinada a cometer delitos.

Já no Código de 1921, nova redação refere-se a quem tomar parte em uma associação de três ou mais pessoas, destinada a cometer delitos, pelo simples fato de ser membro da associação. A partir de 1937 é suprimida a referência ao bando e acrescentado um aumento de pena ao chefe ou promotor, assim como à associação armada ou à que se vale de menores de 16 anos.

¹⁶⁶ *Comentários à lei das contravenções penais*, p. 425.

¹⁶⁷ Segundo afirma Manoel Pedro PIMENTEL: “Certos comportamentos, determinadas condutas, revelam-se objetivamente, e não apenas subjetivamente, capazes de colocar em perigo um bem ou um interesse juridicamente tutelados. Para prevenir a defesa desse bem ou interesse postos em perigo, o legislador estende também uma rede de proteção, visando ao cerceamento da conduta perigosa, impedindo que ela prossiga, para que no seu prolongamento não aconteça o dano temido.” *Contravenções penais*, p. 79.

Segundo o Código Penal atual, o crime de associação ilícita integra o título oitavo que trata dos delitos contra a ordem pública. Segundo o artigo 210 será punido com reclusão de três a dez anos aquele que tomar parte em uma associação ou bando de três ou mais pessoas destinada a cometer delitos pelo simples fato de ser membro da associação. Para os chefes ou organizadores da associação o mínimo de pena será de cinco anos de prisão ou reclusão.

Há ainda a previsão do artigo 210 bis, figura típica que se refere às associações ilícitas cuja ação contribua a pôr em perigo a vigência da Constituição da República Argentina, sempre que se reunir ao menos duas de um rol de características que a lei estabelece. Tais características referem-se, em suma, ao alto grau de organização da associação, que se observa pelo fato de a mesma contar com mais de dez indivíduos, dispor de armas de guerra ou explosivo de grande poder ofensivo, ter organização de tipo militar ou contar com membros das forças armadas ou da segurança do país, ou, por fim, ter conexão com organizações similares internacionais.

3.3.2 Itália

O Código Penal italiano de 1889, conhecido como código Zanardelli, punia, em seu art. 248, a associação de cinco ou mais pessoas para cometer delitos contra: a administração pública, a fé pública, a incolumidade pública, os bons costumes ou a ordem da família, a pessoa ou a propriedade.

Diversamente do denominado código Zanardelli, o código Rocco, de 1930 não exigia que a organização fosse constituída para a prática de delitos específicos.

O artigo 416 do código vigente tipifica o fato de três ou mais pessoas associarem-se para o fato de cometerem crimes. Aqueles que promovem, organizam ou constituem a organização, bem como os chefes, são punidos com pena maior do que aqueles que somente participam.¹⁶⁸

¹⁶⁸ Art. 416 Associazione per delinquere - Quando tre o più persone si associano allo scopo di commettere più delitti, coloro che promuovono o costituiscono od organizzano l'associazione sono puniti, per ciò solo, con la reclusione da tre a sette anni.
Per il solo fatto di partecipare all'associazione, la pena è della reclusione da uno a cinque anni.
I capi soggiacciono alla stessa pena stabilita per i promotori.

A associação deve ser formada com estabilidade, de forma a constituir delito permanente. Também se observa que o fato constitui exceção à regra geral prevista no artigo 115 daquele diploma, pelo qual não se pune o acordo de duas ou mais pessoas para cometerem crimes, se este não se inicia, salvo disposição diversa da lei. É possível, nesse caso, que o juiz aplique uma medida de segurança em função da periculosidade dos indivíduos.

Nesse país, o crime de associação para delinquir integra o título quinto do código, referente aos crimes contra a ordem pública. A essa figura típica se agregam duas circunstâncias especiais agravantes: o crime ser praticado por mais de dez indivíduos e o fato de algum deles estar armado. Além disso, há a disposição do art. 416-bis, que tipifica autonomamente a associação de tipo mafioso. Em todos esses crimes, a lei presume a periculosidade dos agentes, de modo a cominar, além da pena privativa de liberdade, uma medida de segurança obrigatória.

3.3.3 França

O art. 265 do Código Penal francês de 1810 fazia referência à associação de malfeitores. A lei de 18 de dezembro de 1893, modificou o art. 265 para estabelecer que constitui crime contra a paz pública toda associação, independente da duração ou do número de seus membros, organizada com o fim de preparar ou cometer crimes contra a pessoa ou contra a propriedade. Essa lei suprimiu a referência a malfeitor, que continuou, no entanto, na denominação da seção e do parágrafo do artigo mencionado.

Posteriormente, a lei 81-82 de 2 de fevereiro de 1981, modificou o artigo para punir com pena de cinco a dez anos de prisão, aquele que tenha participado de uma associação formada ou em preparação, concretizada por um ou mais fatos materiais, de um ou mais crimes contra as pessoas ou seus bens.

Atualmente, a previsão do Código Penal francês de 1992, consideradas as modificações sofridas pela Lei n. 420 de 15 de maio de 2001, mantém tal disposição, prevendo o art. 450 que a associação de malfeitores constitui-se pelo agrupamento formado ou pelo acordo estabelecido para a preparação de um ou mais crimes, caracterizados por um

ou mais fatos materiais. Varia a pena de acordo com a modalidade dos delitos preparados, se crime ou delito punido com mais de 10 anos de reclusão, a participação na associação de malfeitores será punida com 10 anos de prisão e multa de 150.000 euros. Se delitos punidos com 5 anos de prisão no mínimo, a participação no crime em questão será punida com 10 anos de reclusão e multa. Acrescente-se a previsão no estatuto penal em questão de penas acessórias específicas.

3.3.4 Portugal

No direito penal português, na secção dos crimes contra a paz pública encontra-se o artigo 299, que prevê pena de prisão de um a cinco anos para quem promover ou fundar grupo, organização ou associação cuja finalidade ou atividade seja dirigida à prática de crimes. Incorre na mesma pena quem fizer parte de tais grupos, organizações ou associações ou quem os apoiar, nomeadamente fornecendo armas, munições, instrumentos de crime, guarda ou locais para as reuniões, ou qualquer auxílio para que se recrutem novos elementos. A pena será de dois a oito anos para quem chefiar ou dirigir a associação criminosa.

Delito de maior gravidade vem previsto no artigo 300, a organização terrorista, punido com pena de cinco a quinze anos de prisão. Nesse delito, incrimina-se o agrupamento de duas ou mais pessoas que visem a prejudicar a integridade ou a independência nacionais, impedir, alterar ou subverter o funcionamento das instituições do Estado, que acarretem constrangimento à autoridade pública ou que causem intimidação a pessoas, grupo de pessoas ou à população, mediante a prática de crimes: (a) contra a vida, a integridade física ou a liberdade das pessoas; (b) contra a segurança dos transportes e comunicações; (c) de produção dolosa de perigo comum, especialmente através de incêndio, liberação de substâncias tóxicas ou radioativas, contaminação de alimentos e água ou difusão de doenças; (d) de sabotagem; (e) que impliquem emprego de energia nuclear, armas de fogo ou explosivos.

Cabe observar que o Código Penal português é severo ao punir os atos preparatórios da constituição de grupo, organização ou associação terrorista com pena de prisão de um a oito anos.

3.3.5 Alemanha

A constituição de associação criminal integra a seção sétima que têm por objeto os delitos contra a ordem pública. Segundo o parágrafo 129 do Código Penal alemão, é punido com pena privativa de liberdade de até cinco anos ou multa quem funda uma associação que tenha por fim ou por atividade a prática de delitos, na mesma pena incorre quem participa de tal associação como membro, lhe dê apoio ou publicidade. Pune-se ainda expressamente a tentativa de fundar a associação.

3.3.6 Espanha

O art. 515 do Código Penal espanhol de 1995 dispõe que são puníveis as associações ilícitas que tenham por objeto cometer algum delito ou que, depois de constituídas, promovam sua comissão. Consideram-se ainda associações ilícitas os bandos armados; organizações ou grupos terroristas; organizações de caráter paramilitar; as associações que, tendo por objeto um fim lícito, empreguem meios violentos ou de alteração do controle da personalidade para sua consecução; por fim, as associações que promovam a discriminação, o ódio, a violência contra pessoas, grupos ou associações por razões de ideologia, religião ou crença; etnia, raça ou nação, sexo, orientação sexual, situação familiar, doença ou que incitem a tal.

A pena é distinta para fundadores, diretores e presidentes das associações em questão e seus membros ativos. Para os primeiros a pena de prisão é dois a quatro anos, sendo que, para os membros ativos, prisão de um a três anos. Para ambos é prevista pena de multa de doze a vinte e quatro meses e inhabilitação para o emprego de cargo público por tempo variável.

3.4 Aspectos históricos da associação de criminosos no direito penal brasileiro

3.4.1 As Ordenações do Reino e os Códigos Penais do Império (1830) e da República (1890)

A legislação de Portugal, no período que se segue ao descobrimento do Brasil, foi a legislação vigente na nova colônia. As Ordenações Afonsinas, e as Ordenações Manuelinas, esta última com vigência até 1603, pouco influíram na colônia incipientemente formada¹⁶⁹, narra-se inclusive que nenhum exemplar das Ordenações havia no território da colônia em 1587.¹⁷⁰

Já as Ordenações Filipinas vigoraram no país por mais de duzentos anos, na parte criminal, tendo sido revogadas no Brasil pelo Código de 1830¹⁷¹. Observa-se a existência, no livro V destas Ordenações, em seu título XLV, de disposições acerca da assuada, apontada por Francisco Luiz¹⁷² como fonte do delito de ajuntamento ilícito nos códigos que se seguiram.

As Ordenações Filipinas, observada a linguagem própria da época, incriminava como assuada o ajuntamento de gente, quando a intenção fosse fazer mal ou causar dano a outrem, ainda que não se realizasse o dano.¹⁷³

¹⁶⁹ “Pouca importância tiveram, no Brasil, as Ordenações Manuelinas, embora, formalmente, estivessem vigorando na época das capitanias hereditárias. Abundavam as determinações reais especialmente decretadas para a nova colônia, as quais, aliadas às cartas de doação, com força semelhante à dos forais, abacinavam as regras do código unitário.” Augusto F. G. THOMPSON, *Escorço Histórico do direito criminal luso-brasileiro*, p. 89.

¹⁷⁰ “Para se ter uma idéia de como iam as coisas referentes à justiça, naquela época, basta lembrar o episódio ocorrido em Piratininga, em 13 de junho de 1587, de que o almotacel (magistrado de categoria inferior ao juiz ordinário) João Maciel pediu aos vereadores que lhe dessem as Ordenações (certamente o Código Sebastião), pois não podia, sem elas, exercer suas funções. Taunay, que nos narra esse episódio, acrescenta não se ter encontrado um exemplar.” Magalhães NORONHA, *Direito penal*, p. 64.

¹⁷¹ Cf. Augusto F. G. THOMPSON, *idem*, p. 115.

¹⁷² Segundo Francisco LUIZ, em seus comentários ao artigo 285 e seguintes do Código Criminal do Império, tais disposições dizem respeito ao crime conhecido na antiga legislação com o nome de assuada. *Código criminal do Império do Brasil theorica e praticamente anotado*, p. 529.

¹⁷³ “Título XLV Dos que fazem assuada, ou quebrão portas, ou as fechão de noite por fora – 1. E se o ajuntamento de gente, que assi fez, for para fazer mal, ou dano a alguma pessoa, e não entra em caza alguma, posto que com o ajuntamento não faça mal, nem dano, se for Fidalgo, seja preso e degradado quatro annos para África, e pague cem cruzados, ametade para quem o accusar, e a outra para nossa Câmara.”

2. “E se fizer ajuntamento de gente pela maneira sobredita, par ir fazer mal, ou dano, postoque com ella não vá, nem saia a fazer mal, mandamos que pólo ajuntamento, que fez, de gente para fazer mal incorra nas penas de dinheiro sobreditas sómente, segundo a differença das pessoas acima ditas.”

O dicionário etimológico¹⁷⁴ aponta que assuada é termo utilizado no século XV, sendo o feminino substantivado do particípio do verbo assuar. Assuar, por sua vez, no mesmo dicionário, é reunir o povo para deliberar em comum ou para qualquer outro fim. Dicionários de latim¹⁷⁵ informam que assuar é originado do infinitivo latino *assultare*, que significa atacar, insultar, assaltar.

De tal modo, admite-se a existência de uma figura delitiva nos Códigos Penais do Império (1830) e da República (1890) que constitui o embrião do delito de quadrilha ou bando.¹⁷⁶

Trata-se do crime policial (contravenção) de ajuntamento ilícito, previsto no Código Penal do Império de 1830 no capítulo quarto. Segundo o artigo 285 desse código, 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.¹⁷⁷

Contudo, no título que tratava dos crimes contra a segurança interna do Império e da pública tranqüilidade, havia a previsão dos crimes de conspiração e sedição, sem que fosse feita referência ao ajuntamento ilícito.

O Código Penal de 1890, por sua vez, previa o crime de ajuntamento ilícito no título dos crimes contra a segurança interna da República, ao lado dos crimes de conspiração e sedição. Não obstante integrar tal título, a figura tipificada não contemplava, de modo geral, um fato que se referisse apenas à segurança da República.

¹⁷⁴ Cf. Antônio Geraldo da CUNHA, *Dicionário etimológico nova fronteira da língua portuguesa*, p.77.

¹⁷⁵ Cf. José CRETELLA JUNIOR e Geraldo Ulhôa CINTRA, *Dicionário latino-português*, p. 100; Ernesto FARIA, *Dicionário escolar latino português*, p. 66. Há quem traduza assuada como termo originado do latim bárbaro, significando aglomeração.

¹⁷⁶ Carlos Frederico Marques PERDIGÃO, em comentário ao artigo 284 e seguintes do Código Penal do Império, sustenta que "O fim principal devia ser declarar crime contra a paz pública os ajuntamentos ilícitos ou cujo fim fosse visivelmente a perturbação da ordem pública." Cf. *Manual do código penal brasileiro*, vol. II, p. 728.

¹⁷⁷ "O ajuntamento ilícito não pôde existir, segundo a letra desses Artigos, sem a condição de organização, de inteligência ou de acôrdo previo, na reunião de tres ou mais pessoas com a intenção de praticar o crime. Pois bem; a reunião fortuita, a juxtaposição accidental de algumas pessoas, ainda com a intenção, mas não manifestada por actos exteriores e principio de execução, de praticar algum delicto, não basta para estabelecer este crime de ajuntamento ilícito." Carlos Frederico Marques PERDIGÃO, *idem*, p. 729.

Constitui o ajuntamento ilícito, no Código de 1890, o fato de ajuntarem-se mais de três pessoas, em lugar público, com o desígnio de se ajudarem mutuamente, por meio de motim, tumulto ou assuada, para cometerem algum crime. Esta é uma das finalidades apontadas pelo artigo 119, as demais, no entanto, contemplam outras finalidades que não se relacionam especificamente ao crime de quadrilha ou bando.

As seguintes semelhanças são observadas entre o ajuntamento ilícito do Código Penal de 1890 e o crime de quadrilha ou bando: o número mínimo de pessoas, o vínculo associativo, consubstanciado no desejo de se ajudarem mutuamente, além do fim de cometer crimes.

Por esta razão, apesar da discordância de parte da doutrina¹⁷⁸, sustenta-se a ligação de tal delito com a quadrilha ou bando, na esteira das lições de Galdino Siqueira.¹⁷⁹

3.4.2 Os projetos de alteração ao Código Penal da República

Os sucessivos projetos de alteração da legislação penal brasileira do começo da República, em sintonia com as legislações estrangeiras de onde retiravam inspiração, começam a delinear o delito de quadrilha ou bando, tal como hoje é conhecido. Contudo o

¹⁷⁸ Francisco de Paula BALDESSARINI entende que não se pode confundir o delito de quadrilha ou bando com o do ajuntamento ilícito previsto no código anterior por dois motivos: "Em primeiro lugar, porque não exige o art. 288 que a associação se faça publicamente; em segundo, porque o Código atual não prescreve o modo de ação dos quadrilheiros, como fazia o antigo, impondo a necessidade do motim, do tumulto ou da assuada." *Tratado do código penal brasileiro*, p. 151. Também Nélon HUNGRIA não concordava com a afirmação de que o delito já encontrava guarida no ordenamento sob o título do ajuntamento ilícito "pois este não passava de reunião accidental de sediciosos ou amotinados na praça pública, sem nenhum caráter de estabilidade associativa." *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 174. No mesmo sentido Heleno Cláudio FRAGOSO, "nosso código imperial (arts. 285 e seguintes) contemplava, entre os crimes policiais (contravenções) os ajuntamentos ilícitos, infração também prevista no primeiro código republicano (art. 119). Diferia ela, porém, do crime que ora examinamos, por não exigir permanência ou qualquer organização associativa, não passando de reunião ocasional de delinquentes." *Lições de direito penal*, v. II, p. 280.

¹⁷⁹ "Trata-se, pois, do crime que, em substância, se encontrava em nossos códigos anteriores, sob a denominação de *ajuntamento ilícito* e, no italiano atual, de *associação para delinquir*." *Tratado de direito penal*, t. II, p. 366. No mesmo sentido, Elaine ANGEL, para quem: "Em que pese o posicionamento de Nelson Hungria, acreditamos que, mesmo que não fossem idênticos os tipos penais e que não existisse o requisito da permanência no crime de ajuntamento ilícito, poder-se-ia visualizar entre eles uma grande proximidade. Pelos mesmos motivos, ousamos ainda defender a tese levantada por Francisco Luiz, segundo a qual, como vimos, também haveria uma ligação entre o ajuntamento ilícito e o delito de assuada." *Quadrilha ou bando*, p. 50.

fato incriminado era conhecido como associação de malfeitores ou como associação para delinquir, de acordo com a denominação utilizada pelos códigos europeus.

Afirma Chrysolito Chaves de Gusmão que o projeto de Código Penal¹⁸⁰ criou um capítulo referente à associação para delinquir, a que deu a denominação de associação de malfeitores, com os seguintes termos: associarem-se três ou mais indivíduos para cometer crime. O título, ao se referir a malfeitores, foi criticado pelo autor porque para o crime bastaria a reunião de indivíduos, não importando a qualidade de malfeitor ou não. Segundo o autor, o projeto baseara-se no Código Penal francês de 1810, sem observar as alterações sofridas por este Código Penal em 1893 que suprimiu a referência a malfeitor.¹⁸¹

Substitutivo apresentado em 1899¹⁸² modificava o projeto do Código Penal brasileiro nesse ponto, com apoio na legislação italiana, passando a denominar o título de associação para delinquir. Além dessa alteração, o projeto de 1899 especificava determinados delitos que os agentes reunidos deveriam praticar para incidir na associação para delinquir, e ainda determinava explicitamente que a pena seria cominada pelo fato próprio da associação.¹⁸³

Como nenhum dos projetos de alteração do Código Penal de 1890 teve êxito, a Consolidação das Leis Penais de 1932 repetiu, sem modificações, as disposições existentes no Código de 1890 acerca do ajuntamento ilícito, apenas passando a denominar o capítulo no qual se encontrava de crimes contra o livre exercício dos poderes públicos.

Destaca-se também o fato de que o número mínimo de associados no Código Penal de 1830 era de três ou mais indivíduos, enquanto nas legislações penais posteriores (Código Penal de 1890 e Consolidação de 1932) já passava a ser, tal como hoje, mais de três associados. Não obstante, observa-se que o projeto de alteração de 1893 e o substitutivo apresentado em 1899 faziam referência a três ou mais pessoas na tipificação do delito, na esteira do Código Penal italiano. Ademais, afirma Galdino Siqueira que o projeto Alcântara Machado, fonte do código atual, sob influência do Código Penal italiano, exigia apenas três

¹⁸⁰ O projeto a que se faz menção é o projeto de João Vieira de Araújo, de 1893.

¹⁸¹ *O banditismo e associações para delinquir*, pp. 221-224.

¹⁸² O substitutivo de 1899 foi apresentado por João Vieira de Araújo, aprovado na Câmara dos Deputados, não teve seguimento no Senado. Capítulo V - da associação para delinquir. Art. 150: associarem-se três ou mais pessoas para cometer crimes.

¹⁸³ Cf. Chrysolito Chaves de GUSMÃO, *idem*. pp. 224-225.

ou mais pessoas, qualificando o crime como de “se aquadrilharem três ou mais pessoas para a prática de crimes.”¹⁸⁴

3.5 Distinção entre quadrilha ou bando

Heleno Cláudio Fragoso situa-se entre os autores que não fazem distinção entre quadrilha ou bando¹⁸⁵. No entanto, há quem faça a distinção estabelecendo que o bando é a associação que se verifica no campo, no interior do país, enquanto quadrilha é fenômeno das cidades.¹⁸⁶

Para Galdino Siqueira bando é um grupo indisciplinado de malfeitores, enquanto quadrilha é um grupo que obedece a um chefe.¹⁸⁷ Conclui-se, portanto, que o autor colocava no grau de organização do grupo a distinção entre quadrilha ou bando.

É preferível tomar a organização do grupo como fator de diferenciação entre quadrilha e bando do que levar em consideração o local no qual a conduta tipificadora se desenvolve, como faz a doutrina que estabelece a diferença com base simplesmente no local onde se desenvolve tal conduta, como, por exemplo, o campo ou a cidade. Ademais, o próprio Ribeiro Pontes, ao afirmar que a distinção se dá com base no local de ação, segue, na esteira de Galdino Siqueira, com a afirmação de que enquanto na quadrilha há chefe, no bando falta organização interna e um chefe eventual.

¹⁸⁴ Cf. *Tratado de direito penal*, t. II, p. 367.

¹⁸⁵ Afirma o autor que “*quadrilha ou bando* são termos que a lei emprega como sinônimos, definindo-se como associação estável de delinquentes (*societas delinquentium*), com o fim de praticar reiteradamente crimes, da mesma espécie ou não, mas sempre mais ou menos determinados.” *Lições de direito penal*, v. II, p. 282. Para Silvio de MACEDO, bando é sinônimo de quadrilha. In *Enciclopédia saraiva de direito*, v. 10, p. 277.; também Damásio de JESUS, *Direito penal*, v. 3, p. 412. No mesmo sentido Marino Barbero SANTOS, para quem: “La lingua equipara i due termini. L’accezione ottava della voce ‘partida’ (in italiano ‘banda’) del dizionario dell’Accademia è esattamente quella di ‘cuadrilla’ (in italiano banda, gruppo, associazione, combriccola).” Il bandolerismo nella legislazione spagnola, In *La scuola positiva*, v. 13, p. 61.

¹⁸⁶ Segundo Ribeiro PONTES: “A lei, criando a distinção entre quadrilha e bando, parece ter em vista distinguir, não a qualidade dos crimes, mas o local de ação das duas modalidades de associação de malfeitores. Assim, quadrilha é a associação de mais de três pessoas, para o fim de cometer crimes nas cidades. Bando é a associação de malfeitores, volante, que opera, em geral, nos aglomerados humanos, disseminados, disseminados pelo interior do país. Considera-se quadrilha a horda de salteadores que, obedientes a um chefe, praticam roubos e homicídios. Considera-se bando a associação de malfeitores, sem organização interna e com um chefe eventual.” *Código penal comentado*, p. 474.

¹⁸⁷ *Tratado de direito penal*, t. II, p. 369.

Assim, é possível afirmar que a quadrilha pressupõe um grau maior de organização entre seus membros, enquanto o bando caracteriza-se por um menor grau de organização.

3.6 Elementos do crime de quadrilha ou bando

3.6.1 Associação

A ação incriminada é o fato de ser membro de uma associação, é delito permanente que se consuma apenas com o fato do indivíduo fazer parte da associação. Da permanência decorre o prolongamento da consumação até que falte qualquer um dos seus requisitos. A dissolução, seja pela retirada de um ou alguns de seus membros, de modo a reduzir o número de membros a menos de quatro, não impede a consumação do crime.

Segundo a doutrina de Damásio de Jesus¹⁸⁸, não é causa de exclusão do crime nem constitui desistência voluntária, o abandono da quadrilha por alguns de seus membros. O crime se consuma quando se forma a quadrilha estável e permanente. O elemento da estabilidade e permanência parece conferir ao delito a característica de crime permanente. Sendo assim, questiona-se o momento adequado para se poder afirmar a existência do crime. Em outras palavras, quando uma associação poderá ser qualificada como quadrilha ou bando, distinguindo-se de um mero concurso de agentes.

A questão do abandono da quadrilha por parte de um dos agentes relaciona-se de modo direto com a consumação do crime. Não há como se falar em consumação do delito sem inicialmente estabelecer os elementos objetivos do tipo delituoso.

¹⁸⁸ *Direito penal*, v. 3, p. 415.

Decorre do elemento objetivo da associação a característica principal para a consumação do delito.¹⁸⁹ Comprovada que a associação era eventual, precária, descabe falar em quadrilha ou bando. Configurada a associação (sua permanência e estabilidade), presentes os demais requisitos, o crime está consumado. Se o agente dela se retirar, para este agente o crime já estava consumado, por isso, não caber falar em desistência ou exclusão do crime.

Afirma-se ser indiferente para a consumação do crime que o agente venha a aderir à associação depois que a mesma já se encontra formada, porque para o agente, a consumação se opera com essa adesão.¹⁹⁰ É questionável a defesa da mera adesão do agente como suficiente para configurar o crime. O dolo do agente deve ser direcionado para a efetiva integração no grupo criminoso. É possível que o agente não tenha consciência de que a associação seja voltada para fins ilícitos, ele pode reunir-se com o grupo para a prática de delitos em mero concurso de crimes.

Discute-se a possibilidade de que o mero ingresso em uma quadrilha ou bando já seja suficiente para responsabilizar alguém por quadrilha ou bando, sem que o agente contribua efetivamente para que aquela associação possa ser caracterizada como estável e permanente. Desse modo, a adesão do agente à associação já formada, deve levar à consumação do delito para esse agente, quando seu ingresso ocorrer em caráter não eventual.

Outra consequência em estabelecer o momento no qual o delito se consuma relaciona-se com a prisão cautelar do agente. Segundo a lição de José Frederico Marques: “Nos crimes permanentes, como a conduta ilícita do agente perdura no tempo, existe sempre a atualidade delituosa, que, surpreendida por alguém, dá origem ao crime em

¹⁸⁹ Observa-se que a jurisprudência não é uniforme na análise desses requisitos, embora haja muitos julgados sustentando a necessidade de estabilidade e permanência para caracterizar o delito, outros há que “transigem” com esses requisitos dispensando um alto grau de organização. No primeiro sentido: “Não é suficiente a prática de delito por quatro ou mais comparsas, para caracterizar, in abstracto, o crime de quadrilha. É imprescindível ao tipo penal a organização, preordenação dolosa, estabilidade e permanência. Improvada na instrução criminal a formação de bando ou quadrilha, pela ausência dos elementos essenciais do tipo “societas delinquentium ad perpetuam pro crimine habetur, per se stante et quatuor personae”, não há como reconhecer configurado o delito” (RT 697/346). Em sentido contrário: “O momento consumativo do crime de quadrilha é o momento associativo, pois este já se apresenta um perigo suficientemente grave para alarmar o público ou conturbar a paz ou tranquilidade de ânimo da convivência civil. Assim, irrelevante ao reconhecimento do delito é o fato de associarem-se os meliantes não para perpetrar delitos contra diversos sujeitos passivos indeterminados, mas, sim contra vítima única e determinada.” (JUTACRIM 40/95). *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*, v.I, T.II p.3325.

¹⁹⁰ Cf. Júlio Fabbrini MIRABETE, *Manual de direito penal*, p. 173.

flagrante".¹⁹¹ Desse modo, a determinação do momento no qual se rompe a permanência do crime configura o marco a partir do qual passa a não ser cabível a decretação da prisão em flagrante. Como bem observa Bento de Faria, sendo crime permanente, consuma-se no momento em que se dá por formada a associação, "pouco importando a delinquência ulterior, não o excluindo, quer a retirada, quer a dissolução voluntária, após o momento consumativo".¹⁹²

A ação incriminada não exige a participação de cada um dos indivíduos da associação nos diversos crimes que o grupo se propõe a cometer, a punibilidade do delito independe da efetiva prática dos delitos visados. Para a consumação do delito não é necessário que a associação inicie a execução de algum crime.¹⁹³

Carlos Fontan Balestra, em comentários ao direito penal argentino, utiliza-se de expressão do texto argentino, segundo o qual se pune a associação criminosa "pelo só fato de ser membro da associação" para justificar a punição pelo crime associativo, sem a necessidade da prática dos crimes idealizados. Segundo o autor esse modo de se conceber o delito responde às necessidades de proteção da tranquilidade pública, que aparece afetada pela existência desse tipo de agrupamento.¹⁹⁴

Determinante para a repressão da figura é o perigo que a associação, animada pelo fim de cometer delitos, representa para a paz pública. Segundo Nélson Hungria, o elemento do crime que autoriza a incriminação da conduta, fazendo distinção com um ato preparatório, penalmente irrelevante, é o "grave perigo concreto que a organização da quadrilha ou bando representa por si mesma".¹⁹⁵

Não fosse a expressa disposição do artigo 288, o fato não seria punível. Como regra geral, seria observado o artigo 31 do Código Penal, segundo o qual o ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado,

¹⁹¹ Cf. *Elementos de direito processual penal*, v. IV, p. 89.

¹⁹² Cf. *Código penal brasileiro comentado*, p. 13.

¹⁹³ Assim, na doutrina nacional, Júlio Fabbrini MIRABETE, *Direito penal*, v. 3, p. 173; Galdino SIQUEIRA, *Tratado de direito penal*, v. II, p. 370; Damásio de JESUS, *Direito penal*, v. 3, p. 415; Heleno Cláudio FRAGOSO, *Lições de direito penal*, v. II, p. 283.

¹⁹⁴ *Tratado de derecho penal*, t. VI, p. 404.

Também no direito italiano, "Non è necessario che gli associati per delinquere abbiano anche concertato e stabilito i mezzi con cui commettere i delitti-programma. L'art. 416 commina la pena *per il solo fatto della associazione*." Vincenzo MANZINI, *Diritto penale italiano*, vol. 6, p. 176.

¹⁹⁵ *Comentários ao Código Penal*, vol. IX, p. 177.

salvo disposição expressa em contrário. Atos meramente preparatórios não têm aptidão necessária para colocar em perigo o bem jurídico.

No caso da associação em quadrilha ou bando, tal regra é excepcionada, pelo perigo concreto que o fato representa por si mesmo, o que justifica a tipificação de atos preparatórios como delito autônomo. Em momento ulterior, a dinâmica da tentativa será examinada mais detidamente.

Deve-se, contudo, perceber que o legislador pressupõe a existência do perigo concreto quando se configura a quadrilha ou bando, dessa forma, o crime, tal como é tipificado, é um crime de perigo abstrato. A lei presume de maneira absoluta o perigo que o agrupamento representa para a sociedade. Não se exige a comprovação da existência do perigo.

Previsto como crime de perigo abstrato, a punibilidade recai sobre uma pluralidade de pessoas que se associam tendo em vista um fim delituoso, sem verificar a existência de idoneidade, por parte da associação criminosa, para realizar os objetivos criminosos propostos.

Quando se sustenta que o direito penal deve manter sua raiz axiológica deitada na teoria do bem jurídico-penal pretende-se, para o tema em análise, retirar da teoria do bem jurídico um fator de legitimação ou ao menos de questionamento para o crime de perigo abstrato da quadrilha ou bando.

Deve-se enfatizar que a proposta do presente trabalho é questionar por diversas vias o substrato material do crime em questão. Questiona-se a falta de uma clara distinção entre o delito de quadrilha ou bando e o mero concurso de pessoas para a prática de crime. Além disso, a natureza do crime de perigo abstrato desencadeia reflexos no campo da política criminal, a partir do momento em que a construção do delito é manejada em função da prevenção geral. No campo da própria dogmática, o crime de perigo abstrato não atende aos reclamos do princípio da lesividade, de modo tal que o crime é configurado independente de causar efetivo dano ou perigo.

3.6.2 Estabilidade ou permanência

A materialidade do crime de quadrilha ou bando consiste no fato de associarem-se mais de três pessoas com o fim de cometer crimes. Associar-se tem o significado de reunir-se, agregar-se, juntar-se. Apesar dos significados dados, é possível afirmar que a associação necessita de alguns elementos que permitam efetuar a distinção entre ela e a reunião de pessoas.

Como já foi observado, o delito de quadrilha ou bando situa-se, caso inserido em uma escala valorativa das várias formas possíveis do concurso de pessoas, em patamar elevado, tendo em consideração a periculosidade dos agentes, demonstrada pela configuração da associação tendo por objetivo a prática de crimes. Adquire relevo a *ratio* da incriminação do delito, baseada na peculiaridade da motivação que justifique a autonomia do crime. Sendo assim, é preciso que fiquem bem delimitados os elementos que deve conter uma reunião de pessoas para caracterizar o delito.

Caso contrário, qualquer reunião de pessoas para a prática de crimes configuraria o crime de quadrilha ou bando. A tipificação autônoma da associação para delinquir no direito italiano, da quadrilha ou bando no direito pátrio, da associação de malfeitores no direito francês, entre outras previsões, ao lado das disposições acerca do concurso de agentes para a prática de crimes é a prova suficiente para demonstrar que a intenção do legislador não é tipificar como delito autônomo a mera reunião de pessoas para a prática de crimes. Com efeito, é necessário que o delito apresente características peculiares aptas a justificar a autonomia da tipificação do crime.

O termo associação traz ínsito à idéia de reunião a qualidade de permanência que, por sua vez, confere a característica da estabilidade ao grupo. Assim, quando o legislador utiliza o termo associação, destaca-se nela o elemento da estabilidade ou permanência, como *discrímen* do concurso de pessoas. Não sem razão, associação, no dicionário, significa uma sociedade organizada ou um agrupamento permanente de pessoas. A estabilidade ou permanência é o elemento peculiar à associação, cujo significado recai sobre a qualidade de estável, duradouro, contínuo do grupo.

Vincenzo Manzini¹⁹⁶ enfatiza que não se deve confundir o delito em tela com o simples concurso de pessoas para a prática de um crime qualquer. É necessário que se diferencie o crime em questão de uma simples reunião, sobretudo pela existência de uma relativa permanência e também pela unidade de vontade e fim, que em geral costumam estar ausentes na reunião de indivíduos que não configure quadrilha ou bando. Nesse sentido, Nélson Hungria afirma que a co-participação criminosa contenta-se com um ocasional concerto de vontades para determinado crime, o que não basta para a existência do delito de quadrilha ou bando, pois neste: “é preciso que o acôrdo verse sôbre uma duradoura atuação em comum, no sentido da prática de crimes não precisamente individuados ou apenas ajustados quanto à espécie, que tanto pode ser uma única ou plúrima”.¹⁹⁷

O confronto entre a associação criminosa e o acordo na co-participação criminosa demonstra que o maior rigor em relação à associação criminosa deve-se ao elemento da estabilidade ou permanência existente na associação e ausente no concurso de pessoas.

A estabilidade ou permanência na associação adquire especial relevo por ser o motivo que autoriza não só a distinção do crime de quadrilha ou bando com a preparação de crimes ou ainda com o concurso eventual de agentes para a prática de crimes, como, principalmente, por ser o elemento necessário para a configuração do tipo delituoso.

Nesse sentido, afirma-se a necessidade de que tais dados sejam corretamente avaliados, sob pena de que a repressão penal incida quando haja apenas um mero acordo para delinqüir.

Não só por esses motivos, mas também porque a exigência de uma minuciosa configuração desses elementos pode servir de fator legitimante para o delito, atendendo aos reclamos de uma política criminal garantística, objetiva-se que a estabilidade ou

¹⁹⁶ “Il concetto specifico di <<associarsi>> rientra in quello generico di <<aggregarsi>>, che comprende anche l’ altro, specifico, di <<riunirsi>>. Ma, sia per l’uso comune della língua, sai per quello técnico-giuridico (es.: liberta d’associazione e di riunione), l’associazione si distingue dalla semplice riunione sopra tutto per il carattere di relativa permanenza, oltre che per quello d’unità di volontà e di scopo, che spesso manca nella riunione, la quale può essere anche meramente momentânea e casuale. Quindi, per il delitto di cui trattiamo, è indispensabile una *unione permanente*.” *Trattato di diritto penale italiano*, v. 6, p. 171. Na doutrina nacional, Fláminio FÁVERO entendia que não era necessário exigir que os criminosos estivessem reunidos em sociedade regularmente constituída, com estatutos, diretoria, etc.. Cf. *Código penal brasileiro*, v. 9, p. 234; Bento de FARIA aponta a necessidade de que os associados estejam reunidos com relativa permanência, vinculados pelo mesmo propósito de se entregarem a pratica habitual de crimes. Cf. *Código penal brasileiro comentado*, v. 7, p. 12.

¹⁹⁷ *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 178.

permanência seja elemento de configuração obrigatória no tipo do delito, para assim, corresponder à exigência de determinação do tipo.

Este seria um dos meios de legitimar o crime de quadrilha ou bando. A estabilidade ou permanência, como elemento intrínseco do delito, por sua evidente indeterminação, é apontada como um dos fatores responsáveis pela falta de critério para se precisar com segurança os requisitos mínimos necessários para a configuração do crime.

Há uma afronta, nesse sentido, ao princípio da legalidade que, principalmente no campo penal, exige como postulado básico a prévia, certa e segura identificação dos elementos do crime.¹⁹⁸

Sobre a exigência de determinação do tipo, defendem Maurach e Zipf que a fixação da ameaça da pena na lei não é suficiente para dar eficácia à função de garantia. O pleno desenvolvimento da função de garantia somente será atingido pelo modo adequado de fixação da pena e do tipo na lei, correspondendo à limitação imposta pelo Estado de Direito. A exigência de precisa determinação de normas jurídicas cominatórias emana do princípio do Estado de Direito, tendo no direito penal, seu mais importante âmbito de atuação. A exigência de determinação do tipo é regra que se dirige ao legislador.

Sustentam os autores, ainda, que o uso de elementos descritivos do tipo é mais adequado para delimitar o âmbito de aplicação da lei. Embora, modernamente, tenha se tornado imprescindível a utilização dos conceitos normativos.¹⁹⁹

O delito de quadrilha ou bando não indica com precisão os elementos necessários para a sua configuração. Essa imprecisão acarreta uma grande distinção, no mundo fenomênico, entre os vários fatos incriminados pelo mesmo tipo.

Quando o tipo do delito indica, com precisão, os elementos necessários para a configuração de um determinado crime, observa-se que os fatos que se subsumem naquele tipo, embora não sejam necessariamente homogêneos, em regra, apresentam elementos que, em maior ou menor grau de semelhança, convergem para a tipificação do delito.

¹⁹⁸ Cf. Reinhart MAURACH e Heinz ZIPF, in *Derecho penal, parte general* 1, p. 158.

¹⁹⁹ *Idem*, pp. 158-159.

3.6.3 Finalidade de cometer crimes

Os associados devem ter por escopo a prática de crimes. Esse é o especial fim de agir do grupo. Quando a associação criminosa agrupa-se para a prática de delitos, não é necessário, como foi visto, que a associação pratique efetivamente os crimes visados para que haja a punição pelo crime de quadrilha ou bando. Quando o legislador entendeu de tipificar o crime mencionado, o fez justamente para coibir a prática dos crimes visados.

O mesmo não ocorre com a associação eventual de agentes para a prática de crimes, ou seja, no concurso de pessoas. Nesse caso, se os indivíduos reunidos efetivamente não executam ou não iniciam a execução do delito ou dos delitos tentados, fica afastada a co-autoria que depende, para que seja punível, do início da execução do crime.²⁰⁰

O perigo representado para a harmônica convivência do grupo social de uma associação de pessoas voltadas à prática de crimes deu substrato à incriminação da associação, desvinculada da realização dos crimes objetivados.

A lei refere-se à associação de, no mínimo, quatro pessoas para a prática de crimes. Não é necessário que os crimes visados venham efetivamente a ser praticados. Com efeito, é possível que os agentes pratiquem o delito ainda que nenhum crime venha a ser praticado. A incriminação recai em momento anterior à realização dos crimes tentados. No entanto, é necessário que fique demonstrada de forma segura a finalidade da associação.

Também afasta a incidência do tipo a prática de contravenção penal, atos ilícitos ou imorais, pois a lei exige crimes. Sendo evidente, segundo Vincenzo Manzini,²⁰¹ que deve se tratar de crimes dolosos. Excluem-se assim os crimes culposos e preterdolosos porque esses crimes independem da vontade do agente para ocorrer, a ausência do dolo é incompatível com a resolução criminosa que deve ter o grupo. A menos que, em relação aos

²⁰⁰ Cf. Nélson HUNGRIA, *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 178. Ver ainda Francisco de Paula BALDESSARINI para quem: "O ajuste, para a prática de certo e determinado crime não se identifica com a associação de que trata o art. 288, ainda que sejam mais de três as pessoas ajustadas. Em tal caso, a punibilidade depende da prática de atos de execução, um pelo menos, que, por sua inequivocidade configurem a tentativa." *Tratado do código penal brasileiro*, v. IX, pp. 151-152.

²⁰¹ "È evidente, peraltro, che deve trattarsi di delitti dolosi. Ed invero, dato che i più delitti devono formar elo scopo della associazione, sono senz'altro da escludersi i delitti colposi, nei quali l'vento, che concorre a costituirli, non deve essere voluto dall'agente o dall'omittente, e cio che non è voluto non può essere scopo d'un'azione od omissione. Neppure i delitti preterintenzionali possono venire in considerazione come tali, appunto perchè superano l'intenzione, e quindi non è possibile che alcuno se li proponga a fine. È invece punibile l'associazione per commettere quei delitti-base (es.: lesioni personali) che possono dar luogo ad un delitto preterintenzionale." *Trattato di diritto penale*, v. 6, p. 177.

preterdolosos, pondera com perspicácia Vincenzo Manzini, se abra a possibilidade de punição pelos delitos bases, que dão margem aos preterintencionais, quando nestes estiver centrada a resolução criminosa da associação.

Apesar de não ser necessário, conforme já afirmado, a efetiva realização dos crimes visados, é imprescindível que se evidencie o objetivo da associação de agentes, deve haver um mínimo de substrato que demonstre que o objeto da associação é a finalidade de cometimento de crimes.

3.6.3.1 Dois ou mais crimes

Um dos pontos de destaque, em relação ao delito de quadrilha ou bando, em função de sua definição típica, é precisar qual a quantidade de delitos que deve ser objetivada pela associação, para que seus membros respondam por quadrilha ou bando.

Na linha do entendimento de Júlio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini²⁰², discorda-se da lição de respeitada doutrina²⁰³ de que basta, para a existência do crime de quadrilha ou bando, o propósito de cometer dois ou mais crimes, ainda que determinados.

A finalidade de cometer dois ou mais crimes determinados não pode ser apontada como elemento autorizador da existência de uma associação ilícita em quadrilha ou bando. Em outras palavras, não configura o crime autônomo de quadrilha ou bando o agrupamento que se forma para a prática de dois crimes determinados. Porque não se evidencia por este fato que o agrupamento esteja organizado com estabilidade ou permanência hábil a caracterizá-la, não preenche a finalidade específica de praticar crimes e, por fim, no âmbito político-criminal não há substrato suficiente para se afirmar que a existência deste agrupamento por si só, coloque em perigo ou efetivamente lesione a ordem pública.

Há uma imprecisão na afirmação de que basta o propósito de cometer dois crimes, com base na justificativa de que a lei refere-se a crimes, o que significa mais de um crime.

²⁰² Cf. *Manual de direito penal*, v.3, p.171.

²⁰³ Heleno Cláudio FRAGOSO, *Lições de direito penal*, v. II, p. 283;

É indiferente o número de crimes que os agentes tenham por finalidade cometer. Ainda que dois crimes determinados, ainda que crime continuado – um crime apenas, por ficção legal – ou, em sentido contrário, quando a finalidade dos agentes for a prática de vários crimes, a existência do delito fica condicionada à observância dos requisitos intrínsecos da associação. O número de crimes que os agentes visam praticar é elemento secundário para a caracterização do delito, de modo que é suficiente, comprovada a idoneidade da associação, a finalidade de cometimento de crimes.

Deve-se lembrar que a doutrina²⁰⁴ e a jurisprudência²⁰⁵ sustentam, como elemento comprovador da autonomia do crime de quadrilha ou bando, que não é necessário o início da execução dos crimes que os associados objetivam praticar.²⁰⁶ O que se justifica por que a *ratio* do crime é a antecipação da atuação estatal, protegendo a paz pública antes de qualquer dano efetivo a outro bem jurídico. Sendo assim, o núcleo do delito concentra-se na capacidade de ameaça que o vínculo associativo representa para o meio social. Se não existir uma graduação na capacidade de ameaça, não há distinção com a agravante do concurso de pessoas.²⁰⁷ Sob esse ponto de vista, ainda que o grupo tenha por finalidade o cometimento de vários crimes, não se caracteriza o crime de quadrilha ou bando se não se demonstrar que o grupo era formado com estabilidade e permanência hábeis a caracterizá-lo, juridicamente, como associação.

Com efeito, é equivocado o entendimento segundo o qual a associação de mais de três pessoas para o fim de cometer dois ou mais crimes sugere o caráter permanente da associação. Enfatiza-se que não é da finalidade da associação que se poderão extrair os elementos aptos para caracterizar a estabilidade da organização. Nesse sentido, discorda-se

²⁰⁴ Julio Fabbrini MIRABETE Renato N. FABBRINI, *Manual de direito penal*, v. 3, p.17; Damásio E. de JESUS, *Direito penal*, v. 3, p. 415.

²⁰⁵ “Tratando-se de crime formal, suficiente é a associação de mais de três pessoas para o fim de cometer os crimes, de cuja existência se prescinde.” STF – HC 71.605-9 – Rel. Marco Aurélio – RT 729/477.

²⁰⁶ “O crime de quadrilha é juridicamente independente daqueles que venham a ser praticados pelos agentes reunidos na *societas delinquentium* (RTJ 88/486). O delito de quadrilha subsiste autonomamente, ainda que os crimes para os quais foi organizado o bando sequer venham a ser cometidos”. STF – HC 72992-4 – Rel. Celso de Mello); “Para que se configure o crime de quadrilha ou bando é suficiente o mero fato de se associarem mais de três pessoas (no mínimo quatro) para o fim de cometer crimes, sem necessidade, sequer, do começo de execução de qualquer destes. TJSP – AC 128.456-3 – Rel. Dirceu de Mello – JTJ 156/331. In *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*, Coord. Alberto Silva FRANCO e Rui STOCO, v. 2, p. 3535.

²⁰⁷ Já no século XIX Vieira de Araújo sustentava que admitir-se a punição como agravante do acordo para delinquir (que é o menos), deveria levar à punição da associação para delinquir (que é o mais).

da lição de Néelson Hungria, segundo a qual ocorre co-autoria e não quadrilha no caso de crime continuado, porque, nessa hipótese, não há organização estável entre os co-autores.²⁰⁸

Deve-se encontrar um elemento legitimante para o delito de quadrilha ou bando distinto da simples verificação do número de crimes que os agentes visavam praticar. *Esse elemento legitimante recai não só sobre o grau de organização e estabilidade dos agentes, como também sobre o grau de elaboração do programa criminoso.*

3.6.3.2 Crimes determinados ou indeterminados

O Código Penal francês de 1810 e o Código Penal italiano de 1889²⁰⁹ previam a existência, respectivamente, do delito de associação de malfeitores e de associação criminosa, condicionando a existência dos mesmos à prática de determinados crimes. Segundo Bento de Faria, também determinam a natureza dos crimes que devem ser praticados os seguintes códigos: belga; assim como o francês, contra a pessoa ou a propriedade; o alemão, referindo-se à administração e execução das leis; o turco e o venezuelano, especificando a administração da justiça, segurança e ordem pública, a família, a pessoa e a propriedade.²¹⁰

Ao contrário das legislações passadas, as legislações que se seguiram, entre as quais a nossa, consideram irrelevante a natureza dos crimes que a associação visa praticar, ou seja, se da mesma ou de diversa espécie. Cita-se como exemplo de legislações atuais que abandonaram a especificação de determinados crimes que os agentes deveriam praticar para incidir no delito, as disposições dos códigos alemão, italiano e francês.²¹¹

²⁰⁸ *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 178.

²⁰⁹ Segundo Chrysolito Chaves de GUSMÃO, sobre o Código Penal italiano, "O projecto ministerial de 1887 falava apenas na reunião de cinco ou mais pessoas para cometer delictos, sem que os especificasse, o que não foi acceito pela comissão da Camara dos Deputados <<pelo perigo facilimo de confundir alguma vezes uma innocua associação politica com uma sociedade criminosa, e, bem assim, porque ao instituir o delicto especial de que se trata, torna-se preciso que seja bem claro e determinado o fim ou fins delictuosos aos quaes se tem em vista>>" *O banditismo e associações para delinquir*, p. 220.

²¹⁰ *Código penal brasileiro comentado*, v. VII, p. 13.

²¹¹ Em comentário à disposição atual do Código italiano, Francesco ANTOLISEI leciona que: "A differenza del codice Zanardelli (art. 248), non si richiede che gli associati abbiano di mira alcune specie di delitti piuttosto che altre. Pure irrilevante è che i delitti in programma siano della stessa specie oppure di specie diversa e che tutti o alcuni di essi siano perseguibili a querela" *Manuale di diritto penale*, v. II, pp. 230-231.

Como a vigente legislação brasileira não especifica as espécies de crimes que devem ser praticados, é irrelevante a natureza dos crimes cometidos (para configuração da quadrilha ou bando não se exige que os associados tenham por finalidade a prática de espécies determinadas de crimes, isto é, crimes contra a pessoa, a propriedade, a administração da justiça, etc.)

Contudo, ainda quanto à determinação ou não dos crimes, há quem entenda que, em relação aos sujeitos ativos, os crimes devem ser determinados, ou seja, deve ser possível a prévia identificação dos crimes que os associados intentavam cometer. Assim, sustenta-se com base na idéia de que adotar entendimento oposto, ou seja, admitir que os crimes pudessem ser indeterminados, significaria transigir com os requisitos necessários para a realização do delito. De tal modo, segundo esse entendimento, quando o tipo penal do artigo 288 exige que os associados estejam reunidos para a prática de crimes, tais crimes devem ser determinados, para possibilitar que os agentes respondam pelo delito.

Ademais, há na doutrina quem sustente que o requisito da indeterminação é uma das causas apontadas como *discrímen* entre o crime de quadrilha ou bando e os crimes praticados em concurso de pessoas.²¹²

Contudo parece ser preferível entender que a finalidade é a prática de crimes, sendo indiferente que os crimes sejam determinados ou indeterminados, desde que presente a finalidade de cometer vários delitos.

²¹² “Associação para a prática de um ou mais crimes determinados não configura o ilícito em tela, mas simples atos preparatórios impuníveis (art. 31) ou, se executados, mera co-autoria ou participação criminosa (RT 521/425, 544/349, 684/350, 721/423, 725/651; JCAT 76/577).” Julio Fabbrini MIRABETE e Renato N. MIRABETE, *Manual de direito penal*, v. 3, p. 171. No direito italiano, Giovanni FIANDACA e Enzo MUSCO, sustentam que o programa criminoso que os associados têm em mira praticar deve ser indeterminado, como fator discriminatório entre a associação criminosa e o concurso de pessoas. Contudo, parece que o programa indeterminado a que se referem os autores recai sobre os crimes que os agentes têm em mira praticar, não sobre o programa ou plano de ação antecedente das práticas criminosas. “Ora, secondo un orientamento giurisprudenziale abbastanza consolidato, i requisiti che differenziano l’<<associazione>> dal <<concorso>> sono (almeno) due: 1) un *vincolo associativo* tendenzialmente stabile o permanente fra tre o più soggetti, cioè destinato a durare anche dopo l’eventuale realizzazione di ciascun delitto programmato; 2) l’indeterminatezza del programma criminoso (il concorso di persone nel reato dà vita, invece, a un vincolo <<occasionale>> tra più persone circoscritto all’realizzazione di uno o più reati <<determinati>>.” *Diritto penale*, v. I, p. 475. Luis Flávio GOMES e Raúl CERVINI sustentam que “A finalidade dos que tomam parte da associação (dos associados, enfim) obviamente, outra coisa não pode ser senão o “cometimento de crimes”. Neste ponto, aliás, temos mais uma diferença entre a associação ilícita e a co-autoria, visto que naquela dá-se a reunião de pessoas para o cometimento de crimes (indefinidos), enquanto nesta a união de esforços acontece diante de um crime ou de alguns crimes certos.” *Crime organizado: enfoques criminológico, jurídico (lei 9034/95) e político-criminal*, p. 94.

É interessante destacar o magistério de Magalhães Noronha acerca dessa questão, pois há quem sustente que o mencionado autor defendia a determinação dos crimes. O entendimento mais coerente conduz ao entendimento de que Magalhães Noronha defendia a existência de um mínimo de substrato material que conduzisse a uma correta valoração da estabilidade da associação e sua finalidade especial de cometimento de crimes. Com a afirmação de que não era exato admitir planos indeterminados, como o faziam alguns autores, o autor esclarece com a seguinte explicação:

O que se exige é o propósito de cometer *vários crimes*. O desígnio de praticar apenas um não daria a tonalidade necessária ao delito. A quadrilha se caracteriza pela multiplicidade de planos ou projetos criminosos, o que importa crimes certos e determinados. A exigência de delinquir *indeterminadamente* poderia até levar à chocante conclusão da falta de tipicidade da *associação* sempre que houvesse planos estudados e predeterminados. Estes, pois, não se opõem à finalidade do bando ou quadrilha, cuja *atividade*, entretanto, não se esgota com isso. É que a elaboração de um propósito criminoso, de um plano delituoso *procede e precede* a outros, tudo, em seu complexo, dando vida e existência à *societas delinquentium*.²¹³

É possível extrair do magistério de Magalhães Noronha o entendimento de que os crimes, determinados ou indeterminados, se analisados em concreto, deviam corresponder a uma prévia determinação dentro de um plano criminoso²¹⁴. Para J. de Magalhães Drummond o que caracteriza o crime de quadrilha ou bando “é a associação permanente para cometer uma ou várias categorias de crimes, previamente determinados, ou indeterminados quanto aos sujeitos passivos.” Continua com a precisa síntese: “Um programa determinado, com determinação ou indeterminação dos crimes *in concreto* a cometer.”²¹⁵

Assim, a determinação dos crimes é elemento secundário para a caracterização do crime de quadrilha ou bando. O elemento determinante, insista-se, é o grau de elaboração do programa criminoso, que poderá demonstrar a consistência do vínculo associativo entre

²¹³ *Direito penal*, v. 4, p. 94.

²¹⁴ Na jurisprudência, em defesa do programa delinqüencial, acórdão do então Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, de lavra do Rel. Silva Franco: “Não basta para configurar o delito de quadrilha ou bando a reunião de mais de três pessoas para a execução de um ou mais crimes. É necessário que, além dessa reunião, haja um vínculo associativo permanente para fins criminosos, uma predisposição comum de meios para a prática de uma série indeterminada de delitos e uma contínua vinculação entre os associados para a concretização de um programa delinqüencial.” RT 493/322. In *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*, Coord. Alberto Silva FRANCO e Rui STOCO, v.1, t. II, p. 3326.

²¹⁵ *Repertório enciclopédico do direito brasileiro*, J. M. de Carvalho SANTOS, v. XLIV, p. 1.

os sujeitos. Um programa determinado em cujas raízes deitarão a estabilidade e permanência do grupo.

Caso contrário, a admissão de que o grupo está organizado com estabilidade e permanência de modo a configurar a associação, sob o âmbito jurídico, do crime em questão, sem que exista um plano determinado, ou ainda, sem que a prova tenha êxito em demonstrar a determinação do programa criminoso dos agentes, ficaria com sustentação frágil, possibilitando defender-se a atipicidade do fato criminoso.

Não sem razão Magalhães Noronha relaciona a tipicidade do crime de quadrilha ou bando com a existência de uma multiplicidade de projetos criminosos, cuja elaboração “*procede e precede* a outros”, ou seja, há a necessidade, para a configuração do tipo do delito em questão, da elaboração prévia, antecipada de um programa de crimes que surge em momento anterior à existência dos delitos que foram programados. A determinação refere-se a esse plano prévio que dará o mínimo de substrato necessário para a configuração da quadrilha ou bando. Quanto aos crimes programados é irrelevante que sejam determinados ou indeterminados.

3.6.3.3 Crime continuado

A maioria da doutrina admite que se configure o delito de quadrilha ou bando se a associação for constituída para a prática de crimes em continuação delitiva. Extrai-se do magistério de Vincenzo Manzini²¹⁶ que a expressão crimes equivale a fatos delituosos, ou seja, ações ou omissões tipificadas na lei como crimes, independentemente de uma eventual unificação meramente jurídica. Refere-se o autor precisamente ao crime continuado, que nada mais é que uma norma que se aplica tendo em vista o modo ou a forma como foram praticados determinados fatos delituosos.

Entre nós, a doutrina majoritária entende que configura o crime de quadrilha ou bando se os associados estiverem reunidos para a prática de crime continuado. Nesse aspecto, a doutrina majoritária não comunga do magistério de Nélson Hungria, para quem

²¹⁶ *Trattato di diritto penale italiano*, v. 6, pp.177-178.

não se configura o crime de quadrilha ou bando, quando a finalidade da associação for a prática de crime continuado.²¹⁷

Segundo Heleno Cláudio Fragoso²¹⁸, é fácil imaginar a existência de uma quadrilha que opere em condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras circunstâncias em que seja possível identificar o crime continuado. Além do que, no crime continuado, há um só crime por mera ficção jurídica.

3.6.4 Quatro ou mais pessoas

De acordo com a lei, é necessária a reunião de mais de três pessoas, para a existência do crime de quadrilha ou bando. Trata-se de crime de concurso necessário de pessoas por imposição legal. Crimes em que a pluralidade de agentes é da própria essência da figura típica.²¹⁹ Segundo a lição de Basileu Garcia, determinados delitos só podem ser praticados por mais de um agente. São os delitos de concurso necessário ou plurissubjetivos, a exemplo do crime de quadrilha ou bando, nos quais os participantes necessários não são co-autores, e sim, diretamente, autores. Tal característica, em seu entendimento, não afasta a possibilidade de existir o liame da co-autoria com algum eventual colaborador.²²⁰

O número mínimo de agentes que a lei exige é quatro. Na Argentina, a lei contenta-se com três agentes. A figura qualificada, no entanto, depende da existência de mais de dez indivíduos. No direito italiano, a lei contenta-se com o número mínimo de quatro agentes, enquanto a agravante especial exige mais de dez indivíduos.

O direito francês, assim como o alemão, o português e o espanhol prescindem de um número mínimo de pessoas. É necessário para configurar o delito associativo o fim ou a atividade dos agentes.

²¹⁷ Conforme salientado supra. Cap. 3.6.3, item 2, p. 96.

²¹⁸ *Lições de direito penal*, v. II, p. 283. No mesmo sentido E. Magalhães NORONHA, *Direito penal*, v. 4, p. 94; Paulo José da COSTA JR. *Direito penal*, v. 3, p. 124; Damásio de JESUS, *Direito penal*, v.3, p. 412.

²¹⁹ Cf. Aníbal BRUNO, *Direito penal*, t. II, p. 284.

²²⁰ *Instituições de direito penal*, v. II, p. 360. Aníbal BRUNO Comunga da opinião de Basileu Garcia, quanto à possibilidade de haver concurso eventual no crime plurissubjetivo, quando nele colaboram pessoas diversas dos agentes necessários. Idem, p. 285.

A necessidade da pluralidade de agentes relaciona-se a duas ordens de idéias distintas: a primeira refere-se às condições pessoais dos agentes. Sendo necessário no mínimo quatro agentes, questiona-se a admissibilidade de se computar os inimputáveis no número mínimo necessário para a existência do delito. Outra questão que se coloca acerca do tema envolve a admissibilidade de se configurar o delito de quadrilha ou bando ainda que não se identifiquem todos os agentes que praticaram o delito.

Existe na doutrina grande divergência em precisar se o número mínimo de agentes deve ou não formar-se por aqueles privados de culpabilidade, como o menor ou os doentes mentais. Parte da doutrina, apoiada na lição de Vincenzo Manzini, entende necessário que todos os agentes sejam penalmente capazes, para configurar o número mínimo de pessoas exigido para a realização do delito.²²¹

Na doutrina argentina, Carlos Fontan Balestra compartilha da opinião de Manzini, sustentando que o número mínimo de agentes deve ser formado por pessoas capazes do ponto de vista penal. Observa ainda que o número mínimo de agentes pode ser integrado por pessoas que se mantiveram ausentes ao processo, apesar de demonstrada a participação na associação. Também admite o cômputo dos que foram absolvidos, quando presente alguma causa pessoal absolutória.²²²

Na doutrina italiana, Francesco Antolisei²²³ admite que a maior parte da doutrina e da jurisprudência italiana nega a possibilidade de computar no número mínimo de sujeitos ativos do delito as pessoas privadas de capacidade de entender e querer. O autor discorda dessa opinião e sustenta a possibilidade do cômputo, com base no art. 112, última parte do

²²¹ "Questo numero minimo necessario e sufficiente deve essere costituito da individui tutti capaci di diritto penale, ancorchè taluno di essi non sia punibile per causa diversa dall'incapacità d'intendere o di volere, perchè la norma dell'art. 112 capov., che ha carattere eccezionale, riguarda esclusivamente le circostanze aggravanti della partecipazione criminosa. Non fanno numero, quindi, per il requisito in discorso, gli affetti da vizio totale di mente, i bambini al di sotto dei quattordici anni, ecc." Vincenzo MANZINI, *Diritto penale italiano*, vol. VI, p. 169. Na doutrina pátria, Galdino SIQUEIRA advoga a necessidade de que o sujeito ativo possa constituir-se por qualquer pessoa, desde que penalmente imputável. In *Tratado de direito penal*, t. II, p. 369. Também é a lição de Bento de FARIA, para quem pode ser sujeito ativo do delito em tela: "qualquer pessoa penalmente imputável, atribuída essa qualidade aos associados em conjunto (quatro ou mais), desde que se trata de um delito coletivo." *Código penal brasileiro comentado*, v. VII, p. 14. Compartilha da mesma idéia Flaminio FÁVERO para quem: "É claro que para integrar o número mínimo exigido pela lei (4, isto é, mais de 3), devem os associados ter capacidade de imputação. Os inimputáveis não podem dar êsse quorum e, assim, não se constitui a quadrilha ou bando." *Código penal brasileiro comentado*, v. 9, p. 236.

²²² *Derecho penal*, parte especial, p. 393.

²²³ *Manuale di diritto penale*, v. II, p. 231. No mesmo sentido, Giovanni FIANDACA e Enzo MUSCO, *Diritto penale*, v. I, p. 473.

Código Penal italiano. Segundo essa disposição da lei italiana, a participação de inimputáveis pode ser contabilizada para configurar determinadas agravantes previstas para o concurso de pessoas no crime. Para Manzini, essa disposição tem caráter excepcional e deve ser aplicada apenas às circunstâncias agravantes da co-participação criminosa.²²⁴

Na doutrina pátria parece predominar a posição que admite, para a configuração do mínimo necessário de agentes do delito, os irresponsáveis.²²⁵

A autorizada lição de César Roberto Bitencourt acerca do tema traz a lume a necessidade, por parte da doutrina e da jurisprudência nacionais, de rever a possibilidade de admissão dos inimputáveis no cômputo do número mínimo exigido para o crime. Sustenta que tal posição é inconciliável com o direito penal da culpa, próprio de um Estado Democrático de Direito. Admitir que uma associação criminosa pudesse ser formada com a participação de menores, quando a própria lei os excluiu do campo penal pela falta de capacidade de compreensão no querer e agir, representaria, para esse doutrinador, uma arbitrariedade desmedida. “Certamente, quando o legislador de 1940 referiu-se a “mais de três pessoas” visava indivíduos penalmente responsáveis, isto é, aquelas pessoas que podem ser destinatárias das sanções penais”.²²⁶

Questiona-se ainda o fato de a doutrina italiana, mesmo contando com expressa disposição legal que autoriza o cômputo de inimputáveis para configurar determinadas agravantes do concurso de pessoas, predominantemente não admitir os inimputáveis para formar o número mínimo de agentes necessários para a associação criminosa.

Segundo a maioria dos doutrinadores italianos, a regra, por sua excepcionalidade, deve manter-se no campo específico do concurso de pessoas. Assim, a possibilidade de contar com inimputáveis, ou seja, agentes inculpáveis, em situações nas quais a lei penal incriminadora reclama a presença de mais de um agente, sendo a culpa elemento intrínseco do fato, é uma situação anômala e que, portanto, depende de previsão legal, como o faz o direito penal italiano.

²²⁴ Vincenzo MANZINI, *Diritto penale italiano*, vol. VI, p. 169.

²²⁵ “Para o reconhecimento do *quorum* mínimo de associados, podem ser computados mesmo os *irresponsáveis* ou *não puníveis*, desde que possam manifestar o *quantum satis* de entendimento e vontade para o acôrdo em tôrno do fim comum e sejam capazes de contribuição *pro parte virilli*” Nélson HUNGRIA, *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 178. No mesmo sentido Heleno Cláudio FRAGOSO, *Lições de direito penal*, v. II, p. 281, E. Magalhães NORONHA, *Direito penal*, v. IV, p. 92. Julio Fabbrini MIRABETE e Renato N. FABBRINI, *Manual de direito penal*, v. 3, p. 170. Damásio E. de JESUS, *Direito penal*, v. 3, p. 412. Paulo José da COSTA JR., *Curso de direito penal*, v. 3, p. 122.

²²⁶ *Tratado de direito penal*, v. 4, p. 303.

Transportada a idéia para o nosso direito, reforça o entendimento de que o número mínimo de agentes que a lei exige para a verificação da quadrilha ou bando deve ser de agentes penalmente imputáveis. Nossa lei não excepciona em momento algum, como faz o direito italiano, a possibilidade de inimputáveis comporem qualquer participação em concurso de agentes. Quisesse a lei não distinguir entre imputáveis ou não para a existência do crime, deveria ter adotado o sistema do direito francês, alemão, português ou espanhol que se preocupa com o fim da associação, independentemente do número de agentes associados. No entanto, optou-se por incriminar a associação fixando um número mínimo determinado de agentes. Sendo assim, é elemento do crime o número mínimo de quatro agentes imputáveis, sob pena de, faltando um agente para atingir o número de quatro, o fato ser atípico.²²⁷

A segunda questão que se propõe refere-se à possibilidade de que um agente, não identificado no correr do inquérito e do processo, não individualizado na denúncia, compor o número mínimo de quatro indivíduos para a verificação da ocorrência do crime.

A irrelevância da inimputabilidade dos associados é hipótese distinta da não identificação de todos os associados. Ainda que todos os associados do evento não sejam identificados, é possível admitir-se a condenação de um agente por quadrilha ou bando, desde que haja prova contundente da participação de quatro agentes, unidos com vínculo de estabilidade para o fim de cometer crimes.

O núcleo desse fato não se localiza no campo da dogmática penal, e sim no campo da prova. A jurisprudência²²⁸ tende a admitir a condenação nesses casos, com base no

²²⁷ Uma associação de três pessoas, reunidas com permanência e estabilidade para o fim de cometer crimes não configura o delito de quadrilha ou bando, mas a mesma associação contando com mais um agente, um menor irresponsável ou um doente mental, pode ser considerada quadrilha ou bando, no entendimento de grande parte da doutrina e da jurisprudência. Parece contraditório que tal ocorra. Esse é um fato absolutamente corriqueiro na praxe forense atual, tendo em vista o grande número de quadrilhas que utilizam menores para a prática de crimes, em face não só da conhecida impunidade gerada pela legislação sancionadora juvenil, como da orientação repressora que caracteriza a política criminal atual. Questiona-se se não seria a admissibilidade do cômputo dos menores para configurar o crime de quadrilha ou bando mais um dos fatores que contribuem para a desordenada imputação pelo crime, sem que haja um mínimo de coerência entre os princípios do sistema e a configuração do delito.

²²⁸ Segundo o STF “A tese de que é impossível condenar-se uma só pessoa, num processo, por delito de quadrilha, por ser crime de concurso necessário, não merece guarida, porquanto o que importa é a existência de elementos nos autos denunciadores da *societas delinquentium*. É irrelevante não abranger a condenação os demais componentes do bando, pois a doutrina entende que, mesmo não sendo possível a identificação de um ou alguns dos quatro integrantes, ainda assim, o delito não deixa de existir”. (RTJ 112/1064). In *Código penal interpretado*, Julio Fabbrini MIRABETE, p.1548.

argumento de que o crime não deixa de existir pela falta de identificação de todos os integrantes da quadrilha.

É certo que a existência do crime é antecedente lógico da identificação dos agentes do fato. No entanto, a questão que se coloca refere-se à viabilidade de se efetuar a prova dos elementos indispensáveis à configuração do delito: vínculo associativo, número mínimo de quatro agentes e finalidade de cometer crimes, sem a plena identificação dos integrantes da quadrilha. Admitir a condenação de um agente sem a prova desses elementos é condenar com base em presunção, o que é vedado pelo ordenamento.²²⁹

3.7 Quadrilha ou bando e concurso de agentes

O crime de quadrilha ou bando, estudado à luz do tema do concurso de pessoas para a prática de crimes, desperta interessantes questões que devem ser examinadas em função das seguintes vertentes: em primeiro lugar, de acordo com a existência ou não do crime de quadrilha ou bando e, em segundo, sobre a admissibilidade da participação criminosa em quadrilha ou bando.

Duas questões distintas surgem quando se apresenta a análise da quadrilha ou bando e o concurso de agentes. Na primeira questão, os temas – crime de quadrilha ou bando e concurso de pessoas – são excludentes, ou seja, em relação ao modo de ligação dos agentes, ou a associação é estável a ponto de gerar um ente autônomo e distinto do mero concurso entre seus integrantes, a “quadrilha ou bando”, ou a associação é transitória, representando apenas a conjugação de forças dos agentes, caracterizando o concurso de pessoas.

Na segunda, questiona-se o fato de a associação poder contar com a colaboração de terceiros que não a integrem. Ou seja, admite-se a participação criminosa de terceiro que

²²⁹ Sobre o tema, afirma Elaine Angel: “Entendemos que a simples presunção de participação de uma pessoa jamais poderá ser admitida, sob pena de, por critérios subjetivos do julgador, se retirar do crime de quadrilha sua condição *sine qua non*. Para nós, só se poderá admitir uma pessoa que não esteja devidamente qualificada no cômputo do mínimo legal se houver certeza absoluta de sua participação e ainda, mesmo que ela não possa ser qualificada, deverá, no mínimo, haver alguns elementos suficientes para sua identificação (até porque entendemos não ser possível, no cômputo do mínimo legal, o ingresso dos inimputáveis).” *Quadrilha ou bando*, p. 74.

não faça parte da associação na quadrilha ou bando ou a participação já é hábil para que se considere o agente membro da associação.

3.7.1 Associação eventual para a prática de crimes

Inicialmente, questiona-se a existência de um fator de *discrímen* que possibilite distinguir o crime autônomo de quadrilha ou bando da mera associação eventual, própria do concurso de pessoas. Com base em tal distinção, questiona-se a existência de muitas acusações por quadrilha ou bando, sem que se evidencie, na análise dos fatos imputados, a existência dos requisitos típicos desse delito.²³⁰

Se quatro indivíduos reúnem-se para a prática de um crime, preenchidos os requisitos do concurso de pessoas e desde que iniciada a execução do delito, responderão pelo delito, tentado ou consumado, em co-autoria ou participação, dependendo da atuação de cada um dos agentes. Se os mesmos quatro indivíduos cometem reunidos mais de um crime, continua a existir o concurso de pessoas para os vários delitos praticados, sem que seja correto que só pelo fato da sucessão de crimes praticados os agentes incidam na tipificação da quadrilha ou bando, ao contrário do entendimento de algumas decisões de nossos tribunais.

As implicações acerca da distinção entre a associação eventual para a prática de crimes e a figura típica da quadrilha ou bando adquirem especial importância quando se quer defender a legitimidade do direito penal. Se o legislador entendeu de suprimir a circunstância do acordo prévio de pessoas como agravante genérica, o fez porque não visualizou no fato do delito praticado em concurso motivo suficiente para presumir a periculosidade.

²³⁰ Nesse sentido, a lição de Renê Ariel DOTTI, para quem: “Não se confundem as situações factuais e jurídicas entre a *autoria coletiva* na prática de uma infração penal e a *quadrilha* ou *bando*, como hipótese de delito autônomo. O simples concurso de pessoas no fato tido como ilícito não configura, por si só, essa modalidade típica contra a paz pública.” *Um bando de denúncias por quadrilha*, Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº 174, maio de 2007.

O que permite concluir que, em regra, a autoria coletiva por si só não caracteriza um bem jurídico autônomo, passível de proteção penal. Em casos específicos, admite-se que a autoria coletiva qualifique ou agrave o crime.²³¹

Com efeito, apesar de autorizada doutrina²³² defender que os crimes de concurso necessário não apresentam problemas muito angustiantes, na medida em que a lei estabelece a punibilidade de todos os participantes, tal não é o que ocorre. A distinção cabível, no que se refere ao delito de quadrilha ou bando, entre a própria existência do crime e o concurso de agentes para a prática de crimes é problema angustiante que admite maiores questionamentos.

Talvez o principal dos problemas que surgem seja estabelecer o elemento intrínseco ao crime de quadrilha ou bando que dê base para efetuar a distinção mencionada entre a configuração do delito ou o mero concurso de agentes.

Nesse sentido, afirma-se que o elemento da estabilidade e permanência do vínculo para a associação é um fator que autoriza distinguir o crime em si do mero concurso de agentes. Por isso já se defendeu que esses elementos deveriam estar presentes no tipo do delito, de modo que a precisão dos requisitos do tipo afastasse qualquer indeterminação existente em razão da demasiada vaguidade do tipo penal.

Aduza-se ainda que seria possível, por via diversa, legitimar o delito de quadrilha ou bando, independentemente da grande fluidez do tipo legal, desde que se concentre no elemento da associação o motivo autorizador e justificante para a própria existência do delito.

Como observou Nilo Batista²³³, com apoio na lição de Jean Maisonneuve, não é a autoria coletiva que é punida autonomamente no crime de quadrilha ou bando, mas uma característica derivada do fenômeno do grupo a que Maisonneuve denomina coesão. Esse elemento distinto da autoria coletiva, embora dela derivado, é o núcleo da quadrilha ou bando. Desse elemento específico extrai-se a aptidão para configurar a ofensa ao bem jurídico penal da paz pública, sendo que o mesmo se materializa na estabilidade e permanência do vínculo associativo.

²³¹ Vide supra, cap. 3, item 1.3, p. 75.

²³² Cf. Nilo BATISTA, *Concurso de agentes*, p. 137.

²³³ Idem.

Em função do alto grau de abstração dos elementos do tipo do delito, decorre a dificuldade em precisar o conteúdo específico do fato punido. Dentre outras consequências, a indeterminação dos elementos do tipo é fator que propicia a falta de delimitação entre o crime de quadrilha ou bando e o mero concurso de pessoas.

3.7.2 A participação delitiva no crime de quadrilha ou bando

Há, na doutrina italiana, quem trate do tema da participação na associação ilícita, tomando por base os elementos existentes na associação de tipo mafioso. Assim o fazem porque nesse tipo de associação ilícita transparece com mais clareza a diferença existente entre a participação na associação em si (participação interna) e a participação de um estranho na associação (participação externa), própria do concurso de pessoas.

No primeiro caso, tomando como exemplo uma típica associação mafiosa, há uma rígida organização unitária, de estrutura hierárquica vertical, de modo a manter os membros unidos e dependentes de um chefe. É uma característica própria desse tipo associativo o dever de obediência a um chefe, sendo assim, todo agente que ingressa na associação tem conhecimento desse dever de obediência, a ele anuindo tacitamente.

O dever de obediência relaciona-se com a fidelidade que mantém unidos os agentes, todos sabendo que estão à disposição da associação, e todos sabem que podem contar uns com os outros cada vez que se faça necessário. Demonstra-se assim que o ingresso de um novo agente na associação reforça a estrutura organizacional da associação.²³⁴

Em relação ao concurso externo na associação, tal hipótese ocorre quando há uma contribuição significativa, para a associação, de um agente estranho a mesma. Apesar de manter-se fora da estrutura organizacional associativa, este agente, em virtude de uma

²³⁴ “Pertanto, nella prassi giudiziaria si è ormai affermato il principio che l’inserimento organico del nuovo adepto in questo tipo di associazioni, fortemente gerarchizzate, comporta in ogni caso un rafforzamento dell’associazione nel suo complesso, in quanto gli altri associati ed i loro capi sono ben consapevoli di potersi avvalere in qualunque momento, e senza timore di diniegui, del concreto apporto del nuovo “socius”. Antonio INGROIA, Associazione per delinquere e criminalità organizzata. L’esperienza italiana, *In Il crimine organizzato come fenomeno transnazionale*, p. 243.

especial ocupação, um cargo público, por exemplo, pode dar um auxílio efetivo aos objetivos visados pela associação.

A análise desses dois vetores possíveis de participação, dentro da associação mafiosa, destaca a diferença de atuação entre os dois tipos de agentes. Sendo assim, questiona-se a possibilidade de tratamento no mesmo plano de um agente que ingressa efetivamente na associação daquele que se mantém de fora, que não se submete a nenhuma hierarquia, não adere às regras que marcam o plano interno da associação.²³⁵ Com base nesse paralelo apontado, é possível defender a existência da mera participação no crime de quadrilha ou bando, quando a associação receber auxílio de um agente que não a integre, embora colabore com o intento criminoso.

3.8 Novos rumos legislativos do crime de quadrilha ou bando e o denominado “crime organizado”

3.8.1 O crime de quadrilha ou bando conforme o Anteprojeto do Código Penal de 1999 – Aprovado pela Comissão Revisora

O Anteprojeto de Código Penal apresentado pela Comissão revisora²³⁶ encarregada de rever a Parte Especial do Código Penal, ao tratar do crime de quadrilha ou bando, alterou a redação do artigo para permitir a incidência do delito quando os associados visarem à

²³⁵ “Per semplificare, mentre il partecipe, una volta entrato nell’organizzazione, è “espropriato” della sua identità, è dell’associazione, ne persegue i fini e vi resta fino alla morte o ad altri eventi traumatici (come l’estromissione da parte dell’ organizzazione medesima), il concorrente entra in rapporto con l’associazione mafiosa in ragione del suo ruolo sociale o economico, o delle pubbliche funzioni rivestite, e resta “a disposizione” dell’organizzazione.(...) Si tratta, dunque, di comportamenti speculari e convergenti ma diversi: il c.d. “uomo d’onore” mette a disposizione di “cosa nostra” tutta la propria vita; il concorrente esterno mette invece a disposizione il suo “personaggio pubblico”, le sue funzioni, il suo ruolo sociale.” Antonio INGROIA, Associazione per delinquere e criminalità organizzata. L’esperienza italiana, *In Il crimine organizzato come fenomeno transnazionale*, p. 244.

²³⁶ De acordo com a exposição de motivos do anteprojeto, cujo texto foi aprovado pela Comissão Revisora em 1999: “Em 1997, o Ministro Íris Rezende constituiu outra Comissão. Segue-se o Esboço de Anteprojeto de Reforma da Parte Especial do Código Penal, no governo Itamar Franco; conhecido como Esboço Evandro Lins, em homenagem ao ilustre presidente da Comissão. O trabalho foi publicado na imprensa oficial e na Internet para receber sugestões; formou, ademais, a Comissão Revisora integrada pelos seguintes membros, sob a presidência do primeiro: Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, Desembargadores Dirceu de Mello e José de Deus Menna Barreto, Professores Damásio Evangelista de Jesus, Lícínio Leal Barbosa, Ney Moura Teles e Luiz Alberto Machado, Procuradora da República Ela Wiecko de Castilho, Sérgio Médici, Procurador de Justiça do Estado de São Paulo e Advogado Nabor Bulhões. O ilustre Doutor Evandro Lins e Silva, com sua cultura e experiência, atuou como Consultor Jurídico”.

prática de contravenções e não só crimes, tal como se dá no Código em vigor. Além disso, há no anteprojeto, a tipificação da figura da organização criminosa, no seguinte sentido:

Quadrilha ou bando

Art. 289. Associarem-se mais de três pessoas em quadrilha ou bando, para cometer infrações penais:

Pena – reclusão, de um a quatro anos.

Aumento de pena

Parágrafo único. Aplica-se a pena em dobro, se a quadrilha ou bando é armado ou tem por fim a prática de crimes com emprego de violência ou grave ameaça a pessoa ou contra a administração pública.

Organização criminosa

Art. 290. Constituírem duas ou mais pessoas grupo ou associação, com o fim de cometer crimes e, mediante grave ameaça a pessoa, violência, corrupção ou fraude, neutralizar a eficácia da atuação de funcionários públicos:

Pena – reclusão, de quatro a oito anos.

3.8.2 Projetos de lei de alteração do artigo 288 do Código Penal e da Lei nº 9034/95 em tramitação no Parlamento brasileiro.

Diversos projetos de leis tramitam tanto na Câmara dos Deputados quanto no Senado Federal modificando a redação do artigo 288 do Código Penal e também da lei 9034/05, que dispõe da organização criminosa.

Os projetos deixam transparecer clara tendência repressora no que envolve a matéria, tratando de aumentar as penas e/ou agravar os fatos decorrentes da aplicação das citadas leis.

Na Câmara dos Deputados, o projeto de lei 2858/00²³⁷, apresentado pelo Poder Executivo, acrescenta o art. 288-A, com a previsão do tipo da organização criminosa, além de alterar o caput do art. 1º da lei 9034/95²³⁸ para acrescentar ao lado da quadrilha ou bando do art. 288, a organização criminosa do art. 288-A.

²³⁷ Art. 288-A. Associarem-se mais de três pessoas, em grupo organizado, por meio de entidade jurídica ou não, de forma estruturada e com divisão de tarefas, valendo-se de violência, intimidação, corrupção, fraude ou de outros meios assemelhados, para o fim de cometer crime:

Pena - reclusão, de cinco a dez anos, e multa.

§ 1º Aumenta-se a pena de um terço à metade se o agente promover, instituir, financiar ou chefiar a organização criminosa.

§ 2º O participante e o associado que colaborar para o desmantelamento da organização criminosa, facilitando a apuração do delito, terá a pena reduzida de um a dois terços." (NR)

²³⁸ Art. 1º Esta Lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versarem sobre crime resultante de ações de quadrilha ou bando e de organização criminosa (art. 288 e 288-A do Código Penal)."

Outro projeto de lei foi proposto em 2002 (PL 7223/02) nessa casa legislativa, para alterar a redação do art. 1º da lei 9034/95 estabelecendo critérios para definição da associação ilícita, denominada de quadrilha ou bando organizado. Esse projeto altera também o art. 288, acrescentando o parágrafo segundo para fixar a pena em três a oito anos de reclusão para quadrilha ou bando organizado.

Este segundo projeto (7223/02) foi apensado ao primeiro (2858/00) quando de sua propositura e, a partir de então, ambos aguardam tramitação pela Mesa Diretora da Câmara dos Deputados.

O projeto de lei nº 166/07, da Câmara dos Deputados, acrescenta um inciso ao art. 64 do Código penal, incluindo entre as circunstâncias que agravam a pena a participação de menor de 18 anos em quadrilha ou bando. Também altera o parágrafo único do artigo 288 para acrescentar mais uma causa de aumento de pena quando o crime de quadrilha ou bando envolver a participação de menor de 18 anos. Esse projeto já foi aprovado na Câmara e enviado ao Senado. No Senado recebeu o nº 9/07, já teve parecer da Comissão de Constituição e Justiça pela sua aprovação²³⁹.

Outro projeto de lei, apresentado em Plenário em oito de fevereiro de 2007, de nº 94/07 tramita na Câmara dos Deputados com a proposta de alterar a redação original do artigo 288 do Código Penal, tipificando a associação de duas ou mais pessoas para o fim de cometer crime, com a pena de dois a cinco anos de reclusão. Esse projeto recebeu parecer do relator designado na Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado pela sua aprovação com substitutivo, para alterar o caput do artigo 288 e acrescentar um parágrafo ao artigo com a previsão da associação criminosa e da associação em organização criminosa, respectivamente. (modificando o *nomen iuris* do delito de quadrilha ou bando)²⁴⁰

²³⁹ Dê-se ao parágrafo único do art. 288 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, na forma proposta pelo art. 2º do Projeto, a seguinte redação:

Art. 288.

Parágrafo único. A pena aplica-se em dobro se a quadrilha ou bando:

I – é armado; ou

II – envolve a participação de menor de 18 (dezoito) anos. (NR)”

²⁴⁰ Art. 1º O art. 288 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Associação criminosa

“Art. 288. Associarem-se duas ou mais pessoas, para o fim de cometer crime.

Pena – Reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

Associação em organização criminosa

No Senado Federal, tramita o projeto de lei 159/07²⁴¹ do Senador Romeu Tuma, que acrescenta o artigo 288-A ao Código Penal, dispondo sobre o aumento das penas pela prática de crime de quadrilha ou bando que atentam contra a ordem pública. Este projeto desde vinte e cinco de janeiro de 2007 encontra-se na Comissão de Constituição e Justiça do Senado aguardando designação de relator.

3.8.3 Observações sobre a construção típica do crime organizado na legislação brasileira (Lei n.º 9034/95)

Em meados da década de 90, a proliferação do fenômeno do crime organizado em escala mundial fez com que os legisladores se apressassem em apresentar, no âmbito do sistema jurídico brasileiro, uma lei que tratasse do crime organizado, estabelecendo regras de direito material e processual. No campo do direito material, esperava-se uma lei que definisse, em respeito ao princípio da legalidade, o crime organizado de maneira minuciosa, tipificando assim as condutas desvaliosas ao bem tutelado.

No entanto a lei nº 9034, de 3 de maio de 1995, na redação original de seu artigo primeiro, definiu e regulou os meios de prova e procedimento que versassem sobre crime resultante de ações de quadrilha ou bando. Como a redação original da lei demonstra,

§ 1º Associarem-se duas ou mais pessoas, em grupo organizado, por meio de entidade jurídica ou não, de forma estruturada e com divisão de tarefas, valendo-se de violência, intimidação, corrupção, fraude ou de outros meios assemelhados para o fim de cometer crime:

Pena – reclusão, de cinco a dez anos, e multa.

Aumento de pena

§ 2º Aumenta-se a pena de um terço à metade se o agente promover, instituir, financiar ou chefiar a organização criminosa.

§ 3º Aplica-se a pena em dobro se a associação criminosa, em organização ou não, é feita com emprego de arma.

Diminuição de pena

§ 4º O participante ou o associado que colaborar para o desmantelamento da organização criminosa, facilitando a apuração do delito, terá a pena reduzida de um a dois terços. (NR).

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

²⁴¹ "Art. 288.:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos. (NR)

Parágrafo único....."

"Art. 288-A. Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de infundir terror, por meio de atos de violência ou grave ameaça, explosão, seqüestro, incêndio, saque, depredação ou sabotagem contra meios e vias de transporte, provocando perigo ou dano a pessoas ou a bens ou frustrando a prestação de serviço à população. (AC)

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos. (AC)"

utiliza-se da definição do crime de quadrilha ou bando sem que haja uma nova definição apta a englobar situações criminosas diversas relacionadas ao fenômeno do crime organizado, confundindo esta nova forma de criminalidade com aquela tradicionalmente prevista nos ordenamentos jurídicos em geral.

Segundo Raimundo Pascoal Barbosa²⁴², a lei não define o que entende por organização criminosa, além de não merecer qualquer encômio, por contrariar o próprio Estado de direito, vale dizer, a Constituição da República Federativa do Brasil.

Não foram poucas as críticas sofridas pela denominada lei do crime organizado. Não sem razão, passada mais de uma década de seu advento, permanecem as dúvidas que foram instaladas a partir de seu surgimento. Até os dias presentes, não há uma definição segura, na legislação brasileira, acerca do conceito de crime organizado. E, o que nos parece pior, a partir da definição do crime organizado com base no conceito de quadrilha ou bando, não há um fator de *discrimen* entre o crime de quadrilha ou bando tradicional, ou seja, formado por quadrilhas secundárias e insignificantes se comparadas com as efetivas organizações criminosas, e estas próprias.

O crime organizado, conforme ensina Alberto Silva Franco²⁴³, possui uma textura diversa: tem caráter transnacional, grande estrutura organizativa, provoca danosidade social de alto vulto, tem grande força de expansão em virtude da prática de crimes sem vítimas ou com vítimas difusas, utiliza meios instrumentais de moderna tecnologia, de modo que, ente outros fatores, é capaz de inerciar os Poderes do próprio Estado.

Antonio Scarance Fernandes entende que são três as linhas doutrinárias e legislativas formadas sobre o conceito de crime organizado: a primeira parte da noção de organização criminosa, definindo crime organizado como aquele praticado pelos membros de determinada organização; a segunda define os elementos essenciais do crime organizado, sem a especificação de tipos penais; por fim, utiliza-se o rol de tipos previstos no sistema e acrescentam-se outros, considerando-os como crime organizado.

Contudo afirma que a lei em comento seguiu um caminho próprio. Não definiu a organização criminosa. Não definiu os elementos essenciais do crime organizado. Não elencou condutas que constituiriam crime organizado. Além de deixar em aberto os tipos

²⁴² *Apuração do Crime Organizado*. Boletim IBCCRIM, n.º 29, p. 01-02.

²⁴³ *Um difícil processo de tipificação*, Boletim IBCCRIM, n.º 21, p. 5.

penais configuradores de crime organizado, a lei optou por entender que qualquer delito pudesse se caracterizar como tal, bastando que decorresse de ações de bando ou quadrilha.²⁴⁴

Há, na doutrina, entendimento pelo qual a lei pode ser interpretada positivamente definindo o que vem a ser crime organizado. Luís Flávio Gomes afirma que a vontade da lei nº 9034/95 foi criar uma nova modalidade de crime, a organização criminosa. Para tanto, a opção do legislador centrou-se em não defini-la autonomamente. Deu-lhe apenas o conteúdo mínimo, que é o crime de quadrilha ou bando, deixando a cargo do intérprete a tarefa de fixar os demais aspectos da organização criminosa.

Ao admitir que a indiscriminada aplicação da lei em questão para todo crime de quadrilha ou bando possa resultar em injustiça, propõe a necessidade de encontrar um conceito adequado para organização criminosa apto para diferenciá-lo do crime previsto no artigo 288 do Código Penal.²⁴⁵

Com efeito, entende o autor citado que o conceito de quadrilha ou bando não se identifica exatamente com o de organização criminosa. A interpretação conjugada dos artigos da lei nº 9034/95 permite delimitar seu objeto, de forma a explicitar o que é organização criminosa e, além disso, apontar qual característica especial deve ter a quadrilha ou bando para poder configurar uma organização criminosa.

O objeto da lei é o combate ao crime organizado, constituindo este um fenômeno mais amplo e sofisticado que a quadrilha ou bando, assim, o autor insiste que a lei não se aplica a todo crime de quadrilha ou bando. Apesar da louvável defesa da necessidade de distinguir o crime organizado do crime de quadrilha ou bando, não se vê na lei, ao contrário do que entende o autor, elementos para definir o crime organizado, pela interpretação de seus dispositivos.

Ademais, o princípio da taxatividade, enquanto manifestação mais exterior da legalidade em matéria penal, não convive pacificamente com a fixação mínima de um conteúdo legal, deixando a cargo do intérprete a tarefa de completar os requisitos necessários à tipificação legal. O princípio da legalidade exige que a descrição da conduta

²⁴⁴ Cf. Antonio Scarance FERNANDES, *O conceito de crime organizado na Lei 9034*. Boletim IBCCRIM., n.º 31, p. 03.

²⁴⁵ Luís Flávio GOMES e Raúl CERVINI, *Crime organizado: enfoques criminológico, jurídico (lei 9034/95) e político-criminal*, pp. 89-91.

típica ocorra de maneira certa e indubitosa, compete ao legislador fixar os limites do permitido e do proibido, não sendo dado ao julgador exercer essa função.

Excessiva discricionariedade ao julgador compromete a necessidade de uma tutela justa e, acima de tudo, proporcional, na medida em que abre caminho para decisões exageradas e injustas.²⁴⁶ Pense-se na possibilidade de um mesmo fato poder ser considerado crime organizado ou não, a depender da apreciação subjetiva do julgador sobre constituir aquele fato crime organizado ou não, sem que haja tipificação na lei, dependendo assim, insista-se, da apreciação do intérprete.

De qualquer forma, o tratamento legislativo dado ao crime organizado no sistema jurídico brasileiro concentra-se na lei n.º 9034/95. Esta lei é merecedora de crítica por grande parte da doutrina nacional. Foge ao escopo do presente trabalho a análise sistemática da lei 9034/95, assim como do fenômeno da criminalidade organizada. O objetivo é tão somente destacar a influência da referida lei na desmedida utilização do crime de quadrilha ou bando, com o desvirtuamento do artigo 288 do Código Penal que, até a presente data, representa a previsão legal do crime organizado no Brasil.

Inspirou-se o legislador brasileiro na legislação italiana que, desde meados do século passado, foi forçada a dar uma solução legislativa aos problemas decorrentes do crime organizado. Também na Itália o grande desenvolvimento do crime organizado, tendo na máfia seu modelo emblemático de atuação, deu ensejo a uma resposta desordenada do legislador, dando origem ao surgimento de leis esparsas e, por vezes, contraditórias.²⁴⁷

A legislação italiana operou em quatro vertentes principais: a legislação anti-terrorismo; a legislação anti-sequestros; as medidas de proteção aos colaboradores da justiça e a legislação anti-máfia.²⁴⁸

Inserida nesta última vertente encontra-se a alteração por que passou o Código Penal italiano para que fosse introduzida a figura típica da organização de tipo mafioso. Segundo Afirma Walter Fanganiello Maierovitch, o legislador italiano distinguiu duas formas de associações criminosas: as comuns, representando quadrilhas ou bandos sem natureza de perpetuidade e programa de governo, daquelas que seguem o modelo mafioso.

²⁴⁶ Cf. Marcelo José Magalhães BONICIO, *Proporcionalidade e processo*, p.5. Ver também *O princípio da proporcionalidade no direito penal*, Mariângela Gama de Magalhães GOMES.

²⁴⁷ Cf. Ada Pellegrini GRINOVER, O crime organizado no sistema italiano, *In Justiça penal*, 3, p. 13.

²⁴⁸ Idem, p. 15.

As associações criminosas de tipo mafioso “representam associações complexas, com programa delinqüencial de execução ininterrupta e estratégia de infiltração no Estado-legal.”²⁴⁹

Apesar de relacionada com a associação criminosa comum, que no nosso código tem por paralelo o crime de quadrilha ou bando, o legislador italiano diferenciou este tipo de associação comum daquela mafiosa. A finalidade diversa de um e outro ilícito, assim como a discrepância na objetividade jurídica são fatores justificadores da necessidade de tipos distintos, além do que, as várias medidas de ordem processual destinam-se a essa forma especial de criminalidade.

Já no nosso ordenamento, crime organizado passou a ser o crime praticado por meio de quadrilha ou bando. Por isso, enfatiza-se a necessidade de estabelecer como premissa o desacerto do legislador brasileiro ao partir do delito de quadrilha ou bando para tipificar o crime organizado.²⁵⁰

Como se não bastasse, o legislador brasileiro perdeu a oportunidade de aprimorar a lei em questão quando da alteração legislativa que a mesma sofreu em 2001, alterando o artigo primeiro para acrescentar, ao lado do combate aos ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando, ilícitos praticados por organizações ou associações criminosas de qualquer tipo.

Mais uma vez, o legislador não se preocupou em definir as condutas que tipificassem organizações criminosas ou associações criminosas de qualquer tipo. O único tipo de delito a que se refere a lei continua a ser aquele previsto no artigo 288 do Código Penal, o crime de quadrilha ou bando.

²⁴⁹ As associações criminosas transnacionais, *Justiça penal*, 3, p. 60. Ainda sobre o tema ver o conceito dado por Ada Pellegrini GRINOVER ao afirmar que: “(...) se entende por organização de tipo mafioso, no sistema italiano, a formada por três ou mais pessoas, em que os que a integram se valem da força de intimidação do vínculo associativo e da condição de sujeição e silêncio que dela deriva para cometer crimes, para adquirir de modo direto ou indireto a gestão ou o controle de atividades econômicas, de concessões, autorizações, empreitadas e serviços públicos, ou para auferir proveitos ou vantagens injustas para si ou para outrem. A só participação na organização mafiosa é punida com a pena de reclusão de três a seis anos, aumentada de quatro a dez anos se a organização é armada e com o aumento das penas de um terço até a metade se as atividades econômicas de que os associados pretendem manter o controle são financiadas, no todo ou em parte, pelo preço, produto ou proveito dos crimes. O crime organizado no sistema italiano, *In Justiça penal* 3, p. 20.

²⁵⁰ Para Walter Fanganiello MAIEROVITCH “O nosso Código Penal, apesar da última reforma, continuou a manter, no capítulo relativo aos crimes contra a paz pública, artigo contemplando a formação não episódica de quadrilhas ou bandos: artigo 288. Não cuidou das associações criminais de modelo criminoso.” As associações criminosas transnacionais in *Justiça penal*, 3, p.62.

Nesse sentido, sustenta Eduardo Araújo da Silva que a lei nº 10217/01 não sanou o problema conceitual do crime organizado do ordenamento brasileiro, apenas distinguiu tal conceito daquele de quadrilha ou bando, como sempre sustentou a doutrina.

O legislador, no entanto, ainda conforme a lição de Eduardo Araújo da Silva, não foi eficiente sequer para efetuar a distinção mencionada, porque a manutenção na lei da referência à quadrilha ou bando dá margem a concluir que todas as ações derivadas de quadrilha ou bando “serão sempre praticadas por organizações criminosas, merecendo, portanto, o tratamento excepcional traçado pela Lei nº 9034/95, o que viola o princípio da proporcionalidade, que orienta a reserva do emprego de meios excepcionais de busca da prova a condutas criminosas consideradas graves.”²⁵¹

3.8 Notas sobre as soluções apontadas pela doutrina a respeito da legitimação do crime

A relação existente entre o bem jurídico penal e o crime de quadrilha ou bando é a possibilidade de extrair do bem jurídico tutelado um fator de limitação do manejo indiscriminado do delito, dissociado da observância dos princípios garantísticos.

Dentre os possíveis fatores de limitação, coloca-se a necessidade de que o crime de quadrilha ou bando, enquanto crime de perigo, reclame para sua legítima configuração, um determinado grau de possibilidade de efetiva colocação em perigo do bem jurídico tutelado, para além de um improvável resultado lesivo, afastando, assim, a presunção absoluta do perigo prevista em lei.

O fato de ficar essa análise pendente de verificação do caso concreto não pode impedir uma releitura dos aspectos dogmáticos do crime. O crime de quadrilha ou bando estudado à luz da nova dimensão do direito penal, preordenado para a defesa dos princípios do estado democrático de direito e elevado à posição de último recurso do ordenamento jurídico, em nome da própria legitimação do sistema, admite ou deve admitir a releitura de alguns conceitos.

²⁵¹ *Crime organizado*, pp. 38-39.

Inicialmente, sustenta-se, na esteira das lições de José Francisco de Faria Costa, que o elemento indispensável para a legitimação dos crimes, cuja técnica adotada é a construção de perigo abstrato, é a minuciosa descrição da conduta proibida.²⁵²

A análise da redação do artigo 288 do Código Penal demonstra que o tipo do crime de quadrilha ou bando não atende às exigências de uma detalhada descrição da ação incriminada. Sendo assim, como fator de legitimação do crime em apreço, é possível defender que, em determinadas situações, deve-se admitir a verificação em cada caso da existência efetiva de perigo para a paz pública.

A análise casuística do perigo deve recair sobre a idoneidade da associação conter em seu bojo os elementos que se relacionem com a estabilidade e permanência do agrupamento, que contribuam para a consecução do objetivo visado, que é a prática de crimes. Já a análise do perigo para a paz pública reside em momento posterior, portanto, é inconclusivo, por si só, para justificar uma análise individual do perigo. Acrescente-se que, a paz pública, por sua própria natureza, não admite a mensuração do perigo imposto.

Em relação à estrita observância do princípio da taxatividade, sustenta-se que, nas hipóteses em que o princípio em questão reste pouco observado, o meio para que se efetue uma adequação do tipo às exigências constitucionais, é considerar o tipo de perigo abstrato como de perigo concreto, “mesmo que o perigo não esteja indicado no tipo de forma expressa e este seja impreciso, aberto, não poderá configurar crime de perigo abstrato.”²⁵³

Tema correlato extrai-se do entendimento segundo o qual, no crime de perigo abstrato, é necessário que o bem jurídico tutelado seja efetivamente exposto a perigo, sob pena de, assim não ocorrendo, descaracterizar-se o delito.

Assim, defende-se a presunção *juris tantum* dos crimes de perigo abstrato nos casos em que concretamente o bem jurídico protegido não se mostrar ameaçado. Nesse sentido Ângelo Rafael Ilha da Silva afirma que parte da doutrina (Rabl, Schröder, Baumann, Weber, Gallo, Patalano, Beristain) sustenta que nos crimes de perigo abstrato ou presumido as condutas genericamente perigosas possam admitir prova em contrário no caso concreto.²⁵⁴

²⁵² *O perigo em direito penal*, p. 645.

²⁵³ Cf. Ângelo Rafael Ilha da SILVA, *Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição*, p. 71.

²⁵⁴ *Idem*, p. 75.

Segundo Miguel Reale Júnior, se ordinariamente a descrição do tipo não pode se valer de cláusulas genéricas ou elementos normativos excessivamente abertos, particularmente nos crimes de perigo abstrato, nas quais o grau de indeterminação do tipo tem como consequência a desvinculação da tarefa valorativa do juiz de qualquer margem de referência.²⁵⁵

Ângelo Rafael Ilha da Silva defende a possibilidade de considerar a presunção relativa para o crime de perigo abstrato, quando o legislador, equivocadamente, tipificar determinado fato de perigo, prescindindo de sua comprovação efetiva “sem atender ao bom senso e à natureza da ação criando um modelo de perigo abstrato de forma artificial, ou seja, em situações nas quais o perigo não é, no plano da realidade, inerente à conduta.”²⁵⁶

Outra possibilidade existente para legitimar o crime de quadrilha ou bando, em sintonia com o sistema penal liberal democrático, partindo da modificação da natureza do crime de perigo de abstrato para concreto é a possibilidade de introduzir, por via interpretativa, na estrutura do tipo, elementos que autorizem a configuração do delito apenas quando a organização criminosa for dotada de meios, estruturas e indivíduos idôneos a realizar os crimes. Assim, será possível afirmar que o crime de associação será punível na medida em que a sua organização representar um perigo concreto de realização dos crimes que a mesma tem por fim cometer.²⁵⁷

Segundo afirma Carlo Federico Grosso, a doutrina e a jurisprudência italiana vêm paulatinamente manifestando a tendência de transformar os vários crimes de perigo abstrato, previstos no código penal italiano de 1930, em crimes de perigo concreto. Tal postura é derivada do confronto originado entre a escolha da técnica legislativa do perigo abstrato e, por outro lado, da defesa de que a punibilidade depende da ofensa do interesse que a norma visava proteger. A defesa da idéia de que não há crime sem ofensa ao bem jurídico protegido tem-se desenvolvido fortemente, a ponto de afirmar-se, naquele país, que o princípio da necessária ofensividade dos crimes constitui uma realidade normativa.

²⁵⁵ *Problemas penais concretos*, p. 17. Para em seguida concluir o autor que “É forçoso dar-se a moldura de delito de perigo concreto ao tipo indeterminado, visando a adequá-lo às exigências constitucionais, graças ao estabelecimento de referências ao labor interpretativo e construtivo do juiz. Do contrário, o poder discricionário transforma-se em arbítrio, entregue exclusivamente às livres convicções subjetivas do magistrado, gerando a mais grave das inseguranças.” p. 18.

²⁵⁶ Ângelo Rafael Ilha da SILVA, *Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição*, p. 77.

²⁵⁷ Cf. Carlo Federico GROSSO, *Le fattispecie associative: problemi dommatici e di politica criminale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, anno XXXIX, p. 413.

Quando José Francisco de Faria Costa²⁵⁸ ataca a punibilidade de meras situações de pôr em perigo, refere-se tanto às situações concretas quanto a situações potenciais. Desse modo, o questionamento quanto à legitimidade dos crimes de perigo refere-se tanto aos crimes de perigo concreto quanto aos crimes de perigo abstrato. Não só no campo da política criminal que avulta a problemática do crime de perigo, também no campo da legitimidade e da dogmática novos mecanismos devem ser propostos para dissipar as questões que vêm surgindo no que se refere aos crimes de perigo.

A política criminal visa a atingir determinados objetivos, para tanto utiliza o meio adequado para a realização dos mesmos. Supondo que o objetivo da política criminal seja diminuir, dominar ou eliminar a criminalidade, é necessário que a mesma, para atingir seu fim, pressuponha a realidade da própria criminalidade. Esse, segundo o autor, é o primeiro ponto de tensão entre a política criminal e o campo legitimador que pode se desenvolver no seio da própria política criminal, o que pode revelar os limites materiais internos da própria política criminal.

Dentre os vários meios à disposição da política criminal para atingir seus objetivos, o tipo legal do crime é aquele que mais diretamente se relaciona com o contexto em questão. Mais especificamente, o modo como se define um determinado tipo legal de crime corresponde a uma opção da política criminal que se relaciona com a legitimação do crime.

Não se questiona que não é legítima toda e qualquer criminalização de condutas que violem determinado bem jurídico. Da mesma forma, é possível argumentar que nem todas as técnicas de construção do tipo são legítimas. Conclui então que não basta “considerar-se político-criminalmente conveniente criminalizar uma certa conduta que desencadeie uma situação de pôr-em-perigo, é antes necessário testar (validar) o modo como jurídico-penalmente – vale dizer: tipicamente – se vai levar a cabo aquela protecção”.²⁵⁹

Afirma-se que a construção legal dos tipos de crimes é fruto da opção do legislador. No entanto essa opção do legislador não recai sobre a determinação dos bens jurídicos penais merecedores de proteção, que já foram anteriormente determinados. A opção legislativa quanto à construção dos tipos de crime tem que ter como fundamento uma concreta ponderação legitimadora, Faria Costa com apoio em Fiandaca, relaciona essa

²⁵⁸ Cf. *O perigo em direito penal*, pp. 568-571.

²⁵⁹ Idem, p. 571.

questão da legitimidade com as intenções vinculadoras que se desprendem do direito constitucional.²⁶⁰ Assim se dá em função da relação existente entre a legitimação da punição e a restrição dos direitos fundamentais, principalmente, no que se refere aos crimes de perigo abstrato, sustenta-se que nele há inquestionavelmente um alargamento do campo da punibilidade.

Para que ocorra essa transformação na construção do fato típico da quadrilha ou bando, deve-se enfatizar um elemento não escrito na norma e, para tanto, é imprescindível a colaboração jurisprudencial, o que permite afirmar que a solução encontrada depende de um elo entre a dogmática jurídica e a política criminal. Esse elemento não escrito na norma é a idoneidade da organização para a realização do plano criminoso e figura ao lado da pluralidade de pessoas e do fim de cometimento de crimes.²⁶¹

Além da transformação de crime de perigo abstrato em concreto, para manter a verificação do crime dentro de estritos limites de legitimidade, outra possibilidade é apontar com clareza quais requisitos são necessários para que uma organização possa ser reconhecida como quadrilha ou bando. A lei deve especificar os elementos que identificam a organização criminosa, caso contrário, há o risco de fazer incidir o crime sobre qualquer ajuntamento ocasional de indivíduos que estejam em fase de preparação do cometimento de um delito qualquer. O simples fato da associação não é suficiente para tal caracterização, sem que seus elementos intrínsecos tenham existência própria. É necessário maior rigor com a caracterização dos elementos da estabilidade ou permanência, ou então, saindo do campo interpretativo para o dogmático, deveriam esses requisitos serem normatizados.

Várias propostas podem ser apresentadas na tentativa de um critério legitimador da associação ilícita. É possível afirmar, como o faz Vincenzo Patalano, em seu estudo do crime da associação para delinquir, que as questões controvertidas da associação para delinquir derivam de um vício de fundo decorrente da errada interpretação que é feita, no que se refere à falta ou à inexata determinação do bem jurídico que é tutelado pelo delito

²⁶⁰ *O perigo em direito penal*, p. 573.

²⁶¹ "Nella specie, il passaggio dal reato a pericolosità astratta a quello a pericolosità (tendenzialmente) concreta è avvenuto attraverso una progressiva opera di ricostruzione della struttura oggettiva della fattispecie delittuosa, nella quale elemento dominante, a fianco della pluralità delle persone e della finalità di commettere una pluralità di reati, è diventato il requisito, non scritto dalla legge, della organizzazione idonea alla realizzazione del piano criminoso. Ancora una volta dommatica giuridica e politica criminale si sono trovate saldamente intrecciate nel realizzare l'obiettivo della trasformazione della originaria configurazione di un istituto giuridico, la prima al servizio della seconda." Carlo Federico GROSSO, *Le fattispecie associative: problemi dommatici e di politica criminale*, p. 418.

em questão. Há, segundo afirma o autor, uma lacuna interpretativa do crime que dificulta a individualização do delito, acarretando conseqüências de três diversas ordens: é falha ou insegura a distinção do crime com o concurso de pessoas; não se identifica com segurança os elementos do crime e, por fim, critica-se a classificação como crime de perigo.²⁶²

Segundo afirma Patalano, é errôneo compreender o delito em questão como atividade preparatória da consumação de crimes futuros, porque assim se justifica que a incriminação do delito ocorra em fase antecedente da execução do plano criminoso. Disso deriva a denominada função de tutela preventiva dos bens jurídicos ameaçados dos crimes programados.

O melhor caminho, para o doutrinador, que deve ser adotado como ponto de partida e também como limite interpretativo, reside no fato de conceber o crime de associação para delinquir fundado sobre um genérico acordo para cometer delitos, de modo tal que a punibilidade decorra do próprio acordo.

²⁶² Cf *L'associazione per delinquere*.

CONCLUSÃO

1. O ponto de partida para a legitimação do direito penal tem como base o princípio da liberdade do indivíduo, de modo que o direito penal responda aos reclamos de uma intervenção punitiva minimalista, constituindo, assim, a última *ratio* do sistema jurídico.
2. A Constituição erige a liberdade do indivíduo como valor predominante a reger as relações sociais; o ordenamento é disposto para a defesa da liberdade, de modo que o direito penal não pode ser dissociado da missão de proteger a liberdade do grupo social. A teoria do bem jurídico-penal é ordenada para limitar a intervenção estatal. Assim ocorre porque a relação entre bem jurídico e Constituição é atrelada ao valor fundamental da liberdade do indivíduo.
3. O conceito material de delito deve ter como base a danosidade social causada pelo fato incriminado, que se expressa como ofensa de bens jurídicos particularmente significativos. A exigência de nocividade social e o bem jurídico como fator de legitimação da norma somados à tutela da liberdade do indivíduo são fatores que, conjugados, permitem a intervenção no campo da produção legislativa para funcionar como óbice à criação de leis que violem esses critérios da legítima intervenção estatal.
4. Não se dispensa a necessidade de danosidade social à tutela do bem jurídico coletivo. Desse modo deve ser combatida a opção pela antecipação penal da proteção do bem, incriminando condutas em momento prévio, quando ainda não se tem potencialidade lesiva para ofender o bem jurídico.
5. Configura-se a situação de perigo quando a probabilidade da produção do resultado desvalioso é superior à probabilidade da sua não produção. Considera-se o juízo de probabilidade um fator objetivo, porque, para se chegar à norma hipotética, partiu-se de um juízo de experiência, de observância dos fenômenos sociais. Assim, o perigo é um dado concreto, real.

6. Questiona-se assim, na via inversa, a legitimidade em se punir a situação de perigo quando a probabilidade da não produção do resultado desvalioso é mínima ou inexistente e, ainda assim, tipifica-se a conduta como crime de perigo sem um mínimo de determinação da probabilidade em verificar-se a situação de perigo.

7. A distinção entre crime de dano e de perigo reside na dimensão da ofensa sofrida pelo bem jurídico, o que não se confunde com o resultado previsto no tipo legal. No entanto é possível estabelecer um paralelo entre o crime de perigo e a tentativa. Essa última só será punível quando houver efetivo ataque ao bem jurídico, apesar de o dolo do agente voltar-se à produção do resultado, que não se verificou por circunstâncias alheias à sua vontade, é necessário que a ação perpetrada pelo agente crie uma situação de perigo ao bem jurídico tutelado, caso contrário, não se vislumbra possa haver incriminação por crime tentado. Se o crime tentado só admite punição quando houver efetiva ameaça ao bem jurídico, do crime de perigo também deve ser exigida a efetiva ameaça do bem jurídico para que seja passível de punição.

8. A relação entre bem jurídico-penal e crime de perigo necessita que o perigo seja apto para afetar o bem jurídico, o que só ocorrerá com a colocação efetiva do bem em perigo. Antecipar o perigo para um momento anterior terá como consequência quebrar o elo que deve existir entre a ofensa ao bem jurídico e a tipicidade penal. Assim, questiona-se a legitimidade da incriminação, como crimes de perigo abstrato, de atos prévios ao começo de execução de um delito de lesão, ou seja, de atos materialmente preparatórios.

9. Em relação ao conceito de paz pública, do ponto de vista formal, considera-se suficiente a relação que se estabelece entre a coletividade, a ameaça à paz pública e os crimes que ofendem esses bens. No entanto, tendo como ponto de partida a insuficiência desse conceito como fator de legitimação do bem jurídico, é necessário encontrar um conceito que esteja em sintonia com a diretriz que fundamenta, na teoria do bem jurídico, a razão de existência da proibição. Sendo assim, é de se exigir que as condutas sob esse rótulo tipificadas impliquem uma ameaça efetiva para a tranquilidade, integridade e dignidade dos

potencialmente afetados. Para tanto, será preciso analisar as condutas praticadas concretamente para se aferir a capacidade da mesma ter sido eficaz para violar a paz pública.

10. O artigo 288 do Código Penal tipifica a associação de mais de três pessoas para o fim de cometer crimes. Essa é a figura hipotética genérica, há uma suposta probabilidade de que as pessoas reunidas venham a efetivamente praticar crimes, o perigo a que se vê exposto o bem jurídico deriva dessa probabilidade. A preocupação que desperta a incriminação da quadrilha ou bando é estabelecer um mínimo de substrato, com base na existência de efetiva ofensa ao bem jurídico, que autorize a incidência de determinado fato na conduta tipificada em lei.

11. Considera-se, no tema da pluralidade de agentes, no qual se insere o tema do crime associativo, a periculosidade dos agentes. No caso específico do crime de quadrilha ou bando, o maior perigo representado pelos agentes reunidos deve-se ao perigo concreto que a associação representa para a paz do grupo social. Sendo assim, é necessário que o delito apresente características peculiares aptas a justificar a autonomia da tipificação do crime.

12. O termo associação traz insito à idéia de reunião a qualidade de permanência que, por sua vez, confere a característica da estabilidade ao grupo. A exigência de uma minuciosa configuração desses elementos pode servir de fator legitimante para o delito, atendendo aos reclamos de uma política criminal garantística.

13. Os associados devem ter por escopo a prática de crimes. Esse é o especial fim de agir do grupo. Quando a associação criminosa se agrupa para a prática de delitos, não é necessário que a associação pratique efetivamente os crimes visados para que haja a punição pelo crime de quadrilha ou bando. No entanto é necessário que fique demonstrada de forma segura a finalidade da associação.

14. A finalidade de cometer dois ou mais crimes determinados não pode ser apontada isoladamente como elemento autorizador da existência de uma associação ilícita em

quadrilha ou bando. Porque não se evidencia por este fato que o agrupamento esteja organizado com estabilidade ou permanência hábil a caracterizá-la, não preenche a finalidade específica de praticar crimes e, por fim, no âmbito político-criminal não há substrato suficiente para se afirmar que a existência deste agrupamento por si só, coloque em perigo ou efetivamente lesione a ordem pública. Sob esse ponto de vista, ainda que o grupo tenha por finalidade o cometimento de vários crimes, não se caracteriza o crime de quadrilha ou bando se não se demonstrar que o grupo era formado com estabilidade e permanência hábeis a caracterizá-lo, juridicamente, como associação. Na via inversa, configurado esses requisitos, há o crime de quadrilha ou bando quando a associação se constituir para a prática de crimes, ainda que seja crime continuado.

15. Em relação à determinação ou não dos crimes a serem praticados, defende-se que, como a finalidade é a prática de crimes, é indiferente que os crimes sejam determinados ou indeterminados. Assim, a determinação dos crimes é elemento secundário para a caracterização do crime de quadrilha ou bando. O elemento determinante, insista-se, é o grau de elaboração do programa criminoso, que poderá demonstrar a consistência do vínculo associativo entre os sujeitos. Um programa determinado em cujas raízes deitarão a estabilidade e permanência do grupo.

16. Adota-se o entendimento de que o número mínimo de agentes que a lei exige para a verificação do crime de quadrilha ou bando deve ser de agentes penalmente imputáveis.

17. É necessário apontar um fator de *discrímen* que possibilite distinguir o crime autônomo de quadrilha ou bando da mera associação eventual, própria do concurso de pessoas. O elemento da estabilidade e permanência do vínculo para a associação é um fator que autoriza distinguir o crime em si do mero concurso de agentes.

18. Defende-se a existência da mera participação no crime de quadrilha ou bando, quando a associação receber auxílio de um agente que não a integre, embora colabore com o intento criminoso.

19. A legitimação do crime de quadrilha ou bando, em sintonia com o sistema penal liberal democrático, pode partir de diferentes vias: a) a modificação da natureza do crime de perigo de abstrato para concreto; b) a utilização da via interpretativa para considerar no fato típico da quadrilha ou bando um elemento não escrito na norma, a idoneidade da organização para a realização do plano criminoso, figurando ao lado da pluralidade de pessoas e do fim de cometimento de crimes; c) a modificação do tipo para que a lei especifique os elementos que identificam a organização criminosa que, segundo se defende, recai sobre a estabilidade e permanência do vínculo e o grau de elaboração do programa criminoso.

REFERÊNCIAS

ANGEL, Elaine. *Quadrilha ou bando*. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo. 2007.

ANTOLISEI, Francesco. *L'Azione e l'evento nel reato* Milano: Istituto Editoriale Scientifico, 1928.

_____. *Manuale di diritto penale*, parte generale, 7º ed. Milano: Giuffrè editore, 1975.

_____. *Manuale di diritto penale*, parte speciale, vol. II. 12ª ed. Milano: Giuffrè editore, 1997.

ARAÚJO, João Vieira de. *Código penal commentado theorica e praticamente*. Rio de Janeiro e São Paulo: Laemmert e companhia, 1896.

_____. *O código penal interpretado*, parte especial, v. 1. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1901.

BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal*, parte general, 2º ed. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1999.

BALDESSARINI, Francisco de Paula. *Tratado do código penal brasileiro*, volume IX. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto editora, 1943.

BALESTRA, Carlos Fontan. *Derecho penal*, parte especial. 7ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot editorial. 1976.

_____. *Tratado de derecho penal*, tomo VI, parte especial. Buenos Aires: Abeledo-perrot, 1969.

BARBOSA, Raimundo Pascoal. *Apuração do Crime Organizado*. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), nº 29, São Paulo. Maio. 1995.

BARRA, Rubens Prestes e ANDREUCCI, Ricardo Antunes (coord.) *Estudos jurídicos em homenagem a Manoel Pedro Pimentel*. São Paulo: Saraiva, 1992.

BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à constituição do Brasil*, 2º v., 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*, 8ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

_____. *Concurso de agentes*. Rio de Janeiro: Liber Iuris. 1979.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Rio de Janeiro: Ediouro. s/d.

BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal*, volume I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, parte especial, vol. 4. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BONICIO, Marcelo José Magalhães. *Proporcionalidade e processo*. São Paulo: Atlas, 2006.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crime de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BRICOLA, Franco. Profili costituzionali della non punibilità. *Rivista di diritto e procedura penale*, vol. XXVII. Milano: Giuffrè editore, 1984.

_____. *Scritti di diritto penale*, v. 1. Milano: Giuffrè editore, 1997.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal*, parte geral, tomo 1. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

CALAMANDREI, Piero. *Opere giuridiche*, volume III. Napoli: Morano editore, 1968.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra editora, 2004.

CARRASQUILLA, Juan Fernández e AGUDELO BETANCUR, Nodier. La ciencia del derecho criminal como control de la función punitiva y la posibilidad de una dogmática axiológica (La proyección actual del pensamiento de Francesco Carrara en Colombia y Latinoamérica). *Francesco Carrara nel primo centenario della morte* (Atti del convegno internazionale Lucca/Piza 2/5 giugno 1988). Milano: Giuffrè editore, 1991.

CARVALHO, Marcia Dometila Lima de. *Fundamentação constitucional do direito penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992.

CEREZO MIR, José. *Temas fundamentales del derecho penal*, tomo II. Santa Fe: Rubinzal-culzoni, 2002.

_____. Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal. *Revista de derecho penal y criminología*, Madrid: julio, nº 10, 2002.

CHEVALLIER, Jean-Jacques. *As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Agir, 1980.

COOLEY, Thomas. *Princípios gerais de direito constitucional dos Estados Unidos da América do Norte*, versão de Alcides Cruz. Porto Alegre: Livraria Universal, 1909.

CORNEJO, Abel. *Asociación ilícita y delitos contra el orden público*. Buenos Aires: Editorial Rubinzal Culzoni, 2001.

COSTA, José Francisco de Faria. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra editora, 1992.

COSTA JR, Paulo José da. *Curso de direito penal*, parte especial, v. 3, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

CRETELLA JUNIOR, José e CINTRA, Geraldo de Ulhôa. *Dicionário latino-português*, São Paulo: Companhia editora nacional, 1950.

CUNHA, Antônio Geraldo da. *Dicionário etimológico nova fronteira da língua portuguesa*, 1ª ed., Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1982.

DOLCINI, Emilio e MARINUCCI, Giorgio. Constituição e escolha dos bens jurídicos, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 2, ano 4 Lisboa: Aequitas, 1994.

_____. *Corso di diritto penale*. Milano: Giuffrè editore, 2001.

DOTTI, René Ariel. *Reforma penal brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

_____. *Curso de direito penal*, parte geral, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *Um bando de denúncias por quadrilha*. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), nº 174, São Paulo. Maio. 2007.

DRUMMOND, J. De Magalhães. *Comentários ao código penal*, vol. IX. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1944.

DUARTE, José. *Comentários à lei das contravenções penais*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1944.

DUTRA, Mário Hoepfner. *O furto e o roubo (em face do Código Penal Brasileiro)*. São Paulo: Max Limonad, 1955.

FARIA, Bento de. *Código penal brasileiro (comentado)*, parte especial, v. II, 2ª ed. Rio de Janeiro: Record, 1959.

FARIA, Ernesto. *Dicionário escolar latino português*, 6ª ed. Rio de Janeiro: FAE, 1985.

FARIA, José Eduardo. Direitos humanos e globalização econômica: notas para uma discussão. *Revista do Ministério Público*, vol. 18, fasc. 71. Lisboa: jul/set. 1997.

FÁVERO, Flaminio. *Código penal brasileiro comentado*. v. 9. São Paulo: Saraiva, 1950

FELDENS, Luciano. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FERNANDES, Antonio Scarance. *O conceito de crime organizado na Lei 9034*. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM). nº 31, São Paulo. Julho. 1995.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERRAZ, Esther de Figueiredo. *A co-delinquência no direito penal brasileiro*. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

FIANDACA, Giovanni. Il “bene giuridico” come problema teorico e come criterio di politica criminale, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, anno XXV. Milano: Giuffrè editore, 1982.

FIANDACA, Giovanni e MUSCO, Enzo. *Diritto penale*, parte speciale, v. I, 2ª ed. Bologna: Zanichelli editore, 1997.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Comentário conimbricense do código penal*, parte especial, t. II. Coimbra: Coimbra editora, 1999.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*, parte especial, v. II, 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

FRANCO, Alberto Silva. *Um difícil processo de tipificação*. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), nº 21, São Paulo. Setembro. 1994.

_____. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*, v. 1, tomo II, parte especial, 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. e STOCO, Rui. (coord.) *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*, v. 1, 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Crimes hediondos*, 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FREITAS, Gilberto Passos de e FREITAS, Vladimir Passos de. *Abuso de autoridade*, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*, v. I, t. I. São Paulo: Max Limonad, 1954.

GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Tratado de criminología*, 2ª ed. Valencia: Tirant lo blanch, 1999.

GOMES, Luís Flávio e CERVINI, Raúl. *Crime organizado: enfoques criminológico, jurídico (lei 9034/95) e político-criminal*, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. *A autocolocação da vítima em risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O crime organizado no sistema italiano. *Justiça penal*, 3, (coord.) Jaques de Camargo Penteado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

GROSSO, Carlo Federico. Le fattispecie associative: problemi dommatici e di politica criminale, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, anno XXXIX. Milano: Giuffrè editore, 1996.

GUSMÃO, Chrysolito Chaves de. *O banditismo e associações para delinquir*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1914.

HASSEMER, Winfried. Teoria personal del bien juridico. *Doctrina Penal*. Ano 12, nº 45 a 48. Buenos Aires: Depalma, 1989.

_____. Pena y Estado - función simbólica de la pena, n. 1, septiembre-diciembre, PPU Promociones y publicaciones universitarias, Barcelona, 1991

HIRSCH, Andrew von. El concepto de bien jurídico y el <<principio del daño>>. *La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Roland Hefendehl (ed.). Madrid: Marcial Pons, 2007.

HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. I, t. 2, 2º ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1953.

_____. *Comentários ao código penal*, v. VI, 4ª ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958.

_____. *Comentários ao código penal*, v. VII, Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955.

_____. et Romão Côrtes de LACERDA. *Comentários ao código penal*, v. VIII, 2ª ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1954.

_____. *Comentários ao código penal*, v. IX, Rio de Janeiro: Revista Forense, 1959.

INGROIA, Antonio. Associazione per delinquere e criminalità organizzata. L'esperienza italiana. *Il crimine organizzato come fenómeno transnazionale*. Palermo: Giuffrè editore, 2000.

JESUS, Damásio E. *Direito penal*, parte especial, 3º v., 16ª ed. São Paulo: editora Saraiva, 2007.

_____. *Lei das contravenções penais anotada*, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

JIMÉNEZ DE ASUA, Luis. *El Criminalista*, t. IV. Buenos Aires: Editorial La Ley, 1944.

_____. *Principios de derecho penal: la ley y el delito*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot editorial sudamericana, 1990.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LISZT, Franz von. *Tratado de derecho penal*, t. II, 4º ed. Madrid: editorial Reus, 1999.

LUIZI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*, 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

LUIZ, Francisco. *Código criminal do Império do Brazil theorica e praticamente anotado*, Maceió: Typographia de T. de Menezes, 1885.

LYRA, Roberto. Comentários ao código penal, v. II, 2 ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955.

MAIEROVITCH, Walter Fanganiello. As associações criminosas transnacionais. *Justiça penal*, 3, (coord.) Jaques de Camargo Penteado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MANZINI, Vincenzo. *Trattato di diritto penale italiano*, 6º vol. Torino: Editrice torinese, 1950.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*, v. 4. Campinas: Bookseller. 1997.

_____. *Curso de direito penal*, v. 2. São Paulo: Saraiva, 1956.

MARTINS, José Salgado. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1974.

MATEU, Carbonell. *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, 3ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

MAURACH, Reinhart e ZIPF, Heinz. *Derecho penal, parte general 1*. Buenos Aires: editorial Astrea, 1994.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código penal interpretado*. São Paulo: Atlas. 2000.

_____. e FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal, parte especial*, v. 3, 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. El finalismo y sus implicaciones en la dogmática penal y la política criminal. *Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad*, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2005

MOCCIA, Sergio. *El derecho penal entre ser y valor: función de la pena y sistemática teleológica*. Buenos Aires: Julio Cesar Faira, 2003

_____. Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali. in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, ano XXXVIII. Milano: Giuffrè editore, 1995.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*, v. 4, 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

PAGLIARO, Antonio. *Principii di diritto penale*, parte generale 7ª ed. Milano: Giuffrè editore, 2000.

PALAZZO, Francesco. *Valores constitucionais e direito penal*. Trad. Gerson Pereira dos Santos, Porto Alegre. Safe, 1989.

_____. Bene giuridico e tipi di sanzioni, *L'Indice penale*. Ano XXVI, nº 2, Maggio-agosto. Padova: Edizioni Cedam: 1992.

PATALANO, Vincenzo. *L'associazione per delinquere*. Napoli: Jovene, 1971.

PEIXOTO, Afrânio. *Medicina legal: Psico-patologia forense*, vol. II, 4ª ed. São Paulo/Belo Horizonte: Livraria Francisco Alves, 1935.

PERDIGÃO, Carlos Frederico Marques. *Manual do código penal brasileiro*, vol. I. Rio de Janeiro: Casa Garnier, 1882.

_____. *Manual do código penal brasileiro*, vol. II. Rio de Janeiro: Casa Garnier, 1882.

PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*, 2º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. e ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro*, parte geral, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PIMENTEL, Manoel Pedro. *Contravenções penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

PINHO, Demosthenes Madureira de. *O valor do perigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1939.

PONTES, Ribeiro. *Código penal comentado*, 11ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PRINS, Adolphe. *Ciência penal e direito positivo*. Lisboa: Livraria Clássica editora, 1915.

PULITANÒ, Domenico. Obblighi costituzionale di tutela penale? in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, ano XXVI. Milano: Giuffrè editore, 1983.

RAMÍREZ, Juan Bustos e PIJOAN, Elena Larrauri. *Victimología: presente y futuro (hacia un sistema penal de alternativas)*. Barcelona: PPU. 1993.

RATIGLIA, Giuseppe. *Il reato di pericolo*. Torino: Libreria Giappichelli, 1932.

REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

REALE JUNIOR, Miguel. *Problemas penais concretos*. São Paulo: Malheiros. 1997.

ROCCO, Arturo. *El objeto del delito y de la tutela jurídica penal*, reimpressão. Buenos Aires: Julio Cesar Faira, 2005.

ROXIN, Claus. *Derecho penal*, parte general, t. I, 1º ed.. Madrid: Editorial Civitas, 1997.

SALES. Sheila Jorge Selim de. *Dos tipos plurissubjetivos*. Belo Horizonte: Del Rey. 1997.

SANCINETTI, Marcelo A. Tipos de peligro, en las figuras penales *Revista peruana de Ciencias penales*, ano 7-8, fasc.12. Lima: Idemsa. 2002

SANTOS, J. M. de Carvalho. *Repertório Enciclopédico do direito brasileiro*, v. XLIV. Rio de Janeiro: Borsoi, s/d.

SANTOS, Marino Barbero. Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, vol. 26, fasc. 3, jan-abril. Madrid: Instituto Nacional de estudios jurídicos. 1973.

_____. Il bandolerismo nella legislazione spagnola, In *La scuola positiva. Rivista di criminologia e diritto criminale positiva*, vol. 13, Milano: Giuffrè editore. 1971.

SEHER, Gerhard. La legitimación de normas penales basadas en principios y el concepto de bien jurídico. *La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Roland Hefendehl (ed.). Madrid: Marcial Pons, 2007.

SIGHELE, Scipio. *La foule criminelle: essai de psychologie collective*, 2ª ed. entièrement refondue. Paris: F. Alcan, 1901.

SILVA, Ângelo Rafael Ilha da. *Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003.

SILVA. Eduardo Araújo da. *Crime organizado*. São Paulo: Atlas. 2003.

SILVA, Germano Marques da. *Direito penal português*, vol. I. Lisboa: editorial Verbo, 1997.

SIQUEIRA, Galdino. *Tratado de direito penal*, parte especial, tomo II, 2ª ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1951.

SOLER, Sebastian. *Derecho penal argentino*, t. I. Córdoba: Imprenta de la Universidad Nacional de Córdoba, 1940.

_____. *Derecho penal argentino*, t. IV. Buenos Aires: Tipografica Editora Argentina, 1951.

SOUSA, Susana Aires de. Direito penal das sociedades comerciais, *Revista portuguesa de ciência criminal*, ano 12, nº 1, jan-mar 2002.

STERNBERG-LIEBEN, Detlev. Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal. *La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Roland Hefendehl (ed.). Madrid: Marcial Pons, 2007.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*, 3º ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. Critérios de seleção de crimes e cominação de penas, *Revista Brasileira de ciências criminais*, número especial de lançamento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

THOMPSON, Augusto F. G. *Esborço histórico do direito criminal luso-brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Liber Juris, 1982.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. A lei, o crime, a pena. *Estudos jurídicos em homenagem a Manoel Pedro Pimentel*. Obra coletiva (coord.) Rubens Prestes BARRA e Ricardo Antunes ANDREUCCI. São Paulo: Saraiva, 1992.

VERO, Giancarlo di. Tutela dell' ordine pubblico e reati associati, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, anno XXXVI. Milano: Giuffrè editore, 1993.

VIDAL, Georges. *Cours de droit criminel et de science penitentiaire*, 6º ed. Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1921.

WELZEL, Hans. *Derecho penal aleman*, parte general, 4º ed. Editorial Juridica de Chile, Santiago: 1993.

YACOBUCCI, Guillermo J. Los tipos penales relacionados con el crimen organizado in *El crimen organizado: desafíos y perspectivas en el marco de la globalización*. Guillermo J. Yacobucci (coord.) Buenos Aires: Ed. Ábaco de Rodolfo Palma. 2005

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal*, parte general, v.III. Buenos Aires: EDIAR, 1981.