



UNIFACS
UNIVERSIDADE SALVADOR
LAUREATE INTERNATIONAL UNIVERSITIES®

UNIVERSIDADE SALVADOR
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E APLICADAS
CURSO DE DIREITO

CAMILA SALES GAVAZA SILVA

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO CRIME DE CONSTITUIÇÃO DE
MILÍCIA PRIVADA**

Salvador
2013

CAMILA SALES GAVAZA SILVA

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO CRIME DE CONSTITUIÇÃO DE
MILÍCIA PRIVADA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Universidade Salvador - UNIFACS como requisito
para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof. Daniela Portugal

Salvador
2013

TERMO DE APROVAÇÃO

CAMILA SALES GAVAZA SILVA

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO CRIME DE CONSTITUIÇÃO DE MILÍCIA
PRIVADA**

Monografia aprovada como requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito,
Unifacs, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e Instituição: _____

Nome: _____

Titulação e Instituição: _____

Nome: _____

Titulação e Instituição: _____

Salvador, ____/____/2013

“Vinde a mim todos os que estão cansados e sobrecarregados, e Eu vos aliviarei”. (Mateus 11:28)

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus e dedico este trabalho à minha querida família, pelo eterno incentivo. À Daniela Portugal, exemplo de professora, o apoio nas pesquisas realizadas, e aos colegas e amigos que me acompanharam ao longo destes cinco anos de caminhada.

RESUMO

O presente trabalho versa sobre os desdobramentos do crime de *Constituição de Milícia Privada*, - previsto no artigo 288-A, do Código Penal -, no ordenamento jurídico brasileiro. A importância da análise do dispositivo consiste no fato de este configurar-se numa clara ofensa aos princípios do Direito Penal, face a ausência de conceituação legal das espécies de associação criminosa previstas na norma incriminadora. Desta forma, o objetivo do estudo consiste na realização de uma análise crítica do artigo 288-A a partir do exame da sua ampla tipicidade. Cumpre avaliar, igualmente, a classificação legal e doutrinária do artigo, bem como a falta de definição legal dos elementos do tipo e a sua inaplicabilidade, como resultado de uma atecnia legislativa. Parte-se, portanto, de uma análise principiológica, compreendendo-o como resultado de uma tendência à criminalização excessiva de condutas, consequência de um Direito Penal cada vez menos utilizado como *ultima ratio*.

Palavras chave: Constituição de Milícia Privada; Direito Penal de Emergência; Princípios Penais.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	08
2	CLASSIFICAÇÃO LEGAL E DOUTRINÁRIA DO ARTIGO 288-A DO CÓDIGO PENAL	10
2.1	O CRIME DE CONSTITUIÇÃO DE MILÍCIA PRIVADA: CONTEXTO DE SURGIMENTO	10
2.2	O TIPO PENAL	13
2.2.1	Bem jurídico tutelado	16
2.2.2	Sujeitos do delito	18
2.2.3	Classificação: crime alternativo ou de ação múltipla	21
2.2.3.1	Os núcleos do tipo	22
2.2.3.2	Exigência de uma associação estável e permanente	23
2.2.4	Tipicidade subjetiva e a (in)existência de especial fim de agir	24
3	A ABERTURA SEMÂNTICA DO ARTIGO 288-A DO CÓDIGO PENAL	29
3.1	ELEMENTOS DO TIPO: FALTA DE DEFINIÇÃO LEGAL	29
3.1.1	Sobre os tipos de associação	30
3.1.1.1	O conceito de organização paramilitar	32
3.1.1.2	O conceito de milícia particular	34
3.1.1.3	O conceito de grupo e o artigo 121, §6º do Código Penal	35
3.1.1.4	O conceito de esquadrão	37
3.1.2	O artigo 288-A e o Habeas Corpus nº 96007, do Supremo Tribunal Federal (organizações criminosas)	38
4	O ARTIGO 288-A À LUZ DOS PRINCÍPIOS PENAIIS	42
4.1	O ARTIGO 288-A, DO CÓDIGO PENAL X DIREITO PENAL DE EMERGÊNCIA	42
4.2	A INDETERMINAÇÃO DA INOVAÇÃO LEGISLATIVA E A OFENSA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PENAL	45
4.2.1	O artigo 288-A do Código Penal e o princípio da taxatividade	48
4.3	A INOVAÇÃO LEGISLATIVA E O PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA	51
4.3.1	A subsidiariedade penal	55
4.3.2	A fragmentariedade penal	57
4.4	O CONCURSO FORMAL IMPRÓPRIO ENTRE OS ARTS. 288 E 288-A E O PRINCÍPIO DO <i>NE BIS IN IDEM</i>	61

4.5	O ART. 288-A E O PRINCÍPIO DA LESIVIDADE	67
4.6	O ART. 288-A, DO CÓDIGO PENAL, E A DESPROPORCIONALIDADE NA COMINAÇÃO DAS SUAS PENAS	70
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	74
	REFERÊNCIAS	77
	ANEXO	83

1. INTRODUÇÃO

No dia 28 de setembro de 2012, foi acrescentado ao Capítulo IX do Código Penal em vigor o artigo 288-A, através da Lei nº 12.720/12. O dispositivo, sob a denominação de *Constituição de Milícia Privada*, possui a seguinte redação:

Art. 288-A. Constituir, organizar, integrar, manter ou custear organização paramilitar, milícia particular, grupo ou esquadrão com a finalidade de praticar qualquer dos crimes previstos neste Código.

Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos.

A inserção desta norma incriminadora no Código Penal trouxe como desdobramento imediato o acréscimo de quatro novas espécies de associação criminosa ao ordenamento jurídico brasileiro, quais sejam, “organização paramilitar, milícia particular, grupo ou esquadrão”. Entretanto, da análise do dispositivo, nota-se a sua amplitude e indeterminação, na medida em que não há qualquer substrato jurídico para amparar as espécies de milícia privada, fato que vai de encontro a todo o aparato principiológico do Direito Penal.

A importância da análise do artigo 288-A consiste, primeiramente, no fato de o dispositivo configurar-se numa clara ofensa aos princípios norteadores do Direito Penal. Não se pode negar que o legislador, ao não estabelecer uma conceituação acerca das espécies de associação previstas na norma incriminadora, não apenas comprometeu a aplicabilidade do artigo, como também as garantias fundamentais dos cidadãos. A relevância da compreensão dos conceitos de “organização paramilitar, milícia particular, grupo ou esquadrão” ressalta, portanto, da necessidade de suprir esta omissão legislativa.

Para suscitar a discussão, o capítulo inicial irá tratar sobre alguns conceitos precípuos para a compreensão da problemática abordada. Deste modo, serão feitas considerações acerca do contexto de surgimento do dispositivo, bem como do bem jurídico por ele tutelado e os seus sujeitos, destrinchando, inclusive, os núcleos do tipo. Ao final, proceder-se-á a uma análise crítica relativa ao elemento subjetivo especial exigido para a configuração do delito, de modo a compreender a abrangência da norma incriminadora.

O segundo capítulo abordará a ausência de definição legal dos elementos normativos do crime de *Constituição de Milícia Privada*, trazendo a lume a plurissignificância dos seus conceitos. Ainda, serão apresentadas as definições estabelecidas pela doutrina na tentativa de suprir a ausência de substrato legal das espécies de associação criminosa elencadas no dispositivo. Por fim, serão tecidas considerações acerca do julgamento do Habeas Corpus 96.007, do Supremo Tribunal Federal, emblemático para a compreensão do tema.

O último capítulo discutirá o cerne do trabalho, analisando a aplicabilidade do artigo 288-A, do Código Penal. Para tanto, será necessário um exame à luz dos princípios penais, de modo a avaliar a sua adequação ao ordenamento jurídico pátrio. Ademais, o estudo pretende expor o dispositivo como reflexo de um Direito Penal de Emergência, resultado da utilização cada vez mais comum da legislação criminal como *prima* ou *sola ratio*.

Nesta senda, ressalta-se que o presente estudo não tem a pretensão de esgotar a problemática, demasiadamente extensa e questionável. Contudo, busca-se impulsionar um debate acerca do assunto, elaborando uma nova visão, formada à luz dos princípios penais, capaz de nortear a doutrina pátria, que se apresenta tão divergente sobre esta questão.

Tendo isto em vista, eis o plano a ser seguido neste trabalho:

Primeira Parte – Classificação legal e doutrinária do artigo 288-A do Código Penal.

Segunda Parte – A abertura semântica do artigo 288-A do Código Penal.

Terceira Parte – O crime de Constituição de Milícia Privada à luz dos princípios penais.

2. CLASSIFICAÇÃO LEGAL E DOUTRINÁRIA DO ARTIGO 288-A DO CÓDIGO PENAL

2.1 O CRIME DE CONSTITUIÇÃO DE MILÍCIA PRIVADA: CONTEXTO DE SURGIMENTO

O conceito de “milícia” passou a ser incorporado ao vocabulário dos órgãos de segurança pública, - e, posteriormente, dos próprios meios de comunicação -, a partir da ampliação das suas atividades, no Estado do Rio de Janeiro, no ano de 2004. Contudo, foi apenas ao final do mês de dezembro de 2006 que tal nomenclatura consolidou-se de maneira mais premente, diante dos atentados promovidos por narcotraficantes frente à propagação dos milicianos nas comunidades anteriormente dominadas por aqueles grupamentos criminosos¹.

No ano seguinte, denúncias acerca do envolvimento de setores da polícia na chefia de milícias, culminaram no afastamento do inspetor da Polícia Civil do Rio de Janeiro, Félix dos Santos. Em agosto do mesmo ano, o líder comunitário de uma favela carioca foi sequestrado e morto após denunciar, perante diversos órgãos estatais, a ação de milicianos².

Entretanto, o episódio emblemático para a instauração da denominada “CPI das Milícias” e a consequente edição do tipo penal em questão foi a tortura de uma repórter, um fotógrafo e um motorista do Jornal O Dia, ocorrida na noite de 14 de maio, na favela do Batan, em Realengo, zona oeste do Rio de Janeiro, durante a realização de uma reportagem acerca do cotidiano dos moradores em localidades dominadas pelas milícias. Os repórteres foram mantidos reféns e barbaramente torturados por cerca de vinte milicianos, durante sete horas e meia. Após, foram liberados, sob a condição de manter sigilo sobre a sessão de agressões. Contudo, a cúpula da Segurança do Estado do Rio de Janeiro foi notificada, e o ocorrido veio à

¹ BRASIL. Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro. **Comissão Parlamentar De Inquérito Instituída Pela Resolução Nº 433/2008**. Disponível em: <http://www.nepp-dh.ufrj.br/relatorio_milicia.pdf> Acesso em: 22 jul. 2013.

² *Ibid.*

tona semanas depois, repercutindo em toda a mídia nacional e internacional, reavivando as discussões a respeito do tema³.

O crime de *Constituição de Milícia Privada* teve a sua origem, de início, vinculada ao Projeto de Lei nº 370, do ano de 2007, de iniciativa do Deputado Luiz Couto (PT/PB). Este projeto representa, na realidade, uma reprodução do Projeto de Lei nº 6491/06, oriundo das investigações da Comissão Parlamentar de Inquérito que examinou as ações dos grupos de extermínio na Região Nordeste do país, - a denominada CPI dos Grupos de Extermínio no Nordeste -, e que havia sido anteriormente arquivado por conta do encerramento da legislatura do deputado. Nestes projetos, houve a tipificação do crime de “Extermínio de Seres Humanos”, através da ação de agentes de segurança pública ou privada que, a pretexto de proteger ou pacificar determinada área, ou mediante pagamento, atentassem contra a integridade de terceiros. A mesma proposição tipificava, ainda, o crime de “Constituição de Grupo de Extermínio ou Milícia Privada”, e a “Oferta Ilegal de Serviço de Segurança Pública ou Patrimonial”⁴.

Ao Projeto de Lei nº 370, foi apenso o Projeto de Lei nº 3550, de 2008, de autoria do Deputado Raul Jungmann. Esta proposição foi oriunda dos trabalhos do deputado como relator na Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado, quando da análise do Projeto de Lei nº 6491/06. Assim, foi com base no exame deste Projeto, que o Deputado Raul Jungmann criou o Projeto de Lei nº 3550, em 2008, que pretendia tipificar os crimes de “Formação de Milícias Privadas, Grupos de Extermínio e demais grupos que oferecessem serviços de segurança sem autorização”. O projeto instituía, ainda, o aumento de 1/3 da pena para o crime de extermínio cometido por estas associações criminosas, alterando o artigo 121, do Código Penal.

A partir desta breve análise acerca dos trâmites que envolvem o dispositivo em estudo, conclui-se que os projetos de lei que versavam sobre a questão das milícias percorriam o Legislativo há anos, sem, contudo, qualquer providência no

³ Fonte: Portal Terra Notícias. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/brasil/noticias/00I2920378-EI5030,00-Rio+reporteres+sao+torturados+por+milicia+em+favela.html>> Acesso em: 15 out. 2013.

⁴ BRASIL. Congresso Nacional. **Projeto de Lei nº 370**, de 2007. Dispõe sobre o crime de extermínio de seres humanos, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=869B9AC3D9E45FFAF75AC42A7F617B4F.node2?codteor=440879&filename=PL+370/2007> Acesso em: 24 jul. 2013.

sentido de aprovação das respectivas leis. Apenas diante do clamor popular, através de um episódio pontual, - qual seja, a tortura de três jornalistas de um jornal de grande circulação do Rio de Janeiro -, que foi acatado o Projeto de Lei nº 137, do ano de 2008, culminando na promulgação da Lei nº 12.720, de 27 de setembro de 2012, que incluiu, ao Código Penal, o delito de *Constituição de Milícia Privada*.

Desta forma, resta clara a finalidade meramente simbólica do artigo 288-A, do Código Penal, consistindo o dispositivo numa reação legislativa imediata a um evento de grande repercussão popular. Está-se diante, portanto, de uma nítida aplicação do chamado Direito Penal de Emergência. Assim, ante a ocorrência de determinado acontecimento social, o Estado elabora leis penais severas, - em geral, aprovadas às pressas -, de forma a tranquilizar o cidadão e a opinião pública, afastando a sensação de insegurança⁵.

A interferência da política nas ciências jurídicas tem se revelado cada vez mais palpável no Direito Penal. Desta forma, percebe-se claramente que as escolhas de política criminal são imediatamente influenciadas pelo contexto sócio-político geral⁶.

Contudo, no que diz respeito à seleção dos tipos penais, estes devem ser voltados, de maneira tendencial, à tutela dos valores basilares da sociedade, aos bens jurídicos mais essenciais dos indivíduos. Logo, em respeito a esta função preventiva do instrumento penal, impõem-se, na produção legislativa, soluções dotadas de clareza⁷.

Um Estado responsável deve, portanto, justificar, de maneira clara, os atos que, de alguma forma, restrinjam as liberdades dos seus cidadãos. No entanto, o que comumente se tem visto é a limitação destas liberdades em prol de uma perspectiva de ganhos utilitaristas. É o que se chama de utilitarismo geral. Passa-se a suprimir direitos individuais sob o argumento de um suposto benefício para a coletividade⁸.

⁵ FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p.10.

⁶ Moccia, Sérgio. A involução Pós-Moderna do Sistema Penal. **Revista Brasileira das Ciências Criminais**. São Paulo: ano 21, n. 100, jan-fev 2013.

⁷ *Ibid.*

⁸ Dworking, Ronald. **Levando os Direitos à Sério**. Trad.: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Título Original: Taking Rights Seriously.

Entretanto, a mera expectativa de ganhos utilitaristas não se configura em justificativa plausível, que impeça um indivíduo de fazer o que tem direito de fazer. Os cidadãos possuem o direito à proteção do Estado, bem como o direito de estarem livres da intervenção estatal na sua esfera de liberdade. Diante deste conflito, caberá ao Estado escolher qual destas espécies de direitos prevalecerá. Se o ente estatal fizer a escolha mais acertada, protegendo o bem mais importante, em detrimento do de menor importância, não terá comprometida a noção de Direito. Isso só ocorrerá, portanto, na hipótese em que houver falha na proteção do bem mais importante, a partir de uma escolha errônea⁹.

Desta percepção, decorre a necessidade de diferenciar os direitos dos membros da sociedade, individualmente considerados, dos direitos de uma “maioria” enquanto tal, que não podem ser utilizados como justificção para anular os direitos individuais, principalmente no que diz respeito ao direito à liberdade¹⁰.

Tendo isto em vista, não é errôneo afirmar que o Direito Penal é fruto das tendências sociais. Entretanto, a sua intervenção na sociedade deve ocorrer como *ultima ratio*, e não em nome de uma consternação popular que clama pela resolução dos problemas através da edição de normas jurídicas rigorosas, - de caráter meramente alegórico -, e cada vez mais atentatórias aos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos.

2.2 O TIPO PENAL

No contexto do Estado Democrático de Direito, o tipo penal representa elemento essencial para o exercício do poder punitivo pelo Estado. Conforme enuncia Zaffaroni, o tipo penal exprime as fórmulas utilizadas pela lei para apontar os pragmas conflitantes cujas ações ameaça com pena¹¹. Desta forma, o legislador,

⁹ *Ibid.*

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal. Parte General**. 2ª ed. Buenos Aires: Sociedad Anónima Editora, comercial, industrial y financiera, 2002. (Tradução Livre)

ao eleger os comportamentos penalmente relevantes, orienta a conduta do cidadão, de modo a evitar a interferência despótica do Estado na sua esfera de liberdade¹².

O Código Penal, ao estabelecer, no seu artigo 1º, que “não há crime sem lei anterior que o defina” evidencia a adoção do princípio da legalidade como corolário do sistema penal brasileiro. Deste modo, na elaboração dos tipos penais, deve-se atentar para o referido princípio, de forma a não prescindir dos elementos normativos, assim como não utilizá-los em demasia. O tipo penal deve conter apenas as condutas que sejam censuráveis, em razão do seu grau de ofensa aos bens jurídico-penais¹³.

O fenômeno das milícias no Brasil é relativamente recente. No seu conceito historicamente construído, as “milícias” são consideradas “tropas de segunda linha”, utilizadas como reforço ao Exército regular¹⁴. Entretanto, tal denominação passou a ser utilizada de maneira diversa pelos meios de comunicação e órgãos de segurança pública, na medida em que grupos armados, formados eminentemente por agentes públicos, passaram a controlar comunidades carentes, a pretexto de exercerem, à margem da lei, serviços de segurança privada¹⁵.

São, portanto, associações criminosas integradas basicamente por membros das corporações policiais, que se utilizam da sua influência para obter lucro fácil e abundante às custas dos moradores das comunidades carentes, aproveitando-se da ausência do Estado nestas localidades, e da deficiência dos regulamentos disciplinares que regem as suas funções, quase sempre ineficazes na punição dos desvios.

Com o tempo, a atuação das milícias tornou-se mais complexa, expandindo-se para outros meios, além da segurança privada, a exemplo do transporte alternativo, da venda de gás e do chamado “gatonet”. Através da imposição de um regime baseado no medo e na coação, a população passou a ser compelida a adquirir apenas produtos e serviços fornecidos pelos milicianos. Com o monopólio

¹² VARGAS, José Cirilo. **Do tipo penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte especial. Niterói, RJ: Impetus, 2013, vol. IV.

¹⁵ BRASIL. Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro. **Comissão Parlamentar De Inquérito Instituída Pela Resolução Nº 433/2008**. Disponível em: <http://www.nepp-dh.ufrrj.br/relatorio_milicia.pdf> Acesso em: 22 jul. 2013.

dessas atividades e sem a interferência do Estado na sua atuação, estes agentes aumentavam as suas finanças, perpetuando o regime de terror¹⁶.

Em estudo apresentado à CPI das Milícias, instaurada pela Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, o sociólogo Ignacio Cano relaciona as características comuns a estes grupos armados, quais sejam: o controle de um território e da população que nele habita por parte de um grupo armado irregular, o caráter coativo deste controle, o ânimo de lucro individual como motivação central, um discurso de legitimação referido à proteção dos moradores e à instauração de uma ordem e a participação ativa e reconhecida de agentes do Estado¹⁷. Pode-se depreender, portanto, que as milícias são resultado direto da ineficiência do Estado na elaboração das suas políticas de segurança pública e no controle dos profissionais que realizam esta atividade. Mal remunerados, e ante a falta de disciplina frente aos desvios cometidos, estes agentes públicos encontram no crime a oportunidade de aumentar os seus rendimentos.

Neste contexto, cabe uma diferenciação das milícias privadas e forças policiais do Estado. De acordo com Rogério Greco¹⁸, a diferença fundamental, entre a milícia privada e as forças policiais do Estado consistia no caráter da permanência nas comunidades. Enquanto as forças policiais do Estado atuam de maneira pontual e ostensiva, ocupando o espaço apenas em caso de confronto com criminosos da região, retirando-se em seguida, os milicianos se mantinham no local, exercendo um domínio permanente, a partir da sua atuação informal, ocupando os espaços anteriormente dominados pelo grupo criminoso que ali imperava.

Desta forma, o legislador, ao editar o artigo 288-A, do Código Penal, visou a punição dos agentes públicos que, à margem do poder fiscalizatório do Estado, passaram a submeter comunidades pobres a métodos violentos de controle, sob o pretexto de fornecer serviços de segurança. Vale ressaltar que a atuação destas associações criminosas está longe de possuir caráter justiceiro ou pacificador. As ações das milícias privadas são baseadas eminentemente na extorsão. Assim,

¹⁶ BRASIL. Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro. **Comissão Parlamentar De Inquérito Instituída Pela Resolução Nº 433/2008**. Disponível em: <http://www.nepp-dh.ufrj.br/relatorio_milicia.pdf> Acesso em: 22 jul. 2013.

¹⁷ CANO, Ignacio. Seis por meia dúzia? Um estudo exploratório do fenômeno das chamadas 'milícias' no Rio de Janeiro. In: **Segurança, tráfico e milícias no Rio de Janeiro**. Justiça Global (org.). Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Böll, 2008.

¹⁸ GRECO, 2013.

qualquer associação entre o homicídio praticado por milícia privada e o homicídio privilegiado por “relevante valor social” deve ser afastada¹⁹.

2.2.1 Bem jurídico tutelado

Ao eleger as condutas passíveis de criminalização, o legislador afeta diretamente a esfera de liberdade dos indivíduos. Como forma de limitação do *jus puniendi* estatal, faz-se necessário o estabelecimento de critérios bem definidos para legitimar esta intervenção, de modo a preservar as garantias fundamentais dos cidadãos. Assim, pode-se dizer que a delimitação de um conceito de bem jurídico é de extrema relevância para o Direito Penal, na medida em que atua na conservação do seu status de *ultima ratio*.

Conforme entendimento de Luís Greco²⁰, existem três elementos essenciais a serem considerados no momento de definir o conceito de bem jurídico. O primeiro deles relaciona-se ao interesse tutelado com a existência da norma incriminadora: o bem jurídico relacionado a esta norma deve ter tamanha importância que a sua inexistência causaria um prejuízo àquele indivíduo. O segundo fator a ser considerado diz respeito ao sujeito que gozará desta proteção: a coletividade, o indivíduo ou ambos. Por último, o bem jurídico deve ser compreendido como uma realidade fática, e não apenas como uma entidade meramente ideal.

É pacífico na doutrina o entendimento de que uma conduta só é juridicamente relevante para o Direito Penal quando lesa ou expõe a perigo determinado bem jurídico²¹. Luiz Regis Prado, buscando uma conceituação acerca deste instituto, relacionou-o à realização de um juízo de valor realizado acerca de um objeto ou situação social relevantes, norteados por valores considerados fundamentais em um Estado Democrático de Direito²². Nelson Hungria, por conseguinte, definiu o bem

¹⁹ CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Lei nº12.720/12: Novas majorantes para homicídio e lesão corporal e a criação do crime de Constituição de Milícia Privada. **Revista Jurídica Consulex**. Brasília: ano XVI, n.380, novembro, 2012.

²⁰ GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: n. 39, 2004.

²¹ COELHO, Yuri Carneiro. **Bem jurídico-penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

²² PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 4ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

jurídico como aquele que dispõe de “reforçada tutela penal”, incidindo “sob a proteção do direito in genere”²³. Por fim, Francisco de Assis Toledo²⁴, em uma definição baseada numa perspectiva ético-social, referiu o bem jurídico a um valor protegido pelo Direito contra lesões ou perigos de ataque, visando a pacificação social.

São atribuídas quatro funções ao bem jurídico-penal, quais sejam: função de garantia/limitação do direito de punir do Estado, função teleológica, função dogmática e, por último, função sistemática. No que tange à sua função garantidora, diz respeito ao seu papel na limitação do *jus puniendi* estatal, permitindo a punição apenas nos casos em que haja ‘justa causa’, ou seja, efetiva lesão ou colocação em perigo de um bem jurídico considerado relevante²⁵. A sua interpretação teleológica, todavia, relaciona-se à eleição prévia de um bem jurídico-penal, de modo a promover a exclusão dos comportamentos que não o ofendem²⁶. Quanto à sua função dogmática, esta se relaciona com a fundamentação do injusto penal, na medida em que toda interpretação de uma norma incriminadora pressupõe a correlação com um determinado bem jurídico-penal. Por último, tem-se a função sistemática, considerada como orientadora na interpretação dos tipos penais, a partir da elaboração de uma divisão estrutural do Código Penal, conforme os bens jurídicos protegidos²⁷.

Como dito, na eleição das condutas passíveis de criminalização, constitui-se critério essencial a análise do grau de lesão aos bens jurídicos tutelados pelo Código Penal. A isso, soma-se a necessidade de correlação destes bens jurídicos com os valores previstos na Constituição Federal, permitindo a adequação destes comportamentos à necessidade de persecução penal. Por fim, deve-se manter uma estreita correlação com o princípio da proporcionalidade, de modo a concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana, visando a promoção de uma convivência pacífica na comunidade²⁸.

²³ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro, Forense, 1958, vol. IX.

²⁴ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

²⁵ DE LA CUESTA, Aguado. **Norma primaria y bien jurídico**: su incidencia en la configuración del injusto. RDPC, 1996.

²⁶ MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal**: parte general. 5ª ed. Barcelona: Reppertor, 1998.

²⁷ TOLEDO, *op. cit.*

²⁸ *Ibid.*

O crime de *Constituição de Milícia Privada* foi contemplado no Título IX do Código Penal, trazendo, como bem jurídico tutelado, “a paz pública”. Conforme entendimento de Rogério Greco, “paz pública” significa “a necessária sensação de tranquilidade, de segurança, de paz, de confiança que a nossa sociedade deve ter em relação à continuidade normal da ordem jurídico-social”²⁹. Assim, ao incluir a conduta de “constituir, organizar, integrar, manter ou custear organização paramilitar, milícia particular, grupo ou esquadrão com a finalidade de praticar qualquer dos crimes previstos no Código Penal”, o legislador visou, acima de tudo, promover uma coexistência saudável no seio das relações entre indivíduos, de forma a garantir o valor dignidade, sem, entretanto, dissociar-se da realidade social.

Cezar Roberto Bitencourt³⁰ menciona, igualmente, a atuação do Direito na busca por assegurar esta sensação de paz coletiva. Entretanto, para ele, os crimes previstos pelo Título IX do Código Penal – dentre os quais se enquadra o artigo 288-A -, não causam qualquer tipo de comoção social. Ao contrário, a repercussão originada resulta, principalmente, dos crimes que as espécies de associação previstas no referido artigo podem perpetrar – por vezes, mais graves e atentatórios a outros bens jurídicos.

Diferentemente de Greco, Cezar Roberto Bitencourt não considera que o bem jurídico protegido pelo delito de *Constituição de Milícia Privada* é a “paz pública”. Para ele, o objeto da tutela do artigo seria o “sentimento coletivo de segurança na ordem e proteção pelo Direito”. Ainda assim, pode-se depreender que, embora a “paz social” não possua equivalência com a defesa da “segurança social”, esta sensação coletiva de pacificidade seria um reforço da própria segurança na vida em sociedade, verdadeiro escopo do legislador.

2.2.2 Sujeitos do delito

A conduta humana capaz de ensejar uma consequência jurídica no âmbito do Direito Penal pode consistir numa ação ou omissão. Conforme leciona Cezar Roberto Bitencourt, “A capacidade da ação, de culpabilidade, exige a presença de

²⁹ GRECO, 2013.

³⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Especial**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, vol. IV.

uma vontade, entendida como faculdade psíquica da pessoa individual, que somente o ser humano pode ter.”³¹

O sujeito ativo de um crime é o indivíduo que pratica a conduta descrita na norma penal incriminadora. É aquele que “*realiza a ação ou omissão típica, nos delitos dolosos ou culposos*”.³² No caso do crime de *Constituição de Milícia Privada*, por tratar-se de um crime comum, qualquer pessoa poderá ser sujeito ativo do delito, tendo em vista que o tipo em questão não exige qualquer condição especial do agente.

O sujeito passivo de um delito constitui-se no titular do bem jurídico ofendido com a conduta praticada pelo sujeito ativo. Na hipótese prevista no artigo 288-A do Código Penal, o sujeito passivo é a coletividade, visto que o crime de *Constituição de Milícia Privada* visa a proteção de um bem jurídico de natureza difusa, qual seja, a paz pública.

A grande problemática relacionada aos sujeitos do delito previsto no artigo 288-A do Código Penal diz respeito ao número mínimo de integrantes necessários para a caracterização de uma *organização paramilitar, milícia particular, grupo ou esquadrão*. A Lei 12.720, de 27 de setembro de 2012, não tratou deste importante detalhe, resultando num dissenso na doutrina e jurisprudência pátrias.

Rogério Greco³³, na busca de uma solução para esta celeuma, adota análise de Alberto Silva Franco, relativa à expressão “grupo de extermínio”. Conforme o entendimento do autor, ainda que haja referência a este grupamento determinado, previsto pelo inciso I do art. 1º da Lei nº 8072/90, “ela se amolda perfeitamente ao problema criado pelo art. 288-A do Código Penal, que também a utilizou sem, no entanto, identificar o número mínimo ao seu reconhecimento”³⁴. Assim, o número mínimo necessário à configuração do delito de *Constituição de Milícia Privada* seria de quatro pessoas. O autor, seguido por Cezar Roberto Bitencourt³⁵, confirma o seu posicionamento considerando, inclusive, a posição topográfica do artigo 288-A do Código Penal. Desta forma, a conduta de *Constituir, organizar, integrar, manter ou*

³¹ *Idem*. **Tratado de Direito Penal**: Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2012, vol. I.

³² PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, vol. I.

³³ GRECO, 2013.

³⁴ *Ibid*.

³⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Especial. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, vol. 4.

custear organização paramilitar, milícia particular, grupo ou esquadrão estaria estreitamente ligada à antiga redação do artigo 288, também do Código Penal, razão pela qual o número de componentes seria de, no mínimo, quatro pessoas³⁶.

Há, entretanto, posicionamento em sentido contrário. Eduardo Luiz Santos Cabette³⁷, ao tratar do tema, refere-se à corrente baseada no entendimento do ex-ministro do Superior Tribunal de Justiça, Luiz Vicente Cernicchiaro, relativo à Lei de Crimes Hediondos. Assim, prevê que o número necessário de integrantes para a caracterização do crime previsto no artigo 288-A do Código Penal seria de quatro pessoas, justamente para que não houvesse confusão com o antigo delito de *Quadrilha ou Bando*, outrora tipificado no artigo 288 do mesmo diploma repressivo³⁸. Desta forma, seria adotada interpretação semelhante à realizada no delito de *Rixa* (artigo 137, do Código Penal), no qual também não há a determinação de um número mínimo de agentes e segue-se este entendimento de maneira pacífica.

Há uma quase unanimidade entre os doutrinadores na concepção de que, dada à complexidade das condutas de “*constituir, organizar, integrar, manter ou custear organização paramilitar, milícia particular, grupo ou esquadrão com a finalidade de praticar qualquer dos crimes previstos no Código Penal*”, seria necessário um número de agentes superior a quatro pessoas³⁹. Entretanto, este posicionamento não pode ser utilizado como argumento para justificar esta omissão legislativa. Ao estabelecer o tipo penal, cabe ao legislador promover a determinação exata dos requisitos mínimos para a caracterização do delito, de modo a evitar confrontos entre diferentes linhas interpretativas, deixando o cidadão à mercê de arbitrariedades.

³⁶ Ressalte-se que este entendimento é anterior à edição da Lei nº 12.850/13, que alterou a redação do artigo 288, do Código Penal, o qual previa o crime de “Quadrilha ou Bando”, trazendo a conduta de “associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes”.

³⁷ CABETTE, 2012.

³⁸ Este entendimento é anterior à edição da Lei nº 12.850/13, que alterou a redação do artigo 288, do Código Penal, o qual previa o crime de “Quadrilha ou Bando”. Atualmente, o artigo 288, do Código Penal, prevê a figura da “Associação Criminosa”, abrangendo a conduta de “associarem-se três ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes”.

³⁹ Este entendimento leva em consideração a antiga redação do artigo 288, do Código Penal, que tratava da conduta de “associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes”.

2.2.3 Classificação: crime alternativo ou de ação múltipla

Os crimes alternativos, também denominados de *crimes de ação múltipla, de conteúdo variado*, ou mesmo *plurissubjetivos*, pressupõem a descrição de várias condutas em um mesmo dispositivo legal. Entretanto, a prática, pelo agente, de mais de um dos núcleos previstos no tipo não implica em um concurso de crimes, mas em um delito único. Assim, “o agente que pratica, no mesmo contexto fático e sucessivamente, mais de uma das ações descritas no tipo penal, responderá por crime único, pois as várias condutas, nessa hipótese, corresponderão a fases de um mesmo crime”⁴⁰.

Os crimes alternativos diferem dos chamados tipos misto-cumulativos. Estes, da mesma forma como ocorre com os crimes alternativos, preveem uma série de núcleos. Entretanto, cada um deles possui uma autonomia funcional, o que atribui pluralidade ao delito⁴¹. Desta forma, embora haja a descrição de mais de uma conduta em um mesmo dispositivo legal, estas serão punidas de maneira individual, - caso haja a realização de mais de um núcleo contido no tipo -, e as penas serão somadas. É, portanto, hipótese de concurso material.

Exemplo de espécie de crime misto-cumulativo encontra-se no Código Penal, no seu artigo 208, que prevê o “Ultraje a culto e impedimento ou perturbação de ato a ele relativo”, consistindo nas condutas de *escarnecer de alguém publicamente, por motivo de crença ou função religiosa; impedir ou perturbar cerimônia ou prática de culto religioso; vilipendiar publicamente ato ou objeto de culto religioso*. No delito, há desígnios autônomos, sem fungibilidade entre as condutas previstas na norma incriminadora. Desta forma, não há uma continuidade delitiva, e cada núcleo possui um modo de execução distinto⁴².

⁴⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Apelação Crime:** ACR 6086631 PR 0608663-1. Disponível em: <<http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19564070/apelacao-crime-acr-6086631-pr-0608663-1>> Acesso em: 30 jul. 2013.

⁴¹ DE ASÚA, Jimenez. **Tratado de Derecho Penal:** Tomo III. Buenos Aires: Editorial Losada, 1963, p. 916.

⁴² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **HC -78667 SP 2007/0053406-5.** Rel. Min. Laurita Vaz, T5 - Quinta Turma, data de Julgamento: 22/06/2010, data de publicação: DJe 02 de agosto de 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/habeas-corpus-turma-stj-voto-ministra.pdf>> Acesso em: 22 jun. 2013.

O crime de *Constituição de Milícia Privada* é considerado um crime alternativo. Em sua redação, o legislador incluiu cinco núcleos, quais sejam: *constituir, organizar, integrar, manter* ou *custear*. Desta forma, a prática, em um mesmo contexto delitivo, de um ou mais núcleos descritos no artigo 288-A, do Código Penal, enquadra o agente na conduta prevista no tipo penal, não sendo hipótese de concurso de crimes.

2.2.3.1 Os núcleos do tipo

Como crime de ação múltipla, o artigo 288-A, do Código Penal é composto de uma série de núcleos. O núcleo “*constituir*” significa formar, compor, preparar a associação criminosa. “*Organizar*” seria preparar, ordenar o grupo de forma a possibilitar a sua atuação. “*Integrar*” diz respeito a fazer parte integrante, juntar-se, reunir-se ao grupo⁴³. O verbo “*manter*” relaciona-se ao sustento da milícia privada. Este sustento não é restrito apenas à questão financeira. É também realizado a partir do fornecimento de materiais, a exemplo de armas, indispensáveis na manutenção do regime de coação mantido nas comunidades submetidas aos milicianos. Por último, o verbo “*custear*” tem o sentido de financiar, arcar com os custos da associação criminosa⁴⁴.

Os comportamentos descritos no tipo em análise devem ter como finalidade específica a *organização paramilitar, milícia particular, grupo ou esquadrão*. O delito de *Constituição de Milícia Privada* ignora a efetiva prática de crimes. Assim, desde que os indivíduos pratiquem qualquer dos comportamentos elencados no dispositivo legal, o delito restará consumado, visto que é neste momento em que se verifica o perigo concreto para o bem jurídico tutelado pelo artigo. Trata-se do chamado “crime de empreitada ou empreendimento”, no qual a mera associação de indivíduos visando o cometimento de crimes resulta na adequação da conduta à norma incriminadora⁴⁵.

⁴³ GRECO, 2013.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ CABETTE, 2012.

Conforme lições de Eduardo Luiz Santos Cabette⁴⁶, o artigo 288-A, do Código Penal dispensa o cometimento efetivo das infrações pretendidas. Desta forma, caso haja a efetiva realização destes crimes, estes pertencerão à fase de exaurimento, no *iter criminis*, muito embora não se tratem de “*post factum* não punível”, já que os delitos efetivamente cometidos serão punidos em concurso material com a infração de “*Constituição de Milícia Privada*”, não sendo absorvidos por ele.

2.2.3.2 Exigência de uma associação estável e permanente

A exigência de uma associação estável e permanente constitui-se em elemento diferenciador da conduta prevista no crime de *Constituição de Milícia Privada* das demais associações ocasionais para a prática de delitos. Assim, ainda que esteja configurada uma *organização paramilitar, milícia particular, grupo ou esquadrão*, apenas haverá adequação ao tipo previsto no artigo 288-A do Código Penal caso este grupamento seja estável e permanente.

O conceito de estabilidade é originário do latim e relaciona-se a uma situação de solidez⁴⁷. No que concerne à estabilidade como característica inerente às condutas de “*constituir, organizar, integrar, manter ou custear organização paramilitar, milícia particular, grupo ou esquadrão com a finalidade de praticar qualquer dos crimes previstos no Código Penal*”, esta diz respeito à regularidade com que esta situação remanesce no tempo, relacionando-se intrinsecamente à qualidade da permanência.

O crime de *Constituição de Milícia Privada* é autônomo, sendo desnecessário, portanto, o cometimento de outros delitos para a sua configuração. Deste modo, conforme ressaltado linhas atrás, desde que detectado o caráter duradouro e permanente⁴⁸ da associação criminosa, haverá adequação típica, e não mero concurso de agentes.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio**. 7ª ed. Curitiba: Positivo, 2008.

⁴⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Ação Penal nº 514** – PR. Rel. Ministro Luiz Fux, j. 16 de junho de 2010. Ministério Público Federal. Brasília, DF: DJ de 04 de outubro de 2010. Disponível em: <<http://tjrs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20082745/apelacao-crimeacr70031727985-rs/inteiro-teor-20082746>> Acesso em: 24 jul. 2013.

Por fim, cumpre observar que o crime de *Constituição de Milícia Privada* trata-se de delito permanente, ou seja, a sua consumação é protraída no tempo, e depende necessariamente da atividade do agente, podendo cessar de acordo com a sua vontade. Logo, enquanto perdurar a ofensa ao bem jurídico, o crime estará sendo consumado⁴⁹. Desta forma, caso a permanência do delito ainda não tenha cessado, a entrada em vigor de uma lei nova que porventura aumente as suas penas será aplicada de imediato, posto que o crime ainda estará em plena consumação⁵⁰.

2.2.4 Tipicidade subjetiva e a (in)existência de especial fim de agir

O conceito de dolo pode ser extraído a partir do artigo 18, do Código Penal, ao estabelecer que “diz-se o crime doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”. Desta forma, age dolosamente o agente que direciona o seu comportamento, de maneira livre e consciente, para a realização dos elementos contidos em uma norma penal incriminadora. É a ação direcionada à realização de uma conduta típica⁵¹.

O dolo constitui-se no “elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê o delito de *Constituição de Milícia Privada*, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa”⁵². Assim, para que haja a consumação da conduta prevista no artigo 288-A, do Código Penal, o agente deve ter a consciência de que faz parte de um agrupamento de pessoas reunido na forma de uma das associações criminosas contidas no tipo (“*organização paramilitar, milícia particular, grupo ou esquadrão*”), tendo como finalidade a prática de crimes codificados⁵³.

Da redação do dispositivo, depreende-se que há a exigência de um elemento subjetivo especial, qual seja, a finalidade de praticar quaisquer dos crimes previstos no Código Penal. Tal redação, entretanto, é passível de críticas. Isto porque, de acordo com o tipo, excluem-se da sua incidência as condutas previstas nas legislações penais esparsas. Assim, havendo a formação de um grupamento

⁴⁹ QUEIROZ, Paulo. **Direito penal**: parte geral. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

⁵⁰ Vide Súmula 711, Supremo Tribunal Federal.

⁵¹ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

⁵² *Idem.*, 2013.

⁵³ *Idem.*, 2013.

criminoso voltado para a prática de delitos não inclusos no Código Penal, não haverá a incidência do tipo, podendo se cogitar de punição a título do crime de *Associação Criminosa*, previsto no artigo 288 do Código Penal, com redação trazida pela Lei 12.850/2013, que elenca a conduta de associarem-se três ou mais agentes para o fim específico de cometer delitos.

Ainda na problemática relacionada à finalidade do crime de *Constituição de Milícia Privada*, Rogério Greco⁵⁴ suscita questão relativa à abrangência do dispositivo. Conforme o entendimento do autor, o legislador foi restritivo. Desta forma, só haveria o enquadramento na referida norma incriminadora caso os crimes cometidos fossem relacionados às atividades usualmente praticadas pelas milícias, a exemplo do homicídio, ameaça e lesões corporais.

Outro ponto de discussão acerca desta inovação legislativa diz respeito à punição da conduta de “*Constituir, organizar, integrar, manter ou custear organização paramilitar, milícia particular, grupo ou esquadro com a finalidade de praticar qualquer dos crimes previstos no Código Penal*”. De acordo com o artigo, o crime de *Constituição de Milícia Privada* prevê pena mais branda na hipótese de prática de crimes hediondos codificados, do que a aplicada no caso em que houver a reunião de indivíduos numa das formas previstas no dispositivo para a prática de crimes codificados, porém não hediondos⁵⁵.

Os crimes hediondos são aqueles que, pela característica da sua brutalidade, crueldade e repugnância merecem maior reprovação do Estado. Tais delitos atacam bens jurídicos protegidos pela Constituição Federal de 1988. Conforme a redação do artigo 1º da Lei 8.072/90, enquadram-se nesta categoria os crimes de homicídio, quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, além do homicídio qualificado; o latrocínio, a extorsão qualificada pela morte; a extorsão mediante sequestro e na forma qualificada; o estupro; estupro de vulnerável; a epidemia com resultado de morte, bem como a falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais e o crime de genocídio, previsto nos artigos 1º, 2º e 3º da Lei 2.889/96.

⁵⁴ GRECO, 2013.

⁵⁵ EDITORIAL. Lei 12.720/2012 – mais do mesmo na produção de leis penais. **Boletim IBCCrim**. São Paulo: Ano 20, n. 240, novembro, 2012. Disponível em: < http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4755-Editorial---Lei-12.720-2012-%C2%96-mais-do-mesmona-producao-de-leis-penais>. Acesso em: 05 out. 2013.

Por fim, equiparam-se aos crimes hediondos a tortura, o tráfico de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo.

Dado ao alto grau de reprovabilidade, o legislador apenou estas condutas mais severamente, endurecendo a legislação penal relativa a estes crimes. Ocorre que, por conta do princípio da especialidade, foi revelada mais uma incongruência do dispositivo. Nos casos em que há a associação de indivíduos numa das formas estabelecidas pelo artigo 288-A do Código Penal, visando a prática de um crime hediondo previsto no diploma repressivo, esta será punida de maneira mais atenuada, por conta do artigo 8º da Lei 8.072/1990, que prevê uma pena de 3 a 6 anos. Desta forma, não será aplicada a pena de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, prevista no delito de *Constituição de Milícia Privada*⁵⁶.

Quando da criação do tipo, o legislador trouxe, como escopo principal, a necessidade de apenar de maneira mais grave as execuções sumárias, tidas como aquelas realizadas com uma motivação específica, sem que a vítima pudesse esboçar qualquer tipo de reação⁵⁷. Ocorre que, ao trazer, no delito de *Constituição de Milícia Privada*, uma restrição à punição de condutas fora do Código Penal, foi de encontro a este objetivo. Assim, ofendeu cruelmente o princípio da proporcionalidade, relativizando, mais uma vez, preceitos jurídico-penais.

Visando corrigir as deficiências no dispositivo em questão, o Projeto de Reforma do Código Penal⁵⁸ corrige a redação do artigo 288-A, incluindo, no novo

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ Núcleo de Estudos da Violência – Universidade de São Paulo.

⁵⁸ Projeto de Lei do Senado, nº 236 de 2012. Institui novo Código Penal, sendo dividido em Parte Geral (art. 1º ao 120) e Parte Especial (art. 121 ao 541). Sendo a Parte Geral dividida nos seguintes Títulos: I - Aplicação da Lei Penal (art. 1º ao 13); II - Do Crime (art. 14 ao 44); III - Das Penas (art. 45 ao 70); VI - Da Individualização das Penas (art. 71 ao 94); V - Medidas de Segurança (art. 95 ao 98); VI - Ação Penal (art. 99 ao 104); VII - Barganha e Colaboração com a Justiça (art. 105 ao 106); VIII - Extinção da Punibilidade (art. 107 ao 120). A Parte Especial tem os seguintes Títulos: I - Crimes Contra a Vida (art. 121 ao 154); II - Crimes Contra o Patrimônio (art. 155 ao 171); III - Crimes contra a Propriedade Imaterial (art. 172 ao 179); IV - Crimes Contra a Dignidade Sexual (art. 180 ao 189); V - Crimes Contra a Incolumidade Pública; VI - Crimes Cibernéticos (art. 208 ao 211), VII - Crimes Contra a Saúde Pública (art. 212 ao 238); VIII – Crimes Contra a Paz Pública (art. 239 ao 258); IX - Crimes Contra a Fé Pública (art. 259 ao 270); X – Crimes Contra a Administração Pública (art. 271 ao 324); XI – Crimes Eleitorais (art. 325 ao 338); XII - Dos Crimes Contra as Finanças Públicas (art. 339 ao 347); XIII – Crimes Contra a Ordem Econômico-Financeira (art. 348 ao 387); XIV – Crimes contra Interesses Metaindividuais (art. 388 ao 451); XV – Crimes Relativos a Estrangeiros (art. 452 ao 457); XVI – Crimes Contra os Direitos Humanos (art. 458 ao 503); XVII – Crimes de Guerra (art. 504 ao 541). O Código entrará em vigor noventa dias após a data de sua publicação (art. 542). Indica, de forma específica, todas as disposições legais que serão revogadas (art. 543).

delito de *Organização Criminosa*, a figura da *Milícia*, em seu parágrafo segundo. Senão vejamos:

Organização Criminosa

Art. 256. Organizarem-se três ou mais pessoas, de forma estável e permanente, para o fim específico de cometer crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a quatro anos, mediante estrutura organizada e divisão de tarefas, com hierarquia definida e visando a auferir vantagem ilícita de qualquer natureza:

Pena – prisão, de três a dez anos, sem prejuízo das penas relativas aos crimes cometidos pela organização criminosa.

§1º A pena aumenta-se até a metade se a organização criminosa é armada, se um ou mais de seus membros integra a administração pública, ou se os crimes visados pela organização tiverem caráter transnacional.

Milícia

§2º Se a organização criminosa se destina a exercer, mediante violência ou grave ameaça, domínio ilegítimo sobre espaço territorial determinado, especialmente sobre os atos da comunidade ou moradores, mediante a exigência de entrega de bem móvel ou imóvel, a qualquer título ou de valor monetário periódico pela prestação de serviço de segurança privada, transporte alternativo, fornecimento de água, energia elétrica, venda de gás liquefeito de petróleo, ou qualquer outro serviço ou atividade não instituída ou autorizada pelo poder público ou restringendo a liberdade do voto.

Pena – prisão, de quatro a doze anos, sem prejuízo das penas relativas aos crimes cometidos pela organização miliciana.

Circunstância Qualificadora

§3º Se a organização é integrada por agentes ou ex-agentes do sistema de segurança público ou das forças armadas, ou agentes políticos.

Pena – prisão, de oito a vinte anos.

Causas de aumento

§4º A pena é aumentada de 1/3 até a metade:

I- se a organização criminosa é armada;

II- quando a violência ou grave ameaça recair sobre pessoa incapaz, com deficiência, ou idosa;

III- se houver prática de tortura ou outro meio cruel.

O próprio Relatório Final dos Trabalhos da Comissão de Juristas responsável pela elaboração do Anteprojeto ressalta a inclusão das elementares caracterizadoras das milícias, capaz de diferenciá-la das demais associações e organizações criminosas⁵⁹. Desta forma, percebe-se a intenção do legislador em estabelecer parâmetros mínimos para a configuração do delito, a partir da discriminação dos seus elementos caracterizadores, seu intuito criminoso, bem como do número de agentes necessário para a sua consumação.

⁵⁹ BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei Nº 236**, de 2012. Institui novo Código Penal. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/comissoes/comissao.asp?origem=SF&com=1603>> Acesso em: 17 out. 2013.

3. A ABERTURA SEMÂNTICA DO ARTIGO 288-A DO CÓDIGO PENAL

3.1 ELEMENTOS DO TIPO: FALTA DE DEFINIÇÃO LEGAL

A atividade interpretativa envolve uma operação mental que integra a aplicação do Direito na sua progressão, de um escalão superior para um inferior, sendo imperiosa a fixação do conteúdo das normas. Logo, na interpretação de uma lei, deve-se saber qual o sentido que deverá ser dado à norma individual, norma esta a deduzir da lei a sua aplicação a um caso concreto⁶⁰.

Se a interpretação configura-se na fixação do sentido do objeto que se quer interpretar, a consequência de uma interpretação jurídica será, necessariamente, a delimitação de uma moldura que representa o Direito a ser decifrado e, por conseguinte, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Logo, afirmar que uma sentença é fundada na lei nada mais representa a sua inclusão nesta moldura da lei, configurando-se, portanto, numa das normas individuais passíveis de serem produzidas dentro do quadro da norma genérica⁶¹.

Numa análise sobre a hermenêutica, depreende-se que a compreensão de uma língua não abrange nenhum processo interpretativo. Logo, não se trata de uma questão que envolve o domínio correto desta língua, mas sim um acordo correto sobre o assunto de que se trata. Na análise de textos, adota-se o mesmo entendimento. Um texto só poderá exteriorizar o seu sentido através do intérprete, que serve de horizonte para a sua compreensão. E é através desta atividade interpretativa que se permite a apropriação do que verdadeiramente está contido neste texto⁶².

Usualmente, percebe-se que algumas coisas apresentam semelhanças quanto à sua forma, o seu comportamento, ou por terem se apresentado juntas em um mesmo contexto. Em uma conjuntura dominada pela similaridade, é

⁶⁰ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Traduzido por João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

⁶¹ *Ibid.*

⁶² GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Trad. de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997.

perfeitamente compreensível que o intérprete creia que aquilo que suspeitava ser o significado de um determinado signo seja, na verdade, o signo de outro significado⁶³.

Contudo, esta suspeita somente poderá ser considerada um signo de outra coisa em três hipóteses: quando não foi possível a sua explanação de maneira mais econômica; quando esta suspeita aponta para uma única causa (ou uma quantidade restrita de causas admissíveis) e não passa um número indeterminado de causas diferentes; ou, por fim, quando se encaixa com outro indício. O que se deve compreender, entretanto, é que, em vez de considerarem-se automaticamente os elementos similares como significativos, dever-se-ia reconhecer que são, na verdade, explicáveis em termos mais sucintos⁶⁴.

O crime de *Constituição de Milícia Privada* constitui-se em claro exemplo desta “superinterpretação”. Isto porque as espécies de grupamentos criminosos contidos no dispositivo, quais sejam, *organização paramilitar, milícia particular, grupo ou esquadrão*, em muito se confundem, posto que trazem características de extrema semelhança entre si. Na falta de uma definição legal que clareie o sentido do operador do direito, guiando a interpretação do tipo, esta diferenciação torna-se ainda mais problemática, tendo em vista que a amplitude do dispositivo impede a obtenção de um denominador comum.

3.1.1 Sobre os tipos de associação

O crime de *Constituição de Milícia Privada* versa sobre a conduta de *constituir, organizar, integrar, manter ou custear organização paramilitar, milícia particular, grupo ou esquadrão com a finalidade de praticar qualquer dos crimes previstos no Código Penal*. Da leitura do dispositivo, depreende-se que se trata de uma norma penal extremamente aberta, por conta dos conceitos inseridos no tipo. Deste modo, a falta de definição legal das espécies de milícia privada abre margem às mais diversas interpretações, comprometendo não apenas a aplicabilidade desta norma incriminadora, como também as próprias garantias dos cidadãos.

⁶³ Eco, Humberto. **Interpretação e Superinterpretação**. Trad. Monica Stahel. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

⁶⁴ *Ibid.*

Numa clara tentativa de suprir a ausência de um conceito legal de “milícia privada”, a doutrina pátria tenta enquadrar esta modalidade de associação criminosa no contexto vivenciado pela sociedade. Entretanto, acaba por inserir grande carga de valoração cultural ao dispositivo, ao utilizar definições baseadas eminentemente nos costumes para suprir as lacunas da lei. Trata-se do chamado costume *praeter legem*, ou integrativo. Desta forma, a realidade dos grupos de extermínio, esquadrões da morte e demais grupamentos criminosos passa a integrar o tipo, complementando os seus elementos. Ocorre que, a aplicação dos costumes no Direito Penal é extremamente traiçoeira, na medida em que tende a acarretar insegurança jurídica, tendo em vista a inexistência de padrões mínimos para a sua incidência⁶⁵.

O costume consiste em uma fonte do Direito. No ordenamento jurídico brasileiro, as fontes jurídicas estão inseridas na Lei de Introdução ao Código Civil, em seu artigo 4º. Este dispositivo dispõe que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e princípios gerais de Direito”. Estabelece-se, portanto, uma hierarquia entre as fontes, na medida em que a lei figura como fonte primária absoluta, sendo as demais de caráter tão somente subsidiário.

Conforme leciona Maria Helena Diniz⁶⁶, o costume “é uma norma que deriva da longa prática uniforme ou da geral e constante repetição de dado comportamento sob a convicção de que corresponda a uma necessidade jurídica”. Desta forma, pode-se dizer que os costumes são considerados normas sociais acolhidas pelo povo, cuja obrigatoriedade do seu cumprimento emana da sua própria consciência, sem que haja qualquer tipo de imposição do Poder Público⁶⁷.

Contudo, em que pese a enorme relevância dos costumes como instrumento cultural da sociedade, estes não poderão ser admitidos como fonte imediata do Direito Penal, tendo em vista que o princípio da legalidade penal veda, de maneira absoluta, a criação de crimes ou a cominação de penas por qualquer outra fonte,

⁶⁵ SILVA, Marcelo Rodrigues da Silva. **Constituição de Milícia Privada. Artigo 288-A, do Código Penal: uma lei fadada ao fracasso?** Comentários à Lei nº 12.720/2012. Disponível em: <<http://atualizada.dodireito.com.br/marcelorodrigues/2013/02/19/constituicao-de-milicia-privada-artigo-288-a-do-codigo-penal-uma-lei-fadada-ao-fracasso-comentarios-a-lei-no-12-7202012>> Acesso em: 03 set. 2013.

⁶⁶ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 6ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

⁶⁷ *Ibid.*

que não a lei. Será este o fundamento que impedirá, igualmente, que esta fonte atue como elemento integrador de leis penais nos casos de lacuna normativa⁶⁸.

O costume integrativo, ou *praeter legem*, configura-se no costume que completa o sistema jurídico, na falta de uma norma aplicável ao caso concreto. Este tipo de costume só poderá ser utilizado, entretanto, a favor do agente, sendo vedado o seu emprego para integrar ou mesmo agravar a sua pena⁶⁹. Sendo assim, a sua utilização para suprir a ausência de substrato legal das espécies de milícia privada contidas na conduta prevista no artigo 288-A, do Código Penal, é descabida e arriscada, visto que passível de ofensa às garantias dos indivíduos. Desta forma, não cabe ao aplicador do Direito a tarefa de esclarecer o seu significado, tomando em consideração apenas elementos de caráter cultural na busca do fechamento deste tipo incriminador.

3.1.1.1 O conceito de organização paramilitar

As organizações militares possuem, como objetivo institucional precípua, a defesa de um país frente às ameaças externas. No Brasil, as suas funções são estabelecidas constitucionalmente, de modo que as forças militares brasileiras têm a sua atuação voltada não apenas à defesa militar do país, mas também à garantia dos poderes constitucionais e da lei e da ordem do Estado brasileiro, na forma da lei⁷⁰.

De modo geral, as forças militares possuem uma unidade de comando, e são organizadas de maneira hierárquica, tendo como autoridade máxima o chefe de Estado ou de Governo de um país. Há, igualmente, subordinação direta perante o Ministro da Defesa ou alguma outra autoridade que exerça função análoga. Além disso, são dotadas de uma unidade de direcionamento. Desta forma, todas as suas ações devem estar consentâneas aos objetivos estabelecidos na missão a ser

⁶⁸ BITENCOURT, 2012.

⁶⁹ SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O Princípio da Legalidade Penal no Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

⁷⁰ “Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem”.

executada. No Brasil, a hierarquia suprema pertence exclusivamente ao Presidente da República, que centraliza as funções de chefe de Estado e de Governo, cabendo ao Ministro da Defesa a atribuição de estabelecer a política de defesa nacional⁷¹.

No que tange às organizações paramilitares, estas possuem estrutura semelhante às organizações de caráter militar⁷². São estruturadas, em geral, respeitando-se uma hierarquia, - ainda que incipiente, tendo como líder o chefe da associação criminosa -, e guiadas por um determinado plano de ação. Deste modo, assim como ocorre com as forças militares, os componentes destes grupamentos são norteados por objetivos específicos, que desembocam nos planos estratégicos da própria organização criminosa – estes, de maior amplitude. Ocorre que, esta unidade de direção, através da qual a ação das organizações paramilitares é conduzida, é eminentemente voltada para o seu enriquecimento próprio, através de meios ilícitos⁷³.

Os objetivos das organizações paramilitares em nada se assemelham aos das forças militares. Ao contrário, possuem interesses exclusivamente egoísticos,

⁷¹ BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.864/41**, de 24 de novembro de 1941. Estatuto dos Militares. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/De13864.htm> Acesso em: 03 out. 2013. “Art. 2º As Forças Armadas são instituições nacionais permanentes, organizadas sobre a base da disciplina hierárquica e da fiel obediência à autoridade do Presidente da República (art. 161 da Constituição). Parágrafo único. As Forças Armadas constituem, em tempo de prazos fundamentos da organização nacional de guerra. Cabe-lhes defender a honra, a integridade e a soberania da Pátria contra agressões externas e garantir a ordem e a segurança internas, as leis e o exercício dos poderes constitucionais”. “Art. 3º incumbe privativamente ao Presidente da República exercer a chefia suprema das Forças Armadas da União, administrando-as por intermédio dos órgãos do Alto Comando (art. 74, letra e, da Constituição). § 1º Cabe-lhe, ainda, designar os comandantes superiores ou os comandantes-chefes das forças destinadas às operações militares, quando convier, ou nos casos de mobilização, para a defesa interna ou externa do país. § 2º Em tempo de paz, como em tempo de guerra, o Presidente da República é representado pelos ministros das pastas encarregadas da defesa nacional na chefia de suas respectivas forças. § 3º Nenhuma força armada poderá, dentro do território da União, coexistir, com as instituições armadas nacionais acima definidas, sem que pertença aos quadros de suas reservas e esteja subordinada à autoridade do Presidente da República, por intermédio dos órgãos do Alto Comando das Forças Armadas”. “Art. 4º A direção da guerra é função privativa do Governo. A direção e a coordenação das operações militares, navais ou aéreas cabem exclusivamente ao Comando-Chefe, que terá plenos poderes na zona dos Exércitos e do litoral e em outras zonas que forem delimitadas, consoante o superior interesse das operações de guerra. Parágrafo único. O Governo, na hipótese de conflito armado externo, e caso convenha aos superiores interesses das operações, designará o Comandante-Chefe de todas as forças de terra, mar e ar, a fim de coordenar-lhes as atividades bélicas”.

⁷² ISHIDA, Válter Kenji. **O crime de Constituição de Milícia Privada (Artigo 288-A do Código Penal) criado pela Lei nº 12720, de 27 de setembro de 2012**. Disponível em: <http://www.midia.apmp.com.br/arquivos/pdf/artigos/2012_%20crime_constituicao.pdf>. Acesso em: 26 out. 2013.

⁷³ BRASIL. Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro. **Comissão Parlamentar De Inquérito Instituída Pela Resolução Nº 433/2008**. Disponível em: <http://www.nepp-dh.ufrj.br/relatorio_milicia.pdf> Acesso em: 22 jul. 2013.

totalmente dissociados da garantia da ordem e da segurança da população. Nelas, há, igualmente, o emprego da arma, - não para a defesa dos interesses nacionais, como ocorre nas forças militares -, mas como instrumento de legitimação da empreitada criminosa destes grupos, pelo poder coativo que exercem⁷⁴.

As associações de natureza paramilitar são dotadas de caráter extraoficial, tendo em vista que atuam à margem da legalidade. Logo, obviamente, não são admitidas pelo ordenamento jurídico brasileiro⁷⁵. É frequente a presença de integrantes das próprias forças militares ou policiais nestes grupamentos criminosos, atuando de maneira ilegal. Assim, é comum a utilização de técnicas e táticas militares por elas conhecidas, de modo a almejarem os seus objetivos criminosos.

3.1.1.2 O conceito de milícia particular

Não há como definir, com precisão, um conceito de “milícia”. Inicialmente, o termo era utilizado tão-só como referência às tropas auxiliares do Exército, formadas por policiais militares, ou mesmo cidadãos que não exerciam a carreira militar, porém atuavam nas Forças Armadas em períodos determinados. Contudo, nos dias atuais, tal denominação figura-se restrita e desatualizada.

Na busca de uma melhor compreensão do tipo previsto no artigo 288-A, do Código Penal, Rogério Greco⁷⁶, promoveu uma subdivisão do conceito de “milícia”, gerando duas ramificações distintas, quais sejam, milícias públicas e milícias privadas. As milícias públicas seriam pertencentes ao Poder Público; as milícias privadas, por conseguinte, estariam à margem deste Poder. As milícias poderiam ser consideradas, ainda, militares ou paramilitares, sendo as milícias militares ligadas à Administração Pública, e as milícias paramilitares, consistiriam nas associações não oficiais, de estrutura análoga à militar.

As milícias particulares, consideradas ilegais, referem-se a um grupamento formado por policiais em exercício, ex-policiais, ou mesmo civis, altamente armados, que se uniam, primariamente, para ofertar serviços de segurança. Para isso,

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ Art. 5º, XVII, CF. “é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar”.

⁷⁶ GRECO, 2013.

cobravam pequenas quantias aos moradores de determinada comunidade, sob o pretexto de afastar a ação de traficantes e demais delinquentes. Com o passar do tempo, houve a percepção, por parte dos milicianos, de que estas localidades configuravam-se em importantes nichos para o aumento dos seus lucros. Assim, passaram a oferecer outros serviços, a exemplo do “gatonet”, do fornecimento de gás, vans clandestinas, entre outros, impondo a sua utilização à população por meio da violência. Desta forma, “a violência, inicialmente voltada contra os traficantes e outros criminosos, passou a ser dirigida também contra a população em geral, que se via compelida a aceitar o comando da milícia e suas determinações”⁷⁷.

Há quem relacione⁷⁸, ainda, as milícias ao conceito internacional de crime organizado, tendo em vista a adoção, pelo ordenamento jurídico brasileiro, da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, a partir do Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004. De acordo com o artigo 2º da referida Convenção, considera-se grupo criminoso organizado um “grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material”. Desta forma, atribui-se à atuação das milícias particulares um caráter empresarial, estritamente ligado ao poder político em todas as suas esferas, visando a neutralização da aplicação da lei⁷⁹.

3.1.1.3 O conceito de grupo e o artigo 121, §6º do Código Penal

Trata-se do conceito mais genérico dentre as associações criminosas tipificadas no artigo 288-A, do Código Penal, não se encontrando plenamente esclarecido pela doutrina pátria. No seu sentido literal, refere-se a um conjunto de pessoas reunidas diante de um objetivo em comum⁸⁰. Contudo, de acordo com

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ DEPOIMENTO do Delegado Cláudio Ferraz, da Delegacia Regional de Ações Criminosas Organizadas (DRACO) à Comissão Parlamentar de Inquérito instituída pela Resolução nº 433/2008. **Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro**. Disponível em: <http://www.nepp-dh.ufrj.br/relatorio_milicia.pdf> Acesso em: 23 jun. 2013.

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ FERREIRA, 2008.

Rogério Greco⁸¹, para uma exata compreensão acerca do “grupo” referido no dispositivo, deve-se levar em conta uma interpretação finalística da Lei nº 12720/2012, que versa sobre o extermínio de seres humanos. Desta forma, remete-se ao artigo 121, §6º do Código Penal, incluído pela Lei, que faz referência ao “grupo de extermínio”.

Os grupos de extermínio configuram-se naqueles que têm como característica basilar a matança de pessoas. Neles, há a associação dos chamados “justiceiros”, que visam eliminar aqueles que, de acordo com a filosofia do grupo, merecem a morte. Deste modo, resta claro que os grupos de extermínio são oriundos, na realidade, da ausência do Poder Público em determinadas localidades, fato que contribui, inclusive, para a participação de membros das forças policiais nestas associações criminosas. Contam, inicialmente, com a benevolência dos moradores destas regiões, buscando afastar a presença de criminosos. Entretanto, com o tempo, passam a extorquir e ameaçar a população, utilizando-se da violência frente aos seus opositores. De “protetores da comunidade” passam a seus algozes, portanto⁸².

Não se pode deixar de elucidar o caráter “profissional” dos grupos de extermínio. Estes criminosos, ao eliminarem as suas vítimas, encontram-se destituídos de qualquer motivação pessoal. Atuam geralmente em bando e possuem uma destreza fora do comum, constituindo-se quase sempre, em atiradores bastante experientes. “Estão em grande condição de superioridade em relação à vítima ou às vítimas, as quais, na maioria das vezes, não têm possibilidade ou oportunidade de defesa⁸³”.

Desta forma, o “grupo” tipificado no artigo 288-A, do Código Penal refere-se àquele destinado eminentemente a ceifar a vida das pessoas. Pode-se dizer, inclusive, que há grande similitude com a figura do “esquadrão”, - também presente no tipo penal em estudo -, dada a sua finalidade de “limpeza”⁸⁴.

Por fim, cabe uma ressalva importante: não se deve confundir a expressão “extermínio de pessoas”, empregada pela Lei 12.720/12, com o crime de

⁸¹ GRECO, 2013.

⁸² *Ibid.*

⁸³ ARRAIS, Gerson Santana. **Homicídio simples praticado a partir de atividade de extermínio considerado como hediondo**. Teresina: Jus Navigandi, ano 15, n. 2481, 17 abr. 2010.

⁸⁴ GRECO, 2013.

genocídio⁸⁵. Neste, pratica o delito apenas o agente que atua com intenção de eliminar grupo nacional, étnico, racial ou religioso, havendo previsão, inclusive para a associação criminosa com estes fins. Porém, conforme já explicitado, esta associação em nada equivale ao grupamento previsto pelo artigo 288-A, do Código Penal.

3.1.1.4 O conceito de esquadrão

Na sua qualificação estritamente militar, o “esquadrão” diz respeito a uma unidade militar que compreende um número de pessoas numericamente superior ao do grupo, possuindo caráter oficial. Todavia, o legislador, ao referir-se, no artigo 288-A, do Código Penal a este tipo de associação, visou outra acepção.

A modalidade de “esquadrão” referida no dispositivo relaciona-se a um agrupamento de caráter clandestino, tendo a sua atuação voltada para o extermínio de pessoas tidas como perigosas ou marginais⁸⁶. Trazem, em sua composição, membros de unidades militares ou forças policiais, que contribuem para a manutenção dos negócios ilícitos fomentados pela associação criminosa, e oferecem proteção e impunidade ao sistema. “São conhecidos, na verdade, por esquadrão da morte, justamente por ser essa a sua característica”⁸⁷.

Conforme observado nos demais grupamentos elencados no artigo em comento, os “esquadrões” surgiram da necessidade de contenção do avanço da criminalidade em determinadas localidades periféricas, ignoradas pelo Poder Público. Para isso, contavam, na maioria das vezes, com o apoio de comerciantes ou moradores destas comunidades, de modo a afastar a ação de marginais. Assim, dos grupos de segurança particular pagos para oferecer proteção aos estabelecimentos comerciais, surgiram associações não oficiais, compostas por um grande número de membros da polícia, que atuavam clandestinamente em localidades pobres, - nas suas horas vagas -, como forma de complementar a sua baixa remuneração.

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ CUNHA, Rogério Sanches. **Comentários a lei nº 12.720, de 27 de setembro de 2012**. Disponível em: <<http://www.atualidadesdireito.com.br>> Acesso em: 15 out. 2013.

⁸⁷ GRECO, *op. cit.*

Com o tempo, as ações destes grupos tornaram-se cada vez mais brutais, sob o pretexto de inibir a atuação de criminosos. Deste modo, apesar de o número de ataques aos comerciantes ter diminuído sensivelmente, por outro lado, a população passou a ser refém de um regime de terror provocado por estes grupamentos armados, que passaram a deter o monopólio de uma série de atividades, como forma de angariar mais fundos para a sua empreitada criminosa. Aqueles que se opunham aos seus desígnios eram, portanto, eliminados. Daí, portanto, depreende-se a grande dificuldade no banimento destes grupos criminosos, tendo em vista os obstáculos na localização de pessoas que testemunhem a prática dos seus crimes bárbaros⁸⁸.

3.1.2 O artigo 288-A e o Habeas Corpus nº 96007, do Supremo Tribunal Federal (organizações criminosas)⁸⁹

No ano de 2012, foi proferida decisão paradigmática para a análise do crime de *Constituição de Milícia Privada* através do julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do Habeas Corpus nº 96007/SP.

Inicialmente, na denúncia apresentada pelo Ministério Público, líderes da Igreja Renascer foram acusados da suposta prática do crime de lavagem de dinheiro mediante a constituição de uma organização criminosa, nos moldes do artigo 1º, inciso VII, da Lei 9.613/98. De acordo com o *parquet*, esta organização se valeria da estrutura de uma entidade religiosa e de outras empresas vinculadas para arrecadar dinheiro, através de desvios dos valores oferecidos pelos fiéis para os fins ligados à Igreja, em proveito próprio e de terceiros⁹⁰.

Em sede de defesa, pleiteou-se o trancamento da ação penal, em face da inexistência do tipo “organização criminosa”, considerado crime anterior ao delito de lavagem de dinheiro, sem o qual este não restaria configurado. De tal modo, ante a

⁸⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: Parte geral. São Paulo: Saraiva, 2003, vol. I.

⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC: 96007 SP**. Rel. Min. Marco Aurélio, Data de Julgamento: 07/10/2008, Data de Publicação: DJe-195 DIVULG 14/10/2008 PUBLIC 15/10/2008. Disponível em: < <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14769643/habeas-corpus-hc-96007-sp-stf>> Acesso em: 27 out. 2013.

⁹⁰ *Ibid.*

ausência de uma norma penal que definisse, ou mesmo tipificasse uma organização criminosa, a conduta seria considerada atípica, em respeito ao princípio da legalidade⁹¹.

No julgamento do referido *writ*, suscitou-se, preliminarmente, a alegação do Ministério Público de que, na realidade, sob o ângulo das organizações criminosas, a inicial acusatória remeteria ao fato de o Brasil, através do Decreto 5.015/04, ter ratificado a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional – mais conhecida como Convenção de Palermo, que trouxe, em seu artigo 2º, uma definição para as organizações criminosas:

Para efeitos da presente Convenção, entende-se por:

a) "Grupo criminoso organizado" - grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material.

Desta forma, poder-se-ia supor que a conduta dos pacientes seria típica, tendo em vista a conceituação das organizações criminosas através da referida Convenção.

Ocorre que, conforme salientado, à época, pela defesa, o Brasil, ao assinar a Convenção de Palermo, não permitiu a sua utilização como fonte incriminadora, mas, ao contrário, firmou apenas um compromisso internacional de tipificar e coibir as organizações criminosas no âmbito interno. Afinal, não se poderia cogitar, jamais, da utilização de conceitos penais emanados de convenções internacionais, sob pena de atentado ao princípio da legalidade penal.

Tendo isto em vista, o Ministro Marco Aurélio, relator, acatou o pleito da defesa, ao considerar que, empregar a definição de “organização criminosa” trazida pela Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional seria potencializá-la, visando apenas a persecução penal neste caso específico. De acordo com o referido Ministro, conforme a Lei 9.613/98, para a configuração do crime de lavagem de dinheiro, seria necessário o enquadramento das condutas

⁹¹ *Ibid.*

especificadas em um dos incisos do artigo 1º, sendo que, nos autos, a denúncia aludiria a delito cometido por organização criminosa. Sem a existência de crime anterior – qual seja, o delito de “organização criminosa” -, o qual necessitaria de lei específica tratando acerca da sua definição, não poderia haver, portanto, punição.

Após a apresentação dos votos dos Ministros Marco Aurélio e Dias Toffoli, ambos favoráveis ao encerramento da ação penal, a matéria voltou a julgamento com a apresentação do voto-vista da Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha. No seu pronunciamento, a Ministra manteve a mesma linha de entendimento dos aludidos Ministros, sinalizando que a utilização do conceito de organização criminosa previsto pela Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado seria acrescentar à norma penal elementos inexistentes, fato que iria de encontro à vontade do legislador⁹². Desta forma, dada a inexistência de crime antecedente, não se teria como afirmar que os acusados praticaram a conduta prevista no artigo 1º, inciso VII, da Lei 9.613/98 (lavagem de dinheiro por meio de organização criminosa). No mesmo sentido, posicionaram-se os Ministros Luiz Fux e Rosa Weber, culminando no trancamento da referida ação.

Recentemente, foi posto um fim à controvérsia relativa à ausência de um conceito legal de organização criminosa. Assim, após a edição da Lei nº 12.850/2013, esta passou a ser definida da seguinte forma:

§ 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

Diante do exposto, depreende-se, de maneira clara, que a decisão do Supremo Tribunal Federal em sede do Habeas Corpus 96007 foi emblemática para o exame do crime de *Constituição de Milícia Privada*, tendo em vista que o ordenamento jurídico brasileiro não traz qualquer referência às espécies de milícia

⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC: 96007 SP**. Rel. Min. Marco Aurélio, Data de Julgamento: 07/10/2008, Data de Publicação: DJe-195 DIVULG 14/10/2008 PUBLIC 15/10/2008. Disponível em: < <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14769643/habeas-corpus-hc-96007-sp-stf>> Acesso em: 27 out. 2013.

privada elencadas no dispositivo, quais sejam: *organização paramilitar, milícia particular, grupo ou esquadrão*, assim como ocorrido quando da edição da Lei 9.613/98, que prescindiu de um conceito ou tipificação de organização criminosa.

Intui-se, portanto, que a compreensão do artigo 288-A é, antes de tudo, de extrema importância para uma análise ampla do Direito Penal da atualidade. O crescimento de uma cultura repressiva no país tem comumente dado margem à relativização de uma série de preceitos jurídicos indisponíveis, o que compromete a segurança jurídica e as próprias garantias fundamentais do cidadão, através da produção de tipos cada vez mais rigorosos e pouco precisos.

Obviamente, não há recusa a uma evolução do Direito Penal frente às mudanças na sociedade. Entretanto, esta “moderna criminalidade” deve vir acompanhada de limites, de forma que não comprometa a própria legitimidade deste ramo do direito.

4. O ARTIGO 288-A À LUZ DOS PRINCÍPIOS PENAIS

4.1 O ARTIGO 288-A X DIREITO PENAL DE EMERGÊNCIA

De um modo geral, ante a ocorrência de determinado episódio de grande comoção social envolvendo a questão da violência, surge da sociedade um desejo pela punição imediata dos agressores. A população, amedrontada, volta-se para o Estado, exigindo deste uma reação instantânea e severa contra aqueles que de alguma forma atentaram contra o Direito. Deste anseio pela criminalização, decorre, como consequência quase que imediata, o endurecimento da legislação criminal. O Direito Penal, portanto, perde o seu caráter de *ultima ratio*, passando a ser utilizado como meio principal para a resolução de conflitos de ordem puramente político-social.

Desta forma, diante de uma situação crítica, a população torna-se facilmente receptiva a medidas de emergência⁹³, capazes de acalmar, ainda que momentaneamente, os ânimos das vítimas e da sociedade em geral, mantendo a proteção das instituições estatais, às custas dos direitos e garantias de liberdade.

Fauzi Hassan Choukr⁹⁴, em sua obra, estabelece uma diferenciação entre a emergência em sede constitucional e a emergência no âmbito penal. Para ele, a emergência constitucional diz respeito às “exceções do estado democrático constitucionalmente previstas”, quais sejam, o Estado de Defesa e o Estado de Sítio. Portanto, diante de uma situação de emergência, a Constituição prevê a utilização destes dois institutos, que visam assegurar a manutenção do “equilíbrio constitucional entre as forças políticas do poder e a normalidade das relações sociais e da vida das pessoas”⁹⁵. Trata-se do denominado “sistema constitucional das crises”⁹⁶.

O Estado de Defesa constitui-se numa medida de caráter excepcional, cuja legitimidade para a sua decretação pertence ao Presidente da República, depois de

⁹³ SICA, Leonardo. **Direito Penal de Emergência e Alternativas a Prisão**. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2002.

⁹⁴ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo Penal de Emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

⁹⁵ CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. Salvador: Editora JusPodium, 2010.

⁹⁶ *Ibid.*

ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional. Tem como objetivo a preservação ou restabelecimento da ordem pública e da paz social em determinados locais, ameaçados por grave insegurança institucional ou atingidos por catástrofes de grande magnitude⁹⁷. O tempo de duração do Estado de Defesa não poderá exceder de trinta dias, permitindo-se a sua prorrogação apenas por uma única vez, em igual período, caso persistam os motivos que deram ensejo à sua decretação⁹⁸.

No que tange ao Estado de Sítio, a Constituição Federal prevê que cabe ao Presidente da República solicitar ao Congresso Nacional, - após a oitiva do Conselho da República e do Conselho de Defesa Nacional -, autorização para a sua decretação, nos casos de comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovassem a ineficácia de medida tomada durante o Estado de Defesa, assim como na hipótese de declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira⁹⁹.

No caso do inciso I do artigo 137 da Constituição Federal (comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa), o Estado de Sítio não poderá exceder o prazo de trinta dias, nem será prorrogado, de cada vez, por prazo superior; na ocorrência da hipótese do inciso II (declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira), permite-se, contudo, a sua decretação pelo tempo em que durar a guerra ou a agressão armada estrangeira¹⁰⁰.

Como dito, estas exceções constitucionais são oriundas de um Estado Democrático de Direito, sendo admitidas tão-somente nas hipóteses taxativamente previstas na Constituição Federal. No que tange à emergência penal, entretanto, esta não possui qualquer afinidade com um sistema democrático, - visto que atentatória aos princípios penais e garantias de liberdade -, não possuindo qualquer limite temporal ou territorial. Trata-se unicamente do resultado de uma legislação criminal puramente simbólica, utilizada para afastar a sensação de insegurança da sociedade. Diz respeito, portanto, a questões que fogem da abrangência do Direito Penal, que passa a ser utilizado como elemento tranquilizador da sociedade diante

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸ *Ibid.*

⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰ *Ibid.*

de um sentimento de medo oriundo do crescimento da violência nas cidades. Desvirtua-se, portanto, a sua função precípua de tutela dos bens jurídicos essenciais dos indivíduos.

O crime de *Constituição de Milícia Privada* configura-se em nada menos do que um retrato da aplicação do Direito Penal de Emergência no ordenamento jurídico brasileiro. Sua origem relaciona-se diretamente à sessão de tortura promovida contra os jornalistas de um jornal de grande circulação no Rio de Janeiro por milicianos, durante a realização de uma reportagem sobre a atuação destes grupamentos armados nas favelas cariocas. A cobrança da sociedade pela punição dos agentes causadores deste evento criminoso deu margem à criação do tipo, após a instauração da CPI das Milícias.

Conforme já exposto anteriormente, a questão das milícias remonta a um problema de cunho eminentemente social. Estas associações criminosas, que detêm a participação ativa e reconhecida de agentes públicos¹⁰¹, são consequência, sobretudo, da incapacidade de controle, por parte do Estado, do comportamento desviante dos seus subordinados¹⁰². Ainda, constitui-se em reflexo da má remuneração destes funcionários, fato que compromete a dedicação exclusiva aos seus cargos, encontrando no crime a possibilidade de aumentar os seus rendimentos.

Deste modo, conferir um trato exclusivamente penal a um fenômeno de natureza eminentemente social configura-se quase sempre ineficaz, tendo em vista que útil apenas para legitimar um Estado alheio às reais necessidades dos particulares. A edição de leis penais como forma de contenção da opinião pública pende, quase sempre para a inaplicabilidade, quando não pela inconstitucionalidade, visto que são, em sua maioria produzidas sem qualquer observância aos ditames constitucionais. O resultado disto é, sem dúvidas, a deslegitimação do Direito Penal, cada vez mais abalado com a hipertrofia de normas, a partir da criminalização excessiva de condutas¹⁰³.

¹⁰¹ CANO, 2008.

¹⁰² EDITORIAL. Lei 12.720/2012 – mais do mesmo na produção de leis penais. **Boletim IBCCrim**. São Paulo: Ano 20, n. 240, novembro, 2012. Disponível em: < [http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4755-Editorial ---Lei-12.720-2012-%C2%96-mais-do-mesmona -producao-de-leis-penais](http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4755-Editorial---Lei-12.720-2012-%C2%96-mais-do-mesmona-producao-de-leis-penais)>. Acesso em: 05 out. 2013.

¹⁰³ *Ibid.*

4.2 A INDETERMINAÇÃO DA INOVAÇÃO LEGISLATIVA E A OFENSA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PENAL

A grande diferença do Direito Penal para os demais ramos do Direito reside na possibilidade que este ramo possui de restringir a liberdade do indivíduo. Logo, somente a lei penal está obrigada a delimitar não somente as formas, quanto à substância ou conteúdo dos atos aos quais é aplicável¹⁰⁴. No entanto, quando uma infração penal é cometida, surge, de um lado, o direito de punir do Estado, e de outro, o direito fundamental do agente de ter respeitadas as suas garantias constitucionais¹⁰⁵. Desta forma, o ordenamento jurídico deve dispor não apenas de métodos para repressão do delito, mas de meios capazes de conter as ingerências estatais arbitrárias e excessivas¹⁰⁶.

O princípio da legalidade penal configura-se numa efetiva limitação ao poder punitivo estatal, na medida em que opera no estabelecimento das condutas puníveis e nas penas a elas cominadas. Trata-se de uma regra de distribuição do poder penal, a qual estabelece a atribuição do juiz de conceber como delito aquilo que o legislador reserva como tal¹⁰⁷. Contudo, para que o referido princípio goze desta função garantidora, deve o legislador instituir normas claras, que definam as condutas passíveis de punição, bem como as penalidades a serem impostas no caso de violação da ordem jurídica. Uma norma vaga, imprecisa ou que dê margem a múltiplas interpretações não protege o cidadão das arbitrariedades, visto que não permite uma limitação do *jus puniendi* estatal. Ainda, vai de encontro ao princípio da separação dos poderes, na medida em que a sua plurissignificância autoriza ao juiz a realização de ampla cognição acerca da hipótese fática contida no dispositivo, invadindo a esfera do Legislativo¹⁰⁸. Neste diapasão, o princípio da legalidade penal atua, igualmente, na garantia da segurança jurídica, promovendo a legitimação do sistema repressivo.

¹⁰⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3ª ed. Revisada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

¹⁰⁵ SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O Princípio da Legalidade Penal no Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

¹⁰⁶ FERRAJOLI, 2010.

¹⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸ ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General**. Tomo I. La Estructura de La Teoria Del Delito. Madrid: Civitas, 2008.

O princípio da legalidade penal, nos moldes em que é conhecido atualmente, tem as suas bases relacionadas ao Iluminismo. Neste período, surge o postulado dos direitos naturais e invioláveis da pessoa em relação a sua liberdade, e o próprio dever do Estado de garantir a certeza e a segurança do Direito, em prol de uma classe burguesa em ascensão. Foi neste contexto que esta garantia passou a ser inclusa de maneira expressa nos textos legislativos.

Com o advento da Teoria do Contrato Social, de John Locke, nasce o Estado garantidor dos direitos do homem e, conjuntamente, a ideia de sujeição do ente estatal aos ditames legais. Posteriormente, com Beccaria, estabeleceu-se o papel do legislador no estabelecimento das penalidades, tendo em vista a sua função de representante de uma sociedade unida por meio de um contrato social¹⁰⁹.

No Brasil, a concepção do princípio da legalidade como um agente vinculador de toda a atividade estatal foi oriunda do desenvolvimento do Estado Democrático de Direito e da consequente separação dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Contudo, os reflexos deste princípio foram muito além, desde a regulação dos comportamentos da sociedade, até a proteção dos cidadãos dos arbítrios estatais, possibilitando a previsibilidade dos desdobramentos dos seus atos. Deste modo, garantiu-se a liberdade de ação dos indivíduos, limitada apenas nas hipóteses previstas em lei¹¹⁰.

Sobrepostos estes preceitos ao Direito Penal, deparamo-nos com um princípio da legalidade bipartido, que vincula não apenas a conduta do Estado, - na medida em que atribui ao Legislativo a competência para legislar em matéria penal -, como também da própria sociedade, a partir do momento em que inadmite a possibilidade de cometimento de uma infração penal sem uma norma prévia definindo-a. Ainda, garante o devido processo legal, somente autorizando o julgamento por um órgão competente e previamente constituído para tal¹¹¹.

Entretanto, no contexto de um Estado Democrático de Direito, o princípio da legalidade penal passa ao largo de ser unicamente utilizado na sua perspectiva formal, como instrumento regulador de competências legislativas. Ao contrário, deve ser aplicado tendo em consideração não só as garantias de liberdade, como também

¹⁰⁹ SCHMIDT, 2001.

¹¹⁰ *Ibid.*

¹¹¹ *Ibid.*

os direitos fundamentais. Deste modo, destaca-se a lei não somente no que diz respeito à sua regularidade formal, mas, principalmente, quanto ao seu conteúdo material. A feição material deste princípio é oriunda, portanto, da prescrição de que toda lei penal, independentemente do período de sua vigência, deve respeitar a ordem constitucional vigente¹¹².

As normas penais possuem relevância na medida em que perfazem um papel intimidador, visando evitar a prática de determinadas condutas por membros de uma sociedade. Contudo, estas normas somente serão dotadas de eficácia caso possuam alcance previamente delimitado e sejam desprovidas de expressões vagas, ambíguas ou imprecisas¹¹³.

O legislador brasileiro, ao editar o artigo 288-A, do Código Penal, promoveu a inclusão do crime de *Constituição de Milícia Privada* na legislação penal em vigor, prescrevendo a conduta de “*constituir, organizar, integrar, manter ou custear organização paramilitar, milícia particular, grupo ou esquadrão com a finalidade de praticar qualquer dos crimes previstos neste Código*”.

Pois bem. Conforme já explicitado, ao incluir quatro novas espécies de associação criminosa ao diploma repressivo brasileiro, pecou o legislador ao não estabelecer uma definição legal para estes grupamentos, ou mesmo o número necessário de agentes para a configuração do delito. Ante a ausência, no ordenamento jurídico brasileiro, de qualquer substrato legal que versasse a respeito das espécies de milícia privada, ou mesmo sobre a quantidade de sujeitos ativos para a sua deflagração, transferiu-se ao juiz quase que automaticamente a tarefa de completar o tipo, com base nos seus próprios critérios.

Ora, não se pode negar a fulgente agressão ao princípio da legalidade penal diante da necessidade desta complementação por meio da atividade judicante. Desta forma, por conta da inexistência de definição legal dos seus elementos do tipo, o artigo 288-A, do Código Penal, tem a sua aplicabilidade seriamente comprometida.

Por óbvio, reconhece-se o grau de indeterminação inerente às ciências jurídicas, tendo em vista que não se pode abandonar, na tarefa de criação do direito,

¹¹² *Ibid.*

¹¹³ *Ibid.*

os conceitos valorativos, os quais atuam de modo a permitir uma melhor adequação do fato à norma. Contudo, é necessário ter cautela. A utilização excessiva destes conceitos, - como ocorre no crime de *Constituição de Milícia Privada* -, compromete sobremaneira a segurança jurídica e a própria separação dos poderes, na medida em que exige um juízo valorativo do magistrado, visando a complementação das descrições típicas¹¹⁴.

Desta forma, faz-se necessário o alcance de um equilíbrio, em que haja a tutela dos bens jurídicos considerados relevantes, sem, contudo, ignorar os conceitos valorativos, que permitem a atualização constante das normas penais, ao promoverem a abertura do Direito Penal às relações sociais, dinâmicas por natureza. A total indeterminação, como a vislumbrada no tipo em estudo, penderá para a inconstitucionalidade, visto que atentatória ao princípio da legalidade penal¹¹⁵.

4.2.1 O artigo 288-A do Código Penal e o princípio da taxatividade

Verdadeiro corolário do princípio da legalidade penal, o princípio da taxatividade das penas prescreve a necessidade de determinação da norma penal quanto aos seus destinatários e ao seu alcance, sob pena de não ser dada aos cidadãos a possibilidade de prever as suas condutas e agir conforme o Direito, transferindo ao magistrado a tarefa de delimitação acerca do alcance da norma, no momento de proferir a sentença. Desta forma, somente a partir de um critério seguro de delimitação das condutas contrárias ao ordenamento jurídico permite-se que os indivíduos vislumbrem as consequências da sua conduta, antecipando os seus comportamentos. Contudo, esta segurança só é garantida a partir do momento em que há um corpo estável de leis. Do contrário, as normas se tornam arbitrárias, e o cidadão não poderá mais prever de maneira segura as suas ações¹¹⁶.

A taxatividade das leis penais pode ser catalogada de dois modos, quais sejam: a taxatividade formal e a taxatividade material. A taxatividade formal prescreve que a todos deve ser dado o conhecimento de determinada lei, sob pena

¹¹⁴ BITENCOURT, 2012.

¹¹⁵ *Ibid.*

¹¹⁶ SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O Princípio da Legalidade Penal no Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

de esta não ser dotada de eficácia, na medida em que não será possível atingir a todos aqueles a que se destina sem que dela tenham notícia¹¹⁷.

No que tange à taxatividade material, esta diz respeito não apenas à exigência de que todos tenham ciência acerca de determinada sanção penal, mas também do seu conteúdo, que deve estar claramente delimitado. Uma lei imprecisa ou vaga não protege os indivíduos que a ela irão se submeter, na medida em que permite abusos não somente por parte do Poder Legislativo, como também do Judiciário, visto que confere a momento posterior a definição do conteúdo da lei, fato que compromete a própria separação dos poderes¹¹⁸.

O legislador, ao optar por regular uma determinada situação fática, deve eleger quais elementos devem ser incluídos em um determinado dispositivo. Ocorre que, há situações nas quais os termos empregados não se encontram pré-classificados pela lei, cabendo a ele, portanto, a tarefa de defini-los¹¹⁹.

Por vezes, as coisas ou elementos apresentam uma certa conotação, oriunda do seu próprio conceito. No entanto, são apresentados em um tipo de maneira diferente, com outro significado, gerando dúvidas com relação às hipóteses em que o dispositivo é aplicado. Ademais, há situações em que a palavra utilizada no tipo comporta múltiplos sentidos, consistindo em uma variável, admitindo diversas interpretações¹²⁰.

Este é o caso do crime de *Constituição de Milícia Privada*. O termo “milícia”, adotado no dispositivo, surgiu do vocabulário da segurança pública, que empregava esta denominação para referir-se aos grupamentos criminosos que se utilizavam de meios violentos para dominar comunidades carentes. Posteriormente, esta designação expandiu-se para os órgãos de imprensa, que popularizaram a terminologia. Contudo, o termo “milícia”, no seu significado literal, é utilizado, na realidade, para denominar as tropas de reforço ao exército regular, sendo sinônimo da força militar de um país¹²¹.

¹¹⁷ *Ibid.*

¹¹⁸ *Ibid.*

¹¹⁹ *Ibid.*

¹²⁰ SCHMIDT, 2001.

¹²¹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 4ª ed. Curitiba: Ed. Positivo, 2009.

Ocorre que, quando da redação do artigo 288-A, do Código Penal, o legislador não apenas deixou de especificar em que sentido se utilizou da palavra “milícia”, como nem ao menos definiu as demais espécies de milícia privada incluídas no dispositivo. Ademais, sequer estabeleceu o número de agentes para a configuração do delito, delegando a tarefa de complementação do tipo ao aplicador do Direito, fato que vai diretamente de encontro ao princípio da taxatividade das leis penais.

Muito se tem discutido, em sede de produção normativa, acerca da chamada *criminalidade acessória*. Trata-se de um vício de construção legislativa, que tem sido usualmente utilizado quando da edição de novos tipos penais¹²².

De acordo com o artigo 31, do Código Penal, *salvo disposição em contrário*, o ajuste não é punível, se o crime não chega, pelo menos a ser tentado. Isto porque, ao reprimir, por meio de um delito, as identidades desviantes, independentemente das ações perpetradas, pressupõe-se que somos natural ou socialmente diferentes, expressando, com isso, a intolerância¹²³. Desta forma, como regra, todo acerto firmado entre criminosos para a prática de alguma infração penal depende do início da execução do delito.

Contudo, como pode ser extraído da redação do tipo, o Código Penal excepcionou a possibilidade de disposição em contrário. Um destes exemplos diz respeito ao crime de *Associação Criminosa*, previsto na nova redação do artigo 288, do Código Penal, incluído pela Lei nº 12850/13, que pune a conduta de “*associarem-se três ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes*”. Apesar de restar claro que neste dispositivo há a punição do ajuste criminoso antes mesmo da prática de qualquer infração penal, o legislador teve a cautela de estabelecer os requisitos mínimos para a configuração do delito. Desta forma, depreendem-se claramente do dispositivo o intuito criminoso plural e o número de agentes necessário para a configuração desta modalidade de associação criminosa¹²⁴.

Do mesmo modo que o delito de *Associação Criminosa*, o crime de *Constituição de Milícia Privada* envolve igualmente a hipótese em que há a punição de um acerto criminoso. Entretanto, neste caso, o legislador foi omissivo, na medida

¹²² SCHMIDT, 2001.

¹²³ FERRAJOLI, 2010.

¹²⁴ SCHMIDT, *op. cit.*

em que sequer mencionou a quantidade de sujeitos para a configuração do delito, ou mesmo definiu as espécies de associação criminosa elencadas no dispositivo. Desta forma, comprometeu sobremaneira a sua eficácia, tendo em vista que não há como precisar as suas hipóteses de cabimento.

A taxatividade das normas penais preceitua a observância aos ditames legais, tanto no que diz respeito à forma, quanto ao conteúdo ou abrangência das leis penais¹²⁵. Contudo, na ânsia pelo controle dos desvios da modernidade, o legislador tem se utilizado de uma série de tipos penais, cada vez mais confusos e imprecisos, dando ensejo a uma lesividade difusa, extremamente ofensiva aos princípios penais. O crime de *Constituição de Milícia Privada* consiste em claro reflexo desta “compulsão legislativa”, refletindo na aproximação do legislador de um Direito Penal inquisitório e comumente dissociado das garantias fundamentais dos cidadãos. Necessário se faz, portanto, a delimitação dos seus conceitos, de modo a permitir a sua adequação ao previsto na Constituição Federal, assegurando aos cidadãos a previsibilidade das suas condutas, por meio de um sistema de normas penais seguramente delimitado.

4.3 A INOVAÇÃO LEGISLATIVA E O PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

Como visto, a incidência do princípio da legalidade no Direito Penal reflete diametralmente no poder punitivo do Estado, na medida em que evita a aplicação de uma penalidade ao indivíduo sem uma norma anterior que regule a conduta criminosa a ele imputada. Todavia, isoladamente considerado, o princípio da legalidade penal também pode dar ensejo a uma série de arbitrariedades, culminando, por exemplo, na imposição de penas atentatórias à integridade do sujeito, pelo simples fato de encontrarem-se previamente previstas em algum diploma normativo¹²⁶. Diante disto, surgiu a necessidade de estabelecimento de

¹²⁵ SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O Princípio da Legalidade Penal no Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

¹²⁶ ROMAGNOSI, G.D. **Genesis del Derecho Penal**. Trad. Espanhola. Bogotá: Ed. Temis, 1956.

outros meios para reduzir, ou mesmo eliminar o arbítrio do legislador, preservando as garantias dos indivíduos¹²⁷.

Ante a ausência de um aparato regulador da atividade de criação das normas penais, eis que surge, em 1789, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Por meio do seu artigo 8º, este diploma legal trouxe a lume o princípio penal da intervenção mínima, ao preceituar que *“a lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias”*¹²⁸.

A partir deste princípio, nasce o caráter de *ultima ratio* do Direito Penal, limitando a sua incidência apenas às situações de manifesta necessidade. Deste modo, caso outras formas de sanção e de restabelecimento da ordem jurídica violada revelarem-se apropriadas para a tutela deste bem, a criminalização figura-se inadequada e desproporcional. A punição de determinada conduta, portanto, passa a ser legítima apenas na hipótese em que constitui meio necessário para a proteção de um bem jurídico, justificando-se unicamente quando os demais ramos do Direito não forem capazes de tutelar de maneira devida bens que possuam relevância na vida do indivíduo e da sociedade¹²⁹.

Do princípio da intervenção mínima emanam não somente a natureza fragmentária do Direito Penal, como também o seu caráter subsidiário. Desta forma, depreende-se que este ramo da ciência jurídica está longe de abranger todas as formas de agressão aos bens jurídicos dos indivíduos. Ao contrário, protege tão somente os valores imprescindíveis para a coletividade, sem os quais a convivência entre os indivíduos restaria prejudicada. Ademais, o princípio da intervenção mínima atribui ao Direito Penal um papel secundário, conferindo legitimidade apenas quando fracassadas outras formas de proteção dos bens tutelados, propostas por outros ramos do Direito¹³⁰.

De um modo geral, o princípio da intervenção mínima não se encontra previsto de maneira expressa nos ordenamentos jurídicos contemporâneos. Entretanto, é vinculado intrinsecamente a outros postulados previstos de maneira explícita, bem como aos fundamentos de um Estado Democrático de Direito. No Brasil, este princípio pode ser extraído do artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal

¹²⁷ LUIZI, Luis. **Os Princípios Constitucionais Penais**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2003.

¹²⁸ *Ibid.*

¹²⁹ BITENCOURT, 2012.

¹³⁰ LUIZI, 2003.

de 1988, a partir da garantia da inviolabilidade dos direitos à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

O Código Criminal do Império, de 1830, foi o primeiro dos códigos criminais brasileiros, razão pela qual desfruta de grande importância histórica. Ao longo dos seus anos de vigência, não sobrevieram grandes alterações na sua estrutura originária. Contudo, por conta das classes sociais dominantes à época, estas poucas modificações tiveram grande influência da estrutura social, entrando em conflito direto com os preceitos liberais que o inspiraram¹³¹.

De modo superveniente, houve a edição do Código Penal Republicano. Ao contrário do Código Criminal de 1830, este diploma repressivo sofreu grande número de intervenções, dando origem a uma série de legislações extravagantes. Tamanha era a confusão relativa à legislação penal brasileira à época, que o Governo viu a necessidade de promulgar uma Consolidação das Leis Penais, visando orientar o cidadão acerca das condutas penalmente puníveis¹³².

Por fim, vige, atualmente, o Código Penal de 1940. Ao longo do tempo, o referido Código foi tomado por uma série de alterações na sua redação, a partir da inclusão de uma quantidade considerável de tipos penais, por meio de duvidosas técnicas legislativas. O que tem se visto, no panorama atual, é um legislador cada vez mais dissociado de uma política criminal garantista, revelando verdadeira tendência à utilização do Direito Penal como solução primária frente ao problema da violência¹³³.

Exemplo claro desta crescente tendência repressiva pode ser extraído do crime de *Constituição de Milícia Privada*. A sua edição foi consequência imediata do clamor popular que bradava pelo combate às milícias, ante a grande repercussão midiática das ações violentas provocadas por estes grupos armados ao longo do território brasileiro.

Conforme exposto linhas atrás, o princípio da intervenção mínima prescreve a interferência do Direito Penal como *ultima ratio*, quando esgotados todos os meios extrapenais, ou quando estes se mostrarem inadequados à tutela de determinado bem jurídico. Deste modo, deduz-se que este princípio decorre, na realidade, de

¹³¹ *Ibid.*

¹³² *Ibid.*

¹³³ *Ibid.*

uma noção de necessidade da aplicação da pena, na medida em que preceitua que a punição figura-se legítima unicamente nas situações em que o Direito Penal não seja considerado meio inidôneo, inadequado ou ineficaz para a prevenção do delito¹³⁴.

Ora, a questão relativa às milícias necessita de soluções para além da mera tipificação da conduta prevista pelo artigo 288-A, do Código Penal. Trata-se de um fenômeno social complexo e crescente, resultante de deficiências há muito existentes na estrutura da segurança pública do país. Logo, buscar um trato eminentemente penal para um problema desta magnitude figura-se, no mínimo, ingênuo.

A proibição do excesso prevê que, para a aplicação de uma penalidade, se faz necessária, antes de tudo, uma adequação aos fins propostos, ou seja, toda medida restritiva de liberdade deve ser apta a alcançar os fins a que se propõe¹³⁵. Desta forma, qualquer intervenção penal que não seja voltada para a proteção de um bem jurídico relevante para a sociedade como um todo deverá ser rechaçada. Exclui-se, portanto, qualquer reação punitiva simbólica, voltada apenas para acalmar os ânimos da sociedade frente à crescente criminalidade.

O escopo da legislação simbólica é voltado, eminentemente, à fortificação da confiança popular, seja no governo, seja no próprio Estado, ante às pressões diretas da população. É o que se chama de *legislação-álibi*. Através dela, busca o legislador descarregar-se das cobranças políticas, apresentando o Estado como sensível às expectativas dos cidadãos¹³⁶.

A *legislação-álibi* pode ser evidenciada, de maneira mais premente, nos casos de grande repercussão social, em que há a insatisfação popular diante de acontecimentos pontuais, ou frente à emergência de problemas sociais. Nestes casos, exige-se do Estado uma atitude mais drástica contra determinados crimes. Apesar de ineficaz, esta resposta estatal imediata atua como uma salvaguarda do legislador perante o clamor popular. É o seu álibi no meio do caos¹³⁷.

¹³⁴ PRADO, 2011.

¹³⁵ SCHMIDT, 2001.

¹³⁶ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

¹³⁷ *Ibid.*

A mera tipificação do crime de *Constituição de Milícia Privada*, portanto, representa nada mais do que o reflexo de um Direito Penal demagógico. Figura-se muito mais fácil ditar uma série de confusas leis, ordens e disposições relativas à sua execução, - e ameaçar com a aplicação de penalidades no caso de serem desrespeitadas -, do que proceder com prudência na regulação das matérias, estabelecendo penas unicamente nas situações mais graves¹³⁸. Assim, o que tem se visto modernamente – e o artigo 288-A é exemplo -, é um Direito Penal simbólico, utilizado como meio imediato para a resolução de conflitos sociais, sem qualquer compromisso com a realidade, ou mesmo com a sua justificação, na medida em que negligencia os custos da intervenção penal¹³⁹.

As leis penais não têm o condão de modificar a realidade de maneira direta. Pelo contrário, a resolução dos problemas sociais depende, na verdade, da intervenção de variáveis não normativo-jurídicas. A legislação penal, utilizada de maneira simbólica, destina-se, eminentemente, à uma manipulação, que imuniza o sistema político perante outras alternativas, mais eficazes e alheias ao Direito Penal. Isto porque, ela não apenas deixa os problemas sem resolução, como obsta os caminhos para que sejam solucionados, em face da crença de que a lei possui como um dos seus efeitos a resolução dos problemas da sociedade¹⁴⁰.

Obviamente, não há objeção à edição de normas que regulem situações novas, ou mesmo o incremento das penas ou dos seus modos de cumprimento para uma melhor adaptação à realidade social, desde que se faça em respeito aos princípios penais. O que o princípio da intervenção penal mínima propõe é, simplesmente, a separação do Direito Penal de uma expansão normativa baseada unicamente nas necessidades criminalizadoras da sociedade, sem qualquer compromisso com as garantias dos cidadãos¹⁴¹.

4.3.1 A subsidiariedade penal

¹³⁸ SCHMIDT, *op. cit.*

¹³⁹ *Ibid.*

¹⁴⁰ NEVES, 2007.

¹⁴¹ BARROS LIMA, Alberto Jorge. Criminalização e Direitos fundamentais: entre a intervenção mínima e a expansão penal. **Revista do Mestrado em Direito (UFAL)**, v. 3, p. 15-30, 2007.

Corolário do princípio da intervenção mínima, o princípio da subsidiariedade atua igualmente como parâmetro na produção legislativa em matéria penal, funcionando de forma complementar à fragmentariedade do Direito Penal. De acordo com este preceito, a reação penal somente figura-se proporcional e adequada na medida em que forem esgotados todos os meios possíveis de intervenção, menos gravosos que a pena. Cabe ao Direito Penal, portanto, a atuação apenas em última hipótese, quando os demais meios jurídicos possíveis falharem na sua função de tutela¹⁴².

As bases para a subsidiariedade encontram-se no utilitarismo penal, o qual preceitua que o Direito Penal deve proporcionar não somente a “máxima felicidade compartilhada pela maioria”¹⁴³, como também o “mínimo sofrimento necessário”¹⁴⁴ para os delinquentes.

O utilitarismo configura-se em uma doutrina cujas origens se encontram nos séculos XVIII e XIX, com as obras de Jeremy Bentham e John Stuart Mill. Esta denominada “ética normativa” pregava o denominado “princípio do bem-estar máximo”, no qual “a melhor ação é a que busca a maior felicidade para o maior número de indivíduos”¹⁴⁵.

Para Bentham, a ética utilitarista deveria ser utilizada no momento de criação das normas. Assim, caberia ao legislador perseguir uma similitude de interesses entre os cidadãos – individualmente considerados -, e a coletividade, visando maximizar a felicidade da sociedade¹⁴⁶.

As críticas ao utilitarismo de Bentham começaram a surgir a partir das próprias limitações da sua teoria, tendo em vista que as tentativas de igualar os conceitos sobre o prazer, por vezes, figura-se problemática, dificultando a tarefa de igualar a felicidade da maioria à da minoria¹⁴⁷.

Deste modo, de uma concepção utilitarista surge o princípio da subsidiariedade, limitando a intervenção penal. O Direito Penal, portanto, passa a

¹⁴² SCHMIDT, 2001.

¹⁴³ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. por Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

¹⁴⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal**. Trad. por Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino et al. 3ª ed. Madrid: Trotta, 1998.

¹⁴⁵ BITENCOURT, 2012.

¹⁴⁶ *Ibid.*

¹⁴⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

justificar-se apenas quando utilizado como *ultima ratio*, nas hipóteses em que outros meios, menos lesivos, não se mostrem mais adequados. Assim, veda-se a utilização da sanção penal quando a sua finalidade ou os seus fundamentos se mostrem iguais e menos lesivos aos previstos em outros ramos, jurídicos ou não. A intervenção penal deve restringir-se, portanto, ao minimamente necessário¹⁴⁸.

Conforme explicitado linhas atrás, o crime de *Constituição de Milícia Privada* foi editado a partir de um episódio de grande comoção social ocorrido na sociedade brasileira, qual seja, a tortura de jornalistas do Jornal “O Dia”, do Rio de Janeiro. Ante o clamor popular oriundo deste acontecimento, instaurou-se a denominada CPI das Milícias, culminando no tipo penal em questão.

Resta claro, portanto, que o artigo 288-A, do Código Penal nada mais é do que uma resposta imediata a um evento específico, resultante de problemas sociais de raízes muito mais profundas, relacionadas, sobretudo, às deficiências no planejamento das políticas de segurança pública no Brasil. Desta forma, buscar a sua solução com a edição de mais um tipo penal constitui-se em clara ofensa ao princípio da subsidiariedade e às demais garantias de liberdade.

O que se vê, na atualidade, é um claro retrato do Direito Penal Contemporâneo, cada vez mais utilizado como “prima” ou “sola” ratio, destituído da sua finalidade de garantia da pacificação social. Não se pode admitir, portanto, a utilização da sanção penal para a resolução de problemas de natureza puramente política e social da coletividade, nos quais o Direito Penal em nada pode contribuir. Os custos da intervenção penal devem ser cuidadosamente analisados, em comparação com o ordenamento jurídico considerado em sua totalidade, sendo este, portanto, o seu limite¹⁴⁹.

4.3.2. A fragmentariedade penal

O Direito Penal constitui-se no ramo das ciências jurídicas destinado à proteção dos bens jurídicos essenciais à sociedade, daí decorrendo o seu caráter fragmentário. Desta forma, o Direito Penal não se configura em um extenuante

¹⁴⁸ *Ibid.*

¹⁴⁹ SCHMIDT, 2001.

sistema de normas penais, que abarca todas as condutas lesivas aos bens jurídicos dos indivíduos. Ao contrário, trata-se de ramo de caráter seletivo, na medida em que se ocupa apenas dos bens jurídicos que possuem indiscutível relevância, ante a gravidade de uma ofensa a ele direcionada. Deste modo, a fragmentariedade do Direito Penal constitui-se em verdadeiro limite ao legislador, na medida em que impede que sancione todos os tipos de condutas lesivas aos bens jurídicos, mas somente aquelas dotadas de especial gravidade¹⁵⁰.

Conforme explicitado por Muñoz Conde, a fragmentariedade do Direito Penal se apresenta de três maneiras: primeiramente, na defesa de bens jurídicos apenas frente a ataques de maior relevância, “exigindo determinadas intenções e tendências, excluindo a punibilidade da prática imprudente de alguns casos”; em segundo lugar, deixando de punir a totalidade das condutas que os demais ramos do Direito consideram antijurídicas, e, por fim, deixando de punir ações meramente imorais, a exemplo do adultério e da mentira. Desta forma, o caráter fragmentário do Direito Penal possui ressonância tanto na finalidade da norma, quanto no seu conteúdo¹⁵¹.

A fragmentariedade penal decorre dos princípios da legalidade e da intervenção mínima. Assim, durante a etapa de produção legislativa, compete ao legislador eleger as condutas passíveis de repressão penal, na medida em que, não se pode estabelecer uma pena fundada apenas numa cláusula geral de ilicitude¹⁵². Deste modo, a exigência de uma prévia definição das condutas objeto de pena obriga o legislador a prever as hipóteses de ilícito contra as quais houvesse a necessidade de intervenção estatal¹⁵³.

Contudo, para que a tutela de um bem jurídico figure-se adequada, se faz presente a necessidade de que este bem seja digno de proteção. Entretanto, esta proteção não deve referir-se a todos os ataques possíveis, senão aos mais intoleráveis. Isto se justifica pela própria natureza do Direito Penal, como ramo que

¹⁵⁰ SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O Princípio da Legalidade Penal no Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

¹⁵¹ CONDE, Francisco Muñoz. **Política Criminal y sistema del derecho penal**. 2ª ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2002.

¹⁵² SCHMIDT, *op. cit.*

¹⁵³ *Ibid.*

interfere de maneira mais incisiva num dos bens mais preciosos do indivíduo, qual seja, a liberdade¹⁵⁴.

Conforme exposto linhas atrás, o artigo 288-A, do Código Penal apresenta como bem jurídico tutelado a *paz pública*. De acordo com definição do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Carlos Ayres Britto, em sede de julgamento da Ação Penal nº 470, popularmente conhecida como a Ação Penal do “Mensalão”, a *paz pública* constitui-se na “crença que a população detém no controle estatal da criminalidade¹⁵⁵”. Trata-se do mesmo bem jurídico tutelado pelo crime de *Associação Criminosa*, tipificado na nova redação do artigo 288 do mesmo diploma repressivo¹⁵⁶.

A partir de uma análise da redação dos dispositivos, percebe-se que, além de possuírem a mesma objetividade jurídica, ambos envolvem a existência estável de grupamentos criminosos voltados para a prática de crimes. Desta forma, diante do fato de ambos os tipos acobertarem situações jurídicas semelhantes, passa-se a questionar acerca da real necessidade de inclusão do crime de *Constituição de Milícia Privada* ao ordenamento jurídico brasileiro.

Ainda, poder-se-ia citar a existência de outras espécies de grupamentos criminosos na legislação penal brasileira, facilmente aplicáveis às hipóteses de incidência as quais o delito previsto no artigo 288-A, do Código Penal busca alcançar, quais sejam, a *associação para o tráfico*, prevista no artigo 35, da Lei 11.343/06, ou mesmo o novo conceito de *organização criminosa*, elencado no artigo 1º, da Lei 12.850/13.

O artigo 35, da Lei 11.343/06, versa sobre a conduta de “*associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos artigos 33, caput e § 1º, e 34 da Lei de Drogas*”. Preveem os artigos elencados no dispositivo:

¹⁵⁴ *Ibid.*

¹⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP: 470 MG**. Rel.: Joaquim Barbosa, Data de Publicação: DJe-029 DIVULG 11/02/2009 PUBLIC 12/02/2009. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3098671/acao-penal-ap-470?ref=home>> Acesso em: 11 out. 2013.

¹⁵⁶ “Associação Criminosa - Art. 288. Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes: Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos. Parágrafo único. A pena aumenta-se até a metade se a associação é armada ou se houver a participação de criança ou adolescente.”

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;

III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.

Art. 34. Fabricar, adquirir, utilizar, transportar, oferecer, vender, distribuir, entregar a qualquer título, possuir, guardar ou fornecer, ainda que gratuitamente, maquinário, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 1.200 (mil e duzentos) a 2.000 (dois mil) dias-multa.

No que tange ao artigo 1º, da Lei 12.850/2013, este aborda, em seu parágrafo primeiro, a conceituação de *organização criminosa*, qual seja:

§ 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

Da mesma forma que o artigo 288-A, do Código Penal, o crime de *associação para o tráfico*, bem como a conceituação de *organização criminosa* englobam associações estáveis e permanentes de indivíduos para o cometimento de crimes,

sejam quaisquer dos crimes elencados nos artigos 33, caput e §1º e 34 da Lei de Drogas, ou mesmo os crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos ou de caráter transnacional, respectivamente. Resguardadas as peculiaridades de cada um destes tipos penais, cada um deles abrange a punição de atos preparatórios ao delito, possuindo como objetivo precípua a obtenção de lucro, de modo semelhante ao crime de *Constituição de Milícia Privada*, em que há uma associação constituída nos mesmos moldes daquelas elencadas nas normas penais mencionadas.

O princípio da fragmentariedade prevê a persecução penal apenas nas hipóteses em que outro meio se mostre insuficiente na tutela de um determinado bem, tendo em vista que não cabe ao Direito Penal proteger a totalidade de bens jurídicos existentes. No que se refere ao delito previsto no artigo 288-A, do Código Penal, é evidente a existência, no ordenamento jurídico brasileiro, de outros meios de tutela, dos quais o artigo 35, da Lei 11.343/06, o artigo 1º, da Lei 12.850/13 e até mesmo o artigo 288, do Código Penal, em sua nova redação, figuram-se exemplos perfeitamente cabíveis. Assim, conclui-se que a opção pelo acréscimo do crime de *Constituição de Milícia Privada* ao ordenamento jurídico brasileiro figura-se inadequada e desnecessária, além de ofensiva ao citado princípio, fato este que contribui para a ineficácia do dispositivo.

4.4 O CONCURSO FORMAL IMPRÓPRIO ENTRE OS ARTIGOS 288 E 288-A E O PRINCÍPIO DO *NE BIS IN IDEM*

O tipo penal constitui-se no elemento que autoriza o exercício do poder punitivo pelo Estado, configurando-se em um dos componentes do conceito de crime. Deste modo, ante a ocorrência de uma ação no mundo do ser, há a realização de um juízo de tipicidade, que interliga o tipo penal à conduta realizada, individualizando-a¹⁵⁷.

No que tange às formas de manifestação delitiva, depreende-se que as condutas praticadas e normas infringidas se relacionam conforme a unidade ou

¹⁵⁷ VARGAS, José Cirilo de. **Do tipo penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

pluralidade de ações e preceitos penais transgredidos¹⁵⁸. Neste contexto, surge o concurso de delitos, hipótese na qual o agente, por meio de uma ou mais ações ou omissões, pratica dois ou mais crimes.

O concurso de delitos pode ocorrer sob três formas - concurso material (real), concurso formal (ideal) e delito continuado -, e pertence ao âmbito das consequências penais. Não pode ser confundido, entretanto, com a unidade e pluralidade de ação, - componente dos tipos de um modo geral -, que determina a aplicação de consequências jurídicas diferenciadas¹⁵⁹.

O concurso material consiste na pluralidade de fatos típicos realizados de maneira sucessiva, mediante condutas independentes (comissivas ou omissivas). Tais condutas incidem várias vezes sobre um mesmo tipo incriminador ou tipos incriminadores distintos. Há, portanto, uma pluralidade de delitos imputáveis ao agente¹⁶⁰.

Quando os crimes perpetrados são da mesma natureza, há o concurso material homogêneo. Por outro lado, se houve a prática de delitos distintos, tem-se o concurso material heterogêneo. Na aplicação da pena, adota-se o sistema do cúmulo material, que determina a soma das penas aplicadas para cada um dos crimes, nos moldes do artigo 69, do Código Penal¹⁶¹.

Há o concurso formal quando o agente, mediante uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, de modo simultâneo. Desta forma, a conduta praticada incide sobre duas ou mais normas penais. Neste caso, aplica-se a mais grave das penas possíveis. Se estas forem iguais, incide apenas uma delas, aumentada de um sexto até a metade¹⁶².

A natureza dos crimes cometidos pelo sujeito ativo, em geral, figura-se de pouca relevância. Desta forma, é possível a ocorrência de um concurso formal entre

¹⁵⁸ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín; PRATS CANUT, J. Miquel. **Manual de Derecho Penal: Parte General**. 3ª Edición. Barcelona: Cadecs, 1997.

¹⁵⁹ ESCUCHURI AISA, E. **Teoría del concurso de leyes y de delitos**. Bases para una revisión crítica. COMARES: Granada, 2004.

¹⁶⁰ PRADO, 2011.

¹⁶¹ *Ibid.*

¹⁶² *Ibid.*

crimes de natureza dolosa e culposa. O concurso formal será considerado *perfeito* (ou próprio) quando houver unidade de desígnio¹⁶³.

Pode ocorrer, igualmente, o concurso formal imperfeito (ou impróprio). Neste caso, a ação ou omissão é dolosa, e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos. Desta forma, as penas serão aplicadas de maneira cumulativa, nos moldes do artigo 70, caput, 2ª parte, do Código Penal, tendo em vista que a vontade foi deliberadamente direcionada a fins diversos¹⁶⁴.

Por fim, tem-se o crime continuado, quando o agente realiza uma pluralidade continuada de condutas típicas de uma mesma espécie (comissivas ou omissivas), independentes entre si, e que, em razão de determinadas circunstâncias, são consideradas como uma unidade, nos moldes do artigo 71, do Código Penal Brasileiro.

O concurso de delitos não se confunde com o denominado *concurso impróprio* ou *conflito aparente de normas*, igualmente reconhecido como *concurso de leis* pelos doutrinadores mais tradicionais. Há, entretanto, quem considere equivocada esta última designação¹⁶⁵, vez que não se trata de uma pluralidade de leis, mas sim de uma “unidade de lei”. No caso de conflito entre dispositivos, aplica-se somente uma das leis em questão, a denominada *lei primária*¹⁶⁶.

Desta forma, o concurso impróprio relaciona-se à hipótese em que um fato *aparentemente* dá margem à aplicação de dois ou mais dispositivos, que convergem entre si. Contudo, este fato submete-se a apenas uma única norma incriminadora, suficiente para esgotar todo o conteúdo de injusto da conduta¹⁶⁷.

Conforme ressaltado por Cezar Roberto Bitencourt¹⁶⁸, o concurso impróprio não consiste em um conflito *efetivo* de normas, mas apenas aparente. Isto porque considerar as normas penais concretamente conflitantes seria pôr em risco a própria sistemática do Direito Penal, cujos tipos permitem a aplicação de apenas uma lei a determinado caso concreto, excluindo ou absorvendo as demais.

¹⁶³ *Ibid.*

¹⁶⁴ *Ibid.*

¹⁶⁵ JESCHECK, Hanz-Hainrich. **Tratado de Derecho Penal**. Trad. José Luis Manzanares Samaniego. 4ª ed. Barcelona: Bosch, 1981.

¹⁶⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Especial**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, vol. IV.

¹⁶⁷ PRADO, 2011.

¹⁶⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: Parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2003, vol. I.

Ocorre que, diferentemente do concurso de crimes, no concurso impróprio de normas penais não há nenhum tipo de regulação legal, devendo a solução para o conflito ser encontrada por meio de uma atividade interpretativa que pressupõe uma unidade de conduta ou de fato, pluralidade de normas coexistentes e relação de hierarquia entre as normas conflitantes¹⁶⁹. Desta forma, a apuração da norma aplicável no caso de conflito é realizada através da adoção de três princípios (ou critérios), quais sejam, o princípio da especialidade, o princípio da subsidiariedade e o princípio da consunção.

Considera-se especial uma norma penal em relação a outra, - de caráter geral, quando reúne todos os elementos típicos desta, acrescidos de outros, denominados especializantes¹⁷⁰. Desta forma, a norma especial afasta a incidência da norma geral em determinado caso concreto, ao adicionar elemento próprio.

Entre a norma especial e a geral há uma relação de hierarquia, onde prevalece a norma especial, entendida como aquela que possui na sua definição legal todos os elementos do tipo englobados pela norma geral. Desta forma, a norma geral está incluída na norma especial¹⁷¹.

No que diz respeito à subsidiariedade, - entendida como critério secundário na resolução dos conflitos entre dispositivos -, esta prevê que a regra primária promove o afastamento de uma norma, dita subsidiária. Assim, pressupõe-se uma relação de primariedade e subsidiariedade entre duas normas penais que descrevem graus de agressão variados a um bem jurídico em comum, de modo que a ofensa maior absorverá a menor. Os conteúdos, portanto, se sobrepõem. A subsidiariedade é identificada na medida em que a norma subsidiária traz como elemento um fato que outra norma, mais grave, (dita principal) inclui também na sua tipificação. Se ausente algum elemento do tipo primário, permanece a possibilidade de punição pela norma subsidiária¹⁷².

Por fim, pelo princípio da consunção (ou da absorção), a norma que define um determinado delito configura-se em meio necessário ou fase de preparação ou execução de um outro crime. Ou seja, ocorre a consunção quando um elemento

¹⁶⁹ *Ibid.*

¹⁷⁰ *Ibid.*

¹⁷¹ *Ibid.*

¹⁷² *Ibid.*

típico de uma norma penal é abrangido em outra, mais ampla, aplicando-se apenas esta¹⁷³. O crime-meio é, portanto, absorvido pelo crime-fim.

Cabe salientar, entretanto, que o critério primário para a resolução de um concurso aparente (ou impróprio) de normas é o da especialidade, por ser dotado de maior rigor científico. Os demais são utilizados apenas de modo suplementar, quando o referido princípio não for capaz de decidir o conflito de maneira satisfatória¹⁷⁴.

O fundamento para a resolução de um concurso aparente de leis (ou concurso impróprio) advém, na realidade, do princípio do *ne bis in idem*. Isto porque, quando tipos penais concorrentes desvaloram, de maneira simultânea, o mesmo fato, a dupla imposição de uma pena conduz de maneira imediata a um *bis in idem*. Desta forma, apenas um dos tipos convergentes é capaz de captar o total conteúdo do injusto culpável, sendo suficiente a aplicação de apenas uma norma¹⁷⁵.

O princípio do *ne bis in idem* é associado à proibição de que um Estado imponha a um determinado indivíduo uma dupla sanção ou um duplo processo, em decorrência do cometimento de uma mesma infração. Deste modo, o princípio garante a liberdade dos cidadãos e a própria segurança jurídica, impedindo a renovação permanente do *jus puniendi* estatal¹⁷⁶.

Logo, no conflito *aparente* de normas penais, deve-se levar em conta o aparato principiológico do Direito Penal, tendo como fundamento o princípio do *ne bis in idem*, tendo em vista que a aplicação de duas normas jurídicas conflitantes que incidem sobre um mesmo fato levaria à punição, por duas vezes, de uma mesma conduta¹⁷⁷.

O crime de *Quadrilha ou Bando*, elencado na antiga redação do artigo 288, do Código Penal, prevê punição no caso de “*associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim específico de cometer crimes*”¹⁷⁸. Da mesma forma que o crime de *Constituição de Milícia Privada*, o bem jurídico tutelado é a paz

¹⁷³ *Ibid.*

¹⁷⁴ *Ibid.*

¹⁷⁵ PRADO, 2011.

¹⁷⁶ MAIA, Rodolfo Tigre. O princípio do *ne bis in idem* e a Constituição Brasileira de 1988. **Boletim Científico**. Escola Superior do Ministério Público da União. Brasília: ano 4, n. 16, jul./set. 2005.

¹⁷⁷ *Ibid.*

¹⁷⁸ Após a edição da Lei 12850/13, o crime de “Quadrilha ou Bando” passou a vigorar com a seguinte redação: “associarem-se três ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes”, passando à nomenclatura de “Associação Criminosa”.

pública, tratando-se de crime comum, podendo ser perpetrado por qualquer sujeito ativo.

Ora, pela redação do dispositivo, percebe-se grande similitude entre a figura do artigo 288 e o crime de *Constituição de Milícia Privada*, dado ao fato de que ambos os tipos desvaloram a formação de associações criminosas constituídas com a finalidade de praticar crimes. Trata-se de hipótese de concurso formal impróprio, sendo necessário estabelecer uma diferenciação entre ambos os dispositivos, de modo a evitar equívocos no que diz respeito às suas hipóteses de incidência.

Apesar da ausência de definição dos elementos normativos do tipo previsto pelo artigo 288-A, do Código Penal, o ponto de partida para a diferenciação de ambas as figuras é a natureza de cada associação. A milícia goza de uma particularidade em relação à quadrilha ou bando¹⁷⁹, qual seja, a obtenção de lucro. Isto porque, a violência empregada pelas milícias privadas seria destinada à manutenção dos serviços e produtos por elas ofertados¹⁸⁰.

Assim, o concurso impróprio entre os artigos 288 (em sua antiga redação) e 288-A, ambos do Código Penal, seria resolvido através do critério da especialidade¹⁸¹. Ou seja, quando não se tratar do crime de *Constituição de Milícia Privada*, mais específico, poder-se-ia cogitar acerca do crime de *Quadrilha ou Bando*. Não há, portanto, como aplicar ambos os dispositivos de maneira simultânea.¹⁸²

O artigo 288-A, do Código Penal, estabelece, em sua redação, uma finalidade específica, qual seja, a prática de crimes previstos apenas no Código Penal. Desta forma, exclui da sua incidência os delitos previstos em legislação esparsa. O delito de *Quadrilha ou Bando* (em vigor até a edição da Lei 12850/13), ao contrário, não possui esta limitação, bastando o cometimento de crimes, previstos ou não no Código Penal, afastando-se somente as contravenções penais.

¹⁷⁹ Com a edição da Lei 12850/13, foi alterada a redação do artigo 288, do Código Penal, que passou a ser denominado de “Associação Criminosa”.

¹⁸⁰ GRECO, 2013.

¹⁸¹ Este entendimento baseia-se na antiga redação do artigo 288, do Código Penal, a qual previa a figura da “Quadrilha ou Bando”.

¹⁸² Há de se ressaltar que, em que pese a maioria doutrinária, em respeito ao princípio do *ne bis in idem*, opte pela aplicação de apenas um dos dispositivos, havia quem aplicasse os artigos 288 (na sua antiga redação, anterior à Lei nº 12850/13) e 288-A do Código Penal de maneira simultânea, a exemplo da situação fática analisada no Habeas Corpus nº 10297604 PR 1029760-4 (Acórdão).

Portanto, se a “*organização paramilitar, milícia particular, grupo ou esquadrão*” for formada para a prática de crimes fora do Código Penal, somente restará a figura da *Quadrilha ou Bando*, sendo imprescindível que haja, no mínimo quatro participantes. Caso o número seja menor, o fato será atípico¹⁸³.

Ademais, cumpre ressaltar que a penalidade imposta ao crime de *Constituição de Milícia Privada* é superior à prevista no antigo crime de *Quadrilha ou Bando*. Contudo, diferentemente do artigo 288, do Código Penal¹⁸⁴, não houve previsão de causa de aumento de pena para o delito previsto no artigo 288-A, quando da hipótese de utilização de armas. Isso se justifica pelo fato de figurar-se costumeiro o uso de armamentos pelas milícias, como parte do regime de terror por elas imposto nas comunidades de domínio¹⁸⁵.

Deste modo, na hipótese de ambos os tipos incidirem sobre o mesmo contexto fático, de maneira simultânea, necessário se faz analisar qual deles é capaz de captar o total conteúdo do injusto culpável, sob pena de a dupla imposição de penalidades conduzir a um inevitável *bis in idem*¹⁸⁶.

Por fim, necessário se faz refletir acerca da real necessidade de criminalização da conduta de *constituir, organizar, integrar, manter ou custear organização paramilitar, milícia particular, grupo ou esquadrão com a finalidade de praticar qualquer dos crimes previstos no Código Penal*, tendo em vista que quando da edição do tipo, já vigoravam diplomas normativos que tratavam – de maneira mais adequada e formalmente apurada – sobre a hipótese fática contida no dispositivo, a exemplo do artigo 35, da Lei nº 11.343/06, que trata da associação para o tráfico, razão pela qual destaca-se, mais uma vez, o caráter puramente simbólico do crime de *Constituição de Milícia Privada*.

4.5 O ARTIGO 288-A E O PRINCÍPIO DA LESIVIDADE

¹⁸³ Trata-se de entendimento anterior à Lei 12850/13, que alterou a redação do artigo 288, do Código Penal, incluindo, ao ordenamento jurídico brasileiro, o delito de “Associação Criminosa”, em substituição ao crime de “Quadrilha ou Bando”.

¹⁸⁴ Este entendimento leva em consideração a antiga redação do artigo 288, do Código Penal, que previa a figura da “Quadrilha ou Bando”.

¹⁸⁵ GRECO, 2013.

¹⁸⁶ PRADO, 2011.

O Direito Penal possui como função precípua a tutela de bens jurídicos, razão pela qual é o ramo responsável pela prevenção das condutas que, de maneira mais grave, afetam estes bens, através das proibições e das penas. Neste contexto, surge o princípio da lesividade, atuando como instrumento limitador do *jus puniendi* estatal, na medida em que condiciona a edição das normas penais à sua missão de proteção dos bens jurídicos. Desta forma, veda-se, qualquer punição a comportamentos de caráter imoral, impuro, ou de estados de ânimo puramente hostis. As normas incriminadoras não devem objetivar a modificação moral do cidadão, mas simplesmente evitar uma lesão a direito de terceiro¹⁸⁷.

De acordo com o princípio da lesividade, consideram-se criminosas as condutas lesivas de bem jurídico ou interesse alheio, podendo este interesse ser público ou particular, não cabendo ao Direito Penal ocupar-se dos comportamentos que não ofendam de maneira efetiva um bem jurídico tutelado, ou que sejam puramente autolesivos. Deste modo, encontram-se à margem da tutela penal as ações que se configurem apenas em má disposição de interesse próprio¹⁸⁸.

O princípio da lesividade encontra-se vinculado intrinsecamente à ideia de necessidade da pena, na medida em que prescreve que esta apenas figura-se indispensável quando decorrente de um resultado lesivo a um bem jurídico de terceiro. Contudo, necessário se faz delimitar, de modo preciso, o conteúdo deste bem a ser tutelado¹⁸⁹.

Sob um ponto de vista estritamente ideológico, o bem passível de tutela pode ser demarcado independentemente da existência de normas jurídicas que o estabeleçam. Nesta hipótese, considera-se legitimado o ordenamento jurídico que observe quatro regras básicas, quais sejam: a proteção a ataques concretos a direitos fundamentais; a vedação à tutela de bens jurídicos que possuam valoração menor frente ao bem privado decorrente da pena; que as proibições sejam aptas à proteção de um bem jurídico; e, por fim, a subsidiariedade da tutela penal diante de outras formas extrapenais de proteção destes bens¹⁹⁰.

Por fim, sob uma perspectiva puramente teórica, deve-se analisar a compatibilidade dos bens e valores dignos de tutela ao ordenamento constitucional.

¹⁸⁷ FERRAJOLI, 2010.

¹⁸⁸ *Ibid.*

¹⁸⁹ *Ibid.*

¹⁹⁰ SCHMIDT, 2001.

Deste modo, os princípios elencados na Constituição são a única restrição à atividade do legislador¹⁹¹.

A Constituição Federal de 1988 não dispõe de nenhum dispositivo que trate, de maneira expressa, acerca do princípio da lesividade. Contudo, conforme o entendimento de Luigi Ferrajoli, seria ilógico interpretar que o ordenamento jurídico brasileiro admitiria lesões à liberdade do indivíduo. Paulo Queiroz, ao tratar do tema, defende que, apesar da omissão do constituinte, o princípio da lesividade pode ser facilmente extraído do artigo 5º da Constituição Federal, ao prescrever a interferência do Direito Penal somente nas condutas de caráter potencialmente lesivo a direito de outrem. O autor cita, ainda, o artigo 3º da Carta Magna, que preceitua que o alcance de uma sociedade livre apenas será possível quando invioláveis a liberdade, a intimidade e a vida privada, não sendo admitido nenhum ato de constrição à liberdade dos indivíduos. Deste modo, veda-se a punição por situações que digam respeito apenas ao interesse de outrem¹⁹².

O crime de *Constituição de Milícia Privada* traduz-se em claro reflexo de uma tríplice inflação dos bens penalmente protegidos, decorrente de uma emergente tendência repressiva no Direito Penal. Em primeiro lugar, por representar uma proliferação de interesses tutelados, a partir da edição de delitos sem dano efetivo aos bens jurídicos. No dispositivo, a ofensa é dirigida tão-somente para um ente abstrato, qual seja, a *paz pública*.

Ora, o princípio da lesividade preceitua a proteção de pessoas de “carne e osso”, configurando-se o indivíduo no cerne do sistema penal.¹⁹³ O que se tem visto, todavia, - e o artigo 288-A, do Código Penal, é prova disto -, é o surgimento, cada vez mais frequente, de lesões difusas a interesses da sociedade, culminando na utilização do Direito Penal como forma de tutela antes mesmo da ocorrência de alguma lesão efetiva a determinado bem jurídico. Na medida em que são estabelecidos delitos sem clara definição dos bens a que se referem, ofende-se de maneira direta o referido princípio, tendo em vista a ausência de um objeto predeterminado¹⁹⁴.

¹⁹¹ *Ibid.*

¹⁹² MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. Tradução e Prefácio de Alberto da Rocha Barros; Apresentação de Celso Lafer. 2ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1991.

¹⁹³ FERRAJOLI, 2010.

¹⁹⁴ *Ibid.*

Ademais, o crime de *Constituição de Milícia Privada* remonta a uma ampliação do conceito de bem jurídico. A partir da utilização de termos indeterminados, vagos ou mesmo de caráter valorativo, transmite-se ao julgador amplo espectro de discricionariedade, e até mesmo de “criação”, comprometendo seriamente os direitos e garantias fundamentais¹⁹⁵.

No mais, o que tem se depreendido, de maneira cada vez mais frequente, é a denominada antecipação da tutela penal, a partir da edição de uma série de crimes de perigo abstrato, dentre os quais se inclui o artigo 288-A, do Código Penal. Estas espécies de delito trazem consigo uma “presunção absoluta a respeito da periculosidade de determinada conduta, em relação ao bem jurídico que se visa proteger”¹⁹⁶, sendo caracterizados pelo caráter hipotético que possuem. Assim, considera-se a mera potencialidade de ocorrência de um dano, não sendo essencial uma lesão efetiva a este bem jurídico.

Portanto, do paralelo entre o princípio da lesividade e o crime de *Constituição de Milícia Privada*, depreende-se uma clara incongruência entre ambos. O artigo 288-A, do Código Penal, representa nada menos do que uma “funcionalização” do Direito Penal, cuja tutela é voltada não mais para as vítimas de agressões concretas, mas tão simplesmente para a contenção de “fenômenos sociais”¹⁹⁷. Desta forma, a inconsistência dos seus conceitos, - carregados de caráter valorativo -, juntamente com o caráter abstrato dos seus bens, remonta à própria desvalorização do significado de “bem jurídico”, e à conseqüente sobrecarga de funções erroneamente atribuídas ao Direito Penal – por vezes utilizado como resposta imediata aos problemas de caráter social¹⁹⁸.

O princípio da lesividade preceitua que as proibições e as penas constituem-se em instrumentos minimizadores da violência, atuando de maneira a prevenir os danos causados a terceiros¹⁹⁹. Trata-se, portanto, de evidente instrumento descriminalizador de condutas. Desta forma, é dever do Estado a edição de normas penais exclusivamente em função da tutela de bens jurídicos, destituídas, portanto,

¹⁹⁵ *Ibid.*

¹⁹⁶ Ministro Gilmar Ferreira Mendes, no RHC 89.889/DF.

¹⁹⁷ SCHMIDT, 2001.

¹⁹⁸ FERRAJOLI, 2010.

¹⁹⁹ *Ibid.*

de qualquer caráter valorativo ou sentimental, ainda que sejam estes condizentes com os interesses das maiorias não desviadas²⁰⁰.

4.6 O ARTIGO 288-A, DO CÓDIGO PENAL, E A DESPROPORCIONALIDADE NA COMINAÇÃO DAS SUAS PENAS

Prevê o princípio da responsabilidade subjetiva, ou da culpabilidade, a impossibilidade de um indivíduo ser responsabilizado por fato cometido por outro indivíduo, ou mesmo de maneira objetiva, sendo exigido, portanto, que a sua conduta seja dotada, ao menos, de dolo ou culpa²⁰¹. Neste mesmo sentido, aponta a Constituição Federal Brasileira, em seu artigo 5º, XLV, ao estabelecer:

Artigo 5º.

XLV - Nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens, nos termos da lei, ser estendida aos sucessores e contra eles executada, até o limite do patrimônio transferido.

Logo, um Estado Democrático de Direito não poderá, de modo algum, referendar a punição de um indivíduo sem o denominado “elemento subjetivo” ou “psicológico” do delito. Nenhuma ação ou comportamento humano, portanto, poderá ser valorada sem decorrer de uma decisão, ou seja, de um ato de vontade e consciência emanado por uma pessoa plenamente capaz de compreender e de querer²⁰².

O princípio da responsabilidade penal subjetiva desdobra-se na proibição da punição ao comportamento interior dos indivíduos, banindo qualquer forma de responsabilidade objetiva no Direito Penal. Constitui-se, portanto, em princípio norteador tanto da atividade legislativa, - ao vedar a punição de estados de espírito, ou mesmo pensamentos -, quanto da função judicante, na medida em que caberá ao juiz, no momento de proferir a sentença e aplicar a pena, exigir não apenas a

²⁰⁰ SCHMIDT, 2001.

²⁰¹ QUEIROZ, Paulo. **Direito penal**: parte geral. 5ª ed. São Paulo: Saraiva. 2009.

²⁰² FERRAJOLI, 2010.

reprovabilidade da conduta, mas, igualmente, uma vinculação pessoal do autor com o fato, em forma de dolo ou culpa²⁰³.

Contudo, de maneira inexplicável, o legislador brasileiro, ao incluir, ao ordenamento jurídico pátrio, a conduta de *constituir, organizar, integrar, manter ou custear organização paramilitar, milícia particular, grupo ou esquadrão com a finalidade de praticar qualquer dos crimes previstos no Código Penal*, restringiu demasiadamente a margem de discricionariedade do magistrado no momento de estabelecimento da pena, ao cominar uma pena mínima de quatro anos e máxima de oito anos de reclusão, revelando uma postura arbitrária, e de todo prejudicial à tarefa de individualização judicial²⁰⁴.

Como sabido, a dosimetria da pena é composta de três fases, elencadas no artigo 68, do Código Penal, devendo ser analisadas, primeiramente, as circunstâncias judiciais (artigo 59, do Código Penal), seguidas das circunstâncias legais (agravantes e atenuantes), e, por fim, as majorantes e atenuantes (causas de aumento e de diminuição de pena).

Todavia, ao estabelecer a pena do artigo 288-A, do Código Penal, o legislador retira do magistrado a possibilidade de dosá-la, a partir de uma análise acerca das especificidades do caso concreto e dos próprios aspectos pessoais de cada agente. Assim, comprometeu a individualização da pena, retirando do julgador a possibilidade de fixação do seu regime de cumprimento. Isto porque, qualquer adaptação realizada na pena mínima (de quatro anos) afasta a possibilidade de os réus cumprirem a pena em regime inicialmente aberto, bem como a chance de ter a sua pena substituída, benefícios estes que devem estar à disposição do julgador, para que se permita a aplicação de uma pena justa, necessária e suficiente à reprovação e prevenção do delito, nos moldes do artigo 59, do Código Penal²⁰⁵.

Ora, não se pode negar que esta questão envolve uma grave ofensa, não apenas ao princípio da responsabilidade subjetiva, como também ao princípio da proporcionalidade. Hassemer²⁰⁶, ao dispor sobre o princípio da proporcionalidade, prevê que esta deverá ser mensurada conforme “um juízo de ponderação entre a

²⁰³ SCHMIDT, 2001.

²⁰⁴ BITENCOURT, 2013.

²⁰⁵ *Ibid.*

²⁰⁶ WINFRIED, Hassemer. **Fundamentos del derecho penal**. Tradução de Francisco Muñoz Conde e Luís Arroyo Sapatero. Barcelona: Bosch, 1984.

carga 'coativa' da pena e o fim perseguido pela cominação penal". Depreende-se, portanto, a necessidade de um equilíbrio entre a gravidade da infração e a pena aplicada.

Deste modo, pode-se afirmar, com convicção, a patente desproporção existente no crime de *Constituição de Milícia Privada*, tendo em vista a inexplicável aproximação entre a pena mínima e a pena máxima aplicadas ao delito. Ressalta-se, portanto, a confusão legislativa, que compromete a individualização da pena e engessa o julgador, na medida em que dele retira os instrumentos que possibilitam a aplicação de uma pena equitativa²⁰⁷.

Ademais, não se pode olvidar que uma determinada conduta tipificada em um dispositivo pode conter diferentes graus de variação da sua gravidade, não se configurando aceitável a cominação de uma pena mínima tão elevada²⁰⁸, que comprometa uma análise adequada acerca da sua culpabilidade.

Percebe-se, portanto, a conversão do juiz num refém das fantasias utilitaristas do legislador, cada vez mais envolto numa imagem de "juiz oculto", ao usurpar previamente, – no momento da edição de tipos penais –, do magistrado a sua indelegável tarefa, quando da prolação da sentença²⁰⁹.

²⁰⁷ BITENCOURT, 2013.

²⁰⁸ *Ibid.*

²⁰⁹ BATISTA, Nilo. **Lições de Direito Penal Falimentar**. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho tem como objetivo a realização de uma análise acerca do crime de *Constituição de Milícia Privada*, previsto no artigo 288-A, do Código Penal, a partir do exame da sua ampla tipicidade. Ao mesmo tempo, cumpre avaliar a classificação legal e doutrinária do artigo, bem como a falta de definição legal dos seus elementos do tipo e a inaplicabilidade resultante desta omissão legislativa. Deste modo, diante do exposto, é possível considerar que:

A. O dispositivo, incluído pela Lei nº 12.720, editada no dia 28 de setembro de 2012, surgiu de um contexto específico, qual seja, a tortura de jornalistas do Jornal O Dia, - periódico de grande circulação na cidade do Rio de Janeiro -, por integrantes de milícias. Tamanha foi a comoção social oriunda deste episódio, que a sua ocorrência culminou na instauração quase que imediata, pela Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro, da denominada “CPI das Milícias”. Desta Comissão Parlamentar de Inquérito surgiu o Projeto de Lei nº 137/08, que resultou na edição do tipo penal em questão.

B. O alcance do objetivo final da pesquisa dependeu, pois, da resolução do seguinte questionamento, amplamente discutido em sede doutrinária: é possível a aplicabilidade do artigo 288-A, do Código Penal, diante da indefinição legal dos seus elementos normativos?

C. Conforme foi demonstrado ao longo deste trabalho, o crime de *Constituição de Milícia Privada* está inserto no contexto de um Direito Penal de Emergência, no qual a hipertrofia legislativa é regra, perante a insegurança da população frente a determinados eventos de grande repercussão social. Desta forma, editam-se leis penais extremamente severas, aprovadas às pressas, de forma a acalmar os ânimos de uma sociedade munida por um sentimento de vingança. Resultado disso são leis penais carentes de delimitação quanto aos seus destinatários e abrangência, ou mesmo dotadas de conceitos vagos e com múltiplos significados, de todo atentatórias aos princípios penais.

D. O artigo 288-A, do Código Penal é oriundo do fenômeno das milícias no Brasil, sendo dotado de forte carga valorativa e cultural. Assim, o seu conceito literal, emanado da organização hierárquica do Exército Brasileiro, deu lugar à

denominação oriunda do vocabulário dos órgãos midiáticos e de segurança pública, a partir do momento em que grupos armados, formados, em sua maioria, por agentes públicos, passaram a controlar as comunidades carentes das grandes cidades, a pretexto de exercerem, à margem da lei, serviços de segurança privada. Com o tempo, tais agentes passaram a expandir o seu âmbito de atuação, através de um regime baseado na repressão e violência, exigindo dos moradores a aquisição dos produtos e serviços por eles fornecidos, de modo a aumentar as suas finanças.

E. Ante o contexto da sua criação, depreende-se que o legislador, ao editar o dispositivo em questão, visou, na realidade, solucionar um problema de caráter eminentemente social a partir da utilização do Direito Penal, como *prima* ou *sola ratio*. Na sua ânsia pela criminalização, omitiu-se, ao não estabelecer uma conceituação das espécies de associação criminosa elencadas pelo dispositivo. Deste modo, delegou tal tarefa ao julgador, no momento de proferir a sentença, em clara ofensa ao princípio da separação dos poderes.

F. O tipo penal constitui-se em elemento essencial ao exercício do poder punitivo estatal. Desta forma, ao eleger os comportamentos socialmente reprováveis, o legislador orienta o comportamento dos indivíduos, de modo a evitar a ingerência excessiva e arbitrária do Estado na sua esfera de liberdade. Contudo, para que esta interferência seja legítima, deve o tipo penal trazer os seus conceitos previamente delimitados, de modo a garantir a segurança jurídica.

G. Neste diapasão, figura-se de suma importância a análise do crime de *Constituição de Milícia Privada* frente aos princípios penais. Considerando-se que o Direito Penal deve ser utilizado unicamente nas hipóteses em que haja efetiva lesão a um bem jurídico passível de tutela, quando os demais meios extrapenais não sejam cabíveis, é de se questionar a edição de um dispositivo cuja origem é atrelada a um episódio social específico, e que sequer tem os seus elementos normativos previamente definidos em lei, sobretudo quando há, no ordenamento jurídico brasileiro, outras espécies criminosas que poderiam adequar-se perfeitamente à situação fática que com ele se busca abarcar.

H. Ante a importância da delimitação das hipóteses de incidência de um dispositivo penal, visto que capaz de limitar o poder punitivo estatal, necessária se faz a definição dos elementos normativos do tipo previsto no artigo 288-A, do Código

Penal, de forma a assegurar aos cidadãos a previsibilidade das suas condutas, permitindo a sua atuação conforme o Direito.

I. No particular, vale registrar a sugestão pela total inaplicabilidade do dispositivo, dada a existência, no ordenamento jurídico brasileiro, de outras espécies normativas que abrangem, de maneira eficiente, a hipótese fática objeto do crime de *Constituição de Milícia Privada*, a exemplo do delito de *Associação Criminosa*, previsto na nova redação do artigo 288, do Código Penal; do artigo 35, da Lei 11.343, que versa sobre a *Associação para o Tráfico* e do artigo 1º, §1º da Lei nº 12.850/13, que traz o conceito de *organização criminosa*.

J. Ante o exposto, superada a questão da inaplicabilidade do crime de *Constituição de Milícia Privada*, torna-se imperioso ressaltar a função fundamental do Direito Penal, como protetor dos bens jurídicos fundamentais à sociedade. Assim, não cabe ao legislador estabelecer condutas tendo como norte apenas os anseios e pressões sociais, mas unicamente as garantias de liberdade dos indivíduos, sob pena de deslegitimação deste ramo jurídico.

REFERÊNCIAS

ARRAIS, Gerson Santana. **Homicídio simples praticado a partir de atividade de extermínio considerado como hediondo**. Teresina: Jus Navigandi, ano 15, n. 2481, 17 abr. 2010.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 10520**: informação e documentação: citações em documentos: apresentação. Rio de Janeiro, 2002.

_____. **NBR 14724**: informação e documentação: elaboração de trabalhos acadêmicos. Rio de Janeiro, 2002.

_____. **NBR 6023**: informação e documentação: referências: elaboração. Rio de Janeiro, 2002.

_____. **NBR 6028**: informação e documentação: resumo. Rio de Janeiro, 2002. 2 p.

BATISTA, Nilo. **Lições de Direito Penal Falimentar**. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

BARROS LIMA, Alberto Jorge. Criminalização e Direitos fundamentais: entre a intervenção mínima e a expansão penal. **Revista do Mestrado em Direito (UFAL)**, v. 3, p. 15-30, 2007.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. por Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

_____. **Tratado de Direito penal**: Parte geral. São Paulo: Saraiva, 2003, vol. I.

_____. **Tratado de Direito Penal**: Parte Especial. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, vol. IV.

_____. **Tratado de Direito Penal**: Parte Especial. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, vol. 4.

BOAVENTURA, Edvaldo Machado. **Como ordenar as idéias**. 8ª ed. São Paulo: Ática, 2001.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

_____. Congresso Nacional. **Lei 12850/13**, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no **2.848**, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995 e dá outras providências. Disponível em: < <http://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/1035673/lei-12850-13>> Acesso em: 13 jul. 2013.

_____. **Decreto-Lei nº 3.864/41**, de 24 de novembro de 1941. Estatuto dos Militares. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del3864.htm> Acesso em: 03 out. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **AP: 470 MG**. Rel.: Joaquim Barbosa, Data de Publicação: DJe-029 DIVULG 11/02/2009 PUBLIC 12/02/2009. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3098671/acao-penal-ap-470?ref=home>> Acesso em: 11 out. 2013.

_____. Senado Federal. **Projeto de Lei Nº 236**, de 2012. Institui novo Código Penal. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/comissoes/comissao.asp?origem=SF&com=1603>> Acesso em: 17 out. 2013.

_____. Congresso Nacional. **Projeto de Lei nº 370**, de 2007. Dispõe sobre o crime de extermínio de seres humanos, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=869B9AC3D9E45FFAF75AC42A7F617B4F.node2?codteor=440879&filename=PL+370/2007> Acesso em: 24 jul. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Ação Penal nº 514** – PR. Rel. Ministro Luiz Fux, j. 16 de junho de 2010. Ministério Público Federal. Brasília, DF: DJ de 04 de outubro de 2010. Disponível em: <<http://tjrs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20082745/apelacao-crimeacr70031727985-rs/inteiro-teor-20082746>> Acesso em: 24 jul. 2013.

_____. Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro. **Comissão Parlamentar De Inquérito Instituída Pela Resolução Nº 433/2008**. Disponível em: <http://www.nepp-dh.ufrj.br/relatorio_milicia.pdf> Acesso em: 22 jul. 2013.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **HC -78667 SP 2007/0053406-5**. Rel. Min. Laurita Vaz, T5 - Quinta Turma, data de Julgamento: 22/06/2010, data de publicação: DJe 02 de agosto de 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/habeas-corporus-turma-stj-voto-ministra.pdf>> Acesso em: 22 jun. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RHC 89.889/DF**. Rel. Ministra Carmén Lúcia, data de Julgamento: 14/02/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 05 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=567727>> Acesso em: 12 jul. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Ação Penal nº 514**. PR. Rel. Min. Luiz Fux, j. 16/06/2010. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20082745/apelacao-crime-acr-70031727985-rs/inteiro-teor-20082746>> Acesso em: 14 ago. 2013.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Apelação Crime**: ACR 6086631 PR 0608663-1. Disponível em: <<http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19564070/apelacao-crime-acr-6086631-pr-0608663-1>> Acesso em: 30 jul. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC: 96007 SP**. Rel. Min. Marco Aurélio, Data de Julgamento: 07/10/2008, Data de Publicação: DJe-195 DIVULG 14/10/2008 PUBLIC 15/10/2008. Disponível em: < <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14769643/habeas-corporus-hc-96007-sp-stf>> Acesso em: 27 out. 2013.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Lei nº12.720/12: Novas majorantes para homicídio e lesão corporal e a criação do crime de Constituição de Milícia Privada. **Revista Jurídica Consulex**. Brasília: ano XVI, n. 380, novembro, 2012.

CANO, Ignácio. Seis por meia dúzia? Um estudo exploratório do fenômeno das chamadas 'milícias' no Rio de Janeiro. In: **Segurança, tráfico e milícias no Rio de Janeiro**. Justiça Global (org.). Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Böll, 2008.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Trad. de António Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Gulbenkian, 1996.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo Penal de Emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

COELHO, Yuri Carneiro. **Bem jurídico-penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

COSSIO, Carlos. **La teoria egologica Del derecho y el concepto jurodico de libertad**. 2ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964.

CRIMINALIZAÇÃO e Direitos Fundamentais: Entre a intervenção penal mínima e a expansão penal. **Revista do Mestrado em Direito da Universidade Federal de Alagoas**, pp. 287-308. Maceió: EDUFAL, n. 03, dezembro 2008.

CUNHA, Rogério Sanches. **Comentários a lei nº 12.720, de 27 de setembro de 2012**. Disponível em: [http:// <www.atualidadesdodireito.com.br>](http://www.atualidadesdodireito.com.br). Acesso em: 14 out. 2013.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. Salvador: Editora JusPodium, 2010.

DE ASÚA, Jimenez. **Tratado de Derecho Penal**: Tomo III. Buenos Aires: Editorial Losada, 1963.

DE LA CUESTA, Aguado. **Norma primaria y bien jurídico**: su incidencia en la configuración del injusto. RDPC, 1996.

DEPOIMENTO do Delegado Cláudio Ferraz, da Delegacia Regional de Ações Criminosas Organizadas (DRACO) à Comissão Parlamentar de Inquérito instituída pela Resolução nº 433/2008. **Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro**. Disponível em: <http://www.nepp-dh.ufrj.br/relatorio_milicia.pdf> Acesso em: 23 jun. 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DWORKING, Ronald. **Levando os Direitos à Sério**. Trad.: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Título Original: Taking Rights Seriously.

ECO, Humberto. **Interpretação e Superinterpretação**. Trad. Monica Stahel. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

EDITORIAL. Lei 12.720/2012 – mais do mesmo na produção de leis penais. **Boletim IBCCrim**. São Paulo: Ano 20, n. 240, novembro, 2012. Disponível em: < http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4755-Editorial---Lei-12.720-2012-%C2%96-mais-do-mesmona-producao-de-leis-penais>. Acesso em: 05 out. 2013.

ESCUCHURI AISA, E. **Teoria del concurso de leyes y de delitos**. Bases para una revisión crítica. COMARES: Granada, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón: Teoria del Garantismo Penal**. Trad. por Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino et al. 3ª ed. Madrid: Trotta, 1998.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3ª ed. Revisada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio**. 7ª ed. Curitiba: Positivo, 2008.

_____. Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 4ª ed. Curitiba: Ed. Positivo, 2009.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997.

GUIVANT, Julia. **A teoria da sociedade de risco de Ulrich Beck: entre diagnóstico e a profecia**. Rio de Janeiro: Estudos Sociedade e Agricultura, 2001.

GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**. São Paulo: n. 39, 2004.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

_____. **Curso de Direito Penal: parte especial**. Niterói, RJ: Impetus, 2013, vol. IV.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro, Forense, 1958, vol. IX.

ISHIDA, Válter Kenji. **O crime de Constituição de Milícia Privada (Artigo 288-A do Código Penal) criado pela Lei nº 12720, de 27 de setembro de 2012.** Disponível em: <http://www.midia.apmp.com.br/arquivos/pdf/artigos/2012_%20crime_constituicao.pdf>. Acesso em: 26 out. 2013.

JESCHECK, Hanz-Hainrich. **Tratado de Derecho Penal.** Trad. José Luis Manzanares Samaniego. 4ª ed. Barcelona: Bosch, 1981.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** Traduzido por João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LUIZI, Luis. **Os Princípios Constitucionais Penais.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2003.

MAIA, Rodolfo Tigre. O princípio do *ne bis in idem* e a Constituição Brasileira de 1988. **Boletim Científico.** Escola Superior do Ministério Público da União. Brasília: ano 4, n. 16, jul./set. 2005.

MENDONÇA, Gismália Marcelino. **Manual de Normalização para Apresentação de Trabalhos Acadêmicos.** Salvador, Unifacs, 2009.

MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade.** Tradução e Prefácio de Alberto da Rocha Barros; Apresentação de Celso Lafer. 2ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1991.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal: parte general.** 5ª ed. Barcelona: Reppertor, 1998.

MOCCIA, Sérgio. A involução Pós-Moderna do Sistema Penal. **Revista Brasileira das Ciências Criminais.** São Paulo: ano 21, n. 100, jan-fev 2013.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica.** São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

NÚCLEO de Estudos da Violência – **Universidade de São Paulo.** Disponível em: <http://www.nevusp.org/portugues/index.php?option=com_content&task=view&id=757&Itemid=26> Acesso em: 23 out. 2013.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição.** 4ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, vol. I.

QUEIROZ, Paulo. **Direito penal: parte geral.** 5ª ed. São Paulo: Saraiva. 2009.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín; PRATS CANUT, J. Miquel. **Manual de Derecho Penal: Parte General.** 3ª Edición. Barcelona: Cadecs, 1997.

RIO: repórteres são torturados por milícia em favela. **Portal Terra Notícias,** Brasil S.A, 31 maio 2008. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/brasil/noticias/>>

0,,OI2920378EI5030,00Rio+reporteres+sao+torturados+por+milicia+em+favela.html
> Acesso em: 23 ago. 2013.

ROMAGNOSI, G.D. **Genesis del Derecho Penal**. Trad. Espanhola. Bogotá: Ed. Temis, 1956.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General**. Tomo I. La Estructura de La Teoria Del Delito. Madrid: Civitas, 2008.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O Princípio da Legalidade Penal no Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SICA, Leonardo. **Direito Penal de Emergência e Alternativas a Prisão**. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, Marcelo Rodrigues da Silva. **Constituição de Milícia Privada. Artigo 288-A, do Código Penal: uma lei fadada ao fracasso?** Comentários à Lei nº 12.720/2012. Disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/marcelorodrigues/2013/02/19/constituicao-de-milicia-privada-artigo-288-a-do-codigo-penal-uma-lei-fadada-aofracasso-comentarios-a-lei-no-12-7202012/> Acesso em: 03 set. 2013.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

VARGAS, José Cirilo de. **Do tipo penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

WINFRIED, Hassemer. **Fundamentos del derecho penal**. Tradução de Francisco Muñoz Conde e Luís Arroyo Sapatero. Barcelona: Bosch, 1984.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal. Parte General**. 2ª ed. Buenos Aires: Sociedad Anónima Editora, comercial, industrial y financiera, 2002.

ANEXO