

Miguel Reale Júnior

COORDENADOR

CÓDIGO PENAL
C O M E N T A D O

2017

saraiva  jur

ISBN 978-85-472-0859-2

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)
ANGÉLICA ILACQUA CRB-8/7057

Código penal comentado / Alamiro Velludo Salvador Netto... [et al] ; organizado por Miguel Reale Júnior. – São Paulo : Saraiva, 2017.

Bibliografia

1. Direito penal - Legislação - Brasil I. Salvador Netto, Alamiro Velludo II. Reale Júnior, Miguel.

17-0623 CDU 343(81)(094.4)

Índice para catálogo sistemático:

1. Brasil : Código penal comentado 343(81)(094.4)

Data de fechamento da edição: 10-4-2017

Dúvidas? Acesse www.editorasaraiva.com.br/direito

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora Saraiva. A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98 e punido pelo art. 184 do Código Penal.

CL 601872 CAE 570928

Índice Sistemático do Código Penal

PARTE GERAL

TÍTULO I

DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL

Arts. 1º a 12 13

TÍTULO II

DO CRIME

Arts. 13 a 25 43

TÍTULO III

DA IMPUTABILIDADE PENAL

Arts. 26 a 28 120

TÍTULO IV

DO CONCURSO DE PESSOAS

Arts. 29 a 31 137

TÍTULO V

DAS PENAS

Capítulo I Das espécies de pena (arts. 32 a 52) 150

Seção I Das penas privativas de liberdade (arts. 33 a 42) 153

Seção II Das penas restritivas de direitos (arts. 43 a 48) 169

Seção III Da pena de multa (arts. 49 a 52) 182

Capítulo II Da cominação das penas (arts. 53 a 58) 185

Capítulo III Da aplicação da pena (arts. 59 a 76) 189

Capítulo IV Da suspensão condicional da pena (arts. 77 a 82) 232

Capítulo V Do livramento condicional (arts. 83 a 90) 237

Capítulo VI Dos efeitos da condenação (arts. 91 e 92) 249

Capítulo VII Da reabilitação (arts. 93 a 95) 254

TÍTULO VI

DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA

Arts. 96 a 99 262

SOMOS | **saraiva**

Av. das Nações Unidas, 7.221, 1º andar, Setor B
Pinheiros – São Paulo – SP – CEP 05425-902

SAC

0800-0117875

De 2ª a 6ª, das 8h às 18h

www.editorasaraiva.com.br/contato

Presidente Eduardo Mufarej

Vice-presidente Claudio Lensing

Diretora editorial Flávia Alves Bravin

Conselho editorial

Presidente Carlos Ragazzo

Consultor acadêmico Murilo Angeli Dias dos Santos

Gerência

Planejamento e novos projetos Renata Pascual Müller

Concursos Roberto Navarro

Legislação e doutrina Thais de Camargo Rodrigues

Edição

Deborah Caetano de Freitas Viadana

Produção editorial

Ana Cristina Garcia (coord.)

Luciana Cordeiro Shirakawa

Clarissa Boraschi Maria (coord.)

Guilherme H. M. Salvador

Kelli Priscila Pinto

Marília Cordeiro

Mônica Landi

Surane Vellenich

Tatiana dos Santos Romão

Tiago Dela Rosa

Diagramação e revisão Know-How Editorial

Comunicação e MKT Elaine Cristina da Silva

Capa IDEE arte e comunicação

Produção gráfica Marli Rampim

Impressão e acabamento Intergraf Ind. Gráfica Eireli

Capítulo II	Da falsidade de títulos e outros papéis públicos (arts. 293 a 295)	864
Capítulo III	Da falsidade documental (arts. 296 a 305)	869
Capítulo IV	De outras falsidades (arts. 306 a 311)	893
Capítulo V	Das fraudes em certames de interesse público (art. 311-A)	902

TÍTULO XI

DOS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Capítulo I	Dos crimes praticados por funcionário público contra a Administração em geral (arts. 312 a 327)	905
Capítulo II	Dos crimes praticados por particular contra a Administração em geral (arts. 328 a 337-A)	957
Capítulo II-A	Dos crimes praticados por particular contra a Administração Pública estrangeira (arts. 337-B a 337-D)	1004
Capítulo III	Dos crimes contra a Administração da Justiça (arts. 338 a 359)	1011
Capítulo IV	Dos crimes contra as finanças públicas (arts. 359-A a 359-H)	1061

DISPOSIÇÕES FINAIS

Arts. 360 e 361	1072
-----------------------	------

Sumário

<i>Índice Sistemático do Código Penal</i>	5
<i>Apresentação</i>	11
Arts. 1 ^o a 12 – Janaina Conceição Paschoal	13
Arts. 13 a 25 – Miguel Reale Júnior	43
Arts. 26 a 28 – Víctor Gabriel Rodríguez	120
Arts. 29 a 31 – Janaina Conceição Paschoal	137
Arts. 32 a 58 – Marina Pinhão Coelho Araújo	149
Arts. 59 a 82 – Luciano Anderson de Souza	189
Arts. 83 a 99 – Alamiro Velludo Salvador Netto	237
Arts. 100 a 106 – Filipe Henrique Vergniano Magliarelli	274
Arts. 107 a 120 – David Teixeira de Azevedo e João Florêncio de Salles Gomes Junior	297
Arts. 121 a 137 – Renato de Mello Jorge Silveira	345
Arts. 138 a 145 – Luciano Anderson de Souza	404
Arts. 146 a 154-B – Miguel Reale Júnior	429
Arts. 155 a 183 – Alamiro Velludo Salvador Netto	469
Arts. 184 a 186 – Alexandre Wunderlich	580
Arts. 197 a 212 – João Florêncio de Salles Gomes Junior	592
Arts. 213 a 234-C – Renato de Mello Jorge Silveira	642
Arts. 235 a 249 – Fábio Guedes de Paula Machado	682
Arts. 250 a 285 – Helena Regina Lobo da Costa	749
Arts. 286 a 288-A – Heloisa Estellita	842
Arts. 289 a 311-A – Mariângela Gama de Magalhães Gomes	851
Arts. 312 a 327 – Alexandre Wunderlich	905
Arts. 328 a 333 – Víctor Gabriel Rodríguez	957
Arts. 334 e 334-A – Marina Pinhão Coelho Araújo e Miguel Reale Júnior	986
Arts. 335 a 337 – Marina Pinhão Coelho Araújo	993
Arts. 337-A a 337-D – Luciano Anderson de Souza	995
Arts. 338 a 359 – Eduardo Saad-Diniz	1011
Arts. 359-A a 359-H – Janaina Conceição Paschoal	1061

sidade de descriminalização desta conduta, apesar de haver decisões que se preocupam com essa questão²⁵⁷.

Se a prática for realizada mediante remuneração, aplica-se também a pena de multa, prevista no parágrafo único. Se a conduta se voltar a vítima determinada, que tenha sido iludida por fraude, sofrendo prejuízo e gerando ao agente vantagem indevida, configura-se o estelionato.

Para distinguir este tipo penal daqueles previstos nos arts. 282 e 283, a doutrina aponta as características do sujeito ativo. No exercício ilegal da medicina, arte dentária e farmacêutica, o sujeito não detém autorização para agir, mas possui conhecimentos técnicos. No charlatanismo, o agente sabe que está diante de meio ineficaz para a cura da doença. Já no curandeirismo, o agente deve ser pessoa ignorante e inculta. Com relação a esse último ponto, repise-se que se trata de raço de direito penal do autor. É bastante questionável, inclusive, a presença do elemento subjetivo exigido pelo tipo em tais casos, porque se o sujeito ativo é rude, provavelmente acredita na cura da doença pelo meio que pratica.

Considerações finais

Quanto ao resultado morte ou lesão corporal de natureza grave, *vide* anotações aos arts. 258 e 285.

Forma qualificada

Art. 285. Aplica-se o disposto no art. 258 aos crimes previstos neste Capítulo, salvo quanto ao definido no art. 267.

Vide as observações já traçadas sobre o art. 258, bem como as menções, nas “Considerações finais” dos arts. 272 e 273, à falta de proporção das penas para as figuras culposas.

TÍTULO IX DOS CRIMES CONTRA A PAZ PÚBLICA

Incitação ao crime

Art. 286. Incitar, publicamente, a prática de crime:
Pena – detenção, de 3 (três) a 6 (seis) meses, ou multa.

base científica alguma, curar doenças alheias. É o curandeiro, no dizer de Hungria, um indivíduo inculto, ou sem qualquer habilitação profissional que se mete a curar com o mais grosseiro empirismo. Recurso defensorio a que se dá parcial provimento (TACRIM-SP, Ap. 1311793-2, 11ª Câmara, rel. Fernandes de Oliveira, julgado em 10-6-2002).

²⁵⁷ HC 1.498-3/RJ, rel. Ministro Vicente Cernicchiaro, 6ª Turma, julgado 18-12-1992.

Bibliografia: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 20. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 4; CAVALIERI, Antonio. *Tipicità ed offesa nei reati associative*. In: PALAIANO, Vincenzo (a cura di). *Nuove strategie per la lotta al crimine organizzato transnazionale*. Torino: Giapichelli, 2003; ESTELLITA, Heloisa; GRECO, Luís. Empresa, quadrilha (art. 288 do CP) e organização criminosa. Uma análise sob a luz do bem jurídico tutelado. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 19, n. 91, p. 393-409, jul./ago. 2011; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte especial*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988. v. II; HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal: Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – arts. 250 a 361*. Rio de Janeiro: Forense, 1958; NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense/GEN, 2014; PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2014; REALE JÚNIOR, Miguel (Coord.). *Direito penal: jurisprudência em debate*. São Paulo: GZ, 2012. v. 3.

Considerações gerais

A figura inaugura o Título IX – Dos crimes contra a paz pública. Como disse em outra sede com Greco acerca do conceito de paz pública, ela não pode ser entendida como um bem jurídico coletivo a compreender quaisquer incriminações, mas deve manter um referencial com outros bens, individuais ou coletivos, protegidos mediante a técnica do perigo abstrato²⁵⁸. Expandindo tais considerações para os crimes definidos neste título, os tipos penais aqui previstos podem ser vistos como protetores dos bens que poderão vir a ser lesionados pelas modalidades de condutas definidas nos arts. 286 a 288-A, o que permite fornecer parâmetros para eventual crítica quanto à desproporcionalidade da sanção.

Considerações nucleares

Incitar é estimular, impelir, encorajar, provocar²⁵⁹. A incitação tem por objeto a prática de crime, e não de contravenção penal. A limitação é salutar, pois, tratando-se de crime de perigo, com baixa lesividade, ao menos se exige que o objeto do estímulo sejam as formas mais graves de ofensa, previstas em crimes e não em contravenções penais. A gravidade do crime para o qual o agente incita deverá se refletir na pena, já que, na linha de consideração do bem jurídico protegido, a incitação a um crime contra a vida deverá ser apenada mais severamente do que a incitação para o crime de furto, por exemplo.

²⁵⁸ ESTELLITA, GRECO, 2011, p. 399. Cf., especialmente, p. 398 a 403, cf. notas 15 e 16, para farta bibliografia acerca dos diversos entendimentos sobre o bem jurídico protegido pelas incriminações ligadas às associações criminosas. A par da bibliografia já indicada, merece leitura o artigo de Cavalieri (2003).

²⁵⁹ A análise crítica sobre o significado do verbo nuclear do tipo pode ser encontrada em Reale Júnior (2012, v. 3, p. 181-183).

A incitação deve ser *pública*. A publicidade é um elemento essencial do tipo, que permite sua convivência harmônica com o disposto no art. 31 do CP, que estabelece a impunidade da instigação se o crime não chega ao menos a ser tentado. É a publicidade da incitação, portanto, que a torna punível. A incitação de uma só pessoa, em âmbito privado ou restrito, configurará mera participação e tornará o agente punível nessa qualidade se o crime objeto da incitação for ao menos tentado.

O requisito da publicidade demanda que a incitação seja acessível e percebida por um número indeterminado de pessoas²⁶⁰. Qualquer meio que torne a mensagem pública é apto a veicular a incitação, o que pode se dar em uma reunião aberta, em uma veiculação na mídia, em sítios eletrônicos ou mesmo postagens em redes sociais.

O crime objeto da incitação tem de ser um fato delituoso determinado, em contraposição a um encorajamento à prática genérica de crimes, o que é um dos elementos que auxilia na necessária distinção entre a manifestação pública contra determinadas figuras penais (v., adiante, comentários ao art. 287), que é legítima, e a configuração deste crime. Somente a publicidade da instigação aliada ao fato determinado para cuja prática ela conclama é que pode legitimar a punição sob o ponto de vista da lesividade do perigo abstrato, pois somente com a reunião desses elementos a conduta significará um especial perigo para os bens jurídicos objeto dos crimes para os quais se incita.

O crime se consuma com a publicidade da instigação, no momento em que se torna perceptível a um número indeterminado de pessoas. A efetiva prática do crime objeto da instigação é irrelevante para a consumação deste crime e pode configurar, para seu autor, também a participação no crime efetivamente cometido (art. 29). Trata-se, portanto, de uma das exceções à regra do art. 31 do Código Penal, que impede a punição do ajuste, da determinação, da instigação e do auxílio quando o crime não chega a ser tentado (art. 31).

O crime é doloso, sendo a modalidade eventual admissível.

Sendo a incitação dirigida ao estímulo ao uso indevido de droga, a figura típica a reger será a do art. 33, § 2º, da Lei n. 11.343/2006, com sanção significativamente superior (detenção, de um a três anos, e multa de cem a trezentos dias-multa). A incitação à prática de genocídio é punida pelo art. 3º da Lei n. 2.889/56, com a metade da pena cominada para cada espécie prevista no art. 1º, e, se consumado o delito, com a mesma pena do crime incitado (§ 1º).

Apologia de crime ou criminoso

Art. 287. Fazer, publicamente, apologia de fato criminoso ou de autor de crime:

Pena – detenção, de 3 (três) a 6 (seis) meses, ou multa.

²⁶⁰ A discussão sobre esse pressuposto está contemplada em Reale Júnior (2012, v. 3, p. 184-186).

Bibliografia: BARRETO, Sebastião Silva. Apologia do crime e dos criminosos. *Justitia*, São Paulo, v. 59, 185/188, p. 23-27, jan./dez. 1999; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 4; ESTELLITA, Heloisa; GRECO, Luís. Empresa, quadrilha (art. 288 do CP) e organização criminosa. Uma análise sob a luz do bem jurídico tutelado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 19, n. 91, p. 393-409, jul./ago. 2011; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte especial*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988. v. II; HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal: Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – arts. 250 a 361*. Rio de Janeiro: Forense, 1958; MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. La apologia delictiva. *Actualidad Penal*, Madrid, v. 2, 26/48, p. 755-764, semanal. 1997; NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense/GEN, 2014; PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2014; REALE JÚNIOR, Miguel (Coord.). *Direito penal: jurisprudência em debate*. São Paulo: GZ, 2012. v. 3; SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo. La tipificación de conductas de apología del delito y el derecho penal del enemigo. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Madrid: Edisofer, 2006. v. 2.

Considerações nucleares

A conduta incriminada é a de fazer apologia, ou seja, elogiar ou enaltecer um determinado fato criminoso ou seu autor.

Tal qual exigido para a configuração da incitação ao crime, a apologia deve ser pública, nessa qualidade residindo o caráter perigoso da conduta e mesmo seu potencial lesivo. Se, como já observado com razão pela doutrina, trata-se aqui de uma forma de incentivo indireto ou implícito à conduta delituosa enaltecida (BITENCOURT, 2014, p. 432)²⁶¹, é forçoso concluir que sua periculosidade é ainda menor que a da figura anterior, de incitação. Esse menor grau de lesividade deveria ter-se refletido na pena, o que não foi feito, já que as penas dos arts. 286 e 287 são idênticas.

Aqui também se trata de enaltecer um fato determinado ou um autor de um fato igualmente determinado, fato esse que deve necessariamente ser criminoso, e não, portanto, a mera prática de contravenção penal.

Muito embora os dicionários apontem como significado da apologia também o ato de defender, esse sentido deve ser analisado com limites quando empregado juridicamente e especialmente no âmbito deste tipo penal, pena de torná-lo incompatível com o direito de defesa e com a presunção de inocência, ambos direitos fundamentais agasalhados na Constituição. Assim, manifestações em favor do au-

²⁶¹ V. considerações críticas sobre a aplicação do dispositivo em: Reale Júnior (2012, v. 3, p. 194-197).

tor de um crime não podem ser vistas como configuradoras desta modalidade típica, nem mesmo explicações sobre suas causas, ou mesmo críticas à sua eventual condenação pela Justiça. Apenas manifestações públicas que veiculem um elogio a uma prática criminosa ou o elogio à prática criminosa que se extraia do elogio ao autor dessa prática, evidenciando um incentivo indireto à prática criminosa, é que poderão atrair a incidência desta figura típica.

Discute-se, na doutrina, se deve haver pronunciamento judicial definitivo sobre o caráter criminoso do fato. Uns entendem que somente se configurará o crime quando o elogio se referir a um autor condenado definitivamente pela prática de um crime, dada a clareza do disposto no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal (BITENCOURT, 2014, v. 4, p. 436). Outros entendem desnecessário tal pressuposto (PRADO, 2014, p. 1199). Entendemos que a razão está com a primeira corrente. A clareza do dispositivo constitucional, superveniente à introdução deste tipo penal em nosso ordenamento, limitou o seu alcance, e interpretação em outro sentido conduziria à sua não recepção (v. *infra*).

A figura também é dolosa.

Considerações finais

Todas as figuras típicas do Título ora analisado carregam forte risco de incompatibilidade com garantias e direitos fundamentais previstos na Constituição Federal e merecem, pois, interpretação restritiva e, se o caso, conforme ao texto constitucional, pena de não recepção pela nova ordem constitucional. É justamente o que foi discutido pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito da ADPF 187, na qual se decidiu que o tipo ora analisado deve ser interpretado “de forma a excluir qualquer exegese que possa ensejar a criminalização da defesa da legalização das drogas, ou de qualquer substância entorpecente específica, inclusive através de manifestações e eventos públicos”²⁶².

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.

Bibliografia: BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 4; CASTANHEIRA, Beatriz Rizzo. Organizações criminosas no direito penal brasileiro: o estado de prevenção e o princípio da legalidade estrita. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 24, p. 99-124, out./dez. 1998; ESTELLITA, Heloisa. *Criminalidade de empresa, quadrilha e organização criminosa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008; ESTELLITA, Heloisa; GRECO, Luís. Empresa, quadrilha (art. 288 do CP) e organização criminosa. Uma análise sob a luz do bem jurídico tutelado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 19, n. 91, p. 393-409, jul./ago. 2011; ESTELLITA, Heloisa; GRECO, Luís. Nova definição de organização criminosa é progresso. *Conjur*, 14 de setembro de 2014 (disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-set-14/definicao-organizacao-criminosa-progresso-legislacao>>); FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. A criminalidade organizada: do fenômeno ao conceito jurídico-penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 71, p. 11-30, mar./abr. 2008; FRAGOSO, Hele- no Cláudio. *Lições de direito penal: parte especial*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988. v. II; FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coord.). *Leis penais e sua interpretação jurisprudencial*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2001; GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *Crime organizado: enfoque criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal*. São Paulo: RT, 1995; GRINOVER, Ada Pellegrini. O crime organizado no sistema italiano. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 12, p. 76-86, out./dez. 1995; HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal: Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – arts. 250 a 361*. Rio de Janeiro: Forense, 1958; NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense/GEN, 2014; PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes. *Organização criminosa: nova perspectiva do tipo legal*. São Paulo: RT, 2009; PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 4. ed. São Paulo: RT, 2006. v. 3; PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 13. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2014; REALE JÚNIOR, Miguel. Cartel e quadrilha ou bando: *bis in idem*. *Ciências Penais – Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, São Paulo, ano 3, v. 5, jul./dez. 2006; REALE JÚNIOR, Miguel (Coord.). *Direito penal: jurisprudência em debate*. São Paulo: GZ, 2012. v. 3; SALES, Sheila Jorge Selim de. *Dos tipos plurissubjetivos*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997; SANTOS, Juarez Cirino dos. Crime organizado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 42, p. 214-224, jan./mar. 2003; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Do atual desvirtuamento da imputação do crime de quadrilha ou bando na realidade brasileira. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, São Paulo, n. 21, p. 216-225, jan./jun. 2008; TORON, Alberto Zacharias. Prefácio à obra de GOMES, Luiz Flávio e CERVINI, Raúl. *Crime organizado: enfoque criminológico, jurídico (Lei n. 9.034/95) e político-criminal*. São Paulo: RT, 1995.

Considerações gerais

O tipo penal foi inserido na legislação brasileira com o CP de 1940, sob a rubrica “quadrilha ou bando”, e foi alterado em 2014, pela Lei n. 12.850, que dis-

²⁶² STF, ADPF 187, rel. Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, *DJe* 29-5-2014. Discussão sobre decisões no âmbito de tribunais de justiça estaduais pode ser encontrada em Reale Júnior (2012, v. 3, p. 186-194).

ciplinou a organização criminosa e introduziu alterações neste dispositivo, inclusive alterando sua rubrica. A alteração teve por escopo manter harmonia entre os novos dispositivos.

É modalidade de tutela antecipada dos bens jurídicos objeto do plano criminoso na associação, como visto no comentário ao art. 286.

Considerações nucleares

É crime de concurso necessário, sendo a pluralidade de sujeitos ativos – três ou mais – e a estabilidade da associação os elementos centrais aptos a gerar perigo para os bens jurídicos objeto do plano criminoso comum²⁶³.

É discutível se, para o atendimento desse número mínimo de quatro pessoas, podem ser incluídos os inimputáveis. Há os que entendam fundamental a imputabilidade de todos os integrantes, pois somente pessoas capazes de delinquir, em associação, serão capazes de gerar efetivo perigo para os bens jurídicos objeto do plano criminoso. Outros, porém, admitem a contagem, nesse número, de agentes inimputáveis.

A associação para a prática de *contravenções* é atípica. Os crimes a serem praticados são *indeterminados*, o que o difere do concurso eventual de pessoas, já que neste há a união para a prática de determinado crime ou de determinados crimes. Outro traço que o diferencia do mero concurso de pessoas é a *estabilidade* ou *permanência* da associação, inexigível na configuração do concurso de pessoas.

Não é necessária a formalização ou mesmo alguma hierarquia entre os membros da quadrilha ou bando, características estas reservadas às organizações criminosas, tal qual definidas na Lei n. 12.850/2014: ou seja a associação de quatro ou mais pessoas, que se dê de forma estruturada e por meio de divisão de tarefas, cuja finalidade seja a de obter vantagem de qualquer natureza mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas superem o patamar de quatro anos ou que tenham caráter transnacional (art. 1º, § 1º).

O crime é doloso²⁶⁴ e portador de elemento subjetivo do injusto: “para o fim específico de cometer crimes”. O adjetivo “específico” foi inserido na descrição típica em 2014 e sobre ele escrevi, com Greco: “É obscuro o significado do termo. Segundo o *Dicionário Aurélio*, específico é um atributo ‘exclusivo de uma coisa ou espécie’. Antes da alteração, o fim da associação poderia ser *também* a prática de crimes, agora, porém, a associação de três pessoas para a prática de crimes somente configurará a associação criminosa do art. 288 desde que se dê para o fim espe-

²⁶³ No mesmo sentido, todavia considerando a redação anterior do dispositivo, cf. Reale Júnior (2012, v. 3, p. 205).

²⁶⁴ A análise crítica de arestos sobre o tipo subjetivo está contemplada em Reale Júnior (2012, v. 3, p. 207-211).

cífico da prática de crimes. O que parece claro, contudo, é que o universo de condutas abarcado pela nova disposição é menor que o anterior. Um exemplo ajuda a demonstrar o que se afirma. Se, até o advento da lei, uma associação de quatro pessoas para fins de execução autorizada de grafites em áreas urbanas, que *também* realizasse, casualmente, grafites em propriedades alheias sem autorização, poderia ser considerada uma quadrilha ou bando, com a nova redação, porém, ausente a finalidade criminosa específica da associação, não há mais que falar no delito do art. 288 do CP” (ESTELLITA; GRECO, 2014). A inserção torna ainda mais clara a exigência, de longa data exigida pela doutrina, de que exista um plano criminoso, ainda que não tenha de ser formal, muito menos escrito.

A consumação se dá no momento da associação que tenha por finalidade específica a prática de crimes, pois somente em tal momento se poderá afirmar o surgimento do perigo abstrato. Disso decorre não só que não é necessário que algum dos crimes inseridos no projeto tenha, de fato, sido cometido, como que a desistência de levar a cabo o projeto criminoso, embora possa até atenuar a pena, não tem efeitos quanto à consumação. Não se poderá, contudo, prescindir da existência de comportamentos concretos indicativos da associação, como, por exemplo, que o contato entre os membros perdure no tempo, a elaboração do plano criminoso e até mesmo atos preparatórios da execução desse plano.

Se crimes forem, de fato cometidos, haverá concurso formal entre a figura deste art. 288 e os crimes efetivamente praticados²⁶⁵.

A causa de aumento prevista no parágrafo único, primeira parte, já se encontrava contemplada desde as origens do tipo penal e reflete a maior ameaça ínsita ao uso de meios que possam causar lesões corporais ou morte. A novidade fica por conta da inserção da “participação de criança ou adolescente”, comumente utilizados por associações criminosas em virtude de sua inimputabilidade. Isso não implica dizer que a participação de crianças ou adolescentes na associação possa ser relevante para atender ao número mínimo de participantes exigido pela figura típica. É a maturidade dos membros associados para a prática de crimes, associada às demais elementares típicas, que confere à sua associação o potencial de risco aos bens jurídicos objeto de seu plano.

Constituição de milícia privada

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.

²⁶⁵ Em sentido diverso, cf. Reale Júnior (2012, v. 3, p. 215-216).

Bibliografia: NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense/GEN, 2014; PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2014.

Considerações gerais

Trata-se de nova figura penal inserida no CP pela Lei n. 12.720, de 27 de setembro de 2012. O mesmo diploma incluiu, ainda, causas de aumento de pena tanto no art. 121 como no art. 129 do CP, quando o crime for praticado por milícia privada.

As considerações sobre o escopo da tutela penal feitas nos comentários ao art. 286 aplicam-se ao novo dispositivo.

Em um interregno de menos de um ano, o legislador fez duas intervenções legislativas na disciplina penal do agrupamento de pessoas para a prática de infrações penais: criou o atual dispositivo em 2012 e, no ano seguinte, alterou a redação do art. 288 do CP, incluindo, na mesma oportunidade, a incriminação da organização criminosa na legislação extravagante.

Criou um quadro complicado e que causa perplexidade, uma vez que, atualmente, temos a seguinte situação: (i) a associação de mais de três pessoas para a prática de quaisquer crimes incriminada pelo art. 288 do CP, com pena de reclusão de um a três anos; (ii) a formação de milícia privada, esquadrão, grupo ou organização paramilitar para a prática de crimes previstos no Código Penal, com pena de reclusão de quatro a oito anos; e, finalmente, (iii) condutas inseridas em contexto de organização criminosa, assim considerada aquela que, dentre outros elementos²⁶⁶, tenha por finalidade a prática de crimes ou contravenções com pena máxima superior a quatro anos ou de caráter transnacional, sujeita à pena de reclusão de três a oito anos e multa²⁶⁷.

Considerações nucleares

Enquanto o art. 288 do CP pune o ato de “associação”, o dispositivo sob exame pune as condutas de constituir, no sentido de criar; organizar; integrar; manter ou custear “organização paramilitar”, “milícia particular”, “grupo ou

²⁶⁶ Art. 1º, § 1º, da Lei n. 12.850/2013: “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”.

²⁶⁷ Art. 2º, *caput*, da Lei n. 12.850/2013: “Art. 2º Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa: Pena – reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas”.

esquadrão”. Ou seja, alcança também agentes que não são membros do grupo, mas que lhe prestem auxílio no sentido de manutenção ou financiamento.

Ao contrário do que sucede com o art. 288, o crime descrito no dispositivo sob análise não estabelece número mínimo de participantes porque se assenta justamente sobre os conceitos de “organização paramilitar”, “milícia particular”, “grupo ou esquadrão”, os quais já pressupõem pluralidade de agentes com comunidade de interesse, elemento este indicado na parte final do dispositivo com a expressão “com a finalidade de praticar qualquer dos crimes previstos neste Código”.

Dada a proximidade entre este tipo penal e os do art. 288 do CP e do art. 2º da Lei n. 12.850/2013, mas considerada a disparidade entre as sanções previstas para as diversas formas de agrupamento de pessoas para a prática de crimes, a distinção entre as três figuras dependerá – para além do objeto da finalidade de cada modalidade de agrupamento – particularmente do conteúdo semântico das quatro formas associativas “organização paramilitar”, “milícia particular”, “grupo ou esquadrão”. Não por outra razão, a crítica de Prado no sentido de que o tipo penal é amplo e impreciso, carecendo de definição em lei, esses que são seus elementos essenciais (PRADO, 2014, p. 1210).

Para a definição de organização paramilitar é inevitável recorrer aos atributos de uma organização militar, à qual, porém, faltará justamente o elemento de legalidade. Ou seja, será uma organização armada, sujeita a rígida hierarquia, com missões precisas, a qual, porém, opera à margem da legalidade. O mesmo se diz acerca da milícia particular (PRADO, 2014, p. 1210).

As ideias de grupo ou esquadrão que tenha a finalidade da prática de crimes remete o intérprete diretamente à figura do art. 288, dado que pressupõe justamente uma pluralidade de pessoas unidas em torno de um plano comum da prática de crimes. A disparidade de penas cominadas às duas figuras, porém, imporá o desenvolvimento de critérios que permitam diferenciar as figuras, sendo exigido patamar superior de periculosidade do grupo ou esquadrão deste art. 288-A. Uma possibilidade poderá ser a de entender que os grupos ou esquadrões alcançados por este dispositivo devam ter as mesmas qualidades das organizações paramilitares ou milícias particulares, ou seja, organização hierarquizada, armada, orientada à prática de crimes previstos no CP, com o que se justificaria a superioridade da resposta penal tanto em comparação com a do crime descrito no art. 288 do CP como do art. 2º da Lei n. 12.850/2013.

O crime é doloso, portador de elemento subjetivo especial, o que impede sua prática na forma eventual.

TÍTULO X DOS CRIMES CONTRA A FÉ PÚBLICA

Bibliografia: AMARAL, Sylvio. *Falsidade documental*. 2. ed. São Paulo: RT, 1978; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 6. ed. rev. e ampl. São