



3º SIMPÓSIO
SUSTENTABILIDADE E
CONTEMPORANEIDADE
NAS CIÊNCIAS SOCIAIS

DIAS 9, 10 E 11
DE JUNHO
DE 2015



COOPEX



DOS CRIMES CONTRA A PAZ PÚBLICA – ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA ARTIGO 288, DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO.

OLIVEIRA, Wagner Cavinato de¹
VIEIRA, Tiago Vidal²

RESUMO

O referente artigo irá tratar da nova redação dada em 02 de agosto de 2013 ao artigo 288 do Código Penal Brasileiro, que passou a vigorar a partir de 16 de setembro de 2013, como Associação Criminosa, sendo esta análise realizada através do entendimento doutrinário e jurisprudencial passando por todas as etapas que constituem e caracterizam o crime até por fim chegar a sua consumação. Tem também como objetivo demonstrar a diferença entre Organização Criminosa e Associação Criminosa. A importância de abordar este tema é delimitar as controvérsias existentes que surgem ao estudar o assunto, sendo, desta maneira, o artigo baseado nas obras de alguns dos renomados doutrinadores do direito brasileiro, assim como nas jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

PALAVRAS-CHAVE: Associação Criminosa; Organização Criminosa; Direito Penal.

FROM THE CRIMES AGAINST THE PUBLIC PEACE – CRIMINAL ASSOCIATION – ARTICLE 288, OF THE BRAZILIAN PENAL CODE.

ABSTRACT

This article will discourse the new wording that was given to the 288 article of the Brazilian Penal Code on August 2nd 2013 and became effective since September 16th 2013, like Criminal Association, being this analysis performed through the doctrinaire and jurisprudential understanding, passing by all of the levels that compose and characterize the crime until its consummation. It also has the goal of demonstrate the difference between the Criminal Organization and the Criminal Association. The importance of discuss this theme is delimitate the controversies that arise when we study this subject, being, in this way, this article based in some of the most renowned scholars works of the Brazilian Law, as well as, in the jurisprudences of the Higher Court of Justice and the Supreme Federal Court.

KEY-WORDS: Criminal Association, Criminal Organization, Penal Law.

1. INTRODUÇÃO

Justifica-se a escolha do presente artigo, por se tratar de alteração recente da redação do artigo 288 do Código Penal, pretendendo-se analisar os requisitos para a tipificação do crime de Associação Criminosa diferenciando-o do de Organização Criminosa.

Assim, se faz relevante esta pesquisa, pois diante da observância da lei qual será a conduta delituosa a ser aplicada no caso de estarem presentes os elementos configuradores do delito para cada caso em apreço, a fim de tornar mais fácil as suas caracterizações para que o agente não seja punido de forma injusta.

Faz-se necessário destacar que tratam de crimes distintos, pois o crime de Associação Criminosa está tipificado no Código Penal art. 288, com a nova redação determinada pela Lei n. 12.850/03, no seu artigo 24, e o crime de Organização Criminosa é tipificado no artigo 1º, § 1º da referida Lei.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1. CONCEITO DE ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA.

O delito de associação criminosa art. 288 do Código Penal, passou a vigorar com a entrada da Lei nº. 12.850 de 02 de agosto de 2013, que define associação criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção de prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940

¹ Acadêmico de Direito – Faculdade Assis Gurgacz - cavinatowagner@gmail.com.

² Professor Orientador Especialista em Direito Penal - tiago_vidal_vieira@yahoo.com.br

(Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências, que se encontram no artigo que regulamenta a colaboração premiada.

Foi o art. 24, da referida Lei, que trouxe nova redação ao artigo 288 do Código Penal, o qual antes da reforma contextual era conhecido pelo delito de formação de Quadrilha ou Bando, que pelas razões da nova definição legal, já não se fazia mais pertinente.

Sendo assim, pode-se dizer que com a atual redação do art. 288 do Código Penal, é considerado como delito de associação criminosa, a reunião estável/permanente de 3 (três) ou mais pessoas, com o fim específico de cometer crimes indeterminados.

Associação Criminosa; com a alteração do Código Penal, pela Lei 12.850/13 o artigo 288 *caput*, passou a vigorar com a seguinte redação;

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.

A primeira inovação dada pela Lei nº 12.852/2013, foi no *caput* do referido artigo, pois para a concretização da Associação Criminosa, faz-se necessário que estejam associadas mais de 02 (duas) pessoas com a finalidade de cometer crime para que a tipicidade fique comprovada.

2.2. AÇÃO NUCLEAR – ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA.

Ação nuclear é o estudo do verbo que é usado para tipificar a conduta que deve o agente praticar para que seja caracterizado o delito na lei penal, para que então possa sofrer a sanção penal cabível pela sua conduta antijurídica. No que dispõe ao estudo aqui desenvolvido, trata-se do verbo “*associar-se*”, sendo este, o núcleo tipo para tipificar a conduta de associação criminosa.

Em Greco (2014, p.911), encontramos a citação abaixo que possibilita demonstrar com maior clareza como é definido a análise nuclear da associação criminosa. “O núcleo *associar-se* diz respeito a uma reunião não eventual de pessoas, com caráter relativamente duradouro”.

Nota-se que para tipificar a conduta de Associação Criminosa, considera-se *associar-se* como a conduta de reunião de pessoas com a finalidade de cometer crimes.

Sendo ainda, elementos indispensáveis para a caracterização da Associação Criminosa, a durabilidade e a permanência da associação para a consecução de um objetivo comum, o de cometer delitos da mesma espécie, ou não.

Em Capez (2014, p. 321), encontramos citada a seguinte conceituação dos elementos indispensáveis para a caracterização da associação criminosa: “Exige-se um vínculo associativo entre os membros da associação criminosa, que deve ser permanente e não eventual, esporádico, do contrário poderá haver mero concurso de agente”.

Conclui-se então que, em relação aos elementos indispensáveis, para a caracterização do delito, estão: a associação, a durabilidade e a permanência.

2.3. ELEMENTOS DO TIPO DA ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA.

A doutrina majoritária diante da alteração da redação do artigo 288, do Código Penal, para associação criminosa dada pela Lei n. 12.850/13, trouxe um novo *quantum* como sujeitos deste novo delito, a associação de 3 (três) ou mais pessoas para o fim específico de cometer crimes, sendo considerado como sujeito ativo toda e qualquer pessoa que manifeste a livre vontade de associar-se de forma permanente, a fim de cometer crimes de natureza indeterminada.

O sujeito passivo da associação criminosa é a sociedade que tem sua paz perturbada em razão da formação do grupo criminoso (STJ - HC: 160290 MS 2010/0012159-5, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 14/02/2012, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/02/2012).

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIMES DE ROUBO E FORMAÇÃO DE QUADRILHA. TESE DE ATIPICIDADE DA CONDUTA QUANTO AO ART. 288 DO CÓDIGO PENAL. COMPROVAÇÃO DE VÍNCULO ASSOCIATIVO ESTÁVEL DE MAIS DE TRÊS PESSOAS. IDENTIFICAÇÃO DE TODOS OS ENVOLVIDOS. DESNECESSIDADE. 1. Para o reconhecimento do crime de formação de quadrilha, basta a comprovação da existência de associação estável de mais de três pessoas, com a intenção de praticar crimes diversos, sendo, pois, prescindível a identificação efetiva de todos os membros da quadrilha ou bando. Precedentes. 2. Ordem denegada.

(STJ - HC: 160290 MS 2010/0012159-5, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 14/02/2012, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/02/2012).

Contudo, é o entendimento majoritário que não há necessidade de que todos os associados sejam imputáveis para ser reconhecida a associação criminosa, pois, pode ser que um dos associados ao tempo do cometimento do delito seja inimputável, que não estará afastada a classificação do delito. Porém, para que seja o inimputável considerado



como parte integrante da Associação Criminosa, deverá (ia) ser levado em consideração a sua capacidade de discernimento da conduta delituosa.

No entanto em Greco (2014, p. 914), merece destaque a seguinte citação no que se refere ao inimputável em relação ao delito de associação criminosa:

Na hipótese, por exemplo, em que dois agentes utilizem uma criança com apenas 5 (cinco) anos de idade, que sirva como “isca” para as vítimas do crime de roubo, não podemos considera-la membro integrante do grupo criminoso, em virtude de sua falta de discernimento no que diz respeito ao cometimento das infrações penais.

Porém, existem posicionamentos contrários de que, os inimputáveis não deveriam fazer parte do mínimo legal.

Em Nucci (2014, p. 1.195), traz a posição contrária sobre o inimputável como parte integrante da Associação Criminosa, através do magistério de Marcelo Fortes Barbosa:

“Ora, a característica fundamental da inimputabilidade é a ausência da capacidade de entender e de querer, e de autodeterminação e, consequentemente, do livre-arbítrio, e assim sendo, o menor não pode ser considerado pessoa para os fins de integralizar, com sua participação associativa, o crime do art. 288 do Código Penal”.

Sendo assim, um fator importante a ser observado no delito de Associação Criminosa, é no que se diz respeito aos inimputáveis, haja vista que esses devem ter o entendimento daquilo que estão fazendo para que possa então ser considerado como parte do número mínimo exigido, pois, caso não seja, estará configurada a imputabilidade penal nos termos do art. 26 do Código Penal.

Outro fator importante é quando a terceira pessoa é menor de 18 (dezoito) anos, neste caso, se esse também não tiver a menor noção do que está fazendo, não é possível incluí-lo no número mínimo exigido, tratando-se então de uma simples hipótese de autoria mediata, onde os maiores utilizam-se do menor para fins escuros.

Pode se dizer que, se não há entendimento por parte do menor, neste caso, não se tem o delito, contudo sobre-existe a necessidade de provar que o menor não era ao tempo da ação totalmente capaz de entender a conduta delitiva por ele praticada.

2.4. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINARIA DA ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA.

A associação criminosa manteve a nomenclatura, tratando-se de crime comum, pois poderá ser cometido por qualquer pessoa. Formal, uma vez que não exige, para sua consumação o resultado naturalístico, consentindo no cometimento efetivo do delito, entendimento que se encontra pacificado conforme demonstrado no Informativo 478 do STF.

Quadrilha e Momento da Consumação

Aplicando o entendimento firmado pela Corte no sentido de que o crime de quadrilha ou bando (CP, art. 288), por ser delito autônomo e formal, se consuma no momento em que se concretiza a convergência de vontades e independe da realização ulterior do fim visado, a Turma indeferiu habeas corpus em que requerido o trancamento de ação penal. Alegava-se, na espécie, falta de justa causa, pois o feito estaria embasado em meras suposições de que o paciente integraria organização criminosa e de que a inicial acusatória seria genérica, por não descrever a sua conduta, bem como não apontaria indícios mínimos de autoria. Considerou-se que a denúncia oferecida estaria formal e materialmente apta para dar ensejo à persecução penal, atendendo os requisitos do art. 41 do CPP, com a descrição individualizada da conduta delituosa supostamente praticada pelo paciente, permitindo o amplo exercício de sua defesa. Afastou-se, ainda, a alegação de que os fatos imputados ao paciente seriam inverídicos, uma vez que o seu exame demandaria análise aprofundada das provas, incabível na via eleita. Ademais, no ponto, salientou-se a complexidade do caso, a envolver 12 acusados e vários processos incidentes. Precedentes citados: HC 81260/ES (DJU de 14.6.2002); HC 84768/PE (DJU de 27.5.2005); HC 72992/SP (DJU de 14.11.96); HC 81260/ES (DJU de 14.6.2002); HC 89433/MG (DJU de 6.11.2006); RHC 88144/SP (DJU de 2.6.2006). HC 88978/DF, rel. Min. Cezar Peluso, 4.9.2007. (HC-88978).

É também considerado como crime de forma livre, pois pode ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente comissivo, não aceitando a modalidade culposa, eis que é o próprio verbo que implica a ação. Comissivo impróprio ou comissivo por omissão, situação que ocorre de forma excepcional podendo ser considerada quando se tratar de agente garantidor nos termos de artigo 13, § 2º do Código Penal permanente, prolongando a consumação no decurso do tempo conforme fica demonstrado pelo STJ ao julgar o HC 95.428-GO, (STJ - HC: 95428 GO 2007/0281687-6, Relator: Ministro FELIX FISCHER, Data de Julgamento: 25/03/2008, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/04/2008).

Formação de quadrilha

HABEAS CORPUS N.º 95.428-GO



Rel.: Min. Felix Fischer/5.ª Turma

EMENTA - Processual penal. Habeas corpus substitutivo de recurso ordinário. Formação de quadrilha e furto qualificado mediante fraude. Infração de natureza permanente. Competência firmada pela prevenção de acordo com o disposto nos arts. 71 c/c 83, ambos do Código de Processo Penal.

I - Em regra, a competência no processo penal é fixada pelo lugar da infração - locus commissi delicti - (art. 70 do CPP) e, em se tratando de hipótese de crime continuado ou permanente, o Código de Processo Penal apresenta regra específica no art. 71.

II - A prevenção, no processo penal, em diversas situações, constitui critério de fixação de competência (CPP, art. 69, VI), quer na hipótese em que for possível a dois ou mais juízes conhecerem do mesmo caso, seja por dividirem a mesma competência de juízo (CPP, art. 83), seja pela incerteza da competência territorial (CPP, art. 70, § 3.º), ou ainda, quando se tratar de crime continuado ou permanente (CPP, art. 71).

III - Em se tratando da prática, em tese, do crime de formação de quadrilha (crime permanente), ainda que outros crimes tenham sido praticados, esta Corte, adotando a literalidade do disposto no art. 71 do Código de Processo Penal, reconhece a fixação da competência pela prevenção.

IV - Assim, o delito de formação de quadrilha, como se sabe, é crime permanente e, havendo vários juízos de Estados diferentes envolvidos, a competência deve ser firmada pela prevenção, nos termos do art. 71 c/c art. 83, ambos do Código de Processo Penal, ou seja, prevento estará aquele juízo que tiver antecedido aos outros na prática de algum ato do processo ou medida a este relativa, ainda que anterior ao oferecimento da denúncia ou da queixa.

V - Note que essa regra trata especificamente da hipótese de prática de crime permanente ou continuado, não havendo, portanto, razão para afastar, no caso, a sua incidência e possibilitar a aplicação do disposto no art., 78, inciso II, alínea b, do Código de Processo Penal, como pretendem os impetrantes. Ainda que haja conexão em relação aos crimes em tese praticados pelos pacientes, a imputação da prática do crime de quadrilha (crime de natureza permanente) é bastante, no caso, onde inexistente qualquer critério funcional em confronto, para justificar a fixação da competência pela prevenção nos exatos termos dos arts. 71 e 83 do Código de Processo Penal que, em relação à regra do art. 78, inciso II, alínea b, do mesmo Códex, é norma especial.

Habeas corpus denegado.

(STJ/DJU de 28/4/08).

Trata-se a associação criminosa, de crime de perigo comum e abstrato, haja vista que coloca um número indeterminado de pessoas em perigo, que é presumido pela Lei “*entendimento majoritário*” plurissubjetivo, devendo ser praticado por diversos agente, ou seja, na associação criminosa por mais de 2 (dois) agentes, lembrando sempre que pode haver a presença de inimputáveis com discernimento do ilícito penal, e plurissubsistente, cuja a ação é composta por vários atos, permitindo-se o seu fracionamento. A tentativa, que não é admitida, em razão da estabilidade e permanência exigida, pois ou estão presentes os requisitos para a consumação do delito e/ou estão ausentes, sendo o fato penalmente irrelevante. Por fim temos os sujeitos ativos e passivos do delito, onde o ativo poderá ser qualquer pessoa que manifeste livre vontade em participar da associação criminosa, e o passivo, a sociedade que tem sua paz perturbada em razão da associação criminosa.

2.5. CRIME CONTINUADO E CONCURSO DE PESSOAS, NA ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA.

O crime continuado nada mais é que a realização de mais de um crime da mesma espécie, que pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, parecem ser uma continuação um do outro, o qual tem uma pena mais branda que a associação criminosa.

A diferença entre o crime continuado e concurso de pessoas para o de associação criminosa é que, no primeiro inexistente uma organização estável entre os coautores, não se confundindo assim, com crime único, uma vez que, a associação se dá de forma momentânea para prática de crime determinado e somente terá relevância penal se o crime chegar, ao menos, ser tentado. Contudo, pode em alguns casos ser considerado como majorante de pena que é o que ocorre nos crime de furto e roubo entre outros.

2.6. CONCURSO DO CRIME EM RELAÇÃO À ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA COM OUTRO DELITO QUALIFICADO PELA MESMA CIRCUNSTÂNCIA.

Uma questão que ainda continua sendo discutida doutrinariamente mesmo após a alteração da redação do art. 288 do Código Penal, pela Lei 12.850/13, é a que trata do *bis in idem*, pois partes dos autores entendem perfeitamente ser possível o raciocínio do concurso de crimes sem que haja a necessidade de ser afastada a qualificadora ou a majorante, não entendendo pelo *bis in idem*. Os que se firmam nessa posição, alegam ser possível, devido ao fato de o delito de associação criminosa ser de perigo de comum e abstrato, que, se três ou mais pessoas juntamente cometem um crime de roubo contra a vítima, o delito que se volta contra ela é o de dano ao patrimônio desta, então não há que se falar em *bis in idem*, uma vez que a associação criminosa já havia se consumado com a associação para a prática do delito, sendo esta a posição adotada pelo STF (STF - HC: 76213 GO, Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Data de Julgamento: 14/04/1998, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 22-05-1998 PP-00003 EMENT VOL-01911-01 PP-00185) e pelo STJ, (REsp. 1.287.467-MG, 5ª T., rel. Laurita Vaz, 16.02.2012).

Quadrilha (ou quadrilha armada) e roubo com majoração de pena pelo emprego de armas e pela prática em concurso de agentes: compatibilidade ou não: análise das variações da jurisprudência do STF: opção pela validade da cumulação da condenação por quadrilha armada, sem prejuízo do aumento da pena do roubo por ambas as causas especiais. A condenação por quadrilha armada não absorve nenhuma das duas cláusulas especiais de aumento da pena de roubo previstas no art. 157, § 2º, I e II, do C. Penal: tanto os membros de uma quadrilha armada podem cometer o roubo sem emprego de armas, quanto cada um deles pode praticá-lo em concurso com terceiros, todos estranhos ao bando.

(STF - HC: 76213 GO , Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Data de Julgamento: 14/04/1998, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 22-05-1998 PP-00003 EMENT VOL-01911-01 PP-00185).
RECURSO ESPECIAL. PENAL. ROUBO QUALIFICADO. QUADRILHA ARMADA. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 157, § 2.º E 288 DO CP. OCORRÊNCIA. INCIDÊNCIA DAS MAJORANTES. POSSIBILIDADE. BIS IN IDEM NÃO CARACTERIZADO. PRECEDENTES DESTA CORTE E DO STF. RECURSO PROVIDO. 1. É perfeitamente possível a coexistência entre o crime de formação de quadrilha ou bando e o de roubo qualificado pelo uso de arma e pelo concurso de agentes, porquanto os bens jurídicos tutelados são distintos e os crimes, autônomos. 2. Quadrilha armada e roubo com majoração de pena pelo emprego de armas e pela prática em concurso de agentes são crimes compatíveis; ou seja, não ocorre absorção do crime de quadrilha armada com o roubo qualificado, e vice-versa. Portanto, as penas se aplicam cumulativamente. 3. Recurso provido.

(STJ, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 16/02/2012, T5 - QUINTA TURMA).

Em Nucci (2014, p. 1.197), pode ser destacada a citação do explicando o porquê não configura a figura do *bis in idem*:

Cremos admissível a possibilidade de punição do agente pela associação criminosa, situação ofensiva à sociedade, tratando-se de crime de perigo abstrato e comum, juntamente com o roubo com causa de aumento, consistente na prática por duas ou mais pessoas, delito que se volta contra vítima determinada e é de dano. Inexiste *bis in idem*, pois os objetos jurídicos são diversos, bem como a essência dos delitos.

Para aqueles que dizem configurar o *bis in idem*, na associação criminosa, deverá o agente responder pelo furto simples em concurso com o crime de Associação Criminosa. Para os doutrinadores que se firmam nesta linha de pensamento, os mesmos fundamentos deverão ser aplicados para o crime de associação criminosa armada, e furto ou roubo qualificado pelo emprego de arma e os delitos de associação criminosa e extorsão mediante sequestro qualificada pela circunstância de o crime ter sido cometido por associação criminosa, conforme entendimento anterior do STF; (STF - HC: 62564 RJ, Relator: NÉRI DA SILVEIRA, Data de Julgamento: 09/04/1985, PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 28-06-1985 PP-10678 EMENT VOL-01384-01 PP-00125).

HABEAS CORPUS. CONDENÇÃO POR ROUBOS QUALIFICADOS, EM CONCURSO MATERIAL, E QUADRILHA NA FORMA QUALIFICADA (C.P., ARTS. 157, PARÁGRAFO 2., I E II, E 288, PARÁGRAFO ÚNICO). PACIENTE, QUE É CO-RÉU EM PROCESSO-CRIME, HAVENDO A TURMA CONCEDIDO HABEAS CORPUS, PELO MESMO FUNDAMENTO, A DOIS OUTROS CO-REUS. HABEAS CORPUS NS. 61.858 E 62.598, AMBOS DO RIO DE JANEIRO. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, ART. 580. HABEAS CORPUS DEFERIDO, PARA NÃO SE ACUMULAREM OS ACRÉSCIMOS RELATIVOS AS QUALIFICADORAS DO ART. 157, PARÁGRAFO 2., I E II, DO CÓDIGO PENAL, COM QUADRILHA QUALIFICADA (ART. 288, PARÁGRAFO ÚNICO, DO C.P.), MAS, TÃO SÓ, AS PENAS POR CRIMES DE ROUBO, EM CUMULO MATERIAL, E A DE QUADRILHA QUALIFICADA.

(STF - HC: 62564 RJ , Relator: NÉRI DA SILVEIRA, Data de Julgamento: 09/04/1985, PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 28-06-1985 PP-10678 EMENT VOL-01384-01 PP-00125).

Em Greco (2014, p. 915), pode ser observa o posicionamento contrário daqueles que dizem não configurar o *bis in idem*:

... não conseguimos deixar de visualizar, por mais que tentemos focar a questão sob outros aspectos, que a reunião de pessoas estará servindo, duas vezes, à punição dos agentes, razão pela qual, mesmo havendo a possibilidade de, no caso concreto, até receberem penas menores, situação não incomum no Código Penal, não podemos tolerar o *bis in idem*.

Por fim, mesmo que haja entendimento contrário sobre o *bis in idem*, deve ser aplicado o entendimento já pacificado no Supremo Tribunal Federal, o qual seja o de que não configura o *bis in idem*, a aplicação da majorante do parágrafo único do art. 288 do Código em conjunto com uma das qualificadoras dos arts. 155, §4º, inciso IV, 157, § 2º, inciso I ou II, 158, § 1º, 159, § 1º, todos do mesmo códex.

2.7. ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA EM RELAÇÃO AOS CRIMES DE QUADRILHA OU BANDO, ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO NOS CRIMES HEDIONDOS.

A primeira inovação dada pela Lei nº 12.852/2013, foi no caput do artigo 288, pois para a concretização da Associação Criminosa faz-se necessário que estejam associadas mais de 02 (duas) pessoas com a finalidade de cometer crimes, quanto que no crime de Quadrilha ou Bando se faz necessário que estivessem associados 04 (quatro) pessoa com o mesmo intuito, sendo este, o de cometer crime para que a tipicidade fique comprovada. Os demais requisitos do crime de quadrilha ou bando foram mantidos para tipificar a associação criminosa.

No que dispõe a respeito da organização criminosa, antes do advento da Lei nº. 12.694/12, não se tinha um conceito legal de organização criminosa, sendo assim, o artigo 2º da referida lei foi quem inicialmente definiu o conceito deste delito.

Art. 2º Para os efeitos desta Lei, considera-se organização criminosa a associação, de 3 (três) 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 crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional.

Neste momento considerava-se organização criminosa a associação de 3 (três) ou mais pessoas, com o intuito de cometer apenas crimes cuja a pena máxima fosse igual ou superior a 4 (quatro) anos, contudo, este conceito foi formulado com o objetivo de dispor sobre o processo e o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas. Isto ocorreu, haja vista que, ainda não se havia sido criado um tipo penal incriminador que acolhesse a definição.

Segundo MIRABETE (2013, p. 1.789);

...exclusivamente para os efeitos da aplicação do diploma, considera-se organização criminosa “a associação de 3 (três) 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 crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional”.

Entretanto, com a entrada em vigor da Lei nº 12.850/13, houve a definição do crime de organização criminosa, com algumas diferenças trazidas do primeiro conceito dado pela Lei nº 12.694/12, uma vez que, o art. 1º, § 1º da Lei nº. 12.850/13 definiu que organização criminosa para configurar o tipo penal incriminador deveria ter como mínimo legal a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas.

Outra inovação, dada pela Lei nº. 12.850/13 foi que essa fez menção ao termo *infrações penais*, o qual é considerado mais amplo no ordenamento penal, dispondo então que a organização criminosa pode ser constituída tanto para cometer crimes, quanto para a prática de contravenções penais.

Diante de todas essas alterações, a ponto de definir o conceito do que será (ia) considerada organização criminosa, deve ser observado que este novo conceito do crime não pode retroagir para prejudicar quem já havia praticado o delito de organização criminosa antes da entrada em vigor Lei nº. 12.850/13, pois tal aplicação feriria o princípio da irretroatividade da lei a fim de prejudicar o já condenado anteriormente por esse delito.

Não menos importante, faz-se necessário tratar da associação criminosa prevista pelo artigo 35 da norma especial, que trata da associação de duas ou mais pessoas para o fim de praticar o tráfico de drogas, ocorre que este artigo alterou a sistemática do tratamento dos delitos de associação criminosa, tratando-se de “*novatio legis incriminadora*”, que não pode retroagir para prejudicar o réu.

Com a entrada em vigor da nova Lei de Drogas, determinou-se que aqueles que se associassem com o intuito de cometer os crimes previstos nos artigos 33 e 34 desta norma, estariam sujeitos a penas estabelecidas pelo artigo 35 desta Lei sem que houvesse qualquer afronte como disposto no artigo 8º da Lei 8.072/90, tema que na época da alteração da Lei de Drogas foi bastante discutido, falando-se até em derrogação do crime de tráfico de drogas dos crimes hediondos (TJ-MG - APR: 10540130015113001 MG, Relator: Matheus Chaves Jardim, Data de Julgamento: 26/03/2014, Câmaras Criminais / 2ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 07/04/2014).

APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE ENTORPECENTES - COMERCIALIZAÇÃO FARTAMENTE DEMONSTRADA - ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO - VÍNCULO ESTÁVEL E PERMANENTE COMPROVADO - CORRUPÇÃO DE MENORES - DELITO FORMAL - INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI DE TÓXICOS- IMPOSSIBILIDADE- RECUSOS NÃO PROVIDOS. Comprovando as provas testemunhais e documentais, de forma indubitosa, a sistemática e reiterada comercialização de tóxicos pelos recorrentes, inviável o acolhimento dos pleitos absolutórios. A mera participação do inimputável em prática delituosa em companhia de maior de dezoito anos é suficiente à caracterização do delito de corrupção de menores, não mais se exigindo a prova da degeneração exercida sobre a moral do inimputável. Tipificadas as condutas de tráfico e associação para o tráfico, tem-se por inviabilizada a incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 e a

consequente substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos, demonstrada a dedicação do agente à atividade criminosa.

(TJ-MG - APR: 10540130015113001 MG , Relator: Matheus Chaves Jardim, Data de Julgamento: 26/03/2014, Câmaras Criminais / 2ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 07/04/2014).

Destarte, a figura do menor de 18 (dezoito) anos associado para a prática do crime de tráfico de drogas, para a aplicação da medida de segurança, pois, neste caso deve ficar comprovada a capacidade de entendimento do denunciado ao tempo do crime, conforme demonstrado na apelação feita ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal, (TJ-DF - APR: 20130110921700 DF 0023894-79.2013.8.07.0001, Relator: CESAR LABOISSIERE LOYOLA, Data de Julgamento: 08/05/2014, 2ª Turma Criminal, Data de Publicação: Publicado no DJE: 13/05/2014). Pág.: 242.

PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS (ARTIGO 33, CAPUT, C.C. ARTIGO 40, INCISO VI, DA LEI 11.343/06). ABSOLVIÇÃO IMPRÓPRIA. APLICAÇÃO DE MEDIDA DE SEGURANÇA. INEXISTÊNCIA DE EXAME ACERCA DA CAPACIDADE DE ENTENDIMENTO DO DENUNCIADO AO TEMPO DO CRIME. INIMPUTABILIDADE NÃO COMPROVADA. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO A QUE SE DÁ PROVIMENTO. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO EM SEDE DE CONTRARRAZÕES. NÃO CABIMENTO. ENVOLVIMENTO DE MENOR. IDADE COMPROVADA POR DOCUMENTO IDÔNEO. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO (ARTIGO 35 DA LEI 11.343/06). ÂNIMO ASSOCIATIVO NÃO COMPROVADO. ABSOLVIÇÃO. I - A PROVA COLIGIDA AOS AUTOS, CONSISTENTE NO DEPOIMENTO DE USUÁRIO QUE ACABARA DE ADQUIRIR DROGAS DO DENUNCIADO, DEPOIMENTOS DE POLICIAIS E FILMAGENS DA CENA DO CRIME, COMPROVAM AUTORIA E MATERIALIDADE DO DELITO DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES, INCLUSIVE COM O ENVOLVIMENTO DE PESSOA MENOR DE IDADE (ARTIGO 33, CAPUT C.C. ARTIGO 40, INCISO VI, DA LEI 11.343/06. II - NÃO TENDO SIDO INSTAURADO O COMPETENTE INCIDENTE DE INSANIDADE MENTAL PARA INVESTIGAR A CAPACIDADE MENTAL DO DENUNCIADO, PORTANTO INEXISTINDO NOS AUTOS LAUDO QUE ATESTE A SUA INIMPUTABILIDADE AO TEMPO DA AÇÃO, MORMENTE NO CASO EM QUE NÃO SURGIRAM MOTIVOS PARA POR EM DÚVIDA A HIGIDEZ MENTAL DO ACUSADO, NÃO CABE A ISENÇÃO DE PENA PREVISTA NO ARTIGO 45 DA LEI 11.343/06, COM APLICAÇÃO DE MEDIDA DE SEGURANÇA. III - NÃO CABE POSTULAR EM SEDE DE CONTRARRAZÕES A DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA AQUELA DESCRITA NO ARTIGO 28, DA LEI 11.343/06. A IRRESIGNAÇÃO DEVERIA TER SIDO MANIFESTADA PELO RECURSO PRÓPRIO, INTERPOSTO CONTRA A SENTENÇA DE ABSOLVIÇÃO IMPRÓPRIA QUE, APESAR DE IMPOR AO DENUNCIADO MEDIDA DE SEGURANÇA, RECONHECEU A AUTORIA E MATERIALIDADE DO CRIME DE TRÁFICO. IV - DEVIDAMENTE COMPROVADO O ENVOLVIMENTO DE ADOLESCENTE NA EMPREITADA CRIMINOSA, CUJA IDADE ESTÁ DEMONSTRADA POR DOCUMENTO IDÔNEO, IMPÕE-SE RECONHECER A PRESENÇA DA CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO ARTIGO 40, INCISO VI, DA LAD. V - O DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS, ESTABELECIDO NO ARTIGO 35 DA LEI Nº 11.343/2006, EXIGE, PARA A SUA CARACTERIZAÇÃO, A ASSOCIAÇÃO ESTÁVEL E PERMANENTE DE DOIS OU MAIS AGENTES, AGRUPADOS COM A FINALIDADE DE PRATICAR, REITERADAMENTE OU NÃO, QUALQUER DOS CRIMES PREVISTOS NO ARTIGO 33, § 1º, E ARTIGO 34 DO MESMO DIPLOMA LEGAL. IN CASU, ANTE A AUSÊNCIA DE PROVAS DO ANIMUS ASSOCIATIVO DE CARÁTER ESTÁVEL E DURADOURO NÃO HÁ QUE SE FALAR EM ASSOCIAÇÃO. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO CONHECIDO E PROVIDO.

(TJ-DF - APR: 20130110921700 DF 0023894-79.2013.8.07.0001, Relator: CESAR LABOISSIERE LOYOLA, Data de Julgamento: 08/05/2014, 2ª Turma Criminal, Data de Publicação: Publicado no DJE : 13/05/2014 . Pág.: 242).

Desta forma, encontrando-se os associados diante da prática de qualquer dos crimes previstos nos artigos 33, caput e § 1º e 34 da Lei n. 11.343/2006 – Lei de Drogas deverá ser aplicada a pena da lei especial, qual seja de reclusão de 3 a 10 anos nos termos do artigo 35 da referida lei.

Pode-se buscar na literatura de Damásio de Jesus (2013, p. 445), o fortalecimento do disposto acima:

Muito embora o art. 8º, caput, da Lei n.º 8.072/90 também faça referência ao crime de “tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins”, mencionando o art. 288 do CP, o ato de associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 da Lei n.º 11.343/2006 (atual Lei de Drogas) tem definição típica especial, contida no art. 35 da mencionada Lei, com pena de reclusão, de três a dez anos, e pagamento de setecentos a mil e duzentos dias multas.

Em Capez (2014, p. 326) têm-se a seguinte citação “Dessa forma, pune a atual lei a associação de duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos art. 33, caput e § 1º, e 34 dessa lei”.

Tem-se também, na Lei de Drogas, a figura da delação premiada, como causa de diminuição de pena nos termos do art. 8º, parágrafo único da Lei n. 8.072/90, que reduz a pena em dois terços para o partícipe ou associado, que ao

delatar à autoridade o bando ou quadrilha, agora associação criminosa, devendo possibilitar necessariamente o seu desmantelamento. Nota-se, todavia, que a denúncia deve ser feita por integrante ou por pessoa que integrou a quadrilha (associação criminosa) como coautor, concorrendo de qualquer forma para sua formação, devendo este denunciar o próprio crime de associação criminosa, e não o delito praticado pelo grupo, (STF - HC: 119976 SP, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 25/02/2014, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-053 DIVULG 17-03-2014 PUBLIC 18-03-2014).

Ementa: PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, C/C ART. 40, I, AMBOS DA LEI 11.343/2006). DOSIMETRIA DA PENA. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA (3.650 g DE COCAÍNA). CIRCUNSTÂNCIA UTILIZADA PARA MAJORAR A PENA-BASE E PARA FIXAR A CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006 EM PATAMAR INFERIOR AO MÁXIMO PREVISTO. EXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. ENTENDIMENTO PACIFICADO PELO PLENO DO STF. PEDIDO DE APLICAÇÃO DO BENEFÍCIO DA DELAÇÃO PREMIADA (ART. 41 DA LEI 11.343/2006). IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REEXAME DE MATÉRIA PROBATÓRIA, INVIÁVEL NA VIA DO HABEAS CORPUS. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. A natureza e a quantidade de drogas apreendidas em poder de um réu condenado por tráfico de entorpecentes não podem ser utilizadas na primeira e na terceira fase da dosimetria da pena de forma cumulativa. Precedentes: HC 112.776/MS e HC 109.193/MG, Pleno, julgamento realizado em 19/12/2013. 2. O magistrado sentenciante, de acordo com seu poder de discricionariedade, deve definir em que momento da dosimetria da pena a circunstância referente à quantidade e à natureza da droga há de ser utilizada, vedada a forma cumulativa sob pena de ocorrência de bis in idem. 3. In casu, a) o paciente foi condenado à pena de 4 (quatro) anos, 2 (dois) meses e 16 (dezesesseis) dias de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime previsto no art. 33, caput, c/c art. 40, I, ambos da Lei 11.343/2006, (tráfico internacional de drogas), posto flagrado no Aeroporto Internacional de São Paulo portando 3.650 g (três mil, seiscentos e cinquenta gramas) de cocaína, presos em sua cintura, em sua pernas e em seu tênis, quando tentava embarcar para Madrid, Espanha. b) O Tribunal Regional Federal da 3ª Região considerou a quantidade da droga apreendida em poder do paciente para fixar a pena-base acima do mínimo legal e utilizou desse mesmo fundamento para aplicar a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, na fração de 1/3 (um terço). 4. A concessão do benefício da delação premiada exige revolvimento de matéria probatória para fins de identificar o preciso grau de efetividade das contribuições da paciente para as investigações do crime, o que é incompatível com a via estreita do habeas corpus, conforme a remansosa jurisprudência desta Corte Suprema. Precedentes (HC 106393, Relator (a): Min. CÂRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 15/02/2011; RHC 98731, Relator (a): Min. CÂRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 02/12/2010; HC 72979, Relator (a): Min. MOREIRA ALVES, Primeira Turma, julgado em 23/02/1996; HC 93369, Relator (a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 15/09/2009). 5. No caso sub examine, a Corte Regional vedou a aplicação da delação premiada pois, “não se pode falar que houve colaboração efetiva. O acusado se limitou a formular declarações vagas, indicando apenas os prenomes dos supostos aliciadores, sendo provável que as informações de que dispõe provavelmente não correspondem à verdade, () os dados fornecidos não trouxeram qualquer proveito concreto à efetiva localização dos integrantes da organização criminosa que financiou a prática do delito”. 6. Ordem parcialmente concedida para determinar ao Juízo sentenciante ou, se for o caso, ao Juízo da execução penal, que proceda à nova dosimetria, analisando as circunstâncias da natureza e da quantidade da droga apenas em uma das fases do cálculo da pena.

(STF - HC: 119976 SP, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 25/02/2014, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-053 DIVULG 17-03-2014 PUBLIC 18-03-2014).

Por hediondo tem-se todo aquele crime que é praticado de forma repugnante, bárbara ou asquerosa pelo agente, tendo por este motivo o legislador originário determinado que a prática de tais delitos tenha um tratamento mais rigoroso que os demais, por serem considerados crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça, anistia ou indulto nos termos do artigo 5º inciso XLIII, da Constituição Federal de 1988.

No que diz respeito à associação criminosa para a prática dos crimes tidos como hediondos, esta é considerada como qualificadora para aplicação da pena, sendo aplicada a pena prevista no artigo 8º da lei especial, qual seja, reclusão de 3 a 6 anos para associação que venha a cometer os delitos de prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo.

Em Capez (2014, p. 325), encontra-se a seguinte citação:

O art. 8º da Lei n. 8.072/90 criou uma nova espécie de quadrilha ou bando formada com a finalidade específica de cometer qualquer um dos delitos previstos nessa lei. Essa atual quadrilha ou bando é composta dos seguintes elementos: (a) reunião permanente de 4 ou mais agentes (b) com a finalidade de praticar reiteradamente (c) os crimes de tortura, terrorismo, tráfico de drogas e hediondos. A pena para o crime de quadrilha com fins específicos, ressalvada a Lei 12.850 que modificou o delito de quadrilha ou bando, passando a denomina-lo associação criminosa (art. 288 do CP), passa a ser de 3 a 6 anos, contados em dobro, se o grupo é armado.

Porém, não há prejuízo de que a pena seja acumulada com a qualificadora do delito efetivamente cometido, devendo, neste caso, ser aplicada a regra do artigo 68, parágrafo único do Código Penal, que limita a um só aumento, devendo prevalecer o mais aumento.



Em Mirabete e outros (2013, p. 1.784), merece destaque a seguinte citação:

Pena aumentada para quadrilha armada com fim de crime hediondo – STF: “Quadrilha armada. Pena. Parágrafo único do art. 88 do CP art. 8º da LCH. Quadrilha ou bando. Causas de aumento de pena pelo emprego de arma (parágrafo único do art. 288) e pelo objetivo de prática de crimes hediondos (art. 8º, caput, da Lei 8.072/90). Possibilidade, em tese, do concurso dessas duas causas de aumento. Hipótese, todavia, em que se impõe a aplicação da regra do parágrafo único do art. 68 do Código Penal, ou seja, um só aumento, prevalecendo a causa que mais aumente. Não se podendo, contudo, empreende, na via sumariíssima do habeas corpus, reexame e nova dosimetria da pena, ressalva-se ao paciente esse reexame no julgamento do recurso de apelação, ou, se já ocorrido, através de revisão criminal. Recurso de habeas corpus improvido” (DJU de 7-11-1994, p. 30.026).

O artigo 8º, parágrafo único da Lei n. 8.072/90, que trata dos Crimes Hediondos, traz a fundamentação legal para a chamada Delação Premiada, que nada mais é que uma causa de diminuição de pena que incide somente em relação aos delitos de tráfico de drogas e afins, hediondos, tortura e terrorismo quando praticados pela associação, a qual se aproveita somente em relação ao denunciante, devendo esta levar ao efetivo desmantelamento da associação, não bastando, portanto, a simples denúncia por parte do delator o que não ensejará o benefício da redução da pena.

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. MATERIALIDADE INCONTESTE. AUTORIA COMPROVADA PELA CONFISSÃO E PELA PROVA TESTEMUNHAL EM HARMONIA COM OS DEMAIS ELEMENTOS PROBATÓRIOS. PERDÃO JUDICIAL. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º DA LEI Nº 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. DELAÇÃO PREMIADA NOS TERMOS DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 8º DA LEI Nº 8.072/90, ART. 6º DA LEI Nº 9.034/95 E ART. 14 DA LEI Nº 9.807/99. INAPLICABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE EM RAZÃO DA VEDAÇÃO LEGAL. ART. 33, § 4º (ÚLTIMA PARTE) E 44, DA LEI Nº 11.343/06. REPRIMENDA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO, À UNANIMIDADE DE VOTOS. I- Incabível a concessão do perdão judicial pelo reconhecimento da delação premiada prevista no art. 13 da Lei nº 9.807/99, tendo em vista que o delito dos autos não foi praticado em concurso de agentes e as informações prestadas foram genéricas não se revelando eficazes, para condenação de possíveis co-autores. II- A grande quantidade de droga apreendida evidencia a dedicação à atividade criminosa, impedindo o reconhecimento da causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º da Lei 11.343/06. III- A redução de pena prevista para os casos de delação premiada, nos termos do parágrafo único do art. 8º da Lei nº 8.072/90, do art. 6º da Lei nº 9.034/95 e do art. 14 da Lei nº 9.807/99, requisita a delação de pessoas envolvidas no mesmo delito e a colaboração efetiva com a investigação e o processo, o que não é a hipótese dos autos. IV- A vedação legal prevista nos artigos 33, § 4º (última parte) e 44 da Lei nº 11.343/06, não autoriza a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. V- Apelo improvido. Decisão unânime.

(TJ-PE - APL: 93925320088170480 PE 0009392-53.2008.8.17.0480, Relator: Alexandre Guedes Alcoforado Assuncao, Data de Julgamento: 04/04/2012, 4ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 71).

Diante da nova redação do art. 288 do Código Penal dada pela Lei nº. 12.850 de agosto de 2013 deve-se também observar o disposto no art. 3º, inciso I, que dispõe que a investigação e o meio de obtenção de prova poderão se dar através da colaboração premiada, bem como os critérios disposto pelo art. 4º, e incisos da mesma lei para que aí então possa o juiz, aplicar o perdão judicial ou reduzir a pena em até 2/3 (dois terços) caso a colaboração obtenha um ou mais resultados previstos nos incisos deste artigo (STJ - REsp: 628048 SP 2004/0011815-6, Relator: Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Data de Julgamento: 24/03/2009, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 13/04/2009), contudo deve haver a vontade do agente em colaborar com o desmembramento da organização criminoso sob pena de não ser conhecida a delação premiada (TJ-PE - APL: 3134429 PE , Relator: Antônio de Melo e Lima, Data de Julgamento: 11/03/2014, 2ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 20/03/2014).

PENAL. RECURSO ESPECIAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO E EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO. DELAÇÃO PREMIADA. ART. 6º DA LEI 9.034/95. NÃO-OCORRÊNCIA. RETRATAÇÃO EM JUÍZO. SÚMULA 283/STF. RECURSO ESPECIAL NÃO-CONHECIDO. 1. A Lei 9.034/95, que dispôs sobre os meios de prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas, prevê, em seu art. 6º, a redução da pena de 1/3 a 2/3 para os que, espontaneamente, colaborarem no esclarecimento de infrações penais e sua autoria. 2. A revelação do indiciado deverá ser espontânea, ou seja, de livre vontade, sem a instigação ou coação de terceiros e eficaz, ou seja, deve produzir efeitos práticos quanto aos demais integrantes da quadrilha, grupo, organização ou bando, ou na localização do produto, substância ou droga ilícita. 3. O recorrente, nas razões do especial, não logrou impugnar os fundamentos adotados pelo Tribunal de origem, especialmente no que se refere à retratação por ele feito em Juízo, incidindo, à espécie, o óbice contido no verbete sumular 283/STF. 4. Recurso especial não-conhecido

(STJ - REsp: 628048 SP 2004/0011815-6, Relator: Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Data de Julgamento: 24/03/2009, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 13/04/2009)



APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO USO DE ARMA E CONCURSO DE AGENTES. 1ª APELAÇÃO: DELAÇÃO PREMIADA. NÃO CABIMENTO. CAUSA DE AUMENTO. EXCLUSÃO. IMPOSSIBILIDADE. EFETIVO USO DE ARMA. LAUDO PERICIAL. PRESCINDIBILIDADE. MAJORANTE MANTIDA. 2ª APELAÇÃO: ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. INVIABILIDADE. CONFISSÃO PARCIAL CORROBORADA POR DEMAIS ELEMENTO DE PROVAS. DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA. NÃO CONFIGURAÇÃO. ACUSADO QUE EXECUTOU TODAS AS FUNÇÕES QUE LHE COMPETIAM. PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. INOCORRÊNCIA. NÃO INCIDÊNCIA DA MINORANTE. 1. Incabível do instituto da delação premiada, como causa especial de diminuição de pena, quando não se vislumbra cooperação voluntária na investigação e no processo criminal, nem mesmo a identificação dos demais coautores, mas apenas confissão parcial acerca do próprio crime e indicação de um dos corréus que no momento da prisão em flagrante delito tentava passar-se por vítima. 2. É prescindível a apreensão e perícia da arma de fogo para a aplicação da causa de aumento pelo emprego desta nos crimes de roubo, desde que evidenciada sua utilização por outros meios de prova. Precedentes STJ. 3. Uma vez comprovada a participação do acusado na prática delitiva, assim como que sua atuação foi determinante para a obtenção do resultado lesivo, não há como acolher o pleito absolutório, tampouco falar-se em desistência voluntária. 4. A incidência da causa de diminuição prevista no § 1º do art. 29, CP exige prova inequívoca de que a conduta que concorreu para o crime foi mínima, o que não se verifica quando o agente voluntariamente aderiu à empreitada criminosa, atuando na decisão por cometer o delito, na escolha da vítima e até na fuga dos comparsas. 5. Recursos improvidos. Decisão unânime.

(TJ-PE - APL: 3134429 PE , Relator: Antônio de Melo e Lima, Data de Julgamento: 11/03/2014, 2ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 20/03/2014).

Sendo assim, é na Lei n.º 12.850, que 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, que se encontram os artigos que regulamentam a colaboração premiada.

Art. 3º Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova:

I - colaboração premiada;

Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;

II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;

III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;

IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;

V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se então que com a nova redação dada ao artigo 288 do Código Penal, pela Lei nº 12.850/2013, a diferença ficou condicionada ao número de agentes associados para o fim de cometer delitos, uma vez que, diminui-se este número para mais de 2 pessoas associadas com o *animus* de cometer crimes, utilizando-se dos mesmo requisitos para qualificar o antigo crime de quadrilha ou bando como seus.

Por fim, fica comprovado que existem condutas relacionadas à associação para o fim de cometer delitos, que são tratadas por leis especiais próprias, definidoras do número de agentes para que haja a tipicidade, como no caso da organização criminosa redação dada pelo art. 1º, § 1º da Lei nº 12.850/2013, bem como ocorre na Lei 11.343/2006 Lei de Drogas, onde o art. 35 define o número de agentes e a pena a estes aplicadas quando associados para cometer qualquer dos delitos previsto nesta lei.

REFERÊNCIAS

JESUS, D. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2013

CAPEZ, F. **Curso de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2014.



NUCCI, G. S. **Código Penal Comentado**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

GREGO, R. **Código Penal Comentado**. Niterói, RJ: Impetus, 2014.

MIRABETE, J. F. **Código Penal Interpretado**. São Paulo: Atlas, 2012.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.428 de 7 dezembro de 1940. Código Penal. In: Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, RJ, 31 dez. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em: 19 mai. 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação Criminal. TJ-DF - APR: 20130110921700 DF 0023894-79.2013.8.07.0001, Relator: CESAR LABOISSIERE LOYOLA, Data de Julgamento: 08/05/2014, 2ª Turma Criminal, Data de Publicação: Publicado no DJE : 13/05/2014 . Pág.: 242. Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/118700737/apelacao-criminal-apr-20130110921700-df-0023894-7920138070001>> Acesso em 19 mai. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF - HC: 88978 DF, Relator: Min. CEZAR PELUSO, Data de Julgamento: 04/09/2007, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-106 DIVULG-20-09-2007 PUBLIC-21-09-2007 DJ 21-09-2007 PP-00043 EMENT VOL-02290-02 PP-00262 RTJ VOL-00203-03 PP-01164 RMDPPP v. 4, n. 20, 2007, p. 107-114. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14727488/habeas-corpus-hc-88978-df>. > Acesso em: 19 mai. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça/DJU de 28 abr. 2008. Formação de Quadrilha. Habeas Corpus n. 95428 – GO, Estado de Goiás Rel. Ministro Felix Fischer, 5ª Turma Disponível em: <<http://www.parana-online.com.br/colunistas/jurisprudencia-stf-stj/59033/JURISPRUDENCIA+DO+STF+E+STJ>> Acesso em: 19 mai. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF - HC: 76213 GO, Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Data de Julgamento: 14/04/1998, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 22-05-1998 PP-00003 EMENT VOL-01911-01 PP-00185. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14698885/habeas-corpus-hc-76213-go?ref=topic_feed> Acesso em: 19 mai. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF - HC: 62564 RJ, Relator: NÉRI DA SILVEIRA, Data de Julgamento: 09/04/1985, PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 28-06-1985 PP-10678 EMENT VOL-01384-01 PP-00125. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/727738/habeas-corpus-hc-62564-rj>> Acesso em: 19 mai. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 16/02/2012, T5 - QUINTA TURMA. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21399228/recurso-especial-resp-1287467-mg-2011-0251814-2-stj/certidao-de-julgamento-21399231>> Acesso em: 19 mai. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ - HC: 160290 MS 2010/0012159-5, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 14/02/2012, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/02/2012. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21365217/habeas-corpus-hc-160290-ms-2010-0012159-5-stj>> Acesso em: 19 mai. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF - HC: 119976 SP, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 25/02/2014, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-053 DIVULG 17-03-2014 PUBLIC 18-03-2014. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24995748/habeas-corpus-hc-119976-sp-stf>> Acesso em 19 de maio de 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Pernambuco. TJ-PE - APL: 93925320088170480 PE 0009392-53.2008.8.17.0480, Relator: Alexandre Guedes Alcoforado Assunção, Data de Julgamento: 04/04/2012, 4ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 71. Disponível em: <<http://tj-pe.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21495687/apelacao-apl-93925320088170480-pe-0009392-5320088170480-tje>> Acesso em 19 de maio de 2015.



BRASIL. Tribunal de Justiça do Pernambuco. TJ-PE - APL: 3134429 PE , Relator: Antônio de Melo e Lima, Data de Julgamento: 11/03/2014, 2ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 20/03/2014. Disponível em: < <http://tj-pe.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/159623754/apelacao-apl-3134429-pe> > Acesso em 19 mai. 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. TJ-MG - APR: 10540130015113001 MG , Relator: Matheus Chaves Jardim, Data de Julgamento: 26/03/2014, Câmaras Criminais / 2ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 07/04/2014. Disponível em: <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/120530974/apelacao-criminal-apr-10540130015113001-mg>> Acesso em: 20 de mai. 2015.