

ANDRÉ RIBEIRO GIAMBERARDINO

PAZ E ORDEM PÚBLICA:
Uma análise do Título IX do Código Penal brasileiro

Monografia apresentada ao Instituto de Criminologia e Política Criminal (ICPC) como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Direito Penal e Criminologia.

Orientador: Prof. Dr. Juarez Cirino dos Santos

CURITIBA

2008

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	5
1. EM BUSCA DE UM BEM JURÍDICO INEXISTENTE	
1.1. A (de)limitação do poder de criminalizar pelo conceito de “bem jurídico”	8
1.2. A “paz pública” como bem jurídico social tutelado pelo Título IX do CP.....	12
1.3. Ordem e desordem: o que vai por trás do discurso oficial.....	15
2. A CONFIGURAÇÃO DOGMÁTICA DOS CRIMES CONTRA A PAZ PÚBLICA: TIPO OBJETIVO E SUBJETIVO	
2.1. Incitação pública da prática de crime.....	18
2.2. Fazer publicamente Apologia de crime ou de autor de crime.....	24
2.3. Associação em Quadrilha ou Bando para o fim de cometer crimes.....	30
3. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	38
4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	40

RESUMO

O presente trabalho aborda, enquanto objeto específico, os três crimes constantes do Título IX do Código Penal Brasileiro, quais sejam, incitação pública ao crime, fazer publicamente apologia a fato criminoso ou autor de crime, e a associação em mais de três pessoas para o cometimento de crimes (quadrilha ou bando). Para tanto, busca-se problematizar questões referentes: (a) ao bem jurídico efetivamente protegido nestes crimes, indicando-se sua ausência, do ponto de vista constitucional; e a falácia de sua pretensão consensual, do ponto de vista da crítica criminológica; (b) à configuração típica dos crimes de incitação, apologia e formação de quadrilha, a partir de pesquisa nas obras clássicas e naquelas mais lidas hodiernamente, buscando, em diversas e importantes questões pontuais, uma postura efetivamente comprometida com um direito penal mínimo e subsidiário.

Palavras-chave: *Criminalização primária; Bem jurídico; Crimes contra a paz pública.*

INTRODUÇÃO

Trata-se de trabalho monográfico singelo, mas honesto em seus objetivos, bem demarcados no sentido de se aplicar a *linha teórica* construída junto ao Curso de Especialização em Direito Penal e Criminologia do Instituto de Criminologia e Política Criminal (ICPC), em parceria com a Universidade Federal do Paraná (UFPR), a um Título específico do Código Penal brasileiro, qual seja, aquele referente aos *crimes contra a paz pública*.

Neste Título, que é o nono do Código, há três tipos definidos com a seguinte redação e cominação de penas:

Incitação ao crime

Art. 286 - Incitar, publicamente, a prática de crime:

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

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.

Quadrilha ou bando

Art. 288 - Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.

Parágrafo único - A pena aplica-se em dobro, se a quadrilha ou bando é armado.

O Curso de Especialização é estruturado por uma abordagem, primeiramente, dogmática, passando em seguida à crítica criminológica. Ao contrário do que se costuma fazer no Brasil, porém, falar em *dogmática* aqui não significa abrir mão de um conhecimento aprofundado ou comprometido, contentando-se e legitimando o que já está positivado. Em outro sentido, na verdade, a *reconstrução do direito penal brasileiro* levada a cabo pelos professores Juarez Cirino dos Santos, coordenador do curso, e também outros como Juarez Tavares e Nilo Batista, permitem que se trate da dogmática penal de forma avançada, filosoficamente embasada e, principalmente, politicamente comprometida com a democracia.

Para tanto, a primeira *exigência fundamental* decorre na necessidade em se delimitar os processos de criminalização primária, buscando fazer valer a função de

ultima ratio que cabe à intervenção punitiva. Busca-se fazê-lo ainda através do conceito de “bem jurídico”, que pode funcionar como *critério de criminalização e objeto de proteção*; porém, apenas quando substancialmente vinculado a direitos fundamentais do indivíduo. Desta forma, volta-se o olhar à Constituição e se pede, simplesmente, que ali esteja presente, de forma clara, quais são os *direitos fundamentais* que devem ser efetivamente protegidos pelo Estado. Problematiza-se, a partir de tal base, a explicação dos crimes objeto deste trabalho como referentes à proteção da “paz pública”, indicando-se sua aparente inconstitucionalidade.

Critica-se, nesse sentido, a “paz pública” enquanto categoria falsamente *consensual* a ocultar e dissimular relações conflituais eminentemente classistas. Recorre-se ao discurso *crítico criminológico* para se perceber que *segurança pública, paz pública, ordem pública*, e assim por diante, *não são noções comuns a todos os setores da população, sempre privilegiando um em detrimento do outro*.

Sabe-se, afinal, que a definição legal de crime está ligada à ideologia de neutralidade do Direito¹ e oculta a natureza *classista* do sistema de controle social, próprio de um modo de produção fundado na propriedade privada e no lucro. Será o discurso da *criminologia crítica*, e em especial com a *Criminologia Radical*, que negará o mito do direito penal igualitário demonstrando como a proteção geral de bens e interesses é, na verdade, proteção *parcial*, sempre privilegiando interesses das classes dominantes².

O discurso crítico criminológico significa, nesse sentido, a mudança do objeto de estudo e do próprio método de estudo do objeto, nesses termos:

o *objeto* de estudo é deslocado do *criminoso* e da *criminalidade*, como dados ontológicos preexistentes, para o *processo de criminalização* de sujeitos e fatos, como realidades construídas pelo sistema de controle social, capaz de mostrar o crime como qualidade *atribuída* a comportamentos ou pessoas pelo sistema de justiça criminal, [...]³

É uma premissa política e teórica do presente trabalho, portanto, a consciência de que as maiores “chances” de criminalização estão nos estratos mais pobres da população, vitimados pela posição precária no mercado de trabalho e por

¹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A criminologia radical**, p. 35.

² CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A criminologia radical**, p. 46.

³ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p. 694.

dificuldades de socialização; não tomando estes fatores como *causas* da criminalidade mas como a base sobre a qual o status de criminoso é atribuído.

Desde tal base é que se passa à abordagem dos *tipos objetivo e subjetivo* dos crimes contra a paz pública, onde se afiguram algumas questões muito relevantes e pouco debatidas pela doutrina, como, por exemplo: a caracterização dos crimes contra a paz pública como *atos preparatórios*; a aplicação do princípio da insignificância aos crimes de incitação e apologia; a ocorrência de *bis in idem* na responsabilização do agente por dois crimes, quando da incitação decorre a realização de um crime por terceiro; a configuração do tipo subjetivo; a exigência de que no número mínimo de integrantes da quadrilha se compute apenas os imputáveis, dentre muitas outras.

Cumprе ressaltar, por fim, que o presente trabalho monográfico é um *esboço* ou o *início* de um projeto de maiores proporções, coordenado pelo Professor Juarez Cirino dos Santos, que visa revisar, em médio prazo, toda a parte especial do Código Penal brasileiro sob a ótica da *moderna teoria do fato punível* e sob o manto do compromisso político com o Estado Democrático de Direito.

1. EM BUSCA DE UM BEM JURÍDICO INEXISTENTE

1.1. A (de)limitação do poder de criminalizar pelo conceito de “bem jurídico”

O Direito Penal é o “setor do ordenamento jurídico que define crimes, comina penas e prevê medidas de segurança aplicáveis aos autores das condutas incriminadas”⁴. Tem-se, assim, objetivos *declarados* através do discurso oficial da teoria jurídica da pena; e objetivos *reais*, identificados pelo discurso crítico criminológico.

Por *política criminal*, a seu turno, entende-se, em uma concepção tradicional, “aquella que sirve para controlar la criminalidad, o sea, reducir el número de las infracciones a la ley penal”⁵. Busca-se, por outro lado, uma noção de política criminal que não seja feita só de *penas*; que compreenda, no conceito de “segurança”, não apenas conotações *coletivas* (segurança pública, nacional, urbana, etc.), mas a própria segurança decorrente da *garantia dos direitos fundamentais* de cada pessoa. Neste sentido:

‘seguros’ pueden y deben ser los sujetos titulares de derechos fundamentales, en particular de aquellos derechos universales, que corresponden no solamente a las personas físicas poseedoras de los derechos de ciudadanos del Estado en el cual se encuentran, sino a todas aquellas que están en el territorio de un Estado, de una ciudad, en un barrio, en cualquier lugar público o privado. La seguridad debe referirse, en realidad, al disfrute y a la protección efectiva de aquellos derechos, con respecto a cualquier agresión o incumplimiento por parte de otras personas físicas que ejercitan poderes de hecho o de derecho en un espacio territorial⁶.

Nota-se, nas palavras de BARATTA, o anseio em se *limitar* a violência exercida *de fato* e *de direito*, ou seja, estando-se a falar do próprio poder punitivo estatal. Na via da dogmática, é com esse único intuito e esta específica esperança que se adota, sem ignorar todas as suas limitações e críticas, o conceito de *bem*

⁴ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p. 3.

⁵ BARATTA, Alessandro. La Política Criminal y el Derecho Penal de la Constitución: Nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, p. 28.

⁶ BARATTA, Alessandro. La Política Criminal y el Derecho Penal de la Constitución: Nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, p. 30.

jurídico como critério de criminalização e objeto de proteção, sem o qual se torna muito difícil conferir ao Direito Penal o papel de garantia política do cidadão no Estado Democrático de Direito⁷.

A premissa ao fundo, descoberta apenas com o discurso crítico criminológico, é que “a decisão de criminalizar apresenta um caráter puramente político”, e “o conceito de política criminal não indica um combate contra o ‘mal’, nem uma tentativa de solução de problemas sociais. Exprime somente uma orientação dada pelos responsáveis políticos aos aparelhos repressivos dentro da situação legislativa do momento”⁸.

Bem jurídico é “a relação de disponibilidade de um indivíduo com um objeto, protegido pelo Estado, que revela seu interesse mediante a tipificação penal de condutas que o afetam”⁹. Segundo Assis Toledo, “são valores ético sociais que o direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas”¹⁰. Também assim, de forma mais aprofundada, TAVARES:

Bem jurídico é um elemento da própria condição do sujeito e de sua projeção social e nesse sentido pode ser entendido, assim, como um valor que se incorpora à norma como seu objeto de referência real e constitui, portanto, o elemento primário da estrutura do tipo, ao qual se devem referir a ação típica e todos os seus demais componentes. Por objeto de referência real se deve entender aqui o pressuposto de lesão ou de perigo de lesão, pelo qual se orienta a formulação do injusto. Não há injusto sem a demonstração de efetiva lesão ou perigo de lesão a um determinado bem jurídico.¹¹

Com o *princípio da lesividade*, faz-se necessário estabelecer restrições de caráter qualitativo e quantitativo à utilização do “bem jurídico” enquanto critério de criminalização, funcionando, assim, como uma forma de minimização das proibições penais. Tem-se aqui um postulado eminentemente *garantista*¹². Do ponto de vista qualitativo, que trata da natureza do bem jurídico lesionado, a restrição

⁷ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p. 16-17.

⁸ DIMOULIS, Dimitri. Da ‘Política Criminal’ à Política da Igualdade. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, p. 210-1.

⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**, p. 439.

¹⁰ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**, p. 16.

¹¹ TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**, p. 179.

¹² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**, p. 383.

significa excluir do conceito tudo que excluir ou reduzir liberdades constitucionais, considerando apenas o que representar concretamente lesão a terceiros. Do ponto de vista quantitativo, relativo à extensão da lesão, o princípio exclui a criminalização de lesões irrelevantes, expressando assim o princípio da insignificância¹³.

Segundo Nilo Batista, há quatro principais funções exercidas por este princípio, relativas à *não incriminação* de atitudes meramente internas; de condutas que não excedam o âmbito do autor; de simples estados ou condições existenciais e de comportamentos desaprovados pela coletividade mas que não lesionam qualquer bem jurídico¹⁴.

Nestes parâmetros, o *bem jurídico* funciona como *garantia* jurídico-política no Direito Penal das formações sociais capitalistas, demarcando critérios para a criminalização de condutas. Não se ignora a desmistificação do conceito realizada pela criminologia crítica¹⁵; mas trata-se ainda de um conceito necessário à reafirmação de um Direito Penal *do fato* e não *do autor*¹⁶.

As transformações próprias de uma sociedade pós-moderna fazem com que se transmude a noção de *bem jurídico*, “diluindo gradativamente sua substância material, até culminar praticamente na sua eliminação”¹⁷. No entanto, definir crime como “violação da norma” e pena como reação a esta no intuito de estabilizar as expectativas da comunidade, como se tem feito¹⁸, significa substituir a proteção de

¹³ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p. 26.

¹⁴ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**, p. 92-94.

¹⁵ Abordada no segundo capítulo deste trabalho, a crítica refere-se, em síntese, à desigualdade substancial que prevalece sobre a igualdade formal no direito penal. Nesse sentido: “No que se refere à seleção dos bens protegidos e dos comportamentos lesivos, o ‘caráter fragmentário’ do sistema penal perde a ingênua justificação baseada sobre a natureza das coisas ou sobre a idoneidade técnica de certas matérias, e não de outras, para ser objeto do controle penal. Estas justificações são uma ideologia que cobre o fato de que o direito penal tende a privilegiar os interesses das classes dominantes, e a imunizar do processo de criminalização comportamentos socialmente danosos típicos dos indivíduos a elas pertencentes, e ligados funcionalmente à existência da acumulação capitalista, e tende a dirigir o processo de criminalização, principalmente, para formas de desvio típicas das classes subalternas”. (BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal**, p. 165).

¹⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria Geral do Delito**, p. 10: “O Direito Penal do autor se baseia em determinadas qualidades da pessoa, pelas quais esta pessoa, na maioria das vezes, não é absolutamente responsável e as quais, em todo caso, não podem ser precisadas e formuladas com toda nitidez nos tipos penais. [...] Por isso, o Direito Penal do autor não permite limitar o poder punitivo do Estado e favorece sua concepção totalitária”.

¹⁷ TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**, p. 178.

¹⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Direito Penal e Controle Social**, p. 13-15: “Para a teoria sistêmica aplicada ao direito penal, o delito não é mais que a expressão simbólica de uma falta de fidelidade ao

bens jurídicos pela garantia da fidelidade à vontade do poder, objetivando, em última análise, a satisfação dos *impulsos punitivos* da população¹⁹, o que não é racional tampouco democrático.

Direito penal *mínimo* é, enfim, direito penal que protege bens jurídicos, direito penal *constitucional*, e logo, o único admissível. Representa, nas palavras de BARATTA, “el espacio residual de la intervención punitiva en el caso de que graves violaciones de los derechos fundamentales y una demanda social ineludible lo hagan necesario”²⁰.

Evidentemente, este *bem jurídico* que se toma enquanto objeto de proteção deve estar *explicitamente* garantido pela Constituição, pois caso contrário, não será o *objeto de referência* de que fala TAVARES. Não poderá, nesse sentido, ser o tipo penal “sem bem jurídico” considerado constitucional.

Por outro lado, pondera sobre o tema DIMOULIS:

A parte institucional-organizatória da Constituição diz muito pouco sobre o direito penal material e a parte dos direitos fundamentais, ainda menos. Por ser a Constituição tão prolífica, redundante e contraditória em matéria de proteção de vários ‘bens jurídicos’, esta não chega a impor (com as poucas exceções, já citadas) a proteção penal dos referidos ‘bens’, e, em todo caso, não permite estabelecer princípios e limites para a sua proteção. O único princípio – abstrato – que pode ser destacado da Constituição é a necessidade de limitar o poder punitivo, através de regras processuais e do princípio da subsidiariedade.²¹

Por isso mesmo é que a importância do bem jurídico se relaciona, em larga medida, àquela do próprio *tipo*, que exerce também função *delimitadora e protetora*, “não dele próprio, senão da pessoa humana, que é o objeto final de proteção da ordem jurídica”²². Logo, é absolutamente necessário que se demonstre como uma ação lesiona efetivamente uma pessoa e suas condições sociais, para que seja

sistema social; a pena ou a medida de segurança, a expressão simbólica do contrário, quer dizer, da superioridade do sistema. [...]. Em última instância, a teoria sistêmica conduz para substituição do conceito de bem jurídico pelo de “funcionalidade do sistema social”, perdendo a ciência do direito penal o último ponto de apoio que existe para a crítica do direito penal positivo.

¹⁹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p. 480-481.

²⁰ BARATTA, Alessandro. La Política Criminal y el Derecho Penal de la Constitución: Nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, p. 46.

²¹ DIMOULIS, Dimitri. Da ‘Política Criminal’ à Política da Igualdade. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, p. 215-6.

²² TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**, p. 180.

tipificada, sendo “incompatível com o princípio democrático qualquer incriminação que se afaste deste princípio”, o que “*viola os fundamentos do Estado democrático, amparados na proteção à dignidade da pessoa humana*”²³.

1.2. A “paz pública” como bem jurídico social tutelado pelo Título IX do CP

O bem jurídico tutelado pelos art. 286 a 288 do Código Penal brasileiro (Título IX) é frequentemente apontado como sendo a “paz pública”. Trata-se de bem jurídico *social*, portanto, enquanto referente à tutela de um valor posto, *a priori*, como *comunitário* (no sentido de pertencente à coletividade).

Já muito se discutiu sobre a *terminologia* mais adequada. CARRARA, por exemplo, negou a utilização de *tranqüilidade pública*, utilizada à época, com o argumento de que esta seria lesionada em todos os crimes, sempre de forma mediata e indireta, defendendo como *objeto jurídico* atacado por esses crimes a *tranqüilidade privada*:

El individuo que llega a saber que un enemigo suyo ha buscado, aunque en vano, algunos sicarios que lo asesinen, se agita de modo inevitable en un estado de miedo, más o menos intenso, al pensar que la tentativa hecha en vano la primera vez puede resultar fructuosa en un segundo intento, (...). Fuera de este punto de vista, no sabría encontrar en otro un objeto jurídico suficiente para hacer de la instigación no acogida un género delictuoso²⁴.

Está o autor a falar do crime de *incitação*, do qual ele distingue entre a *acolhida* e a *não acolhida*, com dificuldades, como ele próprio admite, de encontrar argumentos que justifiquem a criminalização desta última. Segue CARRARA, nese sentido:

el derecho que iba a quedar lesionado mediante el delito principal, no ha sido atacado; el derecho que se lesiona con la instigación o con la asociación criminal, no es la vida, ni la integridad personal, ni el pudor, ni otro derecho como éstos, sino únicamente la libertad o tranquilidad del individuo, la cual se disminuye realmente en la instigación acogida, por las mismas razones que en la no acogida²⁵.

²³ TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*, p. 182-3.

²⁴ CARRARA, Francesco. *Programa de Derecho Criminal*, p. 382.

²⁵ CARRARA, Francesco. *Programa de Derecho Criminal*, p. 384.

Por isso, para CARRARA, tais crimes deveriam ser incluídos nas seções de delitos “contra a liberdade individual”, admitindo ser um crime *sui generis* porque muito próximos às noções de atos preparatórios impuníveis:

Efectivamente, (...), la *preordenación al delito* y los *actos preparatorios* no constituyen tentativa punible, por falta de univocidad y de elemento material suficiente; y para esos mismos principios, la manifestación de intenciones siniestras, por regla general, no constituye delito; pero la manifestación que consiste en excitar a otro a delinquir o a ponerse de acuerdo para ello, presenta algo más que un mero acto preparatorio, por ser unívoco el fin perverso.²⁶

Muito se fala, também, em “ordem pública”, como de fato se faz, até hoje, na maioria dos países. Na Itália, por exemplo, entende-se por *ordem pública* “il buon assetto e il regolare andamento della vita sociale: è l’armonica e pacifica coesistenza dei cittadini sotto la sovranità dello Stato e del diritto e, in questo senso, è sinonimo di *pace pubblica*. Ad esso corrisponde nei cittadini *il senso della tranquillità e della sicurezza*”²⁷. Em outro sentido, a opção brasileira teve por base a mesma crítica de CARRARA em relação à “tranquilidade pública”, no sentido de considerar a expressão “ordem pública” *vaga* porque *todo crime atentaria contra a ordem pública*²⁸. Assim, na esteira dos franceses, alemães e uruguaios, tomou-se por *objeto de proteção a paz pública* em sentido subjetivo, ou seja, “como o sentimento coletivo de paz que a ordem jurídica assegura”²⁹, violada quando instalado um alarma coletivo decorrente da mera *possibilidade* da ocorrência de um crime.

Na Alemanha, se falou em “paz jurídica” (*Rechtsfrieden*) como objeto de proteção, enquanto uma *consciência da seguridade do direito*, a confiança comprometida quando alguém propicia o sentimento de insegurança ao praticar alguma das condutas tipificadas. Nesse sentido basta que se veja VON LISZT:

Paz jurídica é a consciência da seguridade do Direito, a confiança no poder protetor da ordem jurídica. Ela é ofendida, quando essa confiança é perturbada, embora transitoriamente, pelo receio de violências contrárias ao Direito; é *comprometida*, quando se dá a possibilidade imediata de ser essa confiança perturbada.³⁰

²⁶ CARRARA, Francesco. **Programa de Derecho Criminal**, p. 386.

²⁷ ANTOLISEI, Francesco. **Manuale di Diritto Penale**, p. 716.

²⁸ NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**, p. 123.

²⁹ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**, p. 163.

³⁰ LISZT, Franz Von. **Tratado de Direito Penal Alemão**, p. 159.

Ainda dentre os alemães, também FRANK falou que os referidos crimes abalam o *sentimento de segurança do direito – die Erschütterung des Gefühls der Rechtssicherheit*³¹, podendo serem tomados tanto por uma dimensão objetiva, referindo-se ao “estado de pacífica vida coletiva” como no sentido subjetivo, referente ao “sentimento de segurança jurídica”. “Paz pública”, enfim, entendida de acordo com esta dimensão *subjetiva*; sendo *espécie* do *gênero* “ordem pública”³².

No mesmo sentido, para FRAGOSO, *paz pública* é objetivamente *ordem nas relações da vida social* e subjetivamente *o sentimento coletivo de segurança na ordem jurídica*³³. A violação da *paz pública* seria um atentado direto, e não indireto, como em todos os crimes, contra a tranqüilidade social.

Chama a atenção a fragilidade deste discurso. É a própria doutrina, em sua ampla maioria³⁴, que admite se tratarem as ações aqui tipificadas (no Brasil, a *incitação ao crime*, a *apologia a crime ou criminoso* e a *formação de quadrilha*) como *meros atos preparatórios*, em regra impuníveis, o sendo apenas e tão-somente por conta de uma *opção do legislador* (como se houvesse aí um espaço amplamente discricionário ou ilimitado), fundada exatamente na *necessidade de se garantir esta paz pública* que se coloca como o bem jurídico tutelado.

Entretanto, como visto, o bem jurídico é o *critério de criminalização* que limita a ação do legislador, subordinado a um Estado de Direito e à sua Constituição. Não se pode admitir a criminalização de uma ação que não trata da “protección directa de bienes jurídicos primários (...) sino de formas de protección mediatas de aquéllos”³⁵, como admite SÓLER.

Vejamos o que dizem os *mais lidos* autores brasileiros: segundo NORONHA, pune-se tais fatos por objetivos de *prevenção*, com fulcro na *antecipação da impaciência do legislador*, fazendo com que se puna a *intenção* e o *projeto*

³¹ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**, p. 164.

³² NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**, p. 124.

³³ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**, p. 919.

³⁴ Apenas para exemplificar, v. FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**, p. 933; NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**, p. 125; PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, p. 835; JESUS, Damásio de. **Direito Penal**, p. 425; SOLER, Sebastian. **Derecho Penal Argentino**, p. 631.

³⁵ SOLER, Sebastian. **Derecho Penal Argentino**, p. 631.

delituoso: “São quase todos esses crimes autênticos *atos preparatórios* e a razão de puni-los está ou no relevo que o legislador dá ao bem ameaçado ou porque sua frequência está a indicar a necessidade da repressão, em qualquer caso, em nome da paz social”³⁶.

FRAGOSO, por sua vez, admite que o “acordo de vontades para a prática reiterada de crimes constitui, em verdade, apenas um ato preparatório, que seria impunível (...) se o legislador não o tivesse erigido em crime autônomo, em face do perigo que acarreta e do alarma social que provoca”³⁷. Segundo PRADO, “o que se pune, em realidade, são atos preparatórios”³⁸. Também JESUS assume que se trata “de ato preparatório que o legislador entendeu constituir crime”³⁹.

1.3. Ordem e desordem: o que vai por trás do discurso oficial

Dizer que a *paz pública* é um bem jurídico implica na concordância com algumas premissas teóricas das quais não se pode passar ao estudo da dogmática sem a elas se atentar.

Antes de tudo, pressupõe-se haver efetivamente uma *paz pública* enquanto categoria *consensualmente* admitida pela sociedade, um pressuposto inadmissível na ótica das *teorias conflituais* e em especial, aqui, da criminologia crítica. A criminologia tradicional e positivista, a seu turno, teve sempre, em suas variadas vertentes e dimensões, uma preocupação central com a *desordem social*⁴⁰. Parece claro, desde esta perspectiva, que o adjetivo *pública*, seja de qual substantivo for (*paz*, *ordem* ou *tranqüilidade*) guarda um significado semântico distante do que à primeira vista transparece, restando por se referir a um setor bastante restrito da *população*, qual seja, aquele que detém *poder* sobre os processos de criminalização primária e secundária.

³⁶ NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*, p. 125.

³⁷ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*, p. 933.

³⁸ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*, p. 835.

³⁹ JESUS, Damásio de. *Direito Penal*, p. 425.

⁴⁰ PAVARINI, Massimo. *Control y dominación*, p. 18.

Em segundo lugar, basta o olhar para a história para se compreender a dimensão político-ideológica da criminalização de condutas como “apologia ao crime ou ao criminoso”: inexistente no direito antigo, a única hipótese de algo parecido no direito romano era exatamente a incitação ao crime de *lesa majestade*⁴¹, assim como, no Medievo, as primeiras vezes em que apareceram tipificadas ações como as de instigação e apologia se ligavam a provocações contra a pessoa do rei ou da família real⁴².

O que se quer dizer, com estes dados, é que se trata de tutelar o *poder centralizado*, garantindo o próprio exercício deste, assumindo noção incompatível com o conceito de bem jurídico *retro* exposto. A conotação política, no sentido *classista*, que por si só desvela a falácia do consenso pressuposto em torno ao conceito de “paz pública”, é bem demonstrada no próprio cotidiano forense e se vincula diretamente ao tema da *criminalização dos movimentos sociais*. Por exemplo: pratica o crime de *incitação ao crime* um líder do MST que *incita* os participantes a ocuparem uma propriedade improdutiva ou mesmo a não obedecerem uma ordem judicial para a desocuparem?

Apesar de se alegar o contrário, supondo que não configurariam crimes contra a paz pública a predicação do anarquismo ou da abolição da propriedade, por exemplo⁴³, a verdade é que há objetivos ligados a *interesses de classe* inerentes à própria criação legislativa destes crimes.

Sequer se cogita na *exculpação* pela *desobediência civil*⁴⁴, o que decorre da concepção extremamente limitada do conceito de *crime*, na medida em que, ao se imputar a alguém a prática da *incitação ao crime*, sendo este uma ação a princípio *não cometida*, está-se a considerar tão-somente (e na melhor das hipóteses) a dimensão do *tipo de injusto*, com base tão-somente na *aparente tipicidade*, em

⁴¹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**, p. 921.

⁴² Sobre o tema, v. FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**, p. 921-2: “O código francês de 1810 (art. 293) incriminava a provocação ao delito feita por exortação, invocação ou pedidos em assembleias. O código das Duas Sicílias, que é de 1819 (art. 140) punia também a provocação direta à prática de crime, feita publicamente, contra a pessoa do rei e contra a família real, variando a pena conforme a provocação fosse seguida ou não. Foi o código sardo, de 1859, realmente, que introduziu uma fórmula legislativa ampla, punindo a instigação (aceita ou não) a certos crimes graves”.

⁴³ SOLER, Sebastian. **Derecho Penal Argentino**, p. 636.

⁴⁴ Sobre o tema, v. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p. 345.

situação agravada pela ação em regra sensacionalista dos meios de comunicação. Não à toa é que se assume o conceito de *bem jurídico* como *garantia do cidadão* restringindo-o à proteção do que há de mais essencial na vida humana, excluindo-se o que remeter a um direito penal *sistêmico, autoritário, meramente simbólico*:

Na atualidade, juristas e criminólogos críticos propõem reservar o conceito de *bem jurídico* para os direitos e garantias individuais do ser humano, excluindo a criminalização (a) da *vontade do poder*, (b) de *papéis sistêmicos*, (c) do *risco abstrato*, (d) ou dos *interesses difusos* característicos de *complexos funcionais* como a economia, a ecologia, o sistema tributário, etc.⁴⁵

Nestes termos, não se encontra qualquer *bem jurídico* no conceito de *paz pública*, emergindo com consistência a *inconstitucionalidade* dos crimes constantes do Título IX do Código Penal brasileiro.

Posto isto, mas se assumindo a existência e a vigência destes tipos penais, assim como a necessidade em *se jogar o jogo* e buscar minimizar a intervenção do aparato punitivo na medida do possível, passa-se à abordagem dogmática dos três crimes referidos seguindo o roteiro e obra traçados, como nunca feito, no Brasil, por CIRINO DOS SANTOS.

⁴⁵ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p. 17.

2. A CONFIGURAÇÃO DOGMÁTICA DOS CRIMES CONTRA A PAZ PÚBLICA: TIPO OBJETIVO E SUBJETIVO

A questão do bem jurídico protegido pela criminalização dos delitos *contra a paz pública*, como visto, é bastante problemática, ensejando sua aparente e considerável inconstitucionalidade. Não obstante isto, propõe-se a análise dos aspectos relativos à sua configuração dogmática, principalmente quanto a seu *tipo objetivo e subjetivo*, donde ainda se tem questões extremamente relevantes e polêmicas e que também contribuem à crítica destes tipos penais.

A *linha mestra* é dada pela *parte geral* da obra de CIRINO DOS SANTOS⁴⁶, sempre fundado na premissa democrática de ser o direito penal efetivamente utilizado como *ultima ratio*.

2.1. INCITAÇÃO PÚBLICA DA PRÁTICA DE CRIME

O primeiro comportamento tipificado no Título IX do Código Penal brasileiro é aquele do art. 286:

Art. 286 - Incitar, publicamente, a prática de crime:

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

§1º. *Tipo objetivo*

Trata-se de *crime de perigo abstrato*, pois *sem resultado* e sendo o perigo de todo *presumido*⁴⁷. Assume-se, nesse sentido, que a proteção ao bem jurídico se dá de forma meramente *mediata*. Por estes motivos, logicamente, não se discute aqui questões referentes à *causação do resultado* ou sua *imputação* ao autor.

Incitamento é *excitação*, implicando “*un’azione sulla psiche di altre persone per spronarle a compiere determinati fatti, facendo sorgere o rafforzando motivi di*

⁴⁶ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**: Parte Geral. 3. ed. Curitiba: Lumen Juris, ICPC, 2008.

⁴⁷ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p. 112: “Nos tipos de *perigo abstrato*, a presunção de perigo da ação para o objeto de proteção é suficiente para sua penalização, independente da produção real de perigo para o bem jurídico protegido (...)”.

*impulso, ovvero distruggendo o affievolendo motivi inibitori*⁴⁸. Pode se dar através da criação de um novo propósito criminoso em terceiro, quando será *induzimento*; ou reforçando propósito criminoso já existente, quando será *instigação*⁴⁹.

É preciso registrar a distinção feita por CARRARA entre aquela incitação proveitosa para o que incita, dita *mandato*, daquela incitação mais vantajosa ao incitado, dita *conselho*; defendendo, desde logo, que seja considerado *crime* apenas a *incitação mandato*, seguindo um critério *utilitário*⁵⁰ em relação à necessidade da punição.

Reconhece-se o crime como uma *exceção* à regra, no sentido de que a ação de *incitar*, ou seja, provocar, sugerir, motivar a prática de um crime por si só não poderia configurar um fato punível. De acordo com HUNGRIA, a não reação penal a tal comportamento foi a regra na Roma antiga, na Idade Média e no direito moderno, excepcionando-se, porém, nos seguintes termos:

A regra, porém, veio a sofrer uma exceção: reconheceu-se que não podia ficar impune o incitamento ao crime, mesmo quando resultasse improfícuo, desde que feito *de publico* ou *coram multis personis*, e criou-se, em tal caso, um crime *sui generis*, que se considerou ofensivo não do interesse ou bem jurídico que seria atacado pelo crime a que visava o instigador, mas do especial interesse ou bem jurídico da *paz pública*.⁵¹

No mesmo sentido, FRAGOSO destacou não se ter, em regra e por longo tempo, a noção de incitação como *crime autônomo*⁵², mesmo por haver poucas dúvidas de que se trata de *mero ato preparatório*⁵³.

Para que reste configurado o tipo objetivo, a *ação de incitar* deve ter por objeto a prática de *crime*, seja público, semi-público ou privado. É atípica a ação de incitar a prática de contravenções ou quaisquer outras ações não tipificadas. Exige-se a *determinação* do crime, não se aceitando a instigação para que se cometam

⁴⁸ ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di Diritto Penale*, p. 717-8.

⁴⁹ BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, p. 276.

⁵⁰ CARRARA, Francesco. *Programa de Derecho Criminal*, p. 398: “cuando el delito resulta de provecho exclusivo del instigado, tengo, por una parte, motivo para creer que el consejero no volverá, o volverá sin fruto, a repetir el consejo; y, por otra, hay la circunstancia en mi favor de que el enemigo, que habría recibido un beneficio positivo con el delito, no ha tomado la determinación de realizarlo, a pesar de las perversas insinuaciones del otro, haciéndomelo así menos temible que antes”.

⁵¹ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, p. 165.

⁵² FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*, p. 921.

⁵³ NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*, p. 128.

crimes “em geral”. Por exemplo, é atípica a ação de discursar em prol do “roubo”, em geral, mas é crime se o discurso incita a prática de determinado roubo ou de uma pluralidade de roubos determinados⁵⁴. Mas não se exige que o fato seja *punível em concreto*, pois “basta che questo corrisponda ad uno tipo di reato previsto dalla legislazione in vigore”⁵⁵.

Adota-se postura no sentido de limitação do alcance da *objetividade das situações de fato*, malgrado a lei silenciar nesse sentido: é *legal* e possível, de qualquer forma, excluir a tipicidade quando a instigação tem por objeto um crime considerado *leve*, com base na *adequação social* da medida⁵⁶. Em outras palavras, *se o crime objeto da incitação é leve a ponto de poder se cogitar, no caso concreto, a exclusão de sua tipicidade pelo princípio da insignificância, também à incitação este poderá ser aplicado*.

Em sentido similar se manifesta CARRARA:

Generalizar sin ningún limite la punibilidad de la instigación (extendiéndola así a la instigación a injuriar, a daños rurales, a amenazas y a otros delitos levísimos), es a nuestros ojos un exceso de rigorismo sofisticado, un concepto en que se trasluce la influencia del moralista, que quiere dominar o penalista; así se descende a ciertas minucias de las que no debe conocer un pretor prudente, pues no hay en ellas elementos suficientes par que se conciba un temor serio que sirva para justificar la intervención de la potestad punitiva.⁵⁷

Apesar de, no momento presente, no Brasil, a pena cominada ao crime ser uma pena baixa, punir a instigação de *qualquer crime* sempre guardará o risco de se castigar, pela instigação, com uma pena maior que aquela que receberia como possível partícipe do crime incitado.

⁵⁴ SOLER, Sebastian. **Derecho Penal Argentino**, p. 635.

⁵⁵ ANTOLISEI, Francesco. **Manuale di Diritto Penale**, p. 718-9.

⁵⁶ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p. 26: “o princípio da *lesividade* impede criminalização *primária* ou *secundária* excludente ou redutora das liberdades constitucionais de *pensamento*, de *consciência* e de *crença*, de *convicções filosóficas e políticas* ou de *expressão da atividade intelectual, artística, científica ou de comunicação*, garantidas pela Constituição da República acima de qualquer restrição da legislação penal”.

⁵⁷ CARRARA, Francesco. **Programa de Derecho Criminal**, p. 392-3.

Sem *publicidade*, a ação é sempre atípica, pois ela deve, necessariamente, atingir um *número indeterminado de pessoas*, independentemente de o incitamento for direcionado a alguém determinado⁵⁸. ANTOLISEI, nesse sentido:

Non si richiede che l'istigazione sia diretta al pubblico, e cioè alla folla (istigazione *in incertam personam*). Essendo stata adottata nel codice la formula 'istiga pubblicamente' in luogo dell'espressione 'istiga il pubblico' che figurava nel progetto, deve ritenersi che, quando il fatto sia commesso in presenza di due o più persone, il reato sussista, anche se l'istigazione è rivolta ad una sola persona (*in certam personam*).

A publicidade será também o critério distintivo entre o crime do art. 286 e: (a) a *participação por instigação*, residindo a diferença na *indeterminação* dos "receptores" da mensagem de instigação ao crime; (b) os *atos preparatórios* impuníveis, em razão da *gravidade* decorrente do perigo social causado pelo comportamento⁵⁹.

O elemento *publicidade* poderia ser considerada *condição objetiva de punibilidade*, não sendo esta, porém, a posição da teoria dominante, para qual é *elemento do crime*. Nesse sentido ANTOLISEI, para quem é elemento essencial do delito⁶⁰; FRAGOSO, para quem é *pressuposto de fato* essencial⁶¹; e BITTENCOURT, que a trata como *elemento normativo do tipo*⁶².

A publicidade pode se dar por meio de *qualquer meio de propaganda ou difusão do pensamento*⁶³. Porém, caso seja feita pela imprensa vale a regra especial; sendo a conduta regulada, portanto, pela lei de Imprensa. Observa-se que, hodiernamente, isso reduz substancialmente a incidência do dispositivo do Código Penal, já que os *meios de comunicação* exercem papel quase exclusivo na propagação da informação. Buscando exemplos, a doutrina mais antiga fala em discursos em reuniões públicas, boletins ou cartazes entregues em lugar público, e

⁵⁸ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**, p. 166.

⁵⁹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**, p. 924.

⁶⁰ ANTOLISEI, Francesco. **Manuale di Diritto Penale**, p. 719.

⁶¹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**, p. 924.

⁶² BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**, p. 276.

⁶³ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**, p. 166.

até mesmo em *exemplos mudos* que em determinadas circunstâncias seriam causa de capazes de influenciar comportamentos⁶⁴.

A consequência da incitação é irrelevante, ou seja, para a *consumação* do crime de incitação basta que esta seja feita, independentemente do fato de alguém cometer, ou não, o crime incitado. É *admissível* a tentativa, quando na forma escrita. Ressalva-se, porém, que caso se dê via imprensa (o que é muito frequente) não se aplica o art. 286, mas lei específica. O exemplo de HUNGRIA é o agente ser preso no momento em que “vai fixar, em lugar público, o cartaz contendo a exortação criminosa”⁶⁵. Diz-se que a consumação ocorre com o simples ato de incitar, se captado por indeterminado número de pessoas:

O crime é formal e se consuma coma incitação pública, desde que seja percebida ou se torne perceptível a um número indeterminado de pessoas, independentemente de qualquer outro resultado ou consequência da incitação. A tentativa é admissível nos casos em que a incitação ainda não se tornou pública⁶⁶.

Reside, aqui, a discussão teórica que pode culminar na conclusão pela inexistência de crime quando a incitação não é acolhida por ninguém. A base vem desde CARRARA, que diferenciou incitação *acolhida e não acolhida*⁶⁷. Segundo a teoria dominante, se a instigação é “acolhida” e algum delito é cometido, havendo relação de causalidade demonstrada, o incitador-instigador responde por *ambos os crimes, em concurso material*⁶⁸.

A única posição aceitável parece ser que *não há crime* se a incitação não é acolhida, *independentemente de seu caráter público*, devido à *ausência de bem jurídico protegido*. No caso de alguém cometer o delito, o incitador responde, efetivamente, como *partícipe por instigação*. Porém, é *absurda* a posição dominante

⁶⁴ V. nesse sentido: ANTOLISEI, Francesco. **Manuale di Diritto Penale**, p. 718; HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**, p. 167.

⁶⁵ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**, p. 171.

⁶⁶ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**, p. 925.

⁶⁷ CARRARA, Francesco. **Programa de Derecho Criminal**, p. 378: “el título fluctúa entre *instigación acogida e instigación no acogida*, a la que con mayor verdad se asimila, porque la mutación espontánea del ánimo del instigado da motivos para presumir que su consentimiento no fue determinado ni serio”.

⁶⁸ ANTOLISEI, Francesco. **Manuale di Diritto Penale**, p. 719; SOLER, Sebastian. **Derecho Penal Argentino**, p. 638; HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**, p. 170; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**, p. 925; NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**, p. 133; PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, p. 839.

no sentido de que, neste caso, responde em concurso material por ambos os crimes, na medida em que a dupla punição incidiria em evidente *bis in idem*, respondendo duas vezes pela mesma ação. A conclusão lógica, enfim, é pela inexistência do crime referido no art. 286.

Quanto às demais *classificações* possíveis, anota-se que quanto à *quantidade bens jurídicos*, chamar-se-ia *simples*, na hipótese de se assumir “paz pública” como um bem jurídico verdadeiro, o que não ocorre. O crime é *instantâneo* porque se completa, imediatamente, com a prática da incitação e a suposta instalação de sentimento de intranquilidade pública, não se exigindo, como se verá, a prática do crime incitado. Em relação à *autoria*, parece claro que pode ser cometido por qualquer pessoa; logo, é *geral*. Realiza-se o tipo apenas por *ação* e na forma *dolosa*, inexistindo a forma *omissiva*.

§2º. Tipo subjetivo

Não havendo *incitação* na forma imprudente, o tipo subjetivo consiste na *consciência e vontade* em se incitar publicamente a prática de um crime, nesses termos: além do *componente volitivo* exigido na forma *incondicionada e capaz*, o agente deve *representar intelectualmente*: (a) que a ação por ele incitada é crime⁶⁹ e (b) que, quando o faz, *faz publicamente*, ou seja, de forma a ser percebido por um número indeterminado de destinatários. Assim, “per la sussistenza del dolo, il soggetto, oltre alla volontà dell’azione, deve avere la consapevolezza di agire in presenza di quelle condizioni da cui dipende la pubblicità del suo comportamento”⁷⁰. Além disso, a *representação* há de ser (c) *séria*, o que exclui a tipicidade tanto se a incitação é proferida com boas intenções, de forma inocente ou mesmo satírica, como se ela não é levada a sério nestes mesmos termos⁷¹.

⁶⁹ Discorda PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, p. 838: “O instigador, no entanto, não precisa saber que os fatos por ele instigados são previstos em lei como crime”.

⁷⁰ ANTOLISEI, Francesco. **Manuale di Diritto Penale**, p. 717.

⁷¹ CARRARA, Francesco. **Programa de Derecho Criminal**, p. 390-1: isto porque, nos termos do autor, a *intenção do agente* corresponde ao *corpo do delito*, sendo dele um *critério essencial*. Em outro sentido NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**, p. 132-3: “É indiferente, porém, a consequência ou efeito que ele produza nas pessoas. Ainda que rechassado o orador, ainda que seja posto a ridículo ou acolhido com

Rejeita-se, aqui, a *publicidade pressuposta (summatum opus)*⁷² quando se praticam quaisquer atos que tendam ao incitamento, como por exemplo a divulgação de escritos. Melhor a posição de CARRARA, para quem “es preciso que en el proceso se compruebe que verdaderamente el instigador tuvo voluntad determinada de procurar la consumación del delito, y que com el fin de obtener este intento, trató de impulsar hacia él al instigado”⁷³.

É exemplo de *erro de tipo*, que exclui o dolo, o caso de sujeito que faz um discurso configurável como incitação ao crime para exercitar a oratória, pensando estar sozinho, quando há algumas pessoas que o escutam⁷⁴ ou um microfone ligado transmitindo sua fala para uma multidão.

2.2 – FAZER PUBLICAMENTE APOLOGIA DE CRIME OU DE AUTOR DE CRIME

Também chamado *incitação indireta* ou *oblíqua*, trata-se de invenção legislativa recente (no Brasil, apareceu pela primeira vez no CP de 1940), em vigor nos termos do art. 287 do Código Penal:

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

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

§1º. Tipo objetivo

Trata-se de incriminação de conduta em inerente tensão para com a garantia constitucional da liberdade de expressão (art. 5º, IV: “*é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato*”). Não há, ademais, *qualquer bem jurídico* aqui tutelado e protegido, parecendo mais, o presente tipo, um indesejado resquício

gargalhadas, nem por isso o delito deixa de consumir-se, a menos que aja com visível intuito de gracejo ou pilhéria”.

⁷² Cf. defende HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**, p. 171.

⁷³ CARRARA, Francesco. **Programa de Derecho Criminal**, p. 391.

⁷⁴ ANTOLISEI, Francesco. **Manuale di Diritto Penale**, p. 717; SOLER, Sebastian. **Derecho Penal Argentino**, p. 637: os autores não falam que seja um caso de *erro de tipo*, tratando a situação como exemplo de não ocorrência de crime apenas.

dos *crimes de opinião*⁷⁵ e da *perseguição* ao pensamento divergente própria dos regimes políticos mais autoritários.

“Fazer apologia” significa a *referência elogiosa*, a enaltecer, de alguma forma, um *fato criminoso* ou o *autor de um crime*. Enquanto *incitar* é provocar, incentivar, *fazer apologia* significa ação ainda mais inofensiva do ponto de vista da existência de um bem jurídico efetivamente lesionado, visto que significa tão-somente a manifestação de uma opinião favorável a algo supostamente repudiado pela coletividade. Dentre os exemplos trazidos pela doutrina se destacam as ações de *bater ardorosas palmas ao criminoso que passa escoltado*⁷⁶ ou de *colocar flores diante do retrato do autor do delito*⁷⁷.

Segundo ANTOLISEI, trata-se de “una manifestazione di pensiero consistente nell’esaltare un dato di fatto o il suo autore, con intento di propaganda, e cioè con lo scopo di spronare, eccitare altri all’imitazione o quanto meno di eliminare in essi la ripugnanza verso il fatto medesimo e il suo autore”⁷⁸. Evidentemente, exclui-se da abrangência do tipo a referência elogiosa a caracteres da personalidade do supostamente criminoso não relacionadas ao cometimento do crime, e também o que se entende por *defesa* e não *apologia*, tal como a crítica acadêmica de um dispositivo legal ou decisão judicial ao caso relacionados⁷⁹.

A *apologia* e a *incitação* podem ser praticadas com os mesmos meios, com a diferença que a *apologia praticada pela imprensa* é regulada pelo Código Penal, pois inexistente o crime em lei especial. A principal diferença com a incitação na forma *direta*, para HUNGRIA, está no fato de que na apologia o incentivo à prática criminosa estaria *implícito* no apoio, elogio ou aplauso:

Nenhum crime ou seu autor, por mais nobre que seja o motivo determinante, pode ser louvado. E de todo intolerável será o exaltar, de público, um crime estúpido ou um

⁷⁵ V. nesse sentido a preocupação de FRAGOSO, cf. FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**, p. 927-8: “por não ser fácil precisar os extremos e o objetivo deste crime, e porque sua índole permite transformá-lo, na mão das autoridades, em instrumento de perseguição política, fazendo ressurgir, sob o fundamento de perturbação da ordem pública, os crimes de opinião”.

⁷⁶ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**, p. 173.

⁷⁷ CONTIERI, E. **I delitti contro l’ordine pubblico**. Milano: Giuffrè, 1961, p. 37 *apud* PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, p. 847.

⁷⁸ ANTOLISEI, Francesco. **Manuale di Diritto Penale**, p. 720.

⁷⁹ NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**, p. 135.

vulgar malfeitor. Em qualquer caso, porém, apresenta-se uma perigosa insinuação a indivíduos já propensos à delinquência ou facilmente sugestionáveis. Não há, entretanto, confundir *apologia* com simples *apreciação favorável* (formulada em termos sóbrios) ou *defesa* (advocatória ou por espírito de piedade).⁸⁰

Segundo FRAGOSO, a *perigosidade do elogio* está justamente na sua publicidade⁸¹, também aqui elemento configurador do tipo. A apologia deve ter por objeto: (i) *fato criminoso*: o que significa crime já ocorrido e transitado em julgado⁸², não se concebendo, em qualquer hipótese, a apologia de crimes não sucedidos⁸³; (ii) *autor de crime*, também reconhecido como tal, o que significa dizer com sentença condenatória transitada em julgado, sob pena se violar, *a priori*, o princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5, LVII: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”).

Há forte divergência quanto a estes pontos. Para a corrente amplamente majoritária, não é exigível que o fato objeto de apologia tenha sido declarado criminoso por sentença transitada em julgado, nem tampouco, no mesmo sentido, que o *autor* seja um condenado com sentença transitada em julgado⁸⁴.

Entretanto, apenas a filiação a uma concepção *pré-finalista* de delito, na perspectiva científica; e o *punitivismo barato*, na perspectiva política, justificam a posição. Explica-se: incontroversa a necessidade de o agente *saber ser crime* o objeto de seu elogio, resta saber a que se referem tais conceitos. Para a teoria dominante, nesse sentido, basta a “ocorrência do fato” para que possa se falar de “crime”, o que supõe um conceito de tipo ainda *objetivado* e sem a dimensão volitiva:

O modelo *clássico* de ação estrutura o sistema *clássico* de crime, baseado na separação entre processo causal exterior (causação do resultado) e relação psíquica do autor com o resultado (conteúdo da vontade, sob as formas de dolo e imprudência), que fundamenta a concentração dos elementos *psíquicos / subjetivos* na culpabilidade.⁸⁵

⁸⁰ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**, p. 172.

⁸¹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**, p. 928: “É precisamente a publicidade que torna a ação perigosa”.

⁸² Nesse sentido SOLER, Sebastian. **Derecho Penal Argentino**, p. 657 e, no Brasil, MAGALHÃES DRUMMOND. **Comentários ao Código Penal**, Vol. IX, p. 184.

⁸³ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**, p. 929.

⁸⁴ V. por exemplo: HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**, p. 173; PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, p. 846.

⁸⁵ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p. 84-5.

O que se quer dizer é que preencher, semanticamente, o conceito de “crime” e “criminoso” referidos no tipo legal, como mera “ocorrência do fato”, dispensando-se sua análise em profundidade (que só se tem, na melhor das hipóteses, após o trânsito em julgado) é assumir uma postura pré-finalista. Com Hans Welzel e a teoria finalista da ação⁸⁶, porém, transferem-se os elementos subjetivos (dolo e imprudência) da culpabilidade para o *tipo subjetivo* de injusto. Mesmo se tomando o “crime” referido no art. 287 apenas na dimensão do tipo de injusto, desconsiderando-se por ora a culpabilidade, não se pode tirar conclusões precipitadas sobre seu *tipo subjetivo* sem a observância dos preceitos constitucionais. Inadmissível, nesse sentido, supor que o agente da apologia *saiba* ser crime ou criminoso um fato ou alguém *que sequer o sistema de justiça criminal sabe ainda se é crime ou não*, em face do princípio da presunção de inocência.

O autoritarismo político, por sua vez, manifesta-se na *presunção* de um *resultado* indemonstrável, pois absolutamente abstrato, que seria a intranquilidade da coletividade, ou a perturbação da paz pública.

Sendo assim, o agente que faz apologia a crime ou criminoso que não foram, pelo menos naquele momento, reconhecidos por sentença condenatória transitada em julgado, pratica ação *atípica*, sendo caso de *erro de tipo* caracterizado por *defeito* incidente sobre *elemento normativo* do tipo objetivo, qual seja, os conceitos de “crime” e “criminoso”.

Também se diz, na corrente majoritária, que se o crime objeto da apologia vem a ocorrer, demonstrado o nexo de causalidade, “o apologista responderá, em concurso material, por ambos os crimes: o que decorreu da apologia e o de apologia”⁸⁷. Não se pode admitir uma posição desta natureza pois não há, na *ação de fazer apologia*, o componente instigatório que se poderia cogitar existir na incitação direta. Falta, portanto, e em qualquer hipótese, a relação de causalidade que permitisse imputar ao apologista a prática de crime do qual não participou. Ademais,

⁸⁶ Ver WELZEL, Hans. **Derecho Penal Aleman**. 4.ed. Trad: Juan Bustos Ramirez e Sérgio Pérez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997.

⁸⁷ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**, p. 173. Também assim: FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**, p. 929-30; NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**, p. 137; PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, p. 847.

é a mesma doutrina que afirma não poder a *apologia* incidir sobre crime ainda não ocorrido, pois o tipo legal fala em “fato criminoso” e “autor de crime”, devendo ser o elogio necessariamente em relação a um fato pretérito, incidindo em flagrante contradição.

Segundo parte da doutrina, ainda, haverá *concurso formal* se a apologia se referir a vários crimes ou a vários autores⁸⁸. Aqui se contradiz, porém, com o que se havia dito na *incitação*, na qual “o crime será único, mesmo que, em uma única conduta, sejam vários os delitos incitados”⁸⁹. O argumento vai na via do *rigor semântico* do texto legal, já que as palavras estão no singular em um tipo, e no plural, em outro, o que é de todo questionável pelo próprio fato de se chegar a soluções contraditórias para dois crimes tidos como bastante similares.

Sobre a tentativa, há uma divergência importante sobre o que ocorre quando *falta a publicidade* da apologia. Para uma *primeira corrente*, representada por MANZINI, falta condição objetiva de punibilidade e a ação seria, por este motivo, impunível. Para uma *segunda corrente*, para a qual a publicidade é elemento do tipo⁹⁰, ter-se-ia, na hipótese, uma *tentativa punível de apologia de crime ou criminoso*.

Não nos parece correta nem uma nem outra. Primeiramente, assume-se a publicidade como *elemento do tipo*, de acordo com a segunda corrente supra citada. Porém, afasta-se desta quando se nota um equívoco em relação ao próprio conceito de tentativa, já que esta não existe se não se inicia a execução e se impede a produção do resultado com a interveniência de circunstâncias alheias à vontade do agente, o que em nada se relaciona à ausência de publicidade. Ora, se falta elemento essencial do tipo objetivo, a ação de fazer apologia sem publicidade é simplesmente *atípica*, sem necessidade de maiores divagações teóricas.

No mesmo sentido da reflexão realizada na análise da *incitação direta*, conclui-se pela desnecessidade e inadequação do delito tipificado no art. 287 do Código Penal brasileiro. Afinal, a própria teoria dominante se contradiz ao dizer que

⁸⁸ NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*, p. 139; PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*, p. 848.

⁸⁹ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*, p. 839.

⁹⁰ V. NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*, p. 138.

a *apologia* se dá sobre fato criminoso ou autor de crime *já ocorrido* e depois afirma que, se algum crime decorre da apologia, o agente responde em *concurso material* por ambos! A *apologia* é, em qualquer hipótese, mera manifestação de opinião constitucionalmente garantida pelo *direito à liberdade de expressão*, não protegendo, a criminalização, nenhum bem jurídico; pelo contrário, aliás, ameaçando direitos fundamentais.

Também aqui, em relação às *modalidades* do tipo, tem-se que quanto à *quantidade bens jurídicos* seria *simples*; *instantâneo* porque se completa, imediatamente, com a prática da apologia e a suposta instalação de sentimento de intranquilidade pública, não se exigindo a prática do crime incitado; *geral* quanto à autoria, pois pode ser cometido por qualquer pessoa; e realizável apenas por *ação* e na forma *dolosa*, inexistindo a forma *omissiva* e a punição a título de imprudência.

§2º. Tipo subjetivo

Não se cogitando existir a ação de *fazer apologia* na forma imprudente, tem-se que o *tipo subjetivo* consiste na *consciência* e *vontade* em se realizar uma referência elogiosa a um crime ou a um criminoso. Mas o agente deve *saber bem o que faz*, ou seja, o componente intelectual do tipo subjetivo deve consistir na *representação* de que (a) o objeto de seu elogio *é fato reconhecidamente tido como crime*; (b) ou que o autor elogiado *é reconhecidamente autor do crime referido*⁹¹; (c) que se faz a apologia *em público*.

Incide em *erro de tipo* o agente em cuja dimensão intelectual do dolo há defeito sobre *circunstâncias de fato*, que podem ser sobre o caráter *público* da ação (erro sobre elemento descritivo do tipo) e, como visto, sobre os conceitos de *fato criminoso* e *autor de crime* (erro sobre elementos normativos do tipo); ambos excluindo o *dolo*, quando inevitáveis.

⁹¹ Discorda PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*, p. 847.

2.3. ASSOCIAÇÃO EM QUADRILHA OU BANDO PARA O FIM DE COMETER CRIMES

O mais *freqüente* dos três crimes constantes do Título IX do Código Penal é o crime de formação de quadrilha ou bando, também fortemente questionável do ponto de vista constitucional pois escancaradamente assumido como *ato preparatório* punível devido a uma “opção do legislador”. Eis o tipo legal do art. 288:

Art. 288 - Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.

Parágrafo único - A pena aplica-se em dobro, se a quadrilha ou bando é armado.

A tipificação do *ato de se associar* se encontra desde logo em inerente tensão ao direito constitucional do art. 5º, XVII, da Carta Magna, referente à liberdade de associação: “*é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar*”, ficando a principal questão, como se vê desde logo, à aferição da *licitude dos fins*.

Antes do Código Penal de 1940, reformado em 1984, ainda em vigor, falara-se em *ajuntamento ilícito*, crime distinto porque “não passava de reunião acidental de sediciosos ou amotinados na praça pública, sem nenhum caráter de estabilidade associativa”⁹².

Nota-se que a *origem política* por trás dos processos de *criminalização primária* acerca deste crime é envolta pela chamada *ideologia da defesa social*⁹³. Vide por todos HUNGRIA, no Brasil, em trecho que não pode deixar de ser lido para que se bem compreenda o que se passa:

A delinquência associada ou de grupo fêz-se, na atualidade, um alarmante fenômeno de hostilidade contra a ordem jurídico-social. Certos indivíduos que, por circunstâncias múltiplas, notadamente por influência de um ambiente criminógeno, a agravar-lhes a inconformação com a própria incapacidade de êxito pelos meios honestos, coligam-se como militantes inimigos da sociedade, formando entre si estáveis *associações* para o crime e entregando-se, pelo encorajamento e auxílio recíprocos, a tôdas as audácias e a

⁹² HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**, p. 174.

⁹³ PAVARINI, Massimo. **Control y dominación**, p. 52 e ss.

todos os riscos. É o *banditismo* organizado. Seus componentes, chefes ou gregários, íncubos ou súcubos, são, via de regra, *homens sem fé nem lei*, que não conhecem outra moral além dos aberrantes ‘pontos de honra’ com que requintam a solidariedade para o malefício. Pela mútua sugestão e pelo fermento da imoralidade no seio do ‘bando’ ou ‘quadrilha’, fazem do crime o seu meio de luta pela vida, caracterizando-se por singular impiedade, afrontoso desplante, menospreço a todos os preconceitos, ou extrema insensibilidade ética.⁹⁴

Na mesma linha, afirma FRAGOSO que “a quadrilha ou bando é aqui punida independentemente dos crimes ou malefícios que acaso pratique, pois sua simples existência constitui (...) agressão permanente contra a sociedade civil e estado antijurídico que tem sua objetividade no direito universal (de todos os cidadãos) à tranquilidade pública”⁹⁵.

HUNGRIA aborda o *cangaceirismo* e chega até mesmo a falar em *banditismo indígena*⁹⁶. Ao menos, aparece aqui um direito penal mais *honesto* e *transparente* no sentido de deixar se ver como ele se volta à tutela de interesses de classe e à garantia de um determinado sistema de produção. Remete-se à primeira parte do presente trabalho e à crítica das noções que *se supõem consensuais*, apenas porque tomam o adjetivo *públicas*, representando, na verdade, posições bastante particulares na disputa por espaço e poder.

§1º. Tipo objetivo

O tipo objetivo consiste na associação, por um número mínimo de quatro pessoas, no Brasil, com a finalidade de cometer crimes, já se adentrando na dimensão do tipo subjetivo. *Associação* é acordo de vontades regidas por um fim comum. Ora, até aqui se tem nada além da expressão do direito expressamente protegido pela Constituição da República no art. 5º, XVII⁹⁷. Não pode caracterizar, por si só, qualquer crime, *sendo punida apenas se presente e constatada a “finalidade de cometer crimes”*.

⁹⁴ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, p. 175.

⁹⁵ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*, p. 932.

⁹⁶ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, p. 177.

⁹⁷ Art. 5º XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;

Esta, enfim, é que torna o ato de associar ilícito. Tudo porque se supõe que “l’esistenza di un’associazione per delinquere suscita inevitabilmente allarme nella popolazione e, quindi, di per sè sola, e cioè indipendentemente dai delitti che siano commessi, determina un perturbamento dell’ordine pubblico”⁹⁸.

Quando se fala em associação, não se exige sua configuração formal, bastando uma simples organização. Observa-se, entretanto, com ANTOLISEI, que *associação* não equivale a *acordo*, sendo exigido sim um *mínimo de organização de caráter estável*⁹⁹, não obstante não se considerar necessária qualquer hierarquia de funções ou registro formal.

Como se vê, é a *estabilidade da associação*, que não significa *permanência*, que distinguirá o crime de quadrilha ou bando da mera *co-autoria* e do *crime continuado*. Neste, não há quadrilha porque faltam os elementos da estabilidade e da pluralidade de crimes. Já em relação ao *concurso de pessoas*, anota-se:

L’associazione per delinquere presenta qualche affinità con la compartecipazione criminosa, ma ne differisce profondamente. Nel concorso di persone, infatti, l’accordo fra i compartecipati è circoscritto alla realizzazione di uno o più delitti nettamente individuati, commessi i quali l’accordo medesimo si esaurisce e, quindi, viene meno ogni pericolo per la comunità. Nell’associazione a delinquere, invece, dopo l’eventuale commissione di uno o più reati, il vincolo associativo permane per l’ulteriore attuazione del programma di delinquenza prestabilito e, quindi, persiste quel pericolo per l’ordine pubblico che è caratteristica essenziale del reato.¹⁰⁰

Portanto, no *concurso de pessoas* o que se tem é uma associação *ocasional*, sem a marca da estabilidade, e que comete um ou mais crimes *determinados*, enquanto no crime de quadrilha ou bando se cometem crimes *indeterminados*.

Em relação às *modalidades* em que se enquadra o tipo, trata-se de crime *de perigo abstrato* porque não se exige que a a quadrilha tenha praticado qualquer crime; exige-se um *plano criminoso*, mas não se exige sequer o início de sua execução para se caracterizar a consumação do crime do art. 288. Pode-se dizer também que quanto à *quantidade de bens jurídicos* seria *simples*, se houvesse um. É

⁹⁸ ANTOLISEI, Francesco. **Manuale di Diritto Penale**, p. 725.

⁹⁹ ANTOLISEI, Francesco. **Manuale di Diritto Penale**, p. 725.

¹⁰⁰ ANTOLISEI, Francesco. **Manuale di Diritto Penale**, p. 726.

de *autoria coletiva*, pois pode ser praticado por qualquer pessoa capaz, sendo um crime *plurissubjetivo*, pois apenas existe com a participação de várias pessoas.

Emerge aqui uma questão polêmica e fundamental. Para a *teoria dominante*, não se exige que, para se completar o número mínimo de quatro pessoas associadas, sejam todos *imputáveis*, computando-se, por exemplo, os menores de idade. Seu argumento é que “para o reconhecimento do *quorus* mínimo de associados, podem ser computados mesmo os *irresponsáveis* ou *não puníveis*, desde que possam manifestar o *quantum satis* de entendimento e vontade para o acôrdo em tórno do fim comum e sejam capazes de contribuição”¹⁰¹.

Assume-se a postura da corrente *minoritária*, inegavelmente mais democrática¹⁰². Ora, a posição majoritária não se sustenta pela sua própria premissa, *supra* indicada: no Estado Democrático de Direito, e se assumindo o Direito Penal como um sistema científico de conceitos, só se poderá falar em *capacidade de compreensão* ou mesmo de *entendimento e vontade*, para usar as palavras de HUNGRIA, ao se falar em *imputabilidade*, visto que se está a tratar da mesma noção. O próprio HUNGRIA dirá, ao tratar do *tipo subjetivo*, que o *dolo* no caso “é a vontade consciente e livre de associar-se (ou participar de associação já existente) com o fim de cometer crimes (dolo específico)”¹⁰³. Que se defina então, *o que é “vontade consciente e livre”*, logo, *imputabilidade*:

A capacidade de culpabilidade é atributo jurídico de indivíduos com determinados níveis de desenvolvimento biológico e de normalidade psíquica, necessários para compreender a natureza proibida de suas ações e orientar o comportamento de acordo com essa compreensão. A lei penal brasileira exige a idade de 18 anos como marco de desenvolvimento biológico mínimo para atribuir capacidade da culpabilidade (art. 27, CP) – um critério cronológico empírico, mas preciso; complementarmente, a lei penal pressupõe indivíduo portador de aparelho psíquico livre de defeitos funcionais ou constitucionais, capazes de excluir ou de reduzir a capacidade de compreender a natureza proibida de suas ações, ou de orientar o comportamento de acordo com essa

¹⁰¹ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, p. 179. No mesmo sentido, FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*, p. 933; NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*, p. 143-4; JESUS, Damásio de. *Direito Penal*, p. 426; PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*, p. 854; BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, p. 282.

¹⁰² Mas também SOLER, Sebastian. *Derecho Penal Argentino*, p. 643: “Ese mínimo debe estar integrado por sujetos capaces desde el punto de vista penal”.

¹⁰³ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, p. 179.

compreensão (arts. 26 e parágrafo único, CP) – um critério científico controvertido, por causa do conflito da psiquiatria sobre o conceito de doença mental.¹⁰⁴

O raciocínio é eminentemente *lógico*: se o tipo legal descreve a ação de associação *entre pessoas* com a *finalidade de cometimento de delitos*, é evidente que *cada uma* dessas pessoas *deve ser capaz de orientar o próprio comportamento* para a referida finalidade criminosa. Na medida em que há já um critério legal e científico para se dizer *quem é ou não* capaz perante a lei penal, ele deve ser respeitado; e consiste exatamente na *imputabilidade* enquanto elemento da *culpabilidade*.

Assim, não há qualquer argumento científico apto a sustentar a consideração de *inimputáveis* no número mínimo de componentes para se ter uma quadrilha ou bando; o que há e prevalece é, mais uma vez, a *vontade política de se punir mais*.

Trata-se de *crime permanente* em decorrência da própria exigência de *estabilidade associativa*, fazendo com que a consumação se protraia no tempo. Nesse sentido, “la consumazione si protrae fino alla cessazione dello stato anti-giuridico, e cioè fino a quando si verifica lo scioglimento dell’associazione”¹⁰⁵.

Ora, não se discute ser a quadrilha um *ato preparatório*, inclusive entre os autores que a legitimam e a aceitam. Por todos, nesse sentido, HUNGRIA:

O momento consumativo do crime é o *momento associativo*, pois com este já se apresenta um perigo suficientemente grave para alarmar o público ou conturbar a paz ou tranquilidade de ânimo da convivência civil. Não fôra o grave perigo concreto que a organização da quadrilha ou bando representa por si mesma, e não passaria de mero *ato preparatório*, penalmente irrelevante¹⁰⁶.

No mesmo sentido, PRADO: “também nesse caso trata-se de atos preparatórios. Em razão de o legislador ter-lhes concebido autonomia, pune-se a mera associação”¹⁰⁷. ANTOLISEI, sobre a consumação, afirma *não importar*, para a existência do crime, que tenham sido cometidos menos crimes daqueles “previstos no programa”, pois é o fato por si só da associação que integra o delito¹⁰⁸. A tentativa é tida como *inadmissível*, justamente porque “o fato de promover a

¹⁰⁴ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal*, p. 294-5.

¹⁰⁵ ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di Diritto Penale*, p. 728.

¹⁰⁶ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, p. 177.

¹⁰⁷ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*, p. 853.

¹⁰⁸ ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di Diritto Penale*, p. 727.

organização da quadrilha é simplesmente preparatório”¹⁰⁹. Não havendo o cometimento de qualquer crime porém, como caracterizar o início da execução do crime, a fim que seja punível? Segundo JESUS, seria preciso se constatar *atos sensíveis no mundo exterior*¹¹⁰, o que pouco explica. De acordo com FRAGOSO, “é necessário que a associação se traduza por atos e organização do bando, motivo pelo qual, na prática, não é fácil demonstrar a existência da quadrilha antes de seu efetivo funcionamento”¹¹¹.

A forma é *qualificada* quando a quadrilha se encontra armada, seja com armas *próprias* ou *impróprias*, bastando que um de seus integrantes, apenas, esteja armado por se considerar suficiente ao aumento da *potencialidade agressiva* do bando.

É frequente a dupla punição pelo mesmo fato (*bis in idem*); por exemplo, se o sujeito é condenado por formação de quadrilha e por furto cometido pela quadrilha, o furto não pode ser qualificado pelo §4º do art. 155 (qualificado por ser cometido por várias pessoas). O mesmo vale em relação às armas. Se há a condenação por crime de quadrilha, qualificado pelo uso de armas, não pode haver condenação por roubo qualificado pelo uso de armas, em relação ao mesmo fato. Porém, entende-se ainda que o crime de quadrilha não seria *necessário* à prática de qualquer outro, sendo por isso punido *per se*.

Se há a prática posterior de um crime pelo bando, diz-se que cada agente responde por ambos, em concurso material. Porém, deve ficar claro que “somente os executores ou efetivos partícipes responderão por tal crime, em *concurso material* com o de quadrilha ou bando. Quanto aos demais, continuarão a responder pelo último, tão-somente”¹¹², demonstrada e provada a participação e evidenciado o nexo de causalidade.

¹⁰⁹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*, p. 935.

¹¹⁰ JESUS, Damásio de. *Direito Penal*, p. 429.

¹¹¹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*, p. 935.

¹¹² HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, p. 179.

§2º. Tipo subjetivo

Primeiramente se observa que a *finalidade de cometer crimes* não é apenas um elemento subjetivo do tipo (*especial fim de agir*) mas o próprio tipo subjetivo, na forma de *dolo específico*. Fala-se, equivocadamente, que há o *dolo* e um *especial fim de agir*¹¹³, consistentes, respectivamente, na vontade de se associar em mais de três pessoas e na finalidade de cometer delitos. Entretanto, não se pode chamar *dolo* algo que, por si só, representa apenas e tão-somente o exercício de um direito constitucionalmente assegurado, como visto. Mormente porque, utilizando-se das observações de NORONHA, é possível que uma reunião ou associação aconteça para fins *lícitos* e depois *degenere*, transformando-se em criminosa, e só aí haverá o tipo¹¹⁴.

O tipo subjetivo terá, portanto, *componentes volitivos*, consistente na vontade de (a) se associar em no mínimo quatro pessoas, (b) com a finalidade de cometer delitos, e *componentes intelectivos*, na *representação* ou *consciência* de que (c) há e se aceita um *programa de delinquência*¹¹⁵, caracterizado pelo cometimento de mais de um delito, excluindo-se quaisquer ações não tipificadas enquanto *crime*; (d) há o número mínimo de componentes referido em lei¹¹⁶ e, por fim, (e) que os demais membros da associação têm o mesmo escopo, sem se exigir que o objetivo seja idêntico, ou seja, cometimento dos mesmos exatos crimes.

O *defeito* em um destes *componentes intelectivos* caracterizará *erro de tipo*; por exemplo, no caso do *laranja* da quadrilha que não sabia do verdadeiro escopo desta. Se o número de associados no decorrer do processo cai para menos de quatro, por exemplo se um é *absolvido*, *cessa a permanência*, ou seja, a continuidade do momento consumativo, sem se desconsiderar o crime já cometido.

¹¹³ Nesse sentido, v. JESUS, Damásio de. **Direito Penal**, p. 426.

¹¹⁴ NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**, p. 146.

¹¹⁵ ANTOLISEI, Francesco. **Manuale di Diritto Penale**, p. 726..

¹¹⁶ SOLER, Sebastian. **Derecho Penal Argentino**, p. 643: “el partícipe debe saber que forma parte de una asociación de tres personas a lo menos”.

Não há punição do crime de quadrilha ou bando na forma *imprudente*; mas não por conta “da excepcionalidade do crime culposo”¹¹⁷, e sim porque se trata de crime de perigo abstrato, sem a exteriorização de um resultado, de forma que o próprio verbo nuclear do tipo – *associar-se* – não comporta a produção involuntária de um resultado.

¹¹⁷ Como afirma JESUS, Damásio de. **Direito Penal**, p. 426.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme já referido, o presente trabalho teve por humilde propósito, ciente de suas limitações, servir de impulso ao início de uma reflexão sobre a *parte especial* do Código Penal brasileiro a partir de outra base e outra perspectiva para além do costume pátrio em *se repetir o já repetido*, sem se refletir sobre questões pontuais que surgem do estudo da *parte especial* que se tornam extremamente relevantes quando constituem a situação correspondente ao *caso concreto*.

Sem o devido *cuidado científico* no manejo dos conceitos, e sem assumir o *compromisso político* que todos têm, inclusive (principalmente) os que se dizem “neutros”, legitimando-se pela própria repetição do *mesmo*, a resolução destas questões pontuais invariavelmente segue na via mais autoritária e punitivista.

Apesar de muitas vezes a própria missão do Direito Penal ser apresentada como a *proteção da convivência humana em comunidade*¹¹⁸, não há critérios possíveis para medição do sofrimento por ele próprio causados. Sem ignorar a realidade, mas em sentido contrário, na verdade, dela partindo para se buscar alternativas, adota-se a perspectiva que tem na dogmática penal uma possibilidade concreta de freio ou redução do poder punitivo.

O conceito de *bem jurídico* vem inserido nesse sentido, na ânsia de se ter um *critério* para a criminalização de condutas em tempos em que se quer tomar o direito penal como *resposta* a todos os problemas. O giro da linguagem, entretanto, faz com que as palavras escapem desta pretendida segurança, daí decorrendo a manipulação semântica que se queira para legitimar a criminalização primária de determinadas ações. Por isso é que, além do conceito de bem jurídico, este há de ser delimitado para bem jurídico vinculado a um direito fundamental constante da Constituição, tutelando direitos individuais e fundamentais à vida em relação. Fora desse âmbito, o poder punitivo age *em abuso* e de forma *ilegítima*.

¹¹⁸ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*, p. 1: “La misión del Derecho penal es la *protección de la convivencia humana en la comunidad*”.

O que não pode deixar de estar ao fundo é o *compromisso político* com um direito penal que sirva como *limite* à intervenção selvagem do Estado na liberdade dos cidadãos. *Nada mais que o sistema penal*, superando quaisquer estatísticas referentes à criminalidade, em verdadeira *guerra contra um inimigo que não existe*, pois cada acusado, suspeito e investigado é – tem que ser – considerado também um cidadão. A atmosfera historicamente marcada por perseguições políticas e censura que marca a configuração típica dos *crimes contra a paz pública* não resiste ao Estado Democrático de Direito: não se vislumbra outro caminho, nesse sentido, senão a abolição, o mais breve possível, dos crimes tratados no Título IX do Código Penal brasileiro.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTOLISEI, Francesco. **Manuale di Diritto Penale**: parte speciale. 9.ed. Vol. II. Milano: Giuffrè, 1986.

BARATTA, Alessandro. La Política Criminal y el Derecho Penal de la Constitución: Nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 8, n. 29, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 27-52.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 8. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial. Vol. IV. São Paulo: Saraiva, 2004.

CARRARA, Francesco. **Programa de Derecho Criminal: Parte Especial**. Vol. II. Bogotá: Temis, 1997.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A criminologia radical**. 2. ed. Curitiba: ICPC : Lumen Juris, 2006.

_____. **Direito Penal**: Parte Geral. 3. ed. Curitiba: Lumen Juris, ICPC, 2008.

CREUS, Carlos. **Derecho penal**: parte especial. 6.ed. Tomo II. Buenos Aires: Depalma, 1999.

DIMOULIS, Dimitri. Da ‘Política Criminal’ à Política da Igualdade. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 8, n. 29, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 209-231.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Vários tradutores. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**: Parte Especial. 2. ed. Vol. III. São Paulo: José Bushatsky, 1965.

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

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal**: Parte General. Tradução de S. Mir Puig e Francisco Muñoz Conde. Vol. II. Barcelona: Casa Bosch, 1978.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal**. 25. ed. Vol. III. São Paulo: Saraiva, 2002.

LISZT, Franz Von. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Tradução de José Higinio Duarte Pereira. Tomo II. Campinas: Russell, 2003.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria geral do delito**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1988.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. Vol. IV. São Paulo: Saraiva, 1962.

PAVARINI, Massimo. **Control y dominación**: teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemônico. 6.ed. México: Siglo Veintiuno, 1998.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 3.ed. Vol. III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SOLER, Sebastian. **Derecho Penal Argentino**. Tomo IV. Buenos Aires: Tipografica Editora Argentina, 1951.

TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal Aleman**. 4.ed. Trad: Juan Bustos Ramirez e Sérgio Pérez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.