UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL – UFRGS
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PENAL E POLÍTICA CRIMINAL:
SISTEMA CONSTITUCIONAL E DIREITOS HUMANOS

Maria do Carmo Goulart Martins Setenta

A CRIANÇA E O ADOLESCENTE NO CONTEXTO DAS ASSOCIAÇÕES E ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS: MAJORANTES QUE PODEM REDUZIR A PENA

Porto Alegre
2015

MARIA DO CARMO GOULART MARTINS SETENTA

A CRIANÇA E O ADOLESCENTE NO CONTEXTO DAS ASSOCIAÇÕES E ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS: MAJORANTES QUE PODEM REDUZIR A PENA

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de especialista em direito penal e política criminal pelo programa de pós-graduação da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Professor Doutor Ângelo Roberto Ilha da Silva.

Porto Alegre

2015

MARIA DO CARMO GOULART MARTINS SETENTA

A CRIANÇA E O ADOLESCENTE NO CONTEXTO DAS ASSOCIAÇÕES E ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS: MAJORANTES QUE PODEM REDUZIR A PENA

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de especialista em direito penal e política criminal pelo programa de pós-graduação da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Aprovada em ____ de _____ de 2015.

BANCA EXAMINADORA:

_____

Professor Doutor Ângelo Roberto Ilha da Silva
Orientador

_____

Professor Doutor Marcus Vinícius Aguiar Macedo

_____

Professor Doutor Pablo Rodrigo Alflen da Silva

Ao meu esposo, companheiro de todas as horas,
Marcos Berbert de Castro Setenta.

Agradeço à Escola Superior da Defensoria Pública da União que, através de seus programas de incentivo, mantém seus membros na busca pelo conhecimento.

Agradeço também ao Professor Ângelo pela atenção, orientação e essencial auxílio na elaboração deste trabalho.

QUANTO VALE UMA VIDA?

Fui uma criança maltratada, sofrida,
sempre me faltou abrigo, afeto, comida...
Você está querendo brincar amigo,
aprendi que uma vida não vale nada,
não foi assim que fizeram comigo?

Quantas vezes gritei por socorro...
de frio e fome por pouco não morro,
mas ninguém prestava atenção
para o menino que foi lançado
na amargura da exclusão.

Quantas vezes escapei da morte...
Você sabe o que é ter medo de gente
de policiais ou de inconsequente demente
que até pode ser comerciante ou doutor
e espalha entre nós o pavor?

Quantas vezes perdi um amigo
entre chacinas, descasos e gritos...
até que o menino sofrido e amargo
foi se tornando um adolescente infrator.
Será que foi por respeito ou desamor?

E agora você quer me convencer
que sou um monstro, uma peste
porque na luta pela sobrevivência
matei uma vida que preste?

Se ela é vítima
por que sou algoz,
eu e ela não somos vítimas
do que fizeram de nós?

Margareth Berbert de Castro

RESUMO

Ao longo da história, a criança e o adolescente que inicialmente eram invisíveis e não tinham nenhum tratamento diferenciado, passaram a ser compreendidos como sujeitos especiais de direitos, merecedores de integral proteção. Nessa evolução, houve uma fase de transição em que a atuação estatal, embora admitisse sua distinção dos adultos, tratava a todos os jovens: infratores, vítimas de maus tratos ou abandonados, com o direito penal. Nessa fase intermediária de evolução do direito das crianças e adolescentes foi editada a Lei nº 2.252/54 tornando típica a conduta de corromper menores, compreendida como o ato do adulto que, aproveitando-se da imaturidade do jovem, o leva para a criminalidade. Essa lei foi revogada pela Lei nº 12.015/2009, que inseriu o art. 244-B ao Estatuto da Criança e do Adolescente e manteve a corrupção de menores como ilícito penal, ampliando seu alcance. A mesma Lei nº 12.015/2009 modificou o antigo delito de formação de quadrilha ou bando, que passou a prever nova causa de aumento de pena na hipótese de prática do crime com participação de criança ou adolescente. De maneira semelhante, a Lei nº 12.850/2013, que define organização criminosa, estabeleceu agravamento de pena se o delito for cometido juntamente com criança ou adolescente. No entanto, a previsão específica de majorante para os adultos que praticam os delitos de associação e organização criminosa acompanhados de criança ou adolescente pode provocar, na prática, punição menor, porque configurado crime único e não mais concurso de delitos.

Palavras-chave: criança; adolescente; corrupção; associação criminosa; organização criminosa.

ABSTRACT

Throughout history, children and adolescents who were initially invisible and had no differential treatment came to be understood as special subjects of rights, deserving of full protection. In this evolution, there was a transition phase in which the state action, but admitted his adult distinction was all young people: offenders, victims of abuse or abandoned, with the criminal law. In this intermediate stage of evolution of the right of children and adolescents was enacted Law nº 2.252/54 making the typical behavior of corrupting minors, understood as the adult act, taking advantage of the immaturity of the young leads to crime. This law was repealed by Law nº 12.015/2009, which entered the art. 244-B to the Child and Adolescent and kept the corruption of minors as a criminal offense, but extended its reach. The same Law nº 12.015/2009 modified the old offense of conspiracy or flock, which now provides new cause penalty increase in crime hypothesis with participation of children and adolescents. Similarly, Law nº 12.850/2013, which defines criminal organization, established penalty aggravation if the offense is committed with a child or adolescent. However, the specific provision of penalty increased chance for adults who practice the association of offenses and criminal organization with the participation of children and adolescents would, in practice, less punishment because configured only crime offenses and no more contest.

Key words: child; adolescent; corruption; conspiracy; criminal organization.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO ---------- 10

2 DEFINIÇÕES SOBRE GRUPOS CRIMINOSOS NA LEGISLAÇÃO ---------- 11

2.1 QUADRILHA OU BANDO E A NOVA ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA ---------- 11

2.2 MILÍCIA PRIVADA ---------- 14

2.3 ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS ---------- 18

3 A CRIANÇA E O ADOLESCENTE NO DIREITO PENAL ---------- 24

3.1 LEGISLAÇÃO PROTETIVA ---------- 24

3.2 O DELITO DE CORRUPÇÃO DE MENORES ---------- 29

3.3 O DELITO DE CORRUPÇÃO DE MENORES EM CONCURSO COM OUTROS CRIMES ---------- 35

4 A CRIANÇA E O ADOLESCENTE NO CONTEXTO DAS ASSOCIAÇÕES E ORGANIZAÇÕES E CRIMINOSAS ---------- 40

4.1 QUADRILHA OU BANDO E CORRUPÇÃO DE MENORES ---------- 41

4.2 A CRIANÇA E O ADOLESCENTE COMO CAUSA DE AUMENTO DE PENA NOS DELITOS DE ASSOCIAÇÃO E ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA ---------- 43

4.3 A CRIANÇA E O ADOLESCENTE NA MILÍCIA PRIVADA ---------- 51

5 CONCLUSÕES ---------- 53

REFERÊNCIAS ---------- 55

1 INTRODUÇÃO

O crescente aumento dos índices de criminalidade provoca na sociedade, fortemente influenciada pela mídia, a reiteração do discurso de que a solução seria o endurecimento das penas e a ampliação do direito penal, que deve prever cada vez mais tipos penais. É muito presente também a discussão em torno da redução da maioridade penal. No atual discurso político, o direito penal vige não mais como *ultima*, senão como *prima* ou até mesmo *sola ratio* (HASSEMER, 2000).

Em razão disso, o Congresso Nacional possui em tramitação muitos projetos de lei que atendem ao anseio da sociedade, encarando o direito penal como a solução para todos os males. Após o regular processo legislativo, entram em vigor leis que, muitas vezes, ao contrário de proporcionarem segurança jurídica e pacificação social, trazem ainda mais dificuldade ao jurista e ao operador do direito, especialmente, porque demandam hercúleo esforço de interpretação para adequar tantas regras aos casos concretos que se apresentam.

Por vezes, o objetivo de recrudescimento da lei penal pode ser frustrado, como, por exemplo, com a edição das Leis nº 12.015/2009 e nº 12.850/2013 que, prevendo causa especial de aumento de pena quando os delitos de associação criminosa e organização criminosa são cometidos com a participação de criança e adolescente, pode trazer, ao autor da infração, pena menor do que a prática de outro tipo de delito em concurso com o crime de corrupção de menores, previsto no art. 244-B, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Este trabalho propõe uma reflexão sobre as recentes alterações perpetradas no ECA, no código penal, bem como na lei que define organizações criminosas, especialmente, em relação à prática dos delitos de associação e organização criminosa com a participação de criança ou adolescente e suas consequências na aplicação da pena privativa de liberdade.

2 DEFINIÇÕES SOBRE GRUPOS CRIMINOSOS NA LEGISLAÇÃO

A organização de grupos para a prática de crimes não é um fenômeno da atualidade. Ao longo da história mundial, há registro de famosas associações criminosas: os piratas franceses e ingleses, dos séculos XVII e XVIII, a Máfia Italiana, a Yakuza Janopesa e as Tríades Chinesas do século XIX.

No cenário brasileiro, o antecedente remoto da criminalidade organizada é encontrado no cangaço, movimento do final do século XIX, cujos membros estavam hierarquicamente organizados e praticavam atividades ilícitas, como saques e extorsões, em diversos Estados do nordeste do Brasil (SILVA, 2003). Já no século XX, vieram a exploração do jogo do bicho, o tráfico de entorpecentes, armas, animais silvestres, etc. e, finalmente, na atualidade, os grupos formados no interior das penitenciárias, como o Primeiro Comando da Capital (PCC) e o Comando Vermelho (CV).

A criminalidade é inerente à sociedade e acompanha o desenvolvimento populacional e tecnológico. Em razão disso, a legislação que trata de delitos envolvendo grupos criminosos sofreu recentes alterações, entre elas, a modificação no antigo crime de quadrilha ou bando, que passou a ser denominado de associação criminosa, a tipificação do delito de organizações criminosas e a inauguração de mais um tipo penal: a milícia privada.

Na legislação brasileira, esses três são os principais tipos penais que definem as condutas de grupos criminosos: o art. 288 do CP que tipifica a associação criminosa, o art. 288-A do CP que trata da constituição de milícia privada e o art. 1º, § 1º, da Lei nº 12.850/2013, que conceitua a organização criminosa.

2.1 QUADRILHA OU BANDO E A NOVA ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA

O art. 288 está inserido no título IX do Código Penal, que trata dos crimes contra a paz pública e tem como objetivo tutelar o Estado, protegendo-o da existência de agrupamentos organizados e estáveis, preparados para delinquir a qualquer momento (NUCCI, 2014).

Esse delito foi introduzido no ordenamento jurídico por meio do Código de 1940, no contexto histórico do banditismo rural (BALTAZAR JUNIOR, 2014), e definia o crime de quadrilha ou bando como a conduta de “associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes”, prevendo pena de reclusão de um a três anos, com a previsão de uma majorante, em seu parágrafo único, se o grupo fosse armado.

A doutrina, na análise desse crime, apresentava divergência em relação a sua nomenclatura, havendo entendimentos distintos sobre serem ou não sinônimos os termos quadrilha e bando.

Para Galdino Siqueira, bando é um grupo indisciplinado de malfeitores, enquanto quadrilha é um grupo que obedece a um chefe (SIQUEIRA, 1951). Fazendo a distinção entre os termos, João Marcello de Araújo Filho defende que quadrilha é urbana, e bando é rural. Diz: "Quadrilha é organizada e dirigida a um fim, portanto, teleológica, operacionalizada previamente e indicativa de *societas sceleris* racional. Bando é difuso, inorgânico e sem articulação, demandando racionalidade maior." (NUCCI, 2007).

Entretanto, a maioria dos autores entendia que as palavras quadrilha e bando tinham o mesmo significado, sendo sinônimas, justamente porque o legislador não fez diferenciação tratando-as no mesmo tipo penal. Esse posicionamento era adotado, por exemplo, por Heleno Fragoso (FRAGOSO, 1965), Luiz Regis Prado (PRADO, 2013), Mirabete (MIRABETE, 2009) e Damásio de Jesus (DAMASIO, 2013).

Nelson Hungria, não adentra expressamente na temática a respeito de os termos quadrilha ou bando serem sinônimos, tampouco associa bando a grupos do meio rural, e quadrilha a grupamentos urbanos: "Assim não é infrequente, no interior do país, a organização de quadrilha, entre fazendeiros pecuaristas, para perseguir e eliminar sumariamente ladrões de gados. "

De modo semelhante, Magalhães Noronha, apesar de não tratar expressamente do tema, deixa claro, pela redação do seu texto, não fazer a referida diferenciação: "é compreensível que, formado o bando com o fim de delinquir, a cada delito precede uma resolução, um acordo, um plano etc., agindo cada quadrilheiro conforme previa determinação, representando cada um seu papel (NORONHA, 1987).

O delito de formação de quadrilha ou bando sofria críticas por sua redação imprecisa, ao definir a necessidade de mais de três pessoas, de modo que a maioria da doutrina entendia pela necessidade de, no mínimo, quatro pessoas para a configuração do crime (DAMASIO, 2013), (PRADO, 2013).

Com a edição da Lei nº 12.850/2013, esse tipo penal passou a denominar-se associação criminosa e, apesar de manter a mesma pena do delito anterior, reduziu de quatro para três o quantitativo de pessoas necessárias. Outras modificações constam em seu parágrafo único, com a previsão de mais uma majorante e alteração do *quantum* de aumento, *in verbis:*

Associação Criminosa

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

O tipo objetivo é equivalente ao antigo delito de quadrilha ou bando. Associar-se, na definição de José Paulo Baltazar Junior, consiste em "organizar-se, aliar-se, unir esforços" (BALTAZAR JUNIOR, 2014) sendo necessário para a existência do crime a reunião de pelo menos três pessoas. O tipo subjetivo igualmente mantém-se relacionado ao fim específico de cometer uma série indeterminada de ilícitos.

A associação difere do mero concurso de pessoas pelo seu caráter de durabilidade e permanência, elementos indispensáveis para a configuração do crime (NUCCI, 2014).

A redefinição do delito de quadrilha ou bando pela terminologia associação criminosa, assim como a clareza de sua redação ao estabelecer o número mínimo de participantes foram elogiadas pela doutrina, a exemplo das manifestações de Cezar Roberto Bitencourt (BITENCOURT, 2014) e Guilherme de Souza Nucci (NUCCI, 2014).

Em relação às causas de aumento previstas no parágrafo único, manteve-se punição maior para a associação armada, reduzindo-se apenas a fração, pois na redação do delito de quadrilha ou bando, a pena aplicava-se em dobro, enquanto que na infração penal vigente a fração de aumento pode variar somente até a metade.

Os juristas tecem críticas a essa previsão de aumento que estabelece limite máximo – metade – mas não especifica fração mínima. Uma solução é apontada por Nucci ao sugerir que a variação seja de, no mínimo, um sexto, pois esta é a menor fração de aumento prevista no Código Penal. Acrescenta o autor que o aumento de um dia, por exemplo, seria um atentado à intenção da norma, voltada a uma pena realmente mais elevada para tais circunstâncias (NUCCI, 2014).

A hipótese de aumento em razão de o grupo criminoso ser armado justifica-se pelo fato de existir maior temibilidade e periculosidade dos seus componentes. A arma pode ser própria, compreendida como aquela concebida para a finalidade de ataque ou defesa, a exemplo do revolver; ou pode ser imprópria, como uma faca ou uma navalha, que se tratam de objetos concebidos para outros fins, mas que apresentam idoneidade ofensiva (DAMASIO, 2013).

Quanto à participação de criança ou adolescente na associação criminosa, incide a majorante tanto no caso de o menor de 18 anos ser usado como mero instrumento na empreitada ilícita, quanto na situação em que ele participa ativamente da associação (NUCCI, 2014). A

reprimenda maior, nesse caso, justifica-se, pois, a inserção de infantes em atividades criminosas, de forma habitual, é conduta mais gravosa à sociedade.

Vale mencionar que as recentes alterações no delito do art. 288 do CP não causaram nenhuma modificação na previsão do art. 8º da Lei 8.072/90, que continua vigente. O dispositivo prevê:

> Art. 8º Será de três a seis anos de reclusão a pena prevista no art. 288 do Código Penal, quando se tratar de crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo.
> Parágrafo único. O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços.

Significa dizer que, se a associação criminosa tiver como objetivo a prática de crimes hediondos ou equiparados a hediondos, a pena passa a ser de três a seis anos e não de um a três.

Por fim, se a associação tiver por finalidade a prática de crimes envolvendo o tráfico de substância entorpecente, a conduta é tipificada pelo artigo 35, Lei 11.343/2006. Chama a atenção a exigência de apenas dois agentes para a configuração dessa infração penal, que fixa pena de três a dez anos, abaixo transcrita:

> Art. 35. 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 desta Lei:
> Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa.
> Parágrafo único. Nas mesmas penas do caput deste artigo incorre quem se associa para a prática reiterada do crime definido no art. 36 desta Lei.

2.2 MILÍCIA PRIVADA

Com a edição da Lei nº 12.720 de 2012, que acrescentou o art. 288-A ao CP, o ordenamento jurídico brasileiro passou a prever mais um crime, tornando típica a conduta de constituir milícia privada, assim definida:

> **Constituição de milícia privada**
>
> Art. 288-A. Constituir, organizar, integrar, manter ou custear organização paramilitar, milícia particular, grupo ou esquadrão com a finalidade de praticar qualquer dos crimes previstos neste Código:
> Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos.

O delito prevê pena de reclusão de quatro a oito anos e a lei que o previu também trouxe alterações nos artigos 121 e 129 do CP estabelecendo causa de aumento se os crimes de homicídio e lesões corporais forem praticados por milícia privada.

Luiz Regis Prado, na análise da tipicidade objetiva, critica o legislador por uma vez mais demonstrar sua incapacidade de configurar estruturas típicas incriminadoras o que, não raro,

leva à inconstitucionalidade ou à inaplicabilidade do dispositivo legal. Chama a atenção o fato de o tipo penal ser extremamente amplo e impreciso, visto que os elementos objetivos não estão, em sua maioria, expressamente definidos em lei (PRADO, 2014).

De modo semelhante, Julio Fabrini Mirabete refere a inexistência de definições legais e sentidos consagrados aos termos utilizados pelo legislador no dispositivo, quais sejam, paramilitar, milícia particular, grupo e esquadrão, o que, em sua opinião trará graves controvérsias sobre seus alcances (MIRABETE, 2012).

Para compreender o delito em análise, é preciso socorrer-se na doutrina. Nesse sentido, Luiz Regis Prado conceitua organização paramilitar como sendo "uma associação não oficial de pessoas, organizadas segundo uma estrutura paralela à militar, ou seja, que tem as mesmas características de uma tropa militar – hierarquizada como o exército, por exemplo". Milícia particular seria "um corpo organizado de voluntários". Grupo ele define como "uma pluralidade de pessoas unidas de forma relativamente duradoura por determinadas características comuns". E, finalmente, refere que esquadrão se trata de "termo do jargão militar" que diz respeito à seção de um regimento (cavalaria, tanques, aviões) ou de infantaria, unidade das forças armadas ou da polícia (PRADO, 2013).

Para Damasio de Jesus organização paramilitar é "aquela composta por indivíduos dispostos de maneira hierarquizada, com estrutura militar, armada, paralela ao Estado e, portanto, ilegal. " O autor define milícia privada como sinônimo de organização paramilitar, que atua para o cumprimento de metas ou serviços a que seja contratada. Entende que grupo é a reunião de mais de duas pessoas e, por fim, esquadrão como parte de um grupamento militar, paramilitar ou milícia (DAMASIO, 2013).

Além da insegurança em relação ao conceito para os termos utilizados na norma penal, outro problema identificado pelos juristas está na falta de previsão do quantitativo mínimo de pessoas necessárias para a caracterização do crime, já que se trata de delito plurissubjetivo ou de concurso necessário.

O doutrinador Damasio de Jesus entende que, diante da inexistência de previsão legal, deve haver, pelo menos, três pessoas, argumentando que seria ilógico pensar em organização paramilitar, milícia privada, grupo ou esquadrão dotados de apenas duas pessoas (DAMASIO, 2013).

Julio Fabbini Mirabete também defende ser exigível o concurso de, no mínimo, três sujeitos, para atender ao requisito da pluralidade de agentes e menciona que esse critério tem sido hodiernamente adotado na conceituação de organizações criminosas, a exemplo da

previsão do artigo 2, "a", da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional[1] e do artigo 2º da Lei nº 12.694/2012[2] (MIRABETE, 2012).

No mesmo sentido, Cesar Roberto Bitencourt argumenta ser aplicável, a exemplo do crime de quadrilha, o quantitativo mínimo de três indivíduos, ressaltando a similaridade e proximidade geográfica com o delito do artigo 288 do CP que, recentemente alterado, adotou esse parâmetro (BITENCOURT, 2014).

Já Guilherme de Souza Nucci assume posicionamento diverso e admite a possibilidade de constituir-se uma milícia ou um grupo com apenas dois agentes. E enumera esse item como sendo um dos que diferencia o crime de milícia privada do delito de associação criminosa, o fato de aquele não demandar um número mínimo de três pessoas, exigíveis para a caracterização da associação (NUCCI, 2014). O autor recorda que a lei brasileira já prevê, no artigo 35[3] da Lei nº 11.343/2006, hipótese de associação com dois sujeitos não sendo, portanto, uma inovação (NUCCI, 2013).

Uma terceira concepção é apontada por Luiz Regis Prado, que refere ser o tipo penal, nesse ponto, uma afronta ao princípio da legalidade penal, argumentando não ser facultado ao julgador a colmatação dessa lacuna, seja por analogia *in malam partem*, seja por qualquer outra forma integrativa (PRADO, 2013).

No que tange ao elemento subjetivo do tipo, o delito de milícia privada apresenta significativa distinção em comparação com os crimes de associação e organização criminosa, ao exigir a finalidade de prática de quaisquer dos crimes previstos no Código Penal, prevendo injustificável limitação do alcance típico, pois, diante da previsão expressa, afasta a hipótese de configuração do delito se a milícia é destinada ao cometimento de crimes previstos em leis extravagantes (DAMASIO, 2013).

---

[1] Artigo 2
Terminologia
Para efeitos da presente Convenção, entende-se por:
a) "Grupo criminoso organizado" - grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material;

[2] 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.

[3] Art. 35. 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 desta Lei:
Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa.
Parágrafo único. Nas mesmas penas do caput deste artigo incorre quem se associa para a prática reiterada do crime definido no art. 36 desta Lei.

Outra diferença entre os delitos de associação e organização criminosa, é a inexistência, na milícia privada, de causa de aumento de pena se se tratar de grupo armado ou se contar com a participação de criança ou adolescente.

Para finalizar essa breve análise do delito de milícia privada, é interessante referir precedente encontrado na jurisprudência, retratando situação de retroatividade da lei penal mais benéfica. No julgado abaixo, os acusados foram denunciados pela prática dos delitos previstos no art. 288, parágrafo único, CP combinado com o art. 8º, *caput*, Lei nº 8.072/90, cuja pena mínima em abstrato é de seis anos. O órgão julgador, utilizou a inovação da norma, aplicando, ao caso concreto, o tipo penal do art. 288-A do CP que prevê pena mínima, em abstrato, de quatro anos. Confira-se:

> Apelação criminal. Crime de quadrilha. Artigo 288-A do código penal. Preliminares suscitadas pela defesa técnica do acusado Salatiel Antonio Ferreira Filho postas no sentido da nulidade do processo por inépcia da denúncia e diante da ausência de justa causa. Pretensão das defesas dos acusados no sentido das suas absolvições por insuficiência de provas, atipicidade da conduta e pela negativa de autoria. Subsidiariamente postulam pela revisão da dosimetria da pena com a fixação da pena-base no patamar mínimo legal. Ainda, subsidiariamente, postula a defesa técnica do acusado Salatiel Antonio Ferreira Filho por sua condenação na norma do artigo 288 do código penal, tal como imputada na peça vestibular, pela substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e pela manutenção do acusado na corporação da polícia militar do estado do Rio de Janeiro. *Ab initio*, é de se consignar que o Magistrado Primitivo faz um juízo de admissibilidade precário do recurso, não excluindo a competência do órgão *ad quem* para a reapreciação da matéria. Assim, deixa-se de conhecer o recurso de apelação do acusado Bruno Barbosa Ramalho considerando que consta nos autos certidão cartorária exarada por serventuário da justiça dando conta da intempestividade da sua interposição. Preliminares que se rejeitam. Inicialmente quanto a alegação da inépcia da denúncia, vê-se que esta não merece acolhimento posto que a denúncia foi ofertada em conformidade com os requisitos do artigo 41 do código penal, o que possibilitou aos recorrentes a promoção com plenitude do exercício dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. Do mesmo modo deve ser rejeitada a preliminar de nulidade do processo em razão da ausência de justa causa, uma vez que o conjunto probatório carreado aos autos apontam com clareza os indícios da participação do acusado Salatiel como sendo integrante de um grupo devidamente armado, conhecido como milícia e com forte atuação no município de Duque de Caxias. No mérito, autoria e materialidade configuradas. Conjunto probatório capaz de fomentar o convencimento da prática do crime de quadrilha e, com isso, autorizar o decreto condenatório. Interceptação telefônica autorizada judicialmente e realizadas pela polícia civil do estado do Rio de Janeiro, através da Draco, denominada operação "Capa Preta", que objetivou investigar os indícios da pratica de diversos crimes cometidos pelos integrantes de um grupo devidamente armado, conhecido no município de Duque de Caxias como milícia. Existência de provas concretas de que os acusados Saltiel Antonio Ferreira Filho; José Marivaldo dos Santos Junior; Carlos Augusto Santos, Marcelo Babosa Ramalho e Bruno Barbosa Ramalho estivesse vinculados em quadrilha. Impossibilidade da condenação no crime tipificado no artigo 288 do código penal. Acusados foram denunciados nas pelas no art. 288, parágrafo único, c/c art. 8º, caput, da Lei nº 8072/90, com a incidência da circunstância agravante prevista no artigo, inciso I, do código penal, cuja pena mínima em abstrato estabelecida é de 6 (seis) anos. Desta forma, com a inovação da norma do artigo 288-A do código penal trazida pela Lei nº 12.720/2012 e diante da comprovação pelo conjunto probatório carreado aos autos da constituição de uma milícia privada, resta clarividente a incidência da retroatividade da norma penal mais benéfica, uma vez que a pena

> mínima em abstrato do delito em comento encontra-se assentada 4 (quatro) anos de reclusão, não cabendo, portanto, ser acolhida a tese defensiva por afronta ao princípio da vedação da *reformatio in pejus* e diante da ausência de recurso ministerial neste sentido. Dosimetria da pena que merece reparo na medida em que a pena base foi por demasiadamente aumentada, sem que fossem respeitados os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Redimensionamento das penas para assentá-las no montante definitivo 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão para cada acusado. Observando-se o *quantum* da pena assentada, fixa-se, de ofício, o regime semiaberto para o cumprimento inicial da pena privativa de liberdade para cada acusado, nos termos do artigo 33, parágrafo, 2º, alínea "b" do código penal. Impossibilidade da substituição da pena privativa de liberdade, requerida pela defesa do acusado Salatiel, em virtude do montante da pena corporal firmada, nos termos do artigo 44 do código penal. Impossibilidade da manutenção o acusado Salatiel Antonio ferreira Filho nos quadros da polícia militar, uma vez que a legislação é clara ao estabelecer que a perda da função ou do cargo público se operacionaliza quando o agente delituoso é condenado em pena superior 04 (quatro) anos, acrescido pelo fato de restar demonstrado que o acusado utilizava da prerrogativa do seu cargo para o cometimento de ilícitos penais. Não havendo, ainda, qualquer impedimento no sentido de que o agente seja excluído administrativamente das fileiras da corporação. Por fim, apesar de não ter sido reconhecido o recurso de apelação criminal interposto pela defesa do acusado Bruno Barbosa Ramalho, deve ser revista, de ofício, a pena base em razão dele se encontrar nas mesmas circunstâncias apontadas acima e diante do que preconiza a norma inserta no artigo 580 do código de processo penal, motivo pelo qual assento a pena corporal definitiva 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente semiaberto. A detração penal deve ser devidamente explorada no juízo de direito da vara de execuções penais, pois é o órgão jurisdicional inicial com competência e com maiores condições de avaliar o tema em apreço. Prequestionamento que se afasta por ausência de violação a dispositivos constitucionais e infraconstitucionais. Não conhecimento do recurso do acusado Bruno Barbosa Ramalho. Rejeição das preliminares. Parcial provimento dos recursos dos acusados Marcelo Barbosa Ramalho, José Marivaldo dos Santos Junior, Carlos Augusto dos Santos e Salatiel Antonio Ferreira Filho. Decisão modificada.
> (TJ-RJ - APL: 04965552620118190001 RJ 0496555-26.2011.8.19.0001, Relator: DES. SIDNEY ROSA DA SILVA, Data de Julgamento: 31/03/2015, SÉTIMA CAMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 07/04/2015 17:38).

2.3 ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

A Lei nº 9.034/95, posteriormente alterada pela Lei nº 10.217/2001, segundo seu enunciado, tratava da "utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas", porém não definia organização criminosa.

O conceito de organização criminosa foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto Legislativo nº 231, de 29 de maio de 2003, e pelo Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004, que ratificaram a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, realizada em Palermo, na Itália, em 15 de dezembro de 2000.

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

Logo em seguida, a Convenção estabelece o parâmetro de infração grave, como sendo aquele tipo de delito punível com privação de liberdade, cujo máximo da pena não seja inferior a quatro anos.

Entretanto, apesar de a Convenção definir organização criminosa, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 96.007-SP, em 12 de junho de 2012, entendeu que a ordem jurídica no Brasil ainda não dispunha de previsão normativa suficiente a concluir-se pela existência do crime de organização criminosa, permanecendo, portanto, atípica a conduta.

Luiz Flávio Gomes identificou três vícios na aplicação da Convenção de Palermo como definição do tipo penal de organização criminosa no Brasil. O primeiro deles, seria o fato de a definição ser muito ampla e genérica, o que viola o princípio da legalidade; em segundo lugar, o autor defende que o conceito teria validade nas relações com o direito internacional, mas não com o direito interno e, por fim, aponta que as definições dadas pelas convenções ou tratados internacionais jamais valeriam para reger nossas relações com o Direito penal interno em razão da exigência do princípio da democracia (ou garantia da *lex populi*). (GOMES, 2009).

A legislação brasileira somente passou a tipificar o delito de organização criminosa a partir da edição da Lei nº 12.694/12, que, entre outras disposições, trata do processo e julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas.

Extrai-se do seu artigo 2º:

> 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.

Note-se que a lei brasileira define de modo semelhante, porém, apresenta algumas distinções se comparada ao conceito de organização criminosa da Convenção de Palermo. Enquanto a Convenção de Palermo fala em "grupo estruturado", a Lei nº 12.694/12 refere "associação"; para a convenção, o grupo precisa ser "existente há algum tempo"; para a lei brasileira, precisa ser "estruturalmente ordenado e caracterizado pela divisão de tarefas, ainda que informalmente"; quanto à prática de crimes, a Convenção define que o grupo deve ter o "propósito de cometer uma ou mais infrações graves", em contrapartida, a lei nacional diz que a organização deve estar relacionada à "prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a quatro anos ou que sejam de caráter transnacional" (CUNHA, 2014).

Esse conceito de organização criminosa não chegou a consolidar-se no direito penal pátrio, pois, o legislador editou nova lei redefinindo esse tipo penal, da seguinte maneira, no artigo 1º, § 1º da Lei nº 12.850/2013:

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

O ordenamento jurídico nacional que permaneceu por cerca de dezessete anos sem tipificar o delito de organização criminosa, especialmente desde 1995, ano em que foi editada a Lei nº 9.034, que tratava da utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas – sem, no entanto, defini-la –, passou a dispor de dois tipos penais, que apresentam basicamente três distinções.

A primeira dessemelhança entre os conceitos está no número mínimo de agentes. Enquanto a Lei nº 12.694/12 diz que o número mínimo de sujeitos é quatro, a Lei nº 12.850/2013 prevê um mínimo de três pessoas. Além disso, a lei mais recente tem alcance ampliado em relação à anterior, pois, prevê que organização criminosa é aquela com objetivo de praticar infrações penais, o que inclui contravenções, enquanto a Lei nº 12.694/12 limita o elemento subjetivo do tipo à prática de crimes, termo mais restrito. Uma terceira diferença diz respeito à quantidade de pena máxima das infrações praticadas pelo grupo. A norma de 2012 especifica que a organização criminosa deve almejar a prática de delito com pena máxima igual ou superior a quatro anos, entretanto, a Lei de 2013 suprimiu a expressão "igual", condicionando o tipo penal àquele grupamento que tem por objetivo cometer crime cuja pena máxima seja superior a quatro anos (BITENCOURT, 2014).

Guilherme de Souza Nucci observa que, na prática, a ampliação do termo "infrações penais" constante na Lei nº 12.850/2013 não surtirá efeitos, pois, ao mesmo tempo em que amplia as espécies de infrações, abrangendo crimes e contravenções penais, prevê que tais infrações devem ter pena máxima superior a quatro anos, no entanto, inexiste contravenção penal com pena máxima superior a quatro anos (NUCCI, 2013).

A respeito da coexistência dos dois conceitos há divergências na doutrina. Para Rogério de Sanches Cunha embora as duas leis convivam, a definição de organização criminosa vigente é uma só e está prevista na Lei nº 12.850/2013, que, modificando o conceito da lei anterior, a revogou tacitamente (CUNHA, 2014). No mesmo sentido, Cesar Roberto Bitencourt argumenta que admitir a existência de "dois tipos de organização criminosa" seria uma grave ameaça à

segurança jurídica, situação incompatível com um Estado Democrático de Direito, na medida em que propiciaria discriminação injustificada (BITENCOURT, 2014).

Entretanto, Romulo de Andrade Moreira entende que atualmente a legislação brasileira possui duas definições para organização criminosa: a primeira que permite ao juiz decidir pela formação de um órgão colegiado de primeiro grau e a segunda, a Lei nº 12.850/2013, que exige uma decisão monocrática (MOREIRA, 2013).

Considerando o conceito de organização criminosa da Lei nº 12.850/2013 verifica-se que esse tipo penal distingue do crime de associação criminosa quanto ao número mínimo de integrantes. Enquanto que a associação criminosa exige pelo menos três pessoas, a organização criminosa só existe com um mínimo de quatro agentes.

Entretanto, para Baltazar Junior o que diferencia a associação criminosa, tipificado no art. 288 do CP, da organização criminosa não é o número de agentes, mas a circunstância de a organização ser estruturalmente ordenada e apresentar divisão de tarefas, sendo perfeitamente possível que um grupo de três ou mais agentes, que tenha por finalidade a prática de crimes com pena superior a quatro anos configure uma associação criminosa, se lhe faltarem a estrutura ordenada e a divisão de tarefas (BALTAZAR JUNIOR, 2014).

Semelhante ao delito de associação, o crime de organização criminosa, em seu art. 2º, § 4º, inciso I, também prevê pena majorada, na fração de 1/6 a 2/3, em caso de participação de criança ou adolescente. A causa de aumento incide independente de qual o papel do infante na estrutura da organização (CUNHA, 2014). O termo participação significa tomar parte, desse modo, pode ser compreendido no contexto dos adolescentes integrantes efetivos do grupamento – concurso impróprio – como na hipótese de instrumentalização de crianças ou adolescentes – autoria mediata (NUCCI, 2013).

Por fim, cabe referir discussão muito atual na doutrina jurídico-penal, consistente na teoria da autoria mediata ou indireta por meio de aparatos organizados de poder, que encontra nas organizações criminosas, um exemplo de aplicação.

O assunto autoria e participação é objeto de muitas teorias que buscam estabelecer seus conceitos. Ângelo Roberto Ilha da Silva refere que "a autoria constitui um conceito central, a partir do qual se intenta delinear outros conceitos correlatos como a própria autoria em suas diversas modalidades (direta, mediata, coautoria, colateral), bem como o da participação" (SILVA, 2015).

Nesse contexto a sistematização apresentada por Claus Roxin é muito elogiada pela doutrina, porque "pode servir de respaldo para orientar a caracterização da autoria mediata nas

hipóteses de crimes de maior complexidade, como aqueles praticados por meio de organizações criminosas ou empresariais" (ALFLEN, 2014).

Claus Roxin, aprimorando a teoria do domínio do fato apresentada por Hans Welzel em 1939, propõe um modelo tripartido de domínio do fato, dizendo que alguém é autor: quando realiza em sua própria pessoa a conduta típica (domínio da ação), quando executa o fato por meio de outrem (domínio da vontade) ou quando realiza, no curso da execução, uma contribuição funcionalmente relevante (domínio funcional) (ALFLEN, 2014).

A hipótese de domínio da vontade está relacionada aos casos de autoria mediata, situação em que o autor se utiliza de um executor como instrumento, que age em erro, sob coação ou ainda, inserido no contexto de um aparato organizado de poder.

Ângelo Roberto Ilha da Silva diz que a autoria mediante o domínio da vontade por meio de aparatos organizados de poder foi desenvolvida por Claus Roxin "a partir do caso Eichmann, o qual, mesmo tendo determinado a execução de diversos judeus ao tempo do nacional-socialismo alemão, jamais executou quem quer que seja com as próprias mãos. " (SILVA, 2015). E acrescenta:

> Até então, pela lógica do sistema alemão, o soldado que executasse a vítima responderia como autor, enquanto o oficial que emitiu a ordem responderia como partícipe, fato que suscitou em Roxin a necessidade de engendrar uma concepção que viesse a dar conta a casos futuros, fazendo com que o autor da ordem (o homem de trás), claramente numa posição de proeminência e de maior relevância para que o fato viesse efetivamente a ocorrer, respondesse também como autor, e não como mero partícipe.

Essa modalidade de autoria fica caracterizada com a implementação de quatro pressupostos, consistentes no poder de comando, na desvinculação do aparato do direito, na fungibilidade do executor direto e na disposição essencialmente elevada dos executores ao fato.

Segundo Pablo Rodrigo Alflen, o poder de comando advém de uma organização rigorosamente conduzida e hierarquicamente estruturada. A desvinculação do aparato do direito significa que sua atuação está completamente fora da ordem jurídica, podendo ser um aparato estatal ou paraestatal, como, por exemplo, os Estados totalitários, os grupos terroristas e as organizações criminosas. A fungibilidade do executor direto tem relação com a existência de muitos potenciais executores, que se encontram à disposição do aparato. O último pressuposto, foi acrescentado por Claus Roxin em 2006 e, portanto, não constava na concepção originária (de 1963). Trata-se da disposição essencialmente elevada dos executores ao fato e consiste na influência que a própria organização provoca nos executores diretos tornando-os "mais dispostos ao fato". (ALFLEN, 2014).

A teoria do domínio da vontade por meio aparatos organizados de poder torna possível a responsabilização de quem "senta à frente do volante do poder e que utiliza o aparato organizado à sua disposição para cometer delitos" como autor mediato e não simplesmente como coautor ou instigador (ROXIN, 2011).

3 A CRIANÇA E O ADOLESCENTE NO DIREITO PENAL

3.1 LEGISLAÇÃO PROTETIVA

A história mundial do direito penal juvenil, segundo Emílio Garcia Mendez (SARAIVA, 2013) pode ser sistematizada em três momentos.

No primeiro deles, a conduta tipificada como crime, sendo praticada por um menor ou por um adulto, tinha o mesmo tratamento legal quanto às normas penais e processuais penais, havendo apenas a possibilidade de redução de pena para os menores e, via de regra, o cumprimento dela se dava em estabelecimentos conjuntos.

Esse primeiro período da evolução legislativa acompanhou o surgimento dos códigos penais de caráter retribucionista do século XIX e se estende até o início do século XX. No Brasil, com a chegada de Dom João VI, em 1808, a legislação vigente eram as Ordenações Filipinas, que fixavam a idade da razão aos 7 anos, sendo este o marco para a imputabilidade penal. Apesar de responsáveis penalmente, as crianças e jovens entre 7 e 17 anos eram isentos da condenação à pena de morte.

Logo depois da independência do Brasil, que data de 1822, foi editado o primeiro Código Penal do Império, em 1830, que aumentou a idade para a responsabilização penal, passado a ser aos 14 anos, no entanto, foi mantida a possibilidade de punição de crianças entre 7 e 14 anos, com base no critério biopsicológico, sendo avaliada a capacidade de compressão e discernimento do infante.

A Lei Áurea, sancionada em 13 de maio de 1888, fruto da luta abolicionista, extinguiu a escravidão do Brasil, pelo menos formalmente. Antes disso, a Lei nº 2.040, de 28 de setembro de 1871 (Lei do Ventre Livre), importante texto legislativo relacionado à criança e ao adolescente, considerava livres todos os filhos de escravos nascidos a partir daquela data.

Apesar de ter representado um avanço para a época, a Lei do Ventre Livre, em verdade, pouco alterou a realidade das crianças e jovens, pois, trazia basicamente duas opções aos filhos de escravos agora “livres”: permanecerem sob os cuidados dos Senhores de suas mães até os 21 anos, ou seja, a lei previa uma espécie de escravidão com prazo determinado, até a maioridade; ou, passados os primeiros 8 anos de vida, nos quais era obrigação dos Senhores de suas mães criá-los e tratá-los, serem recebidos pelo governo, que lhes destinava a instituições de acolhimento.

A partir daí aparecem as primeiras instituições públicas de abrigamento, pois, até então, a assistência social era exercida pela Igreja Católica, especialmente com as Santas Casas de Misericórdia, em que a intervenção estatal restringia-se a raros incentivos financeiros.

Com a proclamação da república, em 1889, surge o Código Penal dos Estados Unidos do Brasil, decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. Nesse código, a responsabilidade penal é mantida a partir dos 14 anos, porém, a possibilidade de punição com base no critério biopsicológico passa a ser para as crianças entre 9 e 14 anos, não mais a partir dos 7 anos.

Na história mundial, merece destaque o famoso caso de Marie Anne, uma menina de 9 anos, que era maltratada pelos pais em Nova Ioque. A conduta dos pais da menina fez com que a Sociedade Protetora dos Animais de Nova Iorque levasse o caso aos Tribunais, em 1896, argumentando que, se os maus tratos fossem contra um cão, gato ou cavalo, a sociedade seria legitimada para tanto. A conclusão lógica era de que a sociedade, ainda que protetora dos animais tinha, com mais razão, legitimidade para provocar o Poder Judiciário a tutelar os direitos da menor.

É também nos Estados Unidos que surge o primeiro tribunal de menores do mundo, no estado de Illinois, em 1899. Posteriormente, alguns países europeus igualmente reconhecem a necessidade de juízes especiais para a tutela das crianças e adolescentes e criam seus tribunais de menores como, por exemplo, na Inglaterra (1905), na Alemanha (1908), em Portugal (1911) e na França (1912). Na América Latina, a Argentina é o primeiro país a prever uma justiça especializada para os menores, em 1921. O Brasil criou o juiz de menores por meio do decreto federal nº 16.273, de 20 de dezembro de 1923.

Esse contexto dá início à segunda etapa da evolução histórica do direito penal juvenil, inaugurando o período em que impera o caráter tutelar, de reconhecimento da necessidade de os jovens terem tratamento distinto daquele dispensado aos adultos, mas que está muito ligado ao binômio carência/delinquência. De modo geral, menores abandonados e infratores recebem a mesma atenção e são vistos como menores em situação irregular.

No Brasil, o Dr. José Candido Albuquerque de Mello Mattos, primeiro juiz titular do juizado de menores, foi o responsável pelo projeto que deu origem ao decreto nº 17.943-A, de 12 de outubro de 1927, nascendo, então, o Código de Menores ou Código Mello Mattos (SPOSATO, 2006), que submetia o menor abandado ou delinquente ao seu regramento, desde que tivesse idade entre 14 e 18 anos.

Reafirmando esta sistemática, o Código Penal de 1940 expressamente prevê, em sua exposição de motivos, que as regras ali contidas são destinadas aos adultos, não atingindo aos imaturos, compreendidos como aqueles com idade inferior a 18 anos. Esse parâmetro foi

mantido na constituição federal de 1988 que, em seu artigo 228 estabelece: "são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial. "

Durante o Governo de Getúlio Vargas foi criado o SAM, Serviço de Assistência de Menores, no ano de 1942, um órgão do Ministério da Justiça que se equiparava ao sistema penitenciário dos adultos, porém, atendia aos jovens autores de infrações penais ou carentes e abandonados.

Alguns anos depois, o mundo vive um significativo avanço no âmbito dos direitos humanos, após todas as violações registradas durante a segunda guerra mundial, cujo marco principal foi a edição, em 1948, da Declaração Universal dos Direitos do Homem. Onze anos depois, a ONU edita a Declaração dos Direitos da Criança.

Influenciada pelo desenvolvimento e afirmação dos direitos humanos, a sociedade brasileira registra importante evolução no que diz respeito aos direitos das mulheres, com a edição do estatuto da mulher casada, em 1962, Lei nº 4.121, que reconheceu dignidade à mulher e aboliu sua anterior condição de incapacidade, e a publicação da lei do divórcio, Lei nº 6.515/77, que regulou a dissolução da sociedade conjugal e do casamento.

Entretanto, quanto ao direito das crianças e adolescentes, manteve-se a doutrina da situação irregular, com a entrada em vigor do novo Código de Menores, a Lei nº 6.697/79, que em seu artigo 1º, inciso I, prevê que "este Código dispõe sobre assistência, proteção e vigilância a menores até dezoito anos de idade, que se encontrem em situação irregular".

O artigo seguinte desse Código estabelece quais situações são compreendidas como irregulares, sendo elas: prática de infrações, maus tratos e abandono. Note-se que não há distinção entre as situações de irregularidade decorrentes da própria conduta pessoal do menor (infrações penais) ou das pessoas que o cercam (maus tratos e abandono).

Como consequência desse tratamento homogêneo, a grande maioria da população infanto-juvenil recolhidas nas FEBEM's[1] era formada por crianças e adolescentes que não eram autores de fatos definidos como crime na legislação. Constata-se que as FEBEM's funcionavam, na realidade, como um mecanismo de controle da pobreza, um mecanismo sociopenal (SARAIVA, 2013). Formalmente, a lei previa assistência, proteção e vigilância aos menores, mas, na prática, esses menores recebiam indistintamente, tratamento penal.

Uma nova visão acerca da criança e do adolescente, a chamada doutrina da proteção integral, foi inaugurada com o projeto da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, apresentado no começo de 1978, pelo governo polonês, à Comissão de Direitos Humanos da

[1] FEBEM é a sigla de Fundação Estadual de Bem-estar do Menor, instituições criadas nos Estados brasileiros, após a instituição da Fundação Nacional de Bem-estar do Menor, esta última conforme Lei nº 4.513/64.

ONU. Seguiram-se, aproximadamente, dez anos de negociações até a sua aprovação na Assembleia-Geral das Nações Unidas, de 20 de novembro de 1989.

A doutrina da proteção integral reconhece que a infância e a adolescência constituem fases peculiares do desenvolvimento físico e psíquico do ser humano e vê a criança e o adolescente como sujeitos especiais de direitos (AMARAL E SILVA, 1998), reafirmando sua dignidade humana e, especialmente, admitindo que o jovem é diferente do adulto e, portanto, em respeito ao princípio da equidade, merece tratamento próprio.

Pode-se afirmar que a doutrina da situação irregular foi formalmente superada no Brasil com a edição da Constituição Federal de 1988, que estabeleceu em seu artigo 227, com a redação alterada pela emenda constitucional nº 65, de 2010, o dever de a família, a sociedade e o Estado assegurarem à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

No § 4º, do artigo 227, da CF, consta ainda que "a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente. "

A legislação protetiva no nosso país inclui ainda o decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990, que introduziu no ordenamento jurídico brasileiro a Convenção sobre os direitos da criança, anteriormente ratificado pelo Brasil, bem como o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90).

Nessa ordem de ideias, merece destaque o teor do artigo 19, 1, da convenção sobre os direitos da criança, que prevê o dever de os Estados Partes adotarem todas as medidas legislativas, administrativas, sociais e educacionais apropriadas para proteger a criança contra todas as formas de violência física ou mental, abuso ou tratamento negligente, maus tratos ou exploração.

Na referida Convenção há ainda previsão de proteção dos infantes especificamente em relação ao uso ilícito de drogas e substâncias psicotrópicas e ao tráfico ilícito dessas substâncias, no artigo 33, que estabelece:

> Artigo 33
> Os Estados Partes adotarão todas as medidas apropriadas, inclusive medidas legislativas, administrativas, sociais e educacionais, para proteger a criança contra o uso ilícito de drogas e substâncias psicotrópicas descritas nos tratados internacionais pertinentes e para impedir que crianças sejam utilizadas na produção e no tráfico ilícito dessas substâncias.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, cuja publicação deu-se alguns meses antes do decreto nº 99.710, representa um marco na proteção dos direitos dos infantes. Configura-se em

instrumento de tutela moderno, que reproduz as diretrizes traçadas internacionalmente, sendo voltado para a realização da justiça em tão relevante setor da sociedade.

A doutrina tece muitos elogios a essa legislação, a iniciar pela terminologia *estatuto* ao contrário de *código*, pois este tem sentido de punir, enquanto àquele dá a ideia de direitos, segundo o Senador Gerson Camata em sua exposição de motivos. Além disso, o autor Paulo Lúcio Nogueira destaca a correta substituição da palavra *menores* por *criança e adolescente*, por entender que o termo *menor* é estigmatizante (NOGUEIRA, 1991).

O autor Luciano Alves Rossato, no mesmo sentido, refere que, apesar de ser adotado pelo Código Civil e Código Penal, além de ter larga utilização pela doutrina, o termo menor é pejorativo, na medida em que remete ao antigo Código de Menores, Lei nº 6.697/1979 – revogado expressamente pelo artigo 267 do ECA – "que tratava crianças e adolescentes como *pessoas em situação irregular*, e as fazia carregar o estigma de marginalização, delinquência e abandono, o que não se coaduna com os novos paradigmas" (ROSSATO, 2010).

Ao contrário da Convenção sobre os direitos da criança, o ECA faz distinção entre criança e adolescente, conceituando, no artigo 2º, criança como o ser humano com idade até doze anos incompletos, e adolescente como aquele que tem entre doze e dezoito anos de idade.

No que tange à proteção dos infantes da ação de terceiros, o artigo 5º do ECA reproduz texto semelhante ao do artigo 19 da Convenção sobre os direitos da criança estabelecendo que:

> Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

Negligência seria o ato omissivo, como a falta de cuidados do responsável legal, por exemplo; discriminação consiste em forma de se evitar o contato com a criança ou adolescente por motivos étnicos, religiosos, etc.; exploração é maneira de extrair indevidamente proveito da conduta do menor, que ocorre com os denominados "pais de rua"; violência, crueldade e opressão se refere à conduta coercitiva contra o infante, por qualquer finalidade (ISHIDA, 2014).

O Estatuto contempla infrações de natureza penal e administrativa, no título VII, que engloba os artigos 225 a 258-C, passíveis de aplicação em caso de descumprimento das normas de proteção à criança e ao adolescente.

Percebe-se que a doutrina da proteção integral apresenta um viés punitivo, na medida em que prevê situações nas quais as atitudes dos adultos, que atentam contra as crianças e adolescentes, merecem punição. Não apenas os responsáveis legais estão sujeitos à responsabilização administrativa e penal, mas também terceiras pessoas. Há uma acertada

preocupação do Estatuto para com a violência que sofrem crianças e adolescentes. Inquestionavelmente todas as formas de violência produzem nefastas consequências ao desenvolvimento infantil (AZAMBUJA, 2004).

Certamente a doutrina da proteção integral influenciou o legislador ordinário quando da edição da Lei nº 12.850/2013 que, alterando o delito do artigo 288 do CP, e definindo o crime de organizações criminosas, previu causas de aumento de pena para o adulto que comete um desses delitos com a participação de criança ou adolescente.

Entretanto, em que pese a consolidação dessa doutrina de proteção das crianças e adolescentes, o legislador pátrio já demonstrou outrora peculiar preocupação com os infantes, prevendo, por exemplo, como infração penal a corrupção de menores, delito que será analisado a seguir.

3.2 O DELITO DE CORRUPÇÃO DE MENORES

Apesar de a evolução histórica da legislação de proteção de crianças e adolescentes ter sido relativamente lenta e gradual, culminando, somente em 1988, com a consolidação da doutrina da proteção integral, merece destaque o fato de o legislador brasileiro, já no Código Penal de 1940 e, depois, no ano de 1954, ter percebido a importância de proteger crianças e adolescentes da influência negativa dos adultos, exatamente por estarem em fases peculiares de desenvolvimento.

No código penal de 1940 foram tipificados os delitos de sedução e corrupção de menores, nos artigos 217 e 218, com a seguinte redação:

> Sedução
> Art. 217 Seduzir mulher virgem, menor de dezoito anos e maior de quatorze, e ter com ela conjunção carnal, aproveitando-se de sua inexperiência ou justificável confiança:
> Pena - reclusão, de dois a quatro anos.
>
> Corrupção de menores
> Art. 218 Corromper ou facilitar a corrupção de pessoa maior de quatorze anos e menor de dezoito anos, com ela praticando ato de libidinagem, ou induzindo-a a praticá-lo:
> Pena - reclusão, de um a quatro anos.

O crime de sedução tinha como objeto jurídico a integridade ou virgindade da adolescente, e foi revogado em 2005 pela Lei nº 11.106, após ser alvo de críticas, porque imprimia sentido discriminatório ao proteger somente a mulher virgem e questionamentos acerca da sua constitucionalidade, especialmente em razão dos preceitos fixados no artigo 5º,

inciso I, Constituição Federal de 1988, que diz: “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”.

Já o crime de corrupção de menores do artigo 218, tinha como objeto jurídico a moral sexual dos adolescentes e teve sua redação alterada pela Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009, que modificou o parâmetro etário, adequou a terminologia e aumentou a pena. O dispositivo em vigor atualmente é:

> Art. 218. Induzir alguém menor de 14 (catorze) anos a satisfazer a lascívia de outrem:
> Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

Note-se que ambos os delitos tutelam a integridade sexual dos menores. Entretanto, em 1952, o magistrado do juizado de menores do antigo Distrito Federal (atual estado do Rio de Janeiro), Waldyr de Abreu, encaminhou ao Governo Federal, minuta de anteprojeto de lei e exposição de motivos, que se transformou no projeto de Lei nº 2.033[2] e, posteriormente, na Lei nº 2.252/1954, tipificando outra espécie de corrupção de menores.

Waldyr de Abreu descreve que, há época, recebia diariamente adolescentes e até crianças, a serviço de maiores, envolvidos na prática das mais variadas infrações penais. “Houve anos em que, só envolvidos na contravenção do jogo do bicho, chegaram a quase três centenas, entre 11 e 17 anos. ” (ABREU, 1992).

Ainda a respeito do contexto histórico dessa legislação, Luiz Vicente Cernicchiaro (CERNICCHIARO, 2000) relata:

> A mencionada lei, como tudo, tem sua história, inspirada na conduta de banqueiros do jogo do bicho: a fim de evitar a prisão em flagrante, dada a natureza de contravenção penal dessa atividade, contratavam menores, ou seja, inimputáveis. Com isso, o movimento de levar, ou buscar apostas, até certo ponto, cassava a eficácia da autoridade policial.

Diante dessa realidade brasileira, o autor do anteprojeto de lei destacou a necessidade de proteger o menor, salvando-o do abandono moral e material para evitar sua exploração como instrumento de delito, sugerindo a ampliação do conceito de corrupção de menores, estendendo a punição para além da corrupção sexual, tal como já previa o Código Penal, nos artigos 217 e 218.

Após cerca de dois anos de tramitação no Congresso Nacional, editou-se a Lei nº 2.252/54, tipificando a conduta de corromper ou facilitar a corrupção de menores, com o

---

[2] Disponível em http://imagem.camara.gov.br/dc_20.asp?selCodColecaoCsv=D&Datain=05/06/1952&txpagina=4735&altura=650&largura=800 Acesso em 09 jun 2015.

objetivo de punir a associação do maior com o menor, gerando a corrupção desse último que, precocemente, adentra no mundo da criminalidade, atitude que representa um grave problema para o próprio jovem e também para a sociedade em que vive (NUCCI, 2007). Esse ingresso do jovem na delinquência tem, muitas vezes, origem ou influência na atuação do adulto, pessoa amadurecida, que se vale do menor, imaturo, para fins ilícitos (NUCCI, 2014).

O delito estava previsto no artigo 1º da referida lei da seguinte forma:

> Art 1º Constitui crime, punido com a pena de reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa de Cr$1.000,00 (mil cruzeiros) a Cr$10.000,00 (dez mil cruzeiros), corromper ou facilitar a corrupção de pessoa menor de 18 (dezoito) anos, com ela praticando, infração penal ou induzindo-a a praticá-la.

Waldyr de Abreu afirma que "com o impacto inicial da promulgação da lei, refreou-se acentuadamente a prática da corrupção moral de menores. " Mas, segundo ele, sobreveio o esmorecimento funcional nas Delegacias Policiais e na Justiça, notadamente em razão do crescente entendimento jurisprudencial de que os menores não eram passíveis de corrupção, porque já o eram (ABREU, 1992).

Ele destaca ainda o que considera como a principal razão para a grande resistência na aplicação da Lei 2.252/1954, qual seja, o fato de tal ilícito penal ser uma peculiaridade do direito positivo brasileiro. Nas suas palavras:

> Foi despretensiosamente concebido no exercício da penosa judicatura de menores cariocas. Em geral, estamos acostumados a nos inspirar nos códigos penais europeus, notadamente, os da Itália, Alemanha e França. Neles habitualmente buscamos as novidades, mesmo às vezes, não convenientes às nossas necessidades. E seus famosos elaboradores não criaram figura penal semelhante à nossa. Ocorre que, naqueles países de Primeiro Mundo, a delinquência infanto-juvenil não tem o nível assustador de certos países latino-americanos. Em que as causas sociais crônicas tanto preponderam na marginalização de crianças e adolescentes, não raro entregues à própria sorte.

Questão relevante que sempre gerou muita divergência doutrinária e jurisprudencial diz respeito à classificação do crime de corrupção de menores como delito formal ou material.

Para os que entendem tratar-se de infração penal material, a consumação do crime depende da produção de um resultado visível no mundo fático, ou seja, se o jovem já era corrompido por suas próprias atitudes e pela força do tempo, o adulto não deveria ser punido. Nesse sentido é a doutrina de José Geraldo da Silva, que afirma: "Entendemos que, se se tratar de criança ou adolescente já corrompido, o tipo penal não restará configurado. Estaríamos, assim, diante de um crime impossível. " (SILVA, 2008). Esse também é o posicionamento de Celso Delmanto (DELMANTO, 2000) e Cezar Roberto Bitencourt (BITENCOURT, 2004).

Por outro lado, classificar o delito em questão como formal, afasta a necessidade de comprovação da efetiva corrupção do menor, sendo suficiente para a configuração do tipo penal

a participação do menor na prática delituosa juntamente com o agente maior de 18 anos. Tal classificação é feita por Waldyr de Abreu. Nélson Hungria, embora se referindo ao delito de corrupção de menores do artigo 218 do CP, também expõe entendimento nesse sentido (HUNGRIA, 1959).

Um terceiro posicionamento é adotado por Silvio Maciel ao defender que o delito é material, na conduta de *corromper*, e formal, na conduta de *facilitar a corrupção*. Na primeira forma o crime somente se aperfeiçoaria com a efetiva corrupção do menor; enquanto que, na segunda hipótese, ele se consuma com a possibilidade concreta de corrupção do menor (MACIEL, 2009). Rogério Greco filia-se a esse entendimento, ao comentar o crime do artigo 218 do Código Penal, oportunidade em que afirma: "entendemos que os núcleos *corromper* e *facilitar a corrupção* devem ser analisados distintamente. " (GRECO, 2008).

Assim como na doutrina, a jurisprudência é divergente, encontrando-se inúmeras decisões com entendimento de que o crime de corrupção moral de menores é formal, e outras tantas, classificando-a como infração penal material. Das decisões oriundas do Superior Tribunal de Justiça, pode-se citar, a título de exemplo, os Recursos Especiais nº 127.692/DF e nº 818.893/SP, para a primeira hipótese, e nº 445.633/DF e nº 852.716/PR, para a segunda vertente.

Na atualidade, predomina o entendimento de que o delito de corrupção de menores é formal, ou seja, consuma-se independentemente de o menor já ter prévio envolvimento com a criminalidade, havendo a súmula de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça de nº 500, editada em 2013, que diz: "a configuração do crime do art. 244-B do ECA independe da prova da efetiva corrupção do menor, por se tratar de delito formal. ".

Note-se que, apesar de o autor do anteprojeto de lei, que se transformou na Lei nº 2.252/54, Waldyr de Abreu, defender, desde o princípio, tratar-se de delito formal, tal compreensão somente tornou-se majoritária após a revogação da Lei nº 2.252/54.

Tal revogação ocorreu com a promulgação da Lei nº 12.015, de 2009, que também incluiu o art. 244-B ao Estatuto da Criança e do Adolescente. O novo dispositivo legal manteve a redação anterior do *caput* suprimindo apenas a pena de multa, mas ampliou seu alcance com a previsão dos parágrafos 1º e 2º, *in verbis*:

> Art. 244-B. Corromper ou facilitar a corrupção de menor de 18 (dezoito) anos, com ele praticando infração penal ou induzindo-o a praticá-la:
> Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.
> § 1º Incorre nas penas previstas no *caput* deste artigo quem pratica as condutas ali tipificadas utilizando-se de quaisquer meios eletrônicos, inclusive salas de bate-papo da internet.

> § 2º As penas previstas no *caput* deste artigo são aumentadas de um terço no caso de a infração cometida ou induzida estar incluída no rol do art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990.

A modificação trazida pela lei de 2009 não foi meramente topográfica, afinal, não faria sentido o legislador revogar uma norma para inserir o mesmo crime, basicamente com igual redação e pena privativa de liberdade, noutro texto. Logo, é válido concluir que a mudança foi intencional e teve como objetivo deixar claro que, estando o tipo penal inserido no ECA, a ele são aplicáveis todos os princípios que norteiam o Direito da Criança e do Adolescente.

Aí talvez esteja a mais significativa mudança decorrente do advento do novo artigo 244-B. Não há como negar, agora, que o delito de corrupção de menores deve ser interpretado sob as luzes dos princípios da proteção integral, da prioridade absoluta e do melhor interesse do menor. Com efeito, o ECA dispõe em seu art. 1º que: "Art. 1º. Esta lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente. " (JUNIOR).

Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça encontramos precedentes anteriores à edição da súmula nº 500, que já retratavam esse entendimento. Pode-se citar o julgamento do Recurso Especial nº 1.160.429/MG, que data de 02 de março de 2010, ocasião em que o Ministro Relator Arnaldo Esteves Lima, em seu voto, destacou o objetivo primário do art. 1º da Lei 2.252/54, qual seja, a proteção do menor, não podendo, atualmente, ser interpretado de forma isolada, tendo em vista os supervenientes direitos e garantias menoristas inseridos na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente. O Ministro Relator conclui, ressaltando que, afora os direitos já referidos, à criança e ao adolescente são asseguradas todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento, físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade (Lei 8.069/90, art. 3º).

Semelhante foi o voto do Ministro Relator, Marco Aurélio Bellizze, em julgamento ocorrido em 14 de dezembro de 2011, do Recurso Especial nº 1.127.954/DF, interposto pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Neste caso, o recorrente argumentou que a corrupção, a degradação moral do menor, evidencia-se da consumação, ou mesmo da tentativa, do próprio ilícito perpetrado pelo agente ativo com a colaboração – de qualquer espécie – de pessoa com menos de 18 (dezoito) anos. A Seção, de forma unânime, deu provimento ao Recurso Especial. Extrai-se do voto do Ministro Relator, o seguinte:

> Assim, a meu ver, basta para sua configuração que o agente pratique ou induza o menor a praticar uma infração penal, sendo desnecessária a comprovação de que o adolescente foi efetivamente corrompido. Em outras palavras, ainda que o adolescente possua outros antecedentes infracionais, resta configurado o crime ora em análise, porquanto o bem jurídico tutelado pela norma visa, sobretudo, a impedir que o maior imputável induza ou facilite a inserção ou a manutenção do menor na esfera criminal.

> Não se pode olvidar que a cada nova prática criminosa em que o menor participe contribui para aumentar a degradação de sua personalidade (inocentia consilii), sendo irrelevante, portanto, a constatação de ter sido anteriormente autor de ato infracional.

Válter Kenji Ishida entende desnecessária e até mesmo inconstitucional a discussão acerca do resultado naturalístico dessa infração penal. Desnecessária porque perniciosa e prejudicial qualquer participação de criança ou adolescente em empreitada criminosa; inconstitucional, na medida em que cogita tratamento diferenciado entre o jovem puro e o jovem corrompido, sendo incompatível com a doutrina da proteção integral. Nessa linha de raciocínio, Ishida sugere a alteração do preceito primário desse crime para descrevê-lo da seguinte maneira "praticar infração penal com menor de dezoito anos ou induzi-lo a praticá-la" (ISHIDA, 2014).

De maneira semelhante e destacando o princípio da proteção integral, Guilherme de Souza Nucci (NUCCI, 2014) alterou seu posicionamento quanto à classificação do crime de corrupção de menores, defendendo hodiernamente tratar-se de delito formal:

> Sustentávamos ser o delito de corrupção de menores, no contexto da classificação dos delitos de atividade e dos de resultado naturalístico, como material, ou seja, os dependentes da produção de um resultado visível no mundo fático para que possa consumar-se. Era o que nos soava mais lógico, pois, se o adolescente já fosse corrompido pelas próprias atitudes e pela força do tempo, não seria justo punir o agente. Entretanto, dois pontos de apoio nos fizeram alterar nosso entendimento: a) o estudo aprofundado desse Estatuto, suas metas e seus fundamentos, mormente o princípio da proteção integral, constitucionalmente assegurado; b) a confusão que ora se desfaz entre o delito material ou formal e o crime impossível. O objeto jurídico deste e de outros crimes previstos nesta Lei é a boa formação moral da criança e do adolescente. Essa formação se desenvolve, na realidade, ao longo de toda a vida humana constituindo-se na personalidade, sempre dinâmica e mutável. Ninguém passa pelos anos sem alterar seu comportamento – para bem ou para mal. (...) Diante disso, vislumbra-se acerto nas posições daqueles que sustentam a confiança a ser depositada na formação moral permanente de crianças e adolescentes, vale dizer, deve-se preservar essa boa formação até que se chegue à maioridade. Não acreditar nisso, permitindo visualizar um quadro separatista entre adolescentes corrompidos e adolescentes não corrompidos, seria o mesmo que decretar a falência da medida socioeducativa, antes mesmo de aplica-la.

Pedro Scalco refere ainda que a perquirição sobre a prévia corrupção moral da criança e do adolescente constitui afronta aos princípios protetivos da infância e da juventude, além de corresponder "a um retrocesso à época da doutrina da situação irregular, na qual os 'menores' eram tratados como objetos e não como sujeitos de direito. Isso porque o art. 17 do CP diz que o crime é impossível por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto." Havendo, desse modo, inegável redução da criança ou do adolescente à condição de objeto (SCALCO, 2010).

O que se verifica, portanto, é uma significativa alteração da compreensão e alcance do delito de corrupção moral de menores, especialmente, após edição da Lei nº 12.015 e da consolidação do entendimento pelo Superior Tribunal de Justiça, com a edição da súmula nº 500, em 2013, reafirmando os princípios constitucionais protetivos da infância e da juventude.

Com essa mesma preocupação, identificam-se outras alterações legislativas, além da Lei nº 12.015, de 2009, que alterou o delito de corrupção de menores, ampliando seu alcance e mudando sua localização topográfica. A Lei nº 12.850/2013, que modificou o crime de associação criminosa, deu nova redação ao art. 288 do Código Penal, e, em relação à participação da criança e do adolescente estabeleceu causa especial de aumento de pena em seu parágrafo único. O dispositivo legal passou a ter o seguinte teor:

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

Essa mesma Lei nº 12.850/2013 também estabeleceu majoração de pena, na fração de um sexto a dois terços, em relação ao crime de organização criminosa, conforme artigo 2º, § 4º, inciso I, se houver participação de criança ou adolescente.

Conclui-se, portanto, que, apesar da revogação da Lei nº 2.252/54, o delito de corrupção moral de menores subsiste, porém, agora, inserido no Estatuto da Criança e do Adolescente e, especificamente para os crimes de associação e organização criminosa, cuja abordagem será aprofundada a seguir, a presença de criança ou adolescente provoca a incidência de causa especial de aumento de pena para o adulto.

3.3 O DELITO DE CORRUPÇÃO DE MENORES EM CONCURSO COM OUTROS CRIMES

O delito de corrupção moral de menores, em razão da sua própria redação, consiste em delito que comumente envolve a prática de um outro crime. Não raro, portanto, o agente imputável é condenado pelo crime de corrupção de menores em concurso com outra infração penal. Adentramos na temática do concurso de crimes.

Ocorre concurso de crimes quando, por meio da prática de uma ou mais ações, o agente pratica dois ou mais delitos. E para saber se houve unidade ou pluralidade delitiva é preciso

consultar a norma penal. O direito penal brasileiro adota três sistemas para a aplicação da pena nesses casos: o concurso material ou real, o concurso formal ou ideal e o crime continuado.

O concurso material ou real consiste na prática de duas ou mais condutas, dolosas ou culposas, omissivas ou comissivas, que produzem dois ou mais resultados, idênticos ou não, mas todas vinculadas pela identidade do agente, sendo indiferente se os fatos ocorreram na mesma ocasião ou em dias distintos (CAPEZ, 2012). Nessa hipótese, adota-se o sistema da acumulação material, ou seja, as penas devem ser somadas, conforme previsão do artigo 69 do CP.

Já o concurso formal ou ideal acontece quando o agente, mediante uma única ação ou omissão, provoca dois ou mais resultados típicos. Para essa situação, o direito penal brasileiro adotou o sistema da exasperação da pena, benéfico ao autor do fato, que prevê a aplicação somente da pena mais grave, ou de uma delas, se forem idênticas, com um acréscimo de um sexto até a metade, de acordo com o disposto no artigo 70 do CP (NUCCI, 2007).

Note-se, no entanto, que o artigo 70 do CP divide-se em duas partes, conceituando o que a doutrina denomina de concurso formal perfeito, na primeira; e concurso formal imperfeito, na segunda. O concurso é perfeito quando decorre de um único desígnio, significa dizer que o agente, por meio de um só impulso volitivo, dá causa a dois ou mais resultados. Aplica-se, nesse caso, a pena mais grave, ou uma delas, se forem idênticas, com um acréscimo de um sexto até a metade.

Entretanto, se o resultado se dá mediante desígnios autônomos, ou seja, apesar de haver apenas uma ação, o agente intimamente deseja todos os resultados ou aceita o risco de produzi-los, a solução para a aplicação da pena é outra, afastando-se o benefício legal da exasperação, somando-se as penas, como ocorre no concurso material.

Por fim, o crime continuado, estabelecido no artigo 71 do CP, ocorre na hipótese de o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, praticar dois ou mais crimes da mesma espécie, com condições de tempo, lugar e maneira de execução semelhantes. Cria-se a suposição de que os delitos subsequentes são uma continuação do primeiro e aplica-se a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversos, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.

Na jurisprudência, encontramos exemplos de aplicação do concurso formal envolvendo o delito de corrupção moral de menores, conforme ementas abaixo:

> RECURSO ESPECIAL. PENAL. **ROUBO CIRCUNSTANCIADO E CORRUPÇÃO DE MENORES. CONCURSO FORMAL OCORRÊNCIA NA HIPÓTESE. 1. Deve ser reconhecido, na hipótese dos autos, a existência do concurso formal entre os crimes de roubo circunstanciado e corrupção de menores, tendo em vista que o recorrido, com uma única conduta, praticou os**

dois delitos. 2. Recurso improvido. (STJ - REsp: 1094915 DF 2008/0221175-6, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 23/04/2009, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/06/2009). (Grifou-se).

HABEAS CORPUS. **ROUBO CIRCUNSTANCIADO E CORRUPÇÃO DE MENORES EM CONCURSO FORMAL.** FEITOS CRIMINAIS EM CURSO. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. RÉU USUÁRIO DE DROGAS. CIRCUNSTÂNCIA ALHEIA À PRÁTICA DELITIVA. OBJETOS RESTITUÍDOS À VÍTIMA. CONSEQUÊNCIAS NORMAIS AO CRIME DE ROUBO. POSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO DA AGRAVANTE DE REINCIDÊNCIA COM A ATENUANTE DE CONFISSÃO. RÉU REINCIDENTE. REGIME FECHADO.
1. Conforme reiterada jurisprudência desta Corte, inquéritos ou ações penais em andamento não podem ser levados em conta para efeito de fixação da pena-base acima do mínimo, ainda que sob a roupagem de "personalidade voltada à prática de crimes", em respeito ao princípio da presunção de inocência.
2. O fato de ser o paciente usuário de drogas não deve influir na dosimetria da pena. Tal circunstância não possui relação direta com o fato delituoso, bem assim o tratamento atual conferido pelo ordenamento jurídico ao usuário de entorpecente dirige-se a um modelo terapêutico, não mais repressivo, e sim voltado à recuperação.
3. No que se refere às consequências do crime de roubo, em que pese a afirmação do magistrado referente ao "elevado valor dos objetos subtraídos", o paciente foi preso em flagrante na posse dos referidos bens, sendo restituídos à vítima. Assim, diante dessa peculiaridade, as ditas consequências do roubo foram, na verdade, normais à espécie.
4. A Sexta Turma desta Corte orienta-se no sentido de permitir a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea.
5. Tratando-se de réu reincidente, inviável o estabelecimento do regime semiaberto.
6. Ordem concedida para reduzir a pena do paciente de 9 (nove) anos, 10 (dez) meses e 6 (seis) dias de reclusão e 42 (quarenta e dois) dias-multa, para 6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, e 15 (quinze) dias-multa, mantido o regime inicial fechado. (HC 137.317/DF, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 19/11/2009, DJe 14/12/2009). (Grifou-se).

HABEAS CORPUS. PENAL. **TENTATIVA DE ROUBO QUALIFICADO E CORRUPÇÃO DE MENORES.** PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. REGIME INICIAL MAIS SEVERO PARA O CUMPRIMENTO DA PENA. DECISÃO FUNDAMENTADA TÃO-SOMENTE NA GRAVIDADE GENÉRICA DO DELITO. SÚMULA 718/STF. CONCURSO DE CRIMES. OMISSÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO. **CONCURSO FORMAL RECONHECIDO.** HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. ORDEM CONCEDIDA.
1. Nos termos da Súmula 718/STF, "A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada".
2. A fixação da pena-base no mínimo legal, por serem favoráveis as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, com o estabelecimento do regime inicial fechado para o cumprimento da reprimenda pela prática dos crimes de tentativa de roubo qualificado e corrupção de menores, com base apenas na gravidade genérica do delito, constitui constrangimento ilegal, por inobservância do disposto no art. 33, § 2º, alínea b, do Código Penal.
3. Os juízes e os tribunais têm competência para expedir, de ofício, ordem de habeas corpus quando, no curso de processo, verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal.
4. Deve ser reconhecido na hipótese a existência do concurso formal entre os crimes perpetrados, mormente diante da omissão do acórdão impugnado, que, ao condenar pelo crime de corrupção de menores, nada mencionou a respeito do concurso de crimes.
5. Ordem concedida para fixar a pena do paciente em 4 (quatro) anos, 3 (três) meses e 10 (dez) dias de reclusão, a ser cumprida no regime inicial semi-aberto. (HC

> 62.992/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 17/10/2006, DJ 06/11/2006, p. 355). (Grifou-se).

Encontram-se igualmente, situações em que o agente imputável foi condenado pela prática do crime de corrupção de menores em concurso material com outra infração penal, como nos casos abaixo:

> APELAÇÃO. **ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO CONCURSO DE PESSOAS E CORRUPÇÃO DE MENORES EM CONCURSO MATERIAL.** RECURSO DEFENSIVO PRETENDENDO: 1) A ABSOLVIÇÃO QUANTO A AMBOS OS CRIMES; 2) O AFASTAMENTO DA MAJORANTE DO CONCURSO DE PESSOAS NO DELITO DE ROUBO; 3) O RECONHECIMENTO DO CONCURSO FORMAL DE CRIMES; 4) A REDUÇÃO DA PENA IMPOSTA; 5) O ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. QUANTUM DE AUMENTO DEMASIADO.
> O réu/apelante foi condenado por infração ao art. 157, § 2º, II do Código Penal e art. 244-B da Lei 8.069/1990, na forma do art. 69, do Código Penal, às penas de 06 (seis) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e pagamento de 13 (treze) dias-multa, no valor unitário mínimo, em regime inicial semiaberto. A materialidade e a autoria dos crimes de roubo circunstanciado pelo concurso de pessoas e de corrupção de menores restaram sobejamente comprovadas pelo contexto probatório, em especial, a prova oral produzida. O decreto condenatório encontra-se subsidiado pelos depoimentos da vítima, dos policiais militares que efetuaram a prisão em flagrante do recorrente, bem como do adolescente M. H. DAS N. L. no Juízo menorista. Descabida a absolvição pretendida. No que diz respeito à natureza do delito previsto no art. 244-B da Lei nº 8.069/1990, a jurisprudência encerrou-se diante da consolidação, em ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal e na Terceira Seção do E. Superior Tribunal de Justiça, do entendimento no sentido da prescindibilidade da produção de prova da efetiva corrupção do menor, para a configuração do delito do art. 244-B da Lei nº 8.069/1990, tendo em vista a sua natureza formal. Precedentes dos Tribunais Superiores. Aplicabilidade da Súmula 500 do S.T.J. In casu, a causa de aumento do concurso de agentes restou suficientemente comprovada pela declaração da vítima Felipe, o qual relatou, com riqueza de detalhes, a existência do réu e do adolescente M., na empreitada criminosa, versão essa, inclusive, corroborada pelo próprio menor, no Juízo Menorista. Sendo assim, resta incontroverso que o crime em análise foi praticado pela ação de duas pessoas, porquanto o apelante João Pedro agiu em concurso de vontades. Improsperável o reconhecimento do concurso formal de crimes, porquanto os delitos de roubo e corrupção de menores são infrações penais de espécies distintas, com proteção a bens jurídicos de natureza diversa, com desígnios autônomos. **No caso sub judice, o apelante por meio de mais de uma ação delituosa praticou crimes distintos, lesionando bens jurídicos diversos, incorrendo no concurso material de crimes, na forma como bem lançada na sentença.** Em relação ao pleito de redução das penas aplicadas, também não há o que se alterar, considerando que estas foram fixadas nos seus patamares mínimos. Quanto à fração de aumento no delito de roubo referente à majorante relativa ao concurso de pessoas, também foi estabelecida no patamar mínimo de 1/3 (um terço). No respeitante ao pretendido abrandamento do regime prisional, igualmente não merecem prosperar. Assim, em razão do quantum da pena corporal, que fora estabelecida acima de 04 (quatro) anos de reclusão, fica mantido o regime prisional semiaberto, nos termos do disposto no art. 33, § 2º, b do Código Penal. Quanto ao alegado prequestionamento para fins de Recursos Extraordinário e Especial arguido pela Defesa, não merece o mesmo conhecimento e provimento, uma vez que não se vislumbra a incidência de quaisquer das hipóteses elencadas nas letras a, b, c e d do art. 102 e nas letras a, b ou c do inciso III do art. 105, da C.R.F.B. e, por conseguinte, nenhuma contrariedade/negativa de vigência ou interpretação violadora de normas constitucionais ou infraconstitucionais, de caráter abstrato e geral. RECURSO CONHECIDO e DESPROVIDO, mantendo-se intacta a sentença monocrática vergastada. (TJ-RJ - APL: 00856346820148190001 RJ 0085634-68.2014.8.19.0001, Relator: DES. ELIZABETE ALVES DE AGUIAR, Data de Julgamento: 28/01/2015,

> OITAVA CAMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 12/02/2015 17:58) (Grifou-se).
>
> HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. **ROUBO QUALIFICADO EM CONCURSO MATERIAL COM CORRUPÇÃO DE MENORES. CORRUPÇÃO DE MENORES**. CRIME FORMAL. MATÉRIA PACIFICADA. **HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.**
> - Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, adotando orientação no sentido de não mais admitir habeas corpus substitutivo de recurso no processo penal. Todavia, passo à análise dos pedidos deduzidos diante da possibilidade da concessão de ordem de ofício, no caso de restar configurada alguma flagrante ilegalidade a ser sanada.
> - A Terceira Seção desta Corte, ao julgar o Recurso Especial Representativo da Controvérsia - REsp 1.127.954/DF, sedimentou o entendimento de que o crime de corrupção de menores é formal, bastando para a sua configuração a participação de menor de 18 anos no delito, acompanhado de agente imputável.
> Habeas corpus não conhecido. (HC 146.376/PE, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), SEXTA TURMA, julgado em 04/02/2014, DJe 24/02/2014). (Grifou-se).

A possibilidade de condenação do autor do fato pela prática de dois ou mais delitos em concurso material gera pena significativamente maior, pois, como visto, o sistema de exasperação da pena é benéfico ao agente.

Nesse contexto faz-se necessária a análise acerca das alterações provocadas pela modificação do delito de corrupção de menores, que agora se encontra tipificado no ECA, bem como as previsões de causa especial de aumento de pena, na hipótese de prática dos delitos de associação e organização criminosa, quando houver a participação de criança ou adolescente.

4 A CRIANÇA E O ADOLESCENTE NO CONTEXTO DAS ASSOCIAÇÕES E ORGANIZAÇÕES E CRIMINOSAS

Recentemente, o artigo 288 do CP, que conceituava o delito de quadrilha ou bando, foi alterado pela Lei nº 12.850/2013, e o crime passou a denominar-se associação criminosa. Além da alteração de nomenclatura, acrescentou-se mais uma hipótese de aumento de pena, em seu parágrafo único, se houver participação de criança ou adolescente.

De modo semelhante, essa mesma Lei nº 12.850, tipificou o crime de organização criminosa e estabeleceu majoração de pena, na fração de um sexto a dois terços, em caso de participação de criança ou adolescente.

A modificação desses dispositivos legais reflete um amadurecimento do direito penal juvenil e das normas de proteção de crianças e adolescentes, que os veem como sujeitos especiais de direitos, merecedores de integral proteção, a teor dos preceitos estabelecidos nas normas internacionais, constitucionais e no ECA.

Apesar disso, é preciso que se diga que essas recentes alterações não trazem propriamente uma inovação no ordenamento jurídico penal, pois a previsão de pena mais elevada para o adulto que pratica crime envolvendo criança ou adolescente, já existia, por exemplo, na antiga lei de drogas, no crime de tortura e no delito de redução a condição análoga à de escravo.

Na Lei nº 6.368/76, a antiga lei de drogas, havia a previsão de aumento de pena, de um a dois terços, no artigo 18, inciso III, se qualquer das infrações previstas naquela lei decorresse de associação ou visasse a menores de 21 anos. O artigo 1º, § 4º, II, da Lei nº 9.455/1997, que tipifica o crime de tortura, também fixa majorante, na fração de um sexto até um terço, se o delito é cometido em desfavor de criança ou adolescente.

De modo semelhante, no ano de 2003, a redação do artigo 149, § 2º, inciso I, do Código Penal, foi alterada pela Lei nº 10.803, e passou a estabelecer elevação da pena até a metade, se o delito de redução a condição análoga à de escravo for praticado contra criança ou adolescente.

Em 2006, com a edição da Lei nº 11.343, que revogou a Lei nº 6.368/76, manteve-se hipótese de aumento de pena, quando a prática de determinados tipos penais daquela legislação, envolver ou visar a criança ou adolescente. A previsão consta no artigo 40, inciso VI, cujas principais modificações, em relação à lei anterior, são a alteração da fração mínima de aumento, que passou a ser de um sexto (antes era de um terço), bem como a correção da nomenclatura, substituindo o termo *menor de 21 anos* por *criança ou adolescente*, *in verbis*:

> Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se:
> (...)
> VI - sua prática envolver ou visar a atingir criança ou adolescente ou a quem tenha, por qualquer motivo, diminuída ou suprimida a capacidade de entendimento e determinação;

A finalidade dessa última majorante se assemelha às previsões do parágrafo único do artigo 288 do Código Penal, bem como do artigo 2º, § 4º, inciso I, da Lei nº 12.850/2013, que tratam, respectivamente, dos crimes de associação e organização criminosa, qual seja, resguardar crianças e adolescentes, que, em razão do amadurecimento incompleto, apresentam capacidade de resistência menor, razão pela qual podem ser facilmente envolvidos por adultos na prática de ilícitos, nos dois primeiros casos, e, por traficantes, não somente para consumir drogas, mas também para distribui-las, na terceira hipótese (NUCCI, 2007).

4.1 QUADRILHA OU BANDO E CORRUPÇÃO DE MENORES

O delito de corrupção moral de menores, em razão da sua própria redação, consiste em delito que comumente envolve a prática de um outro crime. Não raro, portanto, o agente imputável é condenado pelo crime de corrupção de menores em concurso com outra infração penal.

Antes da edição da Lei 12.850/2013, havia a possibilidade de o agente adulto, ser condenado pela prática do delito de formação de quadrilha ou bando, tipificado no artigo 288 do CP, em concurso, formal ou material, com o delito de corrupção de menores, previsto no artigo 1º da Lei nº 2.252/54.

Tal situação era possível, pois, desde 1954, a legislação brasileira prevê o tipo penal de corrupção moral de menores, tipificando a conduta de corromper ou facilitar a corrupção de pessoa menor de 18 (dezoito) anos, com ela praticando, infração penal ou induzindo-a a praticá-la. A Lei nº 2.252/54 surgiu no contexto histórico do jogo do bicho, em que muitos adultos, com a intenção de evitar a prisão em flagrante, contratavam menores, ou seja, inimputáveis, para levar e buscar apostas.

Na hipótese de concurso de crimes, a quantidade de pena privativa de liberdade do adulto, dependeria, além das peculiaridades do caso, referentes às circunstâncias do artigo 59 do CP, eventuais agravantes ou atenuantes e causas de aumento e de diminuição, da constatação de qual espécie de concurso ocorreu, formal ou material.

Para o concurso formal, nossa legislação adotou sistema benéfico ao réu, consistente na exasperação da pena mais grave, com acréscimo de um sexto até a metade, a teor do artigo 70 do CP. Em caso de concurso material, a sistemática de aplicação da pena, dá-se com a soma delas, conforme previsão do artigo 69 do CP.

De acordo com a antiga legislação, no caso hipotético de o adulto ser condenado pela prática desses dois crimes, quadrilha ou bando e corrupção de menores, a uma pena mínima teríamos, em caso de concurso formal, uma pena de um ano e dois meses, considerando a incidência da menor fração de aumento do artigo 70. Se, na mesma situação, o concurso for material, teríamos uma pena privativa de liberdade de dois anos. Constata-se, portanto, que a incidência do concurso material torna a pena substancialmente mais elevada.

Na jurisprudência, encontramos exemplos de condenações do adulto pela prática dos crimes de quadrilha ou bando e corrupção de menores, tanto em concurso formal quanto em concurso material de crimes. Vejamos as ementas abaixo, cada uma delas retratando uma dessas hipóteses:

> E M E N T A – PENAL E PROCESSUAL PENAL. FORMAÇÃO DE QUADRILHA E CORRUPÇÃO DE MENOR. PROVAS DA MATERIALIDADE E DA AUTORIA. APTIDÃO DE DOCUMENTO DA DELEGACIA DE ORIGEM COMO PROVA DA MENORIDADE. CRÍTICA FUNDADA DA DOSIMETRIA. CONCURSO FORMAL DE CRIMES. SENTENÇA PARCIALMENTE CONFIRMADA. 1 Réus condenados por infringirem o artigo 288 do Código Penal, pois se associaram de forma permanente e estável para a prática de crimes.
> 3 A prova oral colhida sob o crivo da ampla defesa e do contraditório, as escutas telefônicas e a detida investigação feita pela polícia, além da confissão judicial de um dos réus, justificam a condenação.
> 4 Aceitável a prova da menoridade representada pelos Termos de Declarações colhidos na Delegacia da Criança e do Adolescente que têm presunção de credibilidade por serem oriundos de repartição pública.
> 5 **Conforme jurisprudência abalizada, incide a regra da primeira parte do artigo 70 do Código Penal no concurso de crimes em que há a corrupção de menor.**
> 6 Apelações parcialmente providas. (TJ-DF, Relator: GEORGE LOPES LEITE, Data de Julgamento: 23/02/2012, 1ª Turma Criminal). (Grifou-se).

> E M E N T A – APELAÇÃO CRIMINAL - CRIME DE PORTE DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO - CRIME DE QUADRILHA - CRIME DE CORRUPÇÃO DE MENORES - VÁRIAS AÇÕES - MOMENTOS DISTINTOS - DESÍGNIOS AUTÔNOMOS - CONCURSO MATERIAL - CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS - ELEVAÇÃO DESPROPORCIONAL - REDUÇÃO DA PENA-BASE - CONFISSÃO ESPONTÂNEA - RECONHECIMENTO - COMPENSAÇÃO DE OFÍCIO ENTRE ATENUANTE DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA E AGRAVANTE DE REINCIDÊNCIA - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. **Os crimes de formação de quadrilha e corrupção de menores foram praticados pelo apelante, mediante várias ações, em momentos distintos e com desígnios autônomos, pelo que deve ser mantido o concurso material, sendo incabível o reconhecimento do concurso formal.** 2. A valoração das circunstâncias judiciais de forma objetiva e concreta importa em elevação da pena-base um pouco acima do mínimo legal, pelo que, se exasperada em desproporção com as circunstâncias analisadas, merece a redução. Se os antecedentes e a conduta social do agente lhe são desfavoráveis, a

> pena deve ser fixada um pouco acima do mínimo legal, em proporção ao reconhecimento das circunstâncias desfavoráveis. 3. A confissão espontânea perante a autoridade, a autoria do crime, colaborando na apuração da infração penal, deve ser reconhecida e aplicada essa atenuante genérica. 4. O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do EResp 1.154.752/RS, fixou o entendimento de que é possível compensação e agravante de reincidência com atenuante da confissão espontânea por serem igualmente preponderantes. A decisão unifica a posição da Corte Superior sobre o tema. Portanto, não é possível valorar de forma diversa a atenuante de confissão espontânea com a agravante de reincidência, levando em consideração o peso de cada uma. (TJ-MS - APL: 00036424820128120002 MS 0003642-48.2012.8.12.0002, Relator: Des. Dorival Moreira dos Santos, Data de Julgamento: 21/10/2013, 1ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 14/01/2014) (Grifou-se).

4.2 A CRIANÇA E O ADOLESCENTE COMO CAUSA DE AUMENTO DE PENA NOS DELITOS DE ASSOCIAÇÃO E ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA

Com as recentes alterações legislativas provocadas pela Lei nº 12.850/2013, a participação de criança ou adolescente nos crimes de associação e organização criminosa passou a gerar, para o adulto, majoração de pena até a metade, no caso de associação criminosa, tipificada no artigo 288 do CP; e, na fração de um sexto a dois terços, no delito de organização criminosa, cujo tipo penal consta na Lei nº 12.850/2013.

As causas de aumento ou majorantes incidem na terceira fase da fixação da pena. O Código Penal adotou, na Reforma de 1984, o critério trifásico de Nélson Hungria em relação à aplicação da pena privativa de liberdade, conforme o artigo 68 do CP. Desse modo, a pena concretamente aplicada ao agente se dá, na primeira fase, pela fixação da pena-base, onde avaliam-se as circunstâncias judiciais do artigo 59 do CP; depois, são aplicadas as atenuante e agravantes; por último, incidem as causas de diminuição e aumento de pena.

A respeito da aplicação da pena, Ada Pellegrini Grinover destaca que "sob pena de nulidade, não pode uma circunstância, que serviu como qualificadora ou possibilitou a desclassificação para tipo privilegiado, ser usada também para agravar ou atenuar a pena. Seria ela utilizada duas vezes. " (GRINOVER, 2004).

A individualização da pena é princípio constitucional insculpido no inciso XLVI, do artigo 5º e "exige estreita correspondência entre a responsabilização da conduta do agente e a sanção a ser aplicada, de maneira que a pena atinja suas finalidades de prevenção e repressão. " (MORAES, 2007). Além disso, representa "a aceitação do princípio da isonomia, na justiça distributiva, segundo o qual devem os homens ser tratados desigualmente na justa medida de suas desigualdades, ou seja, segundo uma igualdade proporcional. " (GRINOVER, 2004).

São duas as principais diferenças entre as agravantes e atenuantes, aplicadas na segunda etapa da dosimetria da pena, em relação às majorantes e minorantes da terceira fase. Enquanto as agravantes e atenuantes estão previstas na parte geral do Código Penal, nos artigos 61 a 65, as majorante e minorantes constam na sua parte especial ou, então, na legislação extravagante. Além disso, para as agravantes e atenuantes não há, no dispositivo legal, a quantidade de agravação ou atenuação da pena, cuja fixação fica a cargo do julgador. Diversamente, as causas de aumento e de diminuição de pena constam, em frações, especificadas no dispositivo legal.

Há ainda uma terceira distinção entre agravantes/atenuantes e majorantes/minorantes, questionada pela doutrina, mas pacificada pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça com a edição da súmula nº 231, que prevê: "a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal. ".

Percebe-se que, segundo entendimento do STJ, não há possibilidade de a pena intermediária, ficar aquém do mínimo legal, em razão da aplicação de alguma atenuante. Entretanto, não há este impedimento em relação à incidência de causas de diminuição, de modo que, a pena definitiva pode ser estabelecida em patamar inferior ao mínimo legalmente previsto.

Quando o legislador prevê causas de aumento de pena, supõe-se que a intenção seja sancionar de forma mais severa algumas situações que atingem, com maior gravidade, o bem jurídico tutelado.

Em relação aos tipos penais de associação e organização criminosa a previsão de penas maiores, quando verificada a presença de criança ou adolescente, almeja punição mais rigorosa ao autor do delito, pois o combate ao crime organizado é prioridade em todo o mundo, sendo o centro das preocupações de todos os setores da sociedade. Nessa ordem de ideias, é preocupação do Poder Público criar meios de reprimir e talvez até evitar que os jovens integrem esse tipo de associações ou organizações criminosas.

Entretanto, no caso da lei que alterou o ilícito de associação criminosa, o legislador, ao prever causa específica de aumento de pena quando o agente o comete acompanhado de criança ou adolescente, pode, na prática, trazer consequência exatamente oposta.

A atual legislação possibilita ao adulto condenação mais branda, em comparação com a prática do antigo crime de quadrilha ou bando em concurso com o delito de corrupção de menores, tipificado na Lei nº 2.252/54. A legislação em vigência possibilita também abrandamento de pena na hipótese de prática do crime de associação criminosa com

participação de criança ou adolescente, se comparado com a prática de outros tipos de delitos onde inexiste essa previsão específica de majoração de pena.

Isso acontece porque, em atenção ao princípio da especialidade, a previsão específica de causa de aumento de pena, no delito de associação, afasta a incidência do outro tipo penal, qual seja, o de corrupção de menores, antes previsto na Lei nº 2.252/54, atualmente tipificado no artigo 244-B do ECA.

Podemos, igualmente, afirmar que, em atenção ao princípio da especialidade, a previsão específica de causa de aumento de pena, no delito de associação, pode tornar a punição do adulto mais branda, em comparação com a prática de outro delito, de furto, por exemplo, que pode ser cumulado com a condenação pela conduta de corromper menores, do artigo 244-B do ECA.

Como a fração de aumento prevista no parágrafo único do artigo 288 do CP corresponde à do artigo 70 do CP, ou seja, de um sexto até a metade, conclui-se que, a atual legislação viabiliza o abrandamento de pena, pois afasta a hipótese de concurso material de crimes, o que, geraria ao adulto pena maior. Se, ao contrário, a condenação fosse pelos dois delitos em concurso formal, a pena ficaria igual à de hoje, pois, mesmo havendo crime único, teria incidência a majorante do parágrafo único do artigo 288.

Sobre o assunto, existe, inclusive, recente precedente jurisprudencial oriundo do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios inserido no informativo de jurisprudência nº 283, cuja ementa transcrevemos abaixo:

> APELAÇÃO CRIMINAL. QUADRILHA OU BANDO ARMADO (ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA). ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ACERVO PROBATÓRIO COESO. **CORRUPÇÃO DE MENOR. LEI Nº 12.850/2013. CAUSA DE AUMENTO. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. APLICAÇÃO. CRIME ÚNICO.** DOSIMETRIA. ANÁLISE DESFAVORÁVEL DA CULPABILIDADE E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. MANUTENÇÃO. RETROATIVIDADE. NORMA MAIS BENÉFICA. ALTERAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO DO DOBRO PARA METADE. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. REITERAÇÃO CRIMINOSA. REGIME SEMIABERTO. COMPATIBILIDADE.
>
> Não há cerceamento ou prejuízo para a defesa, quando os autos em que foram autorizadas as interceptações das comunicações telefônicas já estavam apensados aos principais antes da abertura do prazo para a resposta escrita. Em consequência, deve ser rejeitada a preliminar de nulidade das interceptações.
>
> A autoria do crime ficou comprovada por ampla investigação subsidiada por interceptações telefônicas, pela prisão em flagrante de parte dos réus na posse de veículos roubados, e pela confissão de alguns deles, tudo a indicar a existência de associação criminosa armada destinada ao furto e roubo de automóveis.
>
> Mantém-se a condenação pelo crime de associação criminosa (antes denominado formação de quadrilha ou bando), quando o robusto acervo probatório, constituído pela prova oral e pelas transcrições das interceptações das comunicações telefônicas demonstra, com certeza, a prática do delito.

> Para configuração do delito de associação criminosa armada, basta que um de seus integrantes esteja a portar armas. Trata-se de circunstância objetiva que a todos se comunica.
> A Lei nº 12.850/2013 alterou o tipo penal do art. 288, caput e parágrafo único do CP, para mudar a denominação do crime de formação de quadrilha ou bando para associação criminosa, bem como o número mínimo para sua caracterização. Além disso, modificou a causa de aumento para prevê-la não apenas no caso de ser armada, mas também quando houver a participação de criança ou adolescente.
> **A objetividade jurídica, tanto no crime de associação criminosa com participação de criança ou adolescente quanto no delito de corrupção de menor, é a proteção à moralidade da pessoa em desenvolvimento. Sendo ambos crimes formais, mediante a aplicação do Princípio da Especialidade, não mais subsiste o concurso formal de delitos, mas ilícito penal único.**
> Aumenta-se a pena de metade, quando se verifica que a associação criminosa era armada e havia participação de pelo menos dois adolescentes, os quais praticavam crimes graves, com violência e grave ameaça à pessoa, além de também negociar o produto dos ilícitos penais.
> Não assiste o direito de recorrer em liberdade ao réu quando permanece a necessidade de manutenção da custódia preventiva para garantia da ordem pública, em face da reiteração criminosa.
> Não há incompatibilidade na fixação de regime prisional semiaberto e o indeferimento do direito de recorrer em liberdade nas hipóteses em que é garantida aos réus a execução provisória da pena no regime aplicado na sentença.
> Extraída carta de guia provisória para os réus que ainda estão em prisão preventiva, compete ao Juiz da Execução Penal realizar a detração penal.
> Preliminar de nulidade rejeitada.
> Apelações conhecidas e providas parcialmente. (Acórdão n.795382, 20110111963246APR, Relator: SOUZA E AVILA, Revisor: CESAR LABOISSIERE LOYOLA, 2ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 05/06/2014, Publicado no DJE: 09/06/2014. Pág.: 214). (Grifou-se).

No referido julgado, a compreensão é de que, no âmbito da associação criminosa com a nova redação dada pela Lei nº 12.850/2013, não subsiste o concurso de crimes, mas tão somente o delito de associação com o aumento estabelecido no parágrafo único. Tal interpretação se dá com base no princípio da especialidade, segundo o qual a norma especial afasta a incidência da norma geral.

O princípio da especialidade tem aplicação na solução de casos em que se verifica um conflito aparente de normas. Sobre o tema Cezar Roberto Bitencourt (BITENCOURT, 2012):

> Considera-se especial uma norma penal, em relação a outra geral, quando reúne todos os elementos desta, acrescidos de mais alguns, denominados especializantes. Isto é, a norma especial acrescenta elemento próprio à descrição típica prevista na norma geral. Assim, como afirma Jescheck, "toda a ação que realiza o tipo do delito especial realiza também necessariamente, ao mesmo tempo, o tipo do geral, enquanto que o inverso não é verdadeiro". A regulamentação especial tem a finalidade, precisamente, de excluir a lei geral e, por isso, deve precedê-la (*lex specialis derogat lex generalis*). O princípio da especialidade evita o *bis in idem*, determinando a prevalência da norma especial em comparação com a geral, e pode ser estabelecido *in abstracto*, enquanto os outros princípios exigem o confronto *in concreto* das leis que definem o mesmo fato. Há relação de especialidade entre o tipo básico e os tipos derivados, sejam qualificados ou privilegiados. Assim, os furtos qualificados e privilegiados constituem preceitos especiais em relação ao furto simples. Há igualmente especialidade quando determinada lei descreve como crime único dois pressupostos fáticos de crimes distintos, como, por exemplo, o

> crime de roubo, que nada mais é do que o furto praticado com violência ou grave ameaça à pessoa. Alguns autores acrescentam a alternatividade como outro princípio do conflito de normas, que, a nosso juízo, é desnecessário, ante a ausência do conflito aparente. Haveria alternatividade quando dois tipos contêm elementos incompatíveis entre si, excluindo-se mutuamente, como seriam exemplos o furto e a apropriação indébita. Ora, o fundamento do concurso de leis é a coincidência parcial das normas penais. Sendo, pois, incompatíveis, afastam, por razões lógicas, o referido conflito. Na realidade, ou não se trata de fato único, mas de fatos múltiplos, que se excluem mutuamente, assim como as disposições legais que lhes correspondem, ou então se trata de fatos que se enquadram nos critérios da especialidade ou da subsidiariedade.

A respeito desse princípio, de modo semelhante, Fernando Capez faz as seguintes considerações (CAPEZ, 2012):

> O princípio da especialidade possui uma característica que o distingue dos demais: a prevalência da norma especial sobre a geral se estabelece *in abstracto*, pela comparação das definições abstratas contidas nas normas, enquanto que os outros exigem um confronto concreto das leis que descrevem o mesmo fato.

Além do princípio da especialidade, essa interpretação tem relação com a aplicação do princípio da vedação da dupla punição pelo mesmo fato ou *ne bis in idem*, consubstanciado na premissa de que ninguém pode ser processado e punido duas vezes pela prática da mesma infração penal. Essa garantia está implicitamente prevista no art. 8º, 4 da Convenção Americana de Direitos Humanos (NUCCI, 2007).

Embora o princípio *ne bis in idem* não esteja consolidado expressamente na nossa Constituição, o próprio Supremo Tribunal Federal, em decisão do Pleno, afirmou que tal princípio está incorporado ao ordenamento jurídico pátrio e complementa o rol dos direitos e garantias individuais já previsto pela Constituição Federal, cuja interpretação sistemática leva à conclusão de que a Lei Maior impõe a prevalência do direito à liberdade em detrimento do dever de acusar (HC 80.263).

De acordo com isso, se o princípio *ne bis in idem* complementa o rol de direitos e garantias individuais previsto pela Constituição Federal, significa que ostenta *status* constitucional com base no que estabelece o art. 5º, § 2º, da Lei Maior (SILVA, 2008).

Consequentemente, conclui-se ser inconstitucional admitir a manutenção do concurso de crimes entre o delito de corrupção de menores e associação criminosa, com a incidência de majorante específica quando constatada a presença de criança ou adolescente na empreitada ilícita, por violação ao princípio *ne bis in idem*, na medida em que uma mesma circunstância, qual seja, a prática de crime juntamente com menor de 18 anos, seria utilizada mais de uma vez em prejuízo do réu.

No Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios encontramos outro precedente com o mesmo entendimento. Vejamos:

> APELAÇÃO CRIMINAL. QUADRILHA OU BANDO ARMADO. ERRO MATERIAL. CORREÇÃO DE OFÍCIO. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ACERVO PROBATÓRIO COESO. CORRUPÇÃO DE MENOR. LEI Nº 12.850/2013. CAUSA DE AUMENTO. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. APLICAÇÃO. CRIME ÚNICO. DOSIMETRIA. REVISÃO. CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. EXASPERAÇÃO INDEVIDA. RETROATIVIDADE. NORMA MAIS BENÉFICA. ALTERAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO DO DOBRO PARA METADE (ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA ARMADA E PARTICIPAÇÃO DE CRIANÇA OU ADOLESCENTE).
> O erro material encontrado no relatório e na parte dispositiva da sentença pode ser corrigido de ofício pelo próprio Juiz prolator do decisum ou pelo Tribunal em instância recursal.
> Mantém-se a condenação pelo crime de associação criminosa (antes denominado formação de quadrilha ou bando), quando o robusto acervo probatório, constituído pela prova oral e pelas transcrições das interceptações das comunicações telefônicas demonstra, com certeza, a prática desses delitos.
> Em relação às circunstâncias do crime, devem ser entendidas como elementos que não compõe o crime, mas que influenciam em sua gravidade. Se o grupo era organizado para a prática de crimes graves, como roubo de veículos, está justificada a majoração da pena-base em razão de referida circunstância judicial.
> A mesma fundamentação, porém, não pode ser utilizada para análise negativa das consequências do crime, sob pena de bis in iden.
> Para configuração do delito de associação criminosa armada, basta que um de seus integrantes esteja a portar armas.
> A Lei nº 12.850/2013 alterou o tipo penal do art. 288, caput e parágrafo único do CP, para mudar a denominação do crime de formação de quadrilha ou bando para associação criminosa. Além disso, modificou a causa de aumento para prevê-la não apenas no caso de ser armada, mas também quando houver a participação de criança ou adolescente.
> **A objetividade jurídica, tanto no crime de associação criminosa com participação de criança ou adolescente quanto no delito de corrupção de menor, é a proteção à moralidade da pessoa em desenvolvimento. Sendo ambos crimes formais, mediante a aplicação do Princípio da Especialidade, não mais subsistir o concurso formal de delitos, mas ilícito penal único.**
> Aumenta-se a pena de metade, quando se verifica que a associação criminosa era armada e havia participação de pelo menos dois adolescentes na prática dos crimes e na negociação do produto dos ilícitos penais.
> Apelações parcialmente providas. (TJ-DF - APR: 20120710314237 DF 0030352-31.2012.8.07.0007, Relator: SOUZA E AVILA, Data de Julgamento: 15/05/2014, 2ª Turma Criminal, Data de Publicação: Publicado no DJE: 21/05/2014. Pág.: 190). (Grifou-se).

Extrai-se a mesma interpretação na jurisprudência de outros Tribunais, porém, em relação ao crime de tráfico de drogas, cuja legislação, à semelhança do delito de associação criminosa, prevê causa especial de aumento de pena, se praticado na companhia de criança ou adolescente.

Com esse posicionamento, veja-se a ementa abaixo oriunda do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

> Apelação criminal - roubo - emprego de arma - não apreensão - irrelevância - crime praticado em companhia de menor - corrupção de menor - configuração - concurso formal - tráfico de entorpecentes e associação para o tráfico - existência de prova apenas em relação ao primeiro delito - causa especial de diminuição da pena - incidência - requisitos de estabilidade e permanência da associação não demonstrados - mero concurso de agentes que não caracteriza o crime previsto no artigo 35 da lei 11.343/06 - prática da traficância em companhia de menor -

> circunstância que não caracteriza o crime de corrupção de menores, fazendo incidir a causa de aumento de pena prevista no artigo 40, vi, da lei 11.343/06 - princípio da especialidade - pena-base - redução para o mínimo - possibilidade - circunstância atenuante - redução da pena aquém do mínimo - impossibilidade - custas judiciais - isenção - possibilidade. - São prescindíveis a apreensão e a perícia da arma de fogo para a comprovação de seu potencial lesivo, bastando, para a aplicação da causa de aumento, que seja devidamente comprovado o seu emprego para a prática do crime, como no presente caso. - O crime de corrupção de menores possui natureza formal, bastando ao seu aperfeiçoamento a comprovação da prática de infrações penais na companhia de menores de 18 anos. - O crime de associação para o tráfico demanda, para a sua configuração, a existência dos requisitos de estabilidade e permanência. Não havendo tal prova, impõe-se a absolvição dos réus da prática do crime previsto no artigo 35 da Lei 11.343/06. - **A prática de crime de tráfico de drogas em companhia de menor não enseja a condenação do agente maior pelo delito de corrupção de menores, mas sim o reconhecimento da causa de aumento prevista no artigo 40, inciso VI, da Lei 11.343/06, em face do princípio da especialidade.** (...) (TJ-MG - APR: 10625130114956001 MG, Relator: Beatriz Pinheiro Caires, Data de Julgamento: 28/08/2014, Câmaras Criminais / 2ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 08/09/2014) (Grifou-se).

De modo semelhante, o seguinte precedente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

> EMENTA - Crimes contra a saúde pública crimes de tráfico e associação para o tráfico com a majorante do art. 40, vi da lei de drogas - recurso ministerial visando a condenação do agente criminoso também por corrupção de menores (duas vezes) - recurso defensivo arguindo em preliminar a nulidade do processo em razão de falta de fundamentação da decisão que determinou a busca e apreensão na residência do 2º apelante e do adolescente infrator e de afronta ao art. 144 da constituição federal - eivas inexistentes - decisão suficientemente fundamentada
> (...). **Se o agente criminoso foi condenado com a aplicação da majorante do art. 40, VI da Lei nº 11.343/06, impossível condená-lo, também, nas penas do art. 244-B da Lei nº 8.069/90 - Aplicação, *in casu*, do princípio da especialidade, a evitar o *bis in idem*** - Rejeição da Preliminar - Desprovimento dos recursos, mantendo-se a sentença como posta. (TJ-RJ - APL: 00031617220148190050 RJ 0003161-72.2014.8.19.0050, Relator: Des. Antonio Jose Ferreira carvalho, Data de Julgamento: 17/03/2015, Segunda Câmara Criminal, Data de Publicação: 26/03/2015 16:51). (Grifou-se).

Constata-se igual entendimento no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, a partir da leitura dos julgados abaixo:

> Apelação criminal. Tráfico de drogas e associação para o tráfico. Arts. 33 e 35 da lei 11.343/06. Provas da autoria e da materialidade. Art. 40, vi, da lei de drogas. Corrupção de menor. Bis in idem. Associação para o tráfico. Provas insuficientes. Regime fechado. Precedentes.
> (...). Segundo entendimento da Câmara, **resta absorvida a conduta descrita no tipo do art. 244-B do ECA com o reconhecimento da incidência da majorante do art. 40, VI, da Lei 11.343/06**. 6. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. (TJ-RS - ACR: 70053933933 RS, Relator: Julio Cesar Finger, Data de Julgamento: 11/09/2013, Primeira Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 02/10/2013). (Grifou-se).
>
> Apelação-crime. Tráfico de drogas, associação ao narcotráfico e corrupção de menor. Condenação em primeiro grau. Irresignação defensiva. Alegação de insuficiência probatória para os delitos de tráfico de drogas e associação ao narcotráfico. Afastamento. Crime de corrupção de menor. Absorção pelo reconhecimento da majorante prevista no art. 40, vi, da lei nº 11.343/2006.

> (...) **Havendo o reconhecimento da majorante prevista no artigo 40, VI, da Lei nº 11.343/2006, no que diz respeito ao fato do envolvimento de adolescente na prática delitiva, o crime de corrupção de menor resta absorvido, pois do contrário, estaria ocorrendo bis in idem**. Precedentes da Câmara. [...] Apelo parcialmente provido. (Apelação Crime Nº 70046472825, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Antônio Ribeiro de Oliveira, Julgado em 30/05/2012). (Grifou-se).
>
> Apelação criminal. Tráfico de drogas, associação para o tráfico e corrupção de menor. Preliminar de nulidade da sentença rejeitada. Desnecessidade de intimação da realização da audiência de inquirição da testemunha, uma vez intimada a defesa da expedição da carta precatória.
> (...) **Não se pode aplicar o inc. Vi do art. 40 da lei nº11.343/06 e cumulativamente condenar-se as rés pelo delito de corrupção de menores previsto no art. 244-b do e.c.a., sob pena de incorrer-se em verdadeiro e indevido bis in idem, aumentando-se a pena de 1/6 a 2/3 pela majorante e impondo-se de um a quatro anos pelo art. 244-B do E.C.A., tudo pelo mesmo envolvimento de menor com a situação. No caso, face ao princípio da especialidade, reconhecido o envolvimento de adolescente no tráfico, tenho que deva ser aplicada somente a lei especial de drogas, deixando-se de condenar as rés pela corrupção de menor.** (...) Apelos parcialmente providos. (Apelação Crime Nº 70037527314, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Manuel José Martinez Lucas, Julgado em 10/11/2010). (Grifou-se).

Um pouco diferente é a situação envolvendo a prática do crime de organização criminosa com a participação de criança ou adolescente, em que a previsão de aumento de pena, tem mais chances de provocar efetiva elevação da pena.

Tal ocorre porque, apesar da existência de tipo penal específico prevendo punição ao adulto que corrompe moralmente menores, com ele praticando crime ou instigando-o a praticá-lo, a teor do artigo 1º da Lei nº 2.252/54, o crime de organização criminosa, somente foi tipificado no ordenamento penal brasileiro pela mesma lei que previu a causa de aumento, qual seja, a Lei nº 12.850/2013. Significa dizer que, antes da vigência da referida legislação, não havia a possibilidade de condenação pela prática do delito de organização criminosa, menos ainda dessa infração penal em concurso com a corrupção de menores da Lei nº 2.252/54.

A previsão específica de aumento de pena no crime de organização criminosa pode trazer também efetiva elevação de pena, se o compararmos com outras espécies de infrações penais, que possibilitam a condenação pela prática de dois delitos, o delito que podemos hipoteticamente chamar de principal, em concurso com o de corrupção de menores. Isso porque, a fração de aumento no delito de organização criminosa com a participação de criança ou adolescente é de um sexto a dois terços. Ou seja, maior do que a fração de aumento referente ao concurso formal que, a teor do artigo 70 do CP, é de um sexto até a metade.

Entretanto, a causa de aumento de pena no crime de organização criminosa, tornando-o crime único e afastando o concurso de crimes, inviabiliza, por consequência, que a

condenação ocorra pelo concurso material de crimes, caso em que a pena poderia ser superior, já que, conforme artigo 69 do CP, dar-se-ia pelo somatório de cada uma delas.

Conclui-se, portanto, que, em relação ao delito de associação criminosa, a causa especial de aumento de pena, fixada no parágrafo único do artigo 288 do CP, pode reduzir a pena, se comparado com a legislação anterior, pois tornou a conduta crime único, afastando o concurso de crimes. Especialmente, porque rechaçada a hipótese de concurso material de crimes, situação em que as penas seriam somadas e, portanto, em patamar superior. Se, no entanto, o concurso de crimes fosse o formal, então tanto na antiga legislação, quanto na legislação em vigor, teríamos igual quantidade de pena, pois a fração de aumento do artigo 288 do CP corresponde à fração de aumento do concurso formal, previsto no artigo 70 do CP.

Do mesmo modo, se comparado com a prática de outros tipos penais em concurso com o crime de corrupção de menores do artigo 244-B do ECA, a majorante específica da associação criminosa, pode trazer pena menor, já que, em aplicação ao princípio da especialidade, a conduta tornou-se um único crime, afastando o concurso de infrações, especialmente, a hipótese de concurso material, como referido acima.

Quanto ao delito de organização criminosa a previsão específica de majorante, em caso de participação de criança ou adolescente, pode gerar condenação inferior se comparada à prática de outros tipos penais em concurso material com o crime de corrupção de menores do artigo 244-B do ECA, pois, nesse caso, somar-se-iam as penas. Todavia, se o concurso fosse formal, então, a legislação vigente prevê efetivo aumento de pena, pois, conforme o artigo 2º, § 4º, inciso I, da Lei nº 12.850/2013, a fração de aumento é de um sexto a dois terços, enquanto que a fração de aumento pela exasperação da pena no concurso formal, vai de um sexto até a metade.

4.3 A CRIANÇA E O ADOLESCENTE NA MILÍCIA PRIVADA

Curiosamente, o crime de milícia privada, incluído no ordenamento jurídico pela mesma Lei nº 12.850/2013 e constante do art. 288-A do Código Penal, nada menciona sobre penalidade mais severa em caso de envolvimento de criança ou adolescente.

A inexistência de previsão de causa de aumento de pena na hipótese de participação de criança ou adolescente neste tipo penal, chama a atenção em razão da similaridade e da proximidade geográfica entre os delitos de associação criminosa e milícia privada.

Além disso, como mencionado, a previsão da majorante do parágrafo único do artigo 288 do CP foi introduzida pela Lei nº 12.850/2013, que também tipificou a conduta de constituir milícia privada.

Desse modo, a constituição de milícia privada com a participação de criança ou adolescente pode gerar a condenação pelo delito do artigo 288-A do CP em concurso, formal ou material, com o crime de corrupção de menores previsto no artigo 244-B do ECA.

Encontramos esse entendimento, no seguinte precedente, oriundo do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

> Habeas corpus - furto qualificado, **constituição de milícia privada e corrupção de menor** - formação de quadrilha - prisão preventiva - constrangimento ilegal - inocorrência - presença dos requisitos autorizadores da medida excepcional - garantia da ordem pública - delito com pena máxima cominada superior a quatro anos - condições pessoais do paciente - irrelevância - ordem denegada. - Não há que se falar em constrangimento ilegal se, no caso concreto, a manutenção da prisão se mostra necessária para garantia da ordem pública. - Presentes os requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, é possível a manutenção da prisão preventiva quando se tratar de crime em que a pena máxima cominada é superior a 04 (quatro) anos de pena privativa de liberdade (art. 313, I, do CPP) - As condições favoráveis do paciente não são suficientes para lhe garantir a liberdade provisória, mormente quando presentes outras circunstâncias autorizadoras da cautela. (TJ-MG - HC: 10000121329742000 MG, Relator: Agostinho Gomes de Azevedo, Data de Julgamento: 21/02/2013, Câmaras Criminais Isoladas / 7ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 28/02/2013). (Grifou-se).

5. CONCLUSÕES

A doutrina da proteção integral de crianças e adolescentes, no atual estágio do direito penal juvenil, deve pautar as ações do Estado na tutela de seus direitos e interesses. Antes mesmo da consolidação dessa doutrina protetiva, a Lei nº 2.252/54 previu o tipo penal de corrupção de menores, visando a penalizar a conduta do adulto que, aproveitando-se da imaturidade do menor, o leva para a criminalidade. Esse crime implicava, em regra, a punição do agente pela prática de dois delitos, em concurso de crimes: a corrupção e o outro ilícito penal.

A Lei nº 2.252/54, no entanto, foi revogada pela Lei nº 12.015, de 2009, que incluiu o art. 244-B ao Estatuto da Criança e do Adolescente, mantendo como crime a corrupção de menores, mas ampliando seu alcance.

Em 2013, a Lei nº 12.850 alterou, entre outros, dos dois tipos penais, o antigo crime de quadrilha ou bando, que passou a denominar-se associação criminosa, bem como o crime de organização criminosa, fazendo constar majorante para o caso de prática desses crimes em conjunto com criança ou adolescente.

A intenção do legislador certamente é a punição mais severa do agente que se utiliza de menores de 18 anos para a prática de crimes, especialmente, no crime organizado, cujo combate é prioridade em todo o mundo, sendo centro de preocupações em todos os setores da sociedade.

Diante dessa alteração, o questionamento que se faz necessário é: o agente deve ser punido pelo delito de corrupção de menores e também pelo crime de associação ou organização criminosa com a incidência da majorante relativa à participação de menor da empreitada delituosa?

Entende-se que essa não é a melhor solução na medida em que viola os princípios da especialidade e do *ne bis in idem.*

O princípio da especialidade é aquele que estabelece a aplicação da norma especial, em detrimento da normal geral, diante disso, no contexto das associações e organizações criminosas havendo causa especial de aumento de pena para a prática do delito acompanhado de criança ou adolescente, não há sentido em considerar a mesma circunstância para caracterização de outro delito. Devendo, portanto, ser considerado crime único majorado.

O princípio *ne bis in idem* veda a dupla punição pelo mesmo fato e deve impedir que uma mesma circunstância, qual seja, a prática de crime juntamente com menor de 18 anos, seja utilizada mais de uma vez em prejuízo do réu.

O caminho do endurecimento das penas e da ampliação do direito penal que, por vezes, pode parecer mais lógico e fácil, nem sempre se mostra, na prática, o mais adequado, porque as alterações legislativas não podem ser dissociadas dos preceitos e garantias constitucionais. Precisam-se de menos leis e mais ação. Precisam-se de mais políticas públicas e menos direito penal.

REFERÊNCIAS

ABREU, Waldyr de. **Ainda o crime de corrupção moral de menores.** Revista dos Tribunais São Paulo, v. 676, (fev. 1992) p. 269-276.

ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014.

AMARAL E SILVA, Antônio Fernando. **O mito da imputabilidade penal e o Estatuto da Criança e do Adolescente.** In: Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina – ESMESC, 1998.

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. **Violência sexual intrafamiliar: é possível proteger a criança?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crimes federais.** 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal.** v.4. São Paulo: Saraiva, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral, 1** / Cezar Roberto Bitencourt. – 17. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. – São Paulo: Saraiva, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Comentários à lei de organização criminosa: Lei 12.850/2013.** São Paulo: Saraiva, 2014.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal.** 1° vol. 16° ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Corrupção de menores. lf-2252 de 1954. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal.** Porto Alegre, abr/maio, 2000. n.1, p.35-37.

CUNHA, Rogério Sanches. **Crime organizado comentários à nova lei sobre o crime organizado lei nº 12.850/2013.** 2. Ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

CURY, Munir – coordenador. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. 12. Ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2013.

DELMANTO, Celso. **Código penal comentado.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

DAMASIO DE, Jesus. **Direito penal**, 3º volume: parte especial: dos crimes contra a propriedade imaterial e dos crimes contra a paz pública. 21. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**, 3º volume. 2. Ed. São Paulo: José Bushatsky, Editor, 1965.

GOMES, Luiz Flávio. **Definição de crime organizado e a Convenção de Palermo.** Disponível em:http://www.lfg.com.br 06 de maio de 2009.

GOMES, Luiz Flávio. **Legislação criminal especial.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. – (Coleção ciências criminais; 6/coordenação Luiz Flávio Gomes, Rogério Sanches Cunha).

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal.** v. 3. Niterói: Ímpetus, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. As nulidades no processo penal / Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes, Antonio Magalhães Gomes Filho. 8. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

HASSEMER, Winfried**. Desenvolvimentos previsíveis na dogmática do direito penal e na política criminal.** Tradução de PABLO RODRIGO ALFLEN (Professor do Departamento de Ciências Penais da Faculdade de Direito d UFRGS), do artigo "Asbhbare Entwicklungen in Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik", publicado originalmente em Prittwitz/Manoledakis (Hrsg.) Strafrechtsprobleme na der Jahrtausendwende, 1. Aufl., 2000.

HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao código penal.** Rio de Janeiro: Forense, 1959.

ISHIDA, Válter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente: doutrina e jurisprudência.** 15. Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

JUNIOR, Octahydes Ballan Junior. <http://www.gnmp.com.br/publicacao/78/corrupcao-de-menores-um-crime-formal>. Acesso em 29 jan 2015.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**, volume 3: parte especial, arts. 235 a 361 do CP. 23. Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código penal interpretado**. 8. Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional. 7. Ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **A nova lei do crime organizado** – Lei n. 12.850/2013. Porto Alegre: Lex Magister, 2013.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**: Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990/Paulo Lúcio Nogueira. São Paulo: Saraiva, 1991.

NORONHA, E. Magalhães, 1906-1982**. Direito penal** / E. Magalhães Noronha. São Paulo: Saraiva, 1987-1988.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado.** 7. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização criminosa**. 1. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: em busca da Constituição Federal das Crianças e dos Adolescentes**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado: estudo integrado com processo e execução penal: apresentação esquemática da matéria: jurisprudência atualizada.** 14. Ed. Rio de Janeiro: Forense 2014.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 13. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro, volume 3: parte especial, arts. 250 a 359-H**. 9. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

ROSSATO, Luciano Alves. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**/Luciano Alves Rossato, Paulo Eduardo Lépore, Rogério Sanches Cunha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

ROXIN, Claus. Observações sobre a decisão da Corte Suprema peruana no caso Fujimori. **Revista Brasileira de Ciências Criminais,** São Paulo, v. 19, n. 91, p. 11-20, jul./ago. 2011.

SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente em conflito com a lei da indiferença à proteção integral.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SCALCO, Pedro. A corrupção de menores no Estatuto da Criança e do Adolescente: uma releitura crítica de acordo com o princípio da proteção integral. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre, v.12, n. 18, p.29-38, out./nov. 2010.

SIQUEIRA, Galdino. **Tratado de direito penal**, parte especial, tomo II, 2. Ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1951.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da (organizador). **Temas de direito penal, criminologia e processo penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SILVA, José Geraldo da. **Leis penais especiais anotadas**/José Geraldo da Silva, Wilson Lavorenti, Fabiano Genofre. 10. Ed. Campinas, SP: Millennium Editora, 2008.

SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Financiamento ou custeio para o tráfico e violação ao princípio "ne bis in idem".** Disponível em <http://jus.com.br/artigos/11303/financiamento-ou-custeio-para-o-trafico-e-violacao-ao-principio-ne-bis-in-idem> Acesso em 21 fev 2015.

SILVA, Eduardo Araújo. **Crime organizado: procedimento probatório.** São Paulo: Atlas, 2003.

SPOSATO, Karyna Batista. **O direito penal juvenil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.