

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS PENAIS**

William Soto Gonçalves

PAZ PÚBLICA AMEAÇADA?

uma análise acerca da legitimidade de tipificação das associações criminosas.

Porto Alegre
2013

WILLIAM SOTO GONÇALVES

PAZ PÚBLICA AMEAÇADA?

uma análise acerca da legitimidade de tipificação das associações criminosas.

Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais apresentado ao Departamento de Ciências Penais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS – como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel.

Orientadora: Professora Doutora Vanessa Chiari Gonçalves

Porto Alegre

2013

WILLIAM SOTO GONÇALVES

PAZ PÚBLICA AMEAÇADA?

uma análise acerca da legitimidade de tipificação das associações criminosas.

Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais apresentado ao Departamento de Ciências Penais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS – como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel.

Orientadora: Professora Doutora Vanessa Chiari Gonçalves

Aprovado em Porto Alegre, 18 de dezembro de 2013.

BANCA EXAMINADORA:

Professora Doutora Vanessa Chiari Gonçalves
Orientadora

Professor Doutor Ângelo Roberto Ilha da Silva

Professor Mestre Marcus Vinícius Aguiar Macedo

Agradeço, inicialmente, aos meus pais, Miriam e Aluisio, e minha irmã, Andressa, por terem gratuitamente fornecido todo o substrato, material e imaterial para todas as minhas conquistas até o presente momento.

Também, às Professoras Raquel Scalcon e Vanessa Chiari, por terem acreditado em mim, mesmo quando eu não apresentasse boas razões para tanto.

Ao Mentor e amigo Alexandre Salim, por ser o exemplo, o norte profissional que pretendo um dia seguir.

Ao amigo Bruno Stiborski, pelos debates sobre os assuntos que restaram esposados neste trabalho, e ao meu primo Isaias, por ter sido a primeira pessoa a me possibilitar a vivência prática das ciências criminais.

Por fim, aos queridos familiares, amigos e colegas, por terem cruzado meu caminho, deixando um pouco de si e levando um pouco de mim.

P. S.: À Marina, por tudo e pelo todo.

*“(...)
Lutar com palavras
parece sem fruto.
Não têm carne e sangue
Entretanto, luto.
(...)”*

Carlos Drummond de Andrade, em "O Lutador".

RESUMO

O presente trabalho centra-se na averiguação da legitimidade de tipificação do delito de associação criminosa, diante dos panoramas do bem jurídico-penal tutelado, da ofensividade da conduta e da utilização do *iter criminis* como meio para a investigação da ofensa. Para tanto, tem-se por hipótese que a infração penal de associação criminosa não deveria ser objeto de norma penal incriminadora. A fim de realizar-se a investigação proposta, o estudo apresenta aquilo que comumente expõe-se, na doutrina do direito penal, como sendo o bem jurídico penalmente relevante, o princípio da ofensividade, o *inter criminis*, além da análise dogmática acerca do delito de associação criminosa. Apresentadas tais considerações, elaboram-se fundamentos não exaustivos sobre a suposta ilegitimidade de tipificação penal da conduta sob os vieses apresentados, concluindo-se pela ilegitimidade de a conduta constituir norma penal incriminadora.

Palavras-chave: Direito penal. Bem jurídico-penal. Ofensividade. *Iter criminis*. Associação criminosa. Ilegitimidade de tipificação.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	9
2 O BEM JURÍDICO PENALMENTE RELEVANTE.....	11
2.1 CONCEITO DE BEM JURÍDICO E A CARACTERIZAÇÃO DOS BENS JURÍDICO-PENAIIS.....	11
2.1.1 "Bem" propriamente dito e a eleição de bens jurídicos.....	11
2.1.2 Bem jurídico dotado de relevância penal.....	14
2.2 O FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LEGITIMAÇÃO DA ELEIÇÃO DE BENS JURÍDICO-PENAIIS.....	17
2.3 AS FUNÇÕES DO BEM JURÍDICO-PENAL.....	20
2.3.1 Função seletiva.....	23
2.3.2 Função crítica.....	23
2.3.3 Função de garantia ou de limitação do direito penal.....	24
2.3.4 Função teleológica ou interpretativa de normas penais.....	24
2.3.5 Função sistemática ou estruturalista.....	25
2.3.6 Função individualizadora.....	26
2.4 BENS JURÍDICO-PENAIIS INDIVIDUAIS E METAINDIVIDUAIS.....	26
2.5 BEM JURÍDICO-PENAL E OBJETO DA CONDUTA.....	30
3 A OFENSIVIDADE COMO NORTEADORA DA TIPIFICAÇÃO PENAL E O "ITER CRIMINIS" COMO SEU INSTRUMENTO.....	34
3.1 O PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE NA DOGMÁTICA PENAL.....	34
3.1.1 Conceito de ofensa jurídico-penal e a caracterização do princípio da ofensividade.....	34
3.1.2 O fundamento constitucional de legitimação do princípio da ofensividade.....	38
3.2 AS FUNÇÕES DO PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE.....	42
3.2.1 Função de vedação de criminalização de atitude interna.....	43
3.2.2 Função de vedação de criminalização de conduta que não exceda o âmbito do próprio autor.....	43
3.2.3 Função de vedação de incriminação de estado de consciência existencial.....	44
3.2.4 Função de vedação de incriminação de condutas "desviadas" que	

não afetem bens jurídico-penais.....	44
3.3 O "ITER CRIMINIS" COMO MEIO PARA VERIFICAÇÃO DA LESIVIDADE. . .	45
3.3.1 Conceito de "iter criminis" e suas etapas.....	45
3.3.1.1 Fase interna: cogitação.....	47
3.3.1.2 Fase externa: preparação, execução e consumação.....	48
4 O DELITO DE ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA E A ANÁLISE DA LEGITIMIDADE DE SUA TIPIFICAÇÃO.....	56
4.1 A ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA NA DOCTRINA DO DIREITO PENAL.....	56
4.1.1 Considerações gerais e conceito de associação criminosa.....	56
4.1.2 Bem jurídico-penal tutelado e sujeitos do crime.....	60
4.1.3 Tipicidades objetiva e subjetiva do delito.....	62
4.1.4 Consumação e tentativa.....	63
4.1.5 Associação criminosa, concurso de agentes e crime organizado....	65
4.2 ANÁLISE DA LEGITIMIDADE DE TIPIFICAÇÃO DO DELITO DE ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA.....	70
4.2.1 Conceito de legitimidade.....	70
4.2.2 A legitimidade sob o viés do bem jurídico-penal "paz pública"	71
4.2.3 A legitimidade sob o aspecto da ofensividade da conduta tipificada e diante da perspectiva do "iter criminis".....	73
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	76
REFERÊNCIAS.....	77

1 INTRODUÇÃO

Em 19 de setembro de 2013, entrou em vigor a Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013 que trouxe à lume novas disposições sobre as organizações criminosas. Além disso, em seu artigo 24 alterou a Parte Especial do Código Penal vigente, alterando o delito previsto no artigo 288 do Estatuto Repressivo. As alterações legislativas trouxeram, essencialmente, três mudanças à norma penal incriminadora: a alteração do *nomen iuris* do delito ali insculpido, que deixou de ser tratado como *quadriha ou bando*, para ser mencionado como *associação criminosa*; a redução do número de pessoas necessárias para a perpetração do crime ali previsto; e o acréscimo de uma nova causa de aumento de pena, qual seja, no caso de participação de crianças ou adolescentes na associação criminosa.

Diante das alterações normativas relativas à Parte Especial do Código Penal, voltou aos olhos da doutrina do direito penal a questão da legitimidade de tipificação de delitos de perigo abstrato, as indagações sobre o bem jurídico-penal “paz pública”, tal como aquelas sobre o princípio da ofensividade.

Em razão do retorno dessas questões ao debate jurídico-penal, o presente trabalho visa apresentar, de forma não exaustiva, mas em linhas gerais, uma análise da tipificação penal da conduta atualmente chamada de associação criminosa, precipuamente através dos elementos das teorias do bem jurídico-penal e da ofensividade da conduta. Diante do tema e dos prismas dos quais se pretende observá-lo, parte-se da hipótese da ilegitimidade de sua tipificação penal. Em decorrência disso, a fim de verificar a possibilidade de veracidade da hipótese lançada, utiliza-se do método dedutivo, através de uma pesquisa bibliográfica exploratória.

Primeiramente, esposa-se, não exaustivamente, acerca do bem jurídico-penal, apresentando-se seu conceito, as formas para que seja erigido a essa condição, o fundamento constitucional da legitimidade da eleição de determinados bens à relevância penal, algumas das funções por ele exercidas, sua classificação levando-se em conta a titularidade dos bens jurídicos penalmente tutelados e, por

fim, uma mera distinção entre os conceitos de objeto da conduta e bem jurídico-penal.

Em segundo lugar, apresenta-se, pontualmente, a teoria da ofensividade da conduta como usualmente é apresentada na dogmática penal, mormente no seu caráter norteador de criminalização de condutas, apresentando seu conceito e em que consistiria a ofensa, indicando as maneiras básicas de ofensa, o fundamento constitucional da ofensividade e algumas das funções do instituto. Logo em seguida, expõe-se também a teoria das etapas de realização do delito doloso, apontando-se a viabilidade de utilização do *iter criminis* como instrumento para a averiguação da ofensividade da conduta.

Por fim, apresenta-se, não integralmente, porém os principais pontos, daquilo que a doutrina do direito penal expõe quando refere-se ao delito de associação criminosa, indicando características gerais e o conceito de associação criminosa, o bem jurídico-penal tutelado, a objetividade da conduta e as tipicidades objetivas e subjetivas, o momento da consumação e a exposição do paralelo entre associações criminosas, concurso de agentes e organizações criminosas. Adiante, esboça-se um posicionamento acerca da legitimidade de tipificação do delito em comento sob os elementos apontados ao longo do estudo.

2 O BEM JURÍDICO PENALMENTE RELEVANTE

2.1 CONCEITO DE BEM JURÍDICO E A CARACTERIZAÇÃO DOS BENS JURÍDICO-PENAI

2.1.1 "Bem" propriamente dito e a eleição de bens jurídicos

Se a ideia de que o direito penal visa à proteção de bens jurídico-penais e sua intervenção só se justifica pela existência destes¹ é uníssona na doutrina pátria e forânea, o mesmo não se pode dizer acerca do conceito e delimitação daquilo que se toma por bem jurídico². Porém, antes da tentativa de construção de um conceito de bem jurídico para fins de estudo neste trabalho (mais especificamente aquele dotado de relevância penal) é necessário digregir um pouco e buscar entender o que seria um *bem* propriamente dito; sobre o qual também se evidencia a dificuldade de conceituação que, por consequência, influi na determinação do que seria o bem jurídico e, em última análise, no conceito de bem jurídico-penal.

Por *bem*, podemos entender aquilo que se mostra certo, digno, necessário, útil, e por isso valioso. Assim, são entes, "coisas reais ou objetos ideais dotados de 'valor', isto é, coisas materiais e objetos imateriais que, além de serem o que são, 'valem'"³, podendo-se complementar o esposado por Francisco de Assis Toledo dizendo que também só "valem" por serem o que são, configurando um círculo vicioso. Visto isso, a celeuma volta-se para *em quê* consistiria o juízo axiológico que ensejaria a eleição de valores a se tornarem bens para determinada sociedade.

1 Esta frase inicial pode fazer parecer ao leitor que parte-se de um conceito material de ilícito penal. Contudo entende-se, como salienta Ângelo Roberto Ilha da Silva, que tal conceito revela-se insuficiente para uma análise de cunho compreensivo e sistemático do crime e, conseqüentemente, do direito penal (ILHA DA SILVA, Ângelo Roberto. **Da Inimputabilidade Penal: em face do atual desenvolvimento da psicopatologia e da antropologia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 21). Então, saliente-se, de pronto, que no presente trabalho não utiliza-se, como ponto de partida, o conceito material de ilícito penal. Ao contrário, busca-se alcançar as hipóteses apresentadas, a partir da consideração do ilícito penal pelo seu viés analítico e tripartido, defendido sob a ótica da teoria finalista da conduta.

2 _____ . **Dos Crimes de Perigo Abstrato em Face da Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 35.

3 TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 15.

Com efeito, a atribuição de valor é resultado da atividade do homem proveniente de uma dialética racional e intersubjetiva que tem por objeto as necessidades humanas⁴. O ser humano, através da percepção sensorial-racional do mundo em que vive e das necessidades sociais que presencia, deduz da razão prática elementos basilares que ensejam uma relação intersubjetiva sadia⁵. Tais elementos basilares configuram determinados bens ético-sociais conscientemente preferíveis.

Por óbvio, a utilização da percepção sensorial racional do mundo em que vive, bem como para a consciência da própria existência, além da noção de que é integrado a um meio social que demanda necessidades de interrelação, induz o ser humano à formulação de um bem *sui generis*, próprio de sua condição: a vida. Nesse ponto, a razão prática não é suficiente, abrindo-se espaço à razão teórica que, por sua vez, consigna que a vida, além de ser um bem (que por ser um bem, vale, ao passo que por valer, passa a ser um bem) é uma *verdade* absoluta; a verdade que diferencia o Planeta Terra, até onde se sabe, e que faz com que seja considerada como bem primevo⁶. Uma vez constatada que a vida é a *verdade-bem-valor* inicial, a partir de sua constatação evidencia-se a deflagração da eleição dos outros valores ético-sociais que viabilizarão a manutenção da vida e proporcionarão a consolidação de um convívio intersubjetivo adequado para a manutenção daquela. Em síntese, o bem vida, que além de bem é uma verdade absoluta, origina os demais bens⁷.

4 PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 12ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. vol. 1. p. 315.

5 Nesse sentido, Luiz Regis Prado argui que o *valor* "é uma projeção da consciência do homem para o mundo exterior", e "representa um modo de preferência consciente que parte de determinadas condições sociais e históricas e que, portanto, tem um fundamento empírico e não metafísico" (PRADO, Luiz Regis. *loc. cit.*).

6 Ângelo Roberto Ilha da Silva entende que o "valor" primeiro é o homem, e, em função do valor da pessoa humana, preservam-se todos os valores fundamentais (ILHA DA SILVA, Ângelo Roberto. **Dos Crimes de Perigo Abstrato em Face da Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 38). Pirpaolo Cruz Bottini, por sua vez, frisa que em primeiro lugar está o valor da dignidade da pessoa humana e dele emanam os demais valores ético-sociais (BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de Perigo Abstrato: direito penal na sociedade de risco; princípio da precaução; evolução dogmática dos crimes de perigo abstrato; imputação objetiva e perigo abstrato; direito penal e gestão do risco**. 2ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 177-178). Em que pese as profícuas constatações, entende-se, como melhor esposar-se-á nas linhas que seguem (vide 2.2 *infra*), que o valor primevo é a vida, ou seja, um ente completamente mais amplo que o ser humano, unicamente, ou meramente a vida humana. Assim, é possível a justificação, por exemplo, da tutela do meio ambiente para as gerações futuras, ou mesmo a proteção do nascituro, pelo ordenamento jurídico.

7 Frise-se, com relação à origem da eleição de bens jurídicos, que ainda tratar-se-á desta matéria

Deste modo, conquanto tais entes "valerem" para determinada sociedade, em sua realidade cultural própria e em dado período histórico⁸, serão, em geral, "apetecidos, procurados, disputados, defendidos"⁹.

Uma vez que, justamente pelo seu valor instrínseco, os bens são buscados, na forma que Francisco de Assis Toledo expôs e transcreveu-se acima, passam a se tornar entes protegidos na prática ética-social por aqueles que os valoram e os erigem àquela condição. No entanto, pela experiência prática de determinada sociedade, com relação aos bens por ela valorados, evidenciou-se que alguns dos mencionados *bens* deveriam ser observados em um nível particular de proteção, porquanto em questão de juízo de valor, alguns entes considerados bens, seriam mais valiosos que outros. É a partir daí que determinado grupamento social, no momento histórico no qual se encontra, passa a eleger aqueles bens mais valiosos, do ponto de vista do convívio e da paz social, para ingressarem no mundo jurídico, constante de seu respectivo ordenamento, erigindo-os à qualificação de *bens jurídicos*. Nesse sentido, prudente colacionar-se aquilo que expõe Claus Roxin:

podem-se definir os bens jurídicos como circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos.¹⁰

No ponto, diante das elucidações apresentadas acima, bem como antecipando um pouco o que tratar-se-á no próximo tópico¹¹, cumpre transcrever a ilustração de Luís Greco sobre esta matéria:

o essencial é reconhecer que se podem diferenciar três círculos

ao ser analisado, no próximo tópico, ao se analisar, mais detidamente, o fundamento constitucional da eleição de bens jurídico-penais (vide 2.2 *infra*).

8 Luiz Regis Prado, embasado nos ensinamentos de Miguel Reale, entende que bem jurídico "é, fundamentalmente, um bem cultural, da realidade histórico-sociopolítica; compõe o mundo histórico-cultural do Direito" (PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 12ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. vol. 1. p. 315).

9 TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 15.

10 ROXIN, Claus. *A Proteção de Bens Jurídicos como Missão do Direito Penal?*. In: _____. **A Proteção de Bens Jurídicos como Função do Direito Penal**. Org. e trad. de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 18-19.

11 Vide 2.1.2 *infra*

concêntricos de *valores*: um mais geral, que compreende tudo que é valioso e que pode ser lesionado por ações humanas, pouco importando se esses objetos são protegidos ou não pelo direito (no qual se situam ideias como a amizade, o amor, a gratidão); um círculo mais estreito, que compreende os objetos valiosos que são protegidos pelo ordenamento jurídico em geral ([...] pense-se no silêncio noturno); e um círculo ainda menor, que contém os valores protegidos não só pelo direito em geral, mas pelo direito penal. Se o conceito de bem jurídico deve designar já o segundo desses círculos ou apenas o terceiro, é uma questão de conveniência terminológica. O decisivo é que não basta que algo seja valor intrínseco, nem que seja um valor para o direito, para que o direito penal tenha de protegê-lo.¹²

Desse modo, necessário é, diante de uma conveniência terminológica que compreende-se mais adequada, entender-se o bem jurídico como sendo os entes valiosos tutelados pelo ordenamento jurídico como um todo, e não necessariamente pelo direito penal. Assim, quando tratar-se do termo *bem jurídico*, leia-se como termo que abrange não só aqueles bens tutelados pelo direito penal, mas também aqueles resguardados pelo direito civil, administrativo, ambiental etc. Em outras palavras: sempre que falar-se em bem jurídico-penal, estará a tratar-se de *bem jurídico*. Contudo, quando mencionar-se *bem jurídico*, não necessariamente estará a referir-se a um bem jurídico dotado de relevância penal.

2.1.2 Bem jurídico dotado de relevância penal

Explanou-se até aqui que *entes* corpóreos e incorpóreos que em uma sociedade específica, em determinado momento histórico e permeada de sua cultura particular, passam a ser dotados de *valor*. Também, explicou-se que em decorrência do valor atribuído, tais objetos, materiais ou imateriais, tornam-se *bens*. Além disso, salientou-se que determinados bens, diante de sua relevância para a manutenção da paz social naquela sociedade, são erigidos como integrantes do mundo jurídico, e pelo ordenamento passam a ser tutelados, passando a ser denominados *bens jurídicos*. Verificada a existência de bens tutelados pelo ordenamento jurídico, agora imperioso é denotar *em que* consiste aqueles *bens jurídicos dotados de relevância penal*, que é o que primordialmente pretende-se neste capítulo.

Visto isso, cabe repisar que não há um consenso mais ou menos coeso

12 GRECO, Luís. *Prefácio*. In: _____. **Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato: com um adendo: princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. ix.

acerca da definição daquilo que entende-se por bens jurídico-penais¹³. Por isso, prescindindo-se da exposição das inúmeras propostas de conceituação, que obviamente ultrapassaria os limites deste exíguo estudo, cabe aqui expôr a fundamentação que mais se adequaria com as pretensões deste trabalho.

Pondo-se em termos singelos porém elucidativos, bens jurídico-penais são uma "espécie" do "gênero" bem jurídico. Como já mencionado, bens jurídicos são entes valorados que pela aptidão a promover o elemento "vida", e em decorrência disso, a "vida humana", "dignidade da pessoa humana", etc.¹⁴⁻¹⁵ são buscados, e, pela mesma razão, "expostos a certos perigos de ataques ou sujeitos a determinadas lesões"¹⁶. Sendo assim, pertinente perguntar-se: aonde residiria, portanto, a diferenciação? O que faria com que determinado bem jurídico consistisse em bem jurídico-penal?

Nesse ponto, funda-se, necessariamente, no ideário da exclusiva proteção de bens jurídico-penais, da intervenção mínima (*ultima ratio regum*) e da fragmentaridade. Diante da realidade social, embasada em certos limites temporais e espaciais, percebem-se bens jurídicos de extrema relevância, os quais, se não forem erigidos a uma classificação que enseje maior grau de proteção, a prática social, se não fosse insustentável, ao menos seria tormentosa. Assim, quando eleitos os bens jurídicos, estes passam por um novo filtro valorativo que caso os considere positivamente, ensejará uma nova classificação para tais bens jurídicos, em deferência ao seu novo nível de relevância; passarão a ser considerados *bens jurídico-penais*¹⁷.

13 Vide 2.1.1 *supra*.

14 Vide 2.1.1 *supra*. Tal ideia de valoração e promoção de elementos ficará um tanto quanto mais clara ao ser examinado o próximo tópico (vide 2.2 *infra*), referente à fundamentação constitucional do bem jurídico-penal.

15 Nesse sentido, contrariamente ao que fundamenta-se neste trabalho como sendo o bem jurídico-penal, José Henrique Pierangeli defende tratar-se meramente de uma situação social que se pretende tutelar, com a previsão de uma pena, diante de eventuais agressões, sem necessariamente estabelecer um caráter valorativo ao conceito (PIERANGELI, José Henrique. **O Consentimento do Ofendido: na teoria do delito**. 3ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 108 *et. seq.*). Por óbvio, tal entendimento possibilita uma exposição sobre a disponibilidade do bem jurídico-penal que consiste naquilo que pretende o doutrinador em sua obra.

16 TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 15.

17 Claro está, diante desta exposição, uma verdadeira distinção *qualitativa* entre bens jurídicos e bens jurídico-penais. Diante disso, conforme Fábio Roberto D'Avila, os bens jurídico-penais,

Dito de outro modo, a fim de prezar pela clareza da exposição: diante da maior força coercitiva do direito penal no ordenamento jurídico, em relação aos outros ramos do direito, delega-se a ele o dever de prezar pela proteção daqueles valores ético-sociais mais importantes que não seriam resguardados pelo ordenamento jurídico extrapenal, ou, se fossem passíveis de tutela pelos outros ramos jurídicos, não seriam de forma eficaz, ao menos no nível de tutela que tais bens jurídicos demandam¹⁸. Diante disso, quando pretende-se erigir à qualidade de bem jurídico penalmente relevante determinado bem jurídico, atribui-se uma pena para o agente que cometa algum tipo de violação ao bem jurídico tutelado pela norma penal¹⁹.

Ademais, não cabe ao ordenamento jurídico-penal, a tutela de bens jurídico-penais sob todas as formas possíveis de sua agressão. Nesse intento, prudente colacionar excerto das lições de Francisco de Assis Toledo:

[...] nem todo bem jurídico como tal se coloca sob a tutela específica do direito penal.

Essa é uma conclusão que decorre do caráter limitado do direito penal [...]. Do ângulo penalístico, portanto, bem jurídico é aquele que esteja a exigir uma proteção especial, no âmbito das normas de direito penal, por se revelarem insuficientes, em relação a ele, as garantias oferecidas pelo ordenamento jurídico, em outras áreas extrapenais. Não se deve, entretanto – e esta é uma nova consequência do já referido caráter limitado do direito penal – supor que essa especial proteção penal deva ser abrangente de todos os tipos de lesão, real ou potencial. Viver é um risco permanente [...]. Não é missão do direito penal afastar, de modo completo, todos esses riscos – o que seria de resto impossível – paralisando ou impedindo o desenvolvimento da vida moderna, tal como o homem, bem ou mal, a concebeu e construiu. Protegem-se, em suma, penalmente, certos bens jurídicos e, ainda assim, contra determinadas formas de agressão; não

enquanto categoria autônoma, detêm uma série de requisitos próprios para o seu reconhecimento (D'AVILA, Fábio Roberto. *Direito Penal e Direito Administrativo. Elementos para uma Distinção Qualitativa*. In: _____. **Ofensividade em Direito Penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. *passim*).

- 18 Obviamente, este seria um modelo ideal daquilo que conforme este conceito de bem jurídico-penal, o direito penal tutelaria. As questões referentes a se o direito penal efetivamente segue estes termos conceituais à risca, protegendo bens jurídicos dotados de dignidade penal (indagações típicas de criminologia e política criminal críticas) não têm lugar nesta investigação, limitando-se aqui, às críticas referentes, unicamente, ao bem jurídico "paz pública" (Vide 4.2.2 *infra*). Do mesmo modo, o entendimento de que não só o direito penal mas o ordenamento jurídico como um todo, funda-se no reflexo dos valores ético-sociais e interesses de uma determinada classe dominante (embora verifique-se profícua) não será objeto de exposição nos estreitos limites deste trabalho.
- 19 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 9ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. vol. 1. p. 402.

todos os bens jurídicos contra todos os possíveis modos de agressão.²⁰

Cabe expôr, por fim, um conceito de bem jurídico-penal que sistematize o que até aqui foi esposado: *bens jurídicos dotados de relevância penal são aqueles valores ético-sociais que devido ao alto grau valorativo, são selecionados para serem tutelados pelo direito penal, ramo mais coercitivo do ordenamento jurídico, com o objetivo de assegurar a paz das relações sociais, de forma que esteja protegida de determinadas formas de exposição a perigo de ataque ou a lesão efetiva, em tese, mais graves, com conseqüente previsão de reprimenda penal, em caso de sua violação*²¹.

2.2 O FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LEGITIMAÇÃO DA ELEIÇÃO DE BENS JURÍDICO-PENAIIS

Expôs-se, até aqui, que a construção da ideia dos valores emana da constatação racional da particularidade do elemento "vida", e, por decorrência disso, da "vida humana". Logo, evidenciando-se que a vida humana se implementa num contexto comunitário, os valores que passam a ser tomados como ético-sociais são elegidos à qualidade de bens jurídicos, tutelados pelo ordenamento jurídico em geral. Logo, diante da imperiosa necessidade de resguardo mais expressivo de determinados bens jurídicos, eles passam a ser tutelados pelo ordenamento penal, razão pela qual são promovidos à condição de bens jurídico-penais.

Não há, na doutrina do direito penal, maior investigação sobre o fundamento (fundamento aqui na concepção de origem primeva) dos elementos acima elencados (valores, valores ético-sociais, bens, bens jurídicos etc.), que não o último, qual seja, o bem jurídico-penal. Contudo, a falta de investigação sobre esses pontos não é condenável, afinal são objetos de estudo de outras áreas do saber humano²².

20 TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 17.

21 TOLEDO, Francisco de Assis. *ibidem*. p. 16.

22 Caberia à filosofia, dita de um modo geral (ou também à filosofia do direito, e porquê não à psicologia e antropologia), a análise da constatação primeira do que se tomaria por vida e os valores decorrentes de sua constatação. Do mesmo modo, estaria na seara da filosofia política, da ciência política e do direito constitucional o estudo do porquê se considerar determinados valores como ético-sociais, de forma que o poder constituinte originário os tenha fundado em determinada ordem constitucional para serem resguardados como bens jurídicos. Infere-se que o estudo do bem jurídico-penal demanda um esforço que ultrapassa os limites da dogmática penal.

Portanto, diante de um necessário corte epistemológico na investigação, passa-se a averiguar a origem mais próxima do que deve-se tomar por bens jurídico-penais²³, isto é, o seu fundamento constitucional. Em linhas rápidas de digressão, motiva-se o fundamento do *ius puniendi* estatal na filosofia política do contratualismo social²⁴⁻²⁵. Diante disso, o poder soberano selecionaria os bens jurídicos, e logo, os bens jurídico-penais.

Tecidas essas considerações, a doutrina do direito penal contemporaneamente, embasa a eleição de bens jurídico-penais na Constituição, salientando tratar-se de uma adaptação material à ordem constitucional²⁶. Nesse intento, segundo Ângelo Roberto Ilha da Silva,

a Constituição, em seu aspecto de [...] força motriz propulsora de irradiações vinculantes decorrentes de seus valores fundamentais, visa a proporcionar a concretização destes no âmbito normativo infraconstitucional, cujo especial interesse para nós é a positivação irrogada pelo direito penal e mais ainda no delineamento de bens jurídico-penais.²⁷

Diante disso, a Constituição, além de impor ao legislador penal infraconstitucional a constatação da infração penal como ofensa a bens jurídico-penais²⁸, seria uma síntese, previamente constituída ao poder legiferante, de bens jurídicos constitucionalmente essenciais, que *poderiam* (discricionariedade do legislador penal infraconstitucional), *não poderiam* (vedação), e *deveriam* (mandado)

Diante disso, imperioso um corte epistemológico neste estudo, para que as divagações não fujam do que aqui pretende-se, bem como não ultrapasse os estreitos limites impostos ao presente trabalho de conclusão de curso de graduação.

- 23 E, conseqüentemente, a origem da qual emana uma visualização mais palatável de sua conformidade ou não.
- 24 ROXIN, Claus. *Sobre o Recente Debate em Torno do Bem Jurídico*. In: HASSEMER, Winfried *et. al.* **O Bem Jurídico Como Limitação do Poder Estatal de Incriminar?** Org. e trad. de Luís Greco e Fernanda Lara Tórtima. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 185; e _____. *A Proteção de Bens Jurídicos como Missão do Direito Penal?*. In: _____. **A Proteção de Bens Jurídicos como Função do Direito Penal**. Org. e trad. de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. *passim*.
- 25 Aonde infere-se que o homem absteve-se de sua "liberdade" do estado de natureza para ser governado por um único homem, ou uma assembleia de homens, na leitura hobbesiana.
- 26 FELDENS, Luciano. **Direitos Fundamentais e Direito Penal: a constituição penal**. 2ª ed. revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 59.
- 27 ILHA DA SILVA, Ângelo Roberto. **Dos Crimes de Perigo Abstrato em Face da Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 44.
- 28 DOLCINI, Emilio; e MARINUCCI, Giorgio. *Constituição e Escolha de Bens Jurídicos*. In: **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**. Lisboa, ano 4, fasc. 2, p. 151-198, abr.-jun., 1994. p. 151-155.

ser tutelados penalmente²⁹. Tal entendimento é hoje perfilado pela doutrina do direito penal de forma mais ou menos assente.

Contudo, Luiz Regis Prado alerta sobre as teorias constitucionalistas do bem jurídico-penal, classificando-as, primeiramente, em teorias constitucionais *de caráter geral e de fundamento constitucional estrito*, sendo que a divergência entre elas seria, unicamente, com relação à maneira de vinculação à norma constitucional³⁰.

Sob o enfoque da teoria constitucional de caráter geral do bem jurídico-penal, faz-se uma referência à Constituição de uma maneira mais genérica, ampla, fazendo remissão à forma de Estado estabelecida constitucionalmente, dos princípios entabuladas na ordem constitucional, com base nos quais se constroi o sistema penal³¹. Mencionando Claus Roxin, Luiz Regis Prado assevera que contemporaneamente, parte-se da ideia do Estado Democrático e Social de Direito, para se verificar, no campo penal, o espectro de tutela jurídico-penal³², salientando, conforme Hans-Joachim Rudolphi, que os valores fundamentais devem ter referência constitucional³³.

Nesse contexto, o bem jurídico-penal é concebido como uma valiosa unidade de função social, função viva, indispensável para a subsistência da sociedade e que tem a norma constitucional como parâmetro fundamental³⁴. Contudo, deveria-se levar em conta: que o legislador deve estar vinculado, materialmente, às metas que para o direito penal são deduzidas na Constituição; que devem ser desenvolvidas as condições e funções em que baseia-se a sociedade dentro da ordem constitucional; e que um bem jurídico seja protegido penalmente, unicamente, diante de condutas que possam realmente afetá-lo ou colocá-lo em perigo³⁵.

29 DOLCINI, Emilio; e MARINUCCI, Giorgio. *ibidem*. p. 155; e FELDENS, Luciano. *ibidem*. p. 64-65.

30 PRADO, Luiz Regis. **Bem Jurídico-Penal e Constituição**. 2ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 50-51.

31 PRADO, Luiz Regis. *ibidem*. p. 51.

32 PRADO, Luiz Regis. *ibidem*. p. 51-52.

33 PRADO, Luiz Regis. *ibidem*. p. 52.

34 PRADO, Luiz Regis. *loc. cit.*

35 PRADO, Luiz Regis. *ibidem*. p. 51-52.

De outra banda, apresenta-se uma teoria constitucionalista de fundamento constitucional estrito do bem jurídico-penal, segundo a qual orienta-se firmemente, e primeiramente, pelo texto constitucional, no momento da eleição de bens jurídico-penais, em nível de prescrições específicas, explicitadas ou não, a partir da qual deduzem-se os objetos de tutela e a forma pela qual deve-se revestir tal proteção jurídica, delimitando dentro de marcos mais visíveis as atividades do legislador infraconstitucional³⁶.

Nesse panorama, a eleição de bens jurídico-penais estaria, precipuamente, adstrita àquilo que na ordem constitucional é determinado (perspectiva de mandados) e vedado (perspectiva de proibição), de criminalização. Diante de tais posicionamentos, expõe-se uma sincreção de tais teorias, diante da constatação que as relações entre elas não são de antagonismo, mas de complementariedade, sustentando-se uma teoria constitucional *eclética ou intermediária*³⁷.

De acordo com essa teoria, que constitui um justo meio entre as anteriores, primeiramente, privilegia-se o texto constitucional, logo a concepção de Estado Democrático Social de Direito, o bem jurídico ancorado na realidade sócio-individual, complementada por caracteres de uma visão metodológica particular e, por fim, a natureza própria do bem jurídico-penal³⁸.

Em suma, essa teoria eclética, que percebe-se a mais acertada, atém-se aos mandados e proibições de criminalização dispostos na Constituição. Mas não só. Pugna por uma adequada avaliação axiológico-normativa pelo legislador penal, com base nos valores implícita ou explicitamente esposados na ordem constitucional, a natureza valorativa do bem jurídico-penal e a realidade sociocultural do Estado, de forma a melhor regular sua discricionariedade legiferante penal, quando da possibilidade prevista na ordem constitucional. Diante disso, em tratando-se de bem jurídico-penal, a teoria constitucionalista eclética enseja uma "enformação que se compatibiliza com os modernos postulados da ciência do Direito Penal e da Política

36 PRADO, Luiz Regis. **Bem Jurídico-Penal e Constituição**. 2ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 52.

37 PRADO, Luiz Regis. *ibidem*. p. 93.

38 PRADO, Luiz Regis. *loc. cit.*

Criminal³⁹.

2.3 AS FUNÇÕES DO BEM JURÍDICO-PENAL

Verificada a existência de um bem jurídico-penal, induz-se à compreensão de que a constatação da existência de um bem jurídico-penal, não se exaure na extração de um conceito inócuo⁴⁰. Evidenciado o *porquê* da tutela pelo direito penal de determinados bens jurídico-penais, é necessária a verificação do *para quê* servirão tais bens jurídicos dotados de relevância penal, quando erigidos a essa condição. É na esfera do *para quê* servem os bens jurídico-penais que se passa a construir o panorama das funções destes no âmbito dogmático penal.

Por *função*, podemos entender aquele papel peculiar, ímpar, desempenhado por um ente num conjunto, onde as partes constitutivas sejam independentes⁴¹. Quer dizer: função é a ação necessária para que se exerça uma relação de interdependência entre os entes⁴², e, conseqüentemente, o justifique, se acaso o ente não for um fim em si mesmo.

A função (ou as funções) dos bens jurídicos penalmente relevantes volta-se, como dito, ao *para quê* de sua condição, isto é, para quais espécies de *objetivos* visarão realizar⁴³. Além disso, remetem a um *juízo de oportunidade, de cálculo ou de conveniência* acerca do problema a ser estudado (o que aqui quer dizer o bem jurídico dotado de relevância penal), tendo por quesito para juízo de valor, a sua utilidade, constituindo, desta maneira, um *juízo relativo*, "porque dependente da

39 PRADO, Luiz Regis. *loc. cit.*

40 ILHA DA SILVA, Ângelo Roberto. **Dos Crimes de Perigo Abstrato em Face da Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 38.

41 PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 12ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. vol. 1. p. 315. p. 318.

42 PRADO, Luiz Regis. *ibidem*. p. 319.

43 Aqui, adota-se o magistério de Raquel Lima Scalcon, que embuída dos ensinamentos de Antônio Castanheira Neves e Humberto Bergmann Ávila para a Teoria do Direito, os adaptou à realidade jurídico-penal, tratando, em sua obra, da função do direito penal (SCALCON, Raquel Lima. **Ilícito e Pena: modelos opostos de fundamentação do direito penal contemporâneo**. Rio de Janeiro: GZ, 2013. p. 05-13). Justamente no panorama da função do direito penal esposado por Raquel Lima Scalcon, faz-se uma analogia com a função dos bens jurídico-penais, cuja caracterização vem antes mesmo da elaboração de conceitos acerca daquilo que se entende como o *para quê* do direito penal, e, ao fim e ao cabo, é o que finda por ensejar a caracterização da função do direito penal.

instabilidade empírica própria dos efeitos e da mutabilidade inerente ao conteúdo de sentido de um conceito"⁴⁴. É daí que provém a perspectiva *pragmática* da função, porquanto atinente às suas consequências, bem como a sua ótica *heterônoma*, uma vez que o núcleo do problema não é o bem jurídico-penal em si, mas os seus efeitos⁴⁵.

Diante de todas as características acima esposadas, verifica-se que o tempo da função volta-se para o *futuro*, pois referida a um *telos* a ser buscado a partir da noção de bem jurídico-penal. É dizer: resultados concretos pretendidos que estão em âmbito metajurídico⁴⁶, fins estes que seriam inalcançáveis acaso se prescindisse da eleição de valores ético-sociais desta relevância à categoria de bens jurídico-penais⁴⁷.

Assim, não deve se confundir a ideia do bem jurídico dotado de relevância penal com a sua função. No dizer de Luiz Regis Prado,

[a ideia de função] não se confunde, portanto, com a ideia de bem jurídico como entidade dotada de substância real e peculiar, valorada e adstrita ao homem como ser social. Assinala-se, corretamente, que o bem jurídico não é apenas objeto de referência, mas também de preferência, visto que neste último aspecto consubstancia um valor, um sentido.⁴⁸

E complementa: "em termos fenomenológicos, pode-se dizer que o bem jurídico-penal, enquanto objeto cultural (ser real não sensível), é e existe; ao passo que a função, como objeto ideal objetivo não é e não existe"⁴⁹.

44 SCALCON, Raquel Lima. **Ilícito e Pena: modelos opostos de fundamentação do direito penal contemporâneo**. Rio de Janeiro: GZ, 2013. p. 08.

45 SCALCON, Raquel Lima. *loc. cit.*

46 SCALCON, Raquel Lima. *loc. cit.*

47 Nesse pequeno ponto, no entanto, discorda-se do entendimento de Raquel Lima Scalcon, uma vez que a analogia daquilo que a doutrinadora se refere em sua monografia, com relação à prescindibilidade de se recorrer ao direito penal para o atingimento dos fins pretendidos com a utilização do direito penal, não se coaduna com a fundamentação construída neste pequeno trabalho (SCALCON, Raquel Lima. *loc. cit.*). Aqui paulatinamente fundamentou-se que diante da alta carga valorativa de determinados valores ético-sociais, para a *praxis* social nas relações humanas, erigem-se à condição de bens jurídico-penais, justamente pela inviabilidade ou pela pequena possibilidade de proteção daqueles bens jurídicos quando prescindida de tutela pelo direito penal.

48 PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 12ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. vol. 1. p. 319.

49 PRADO, Luiz Regis. *loc. cit.*

Tecidas tais considerações acerca do que se entende por "função", cabe referir, antes de adentrar numa análise detida das funções do bem jurídico-penal, que nos limites deste estudo fazer-se-á um arrolamento não exaustivo de funções⁵⁰. Aqui esposar-se-á, unicamente, aquelas funções de maior repercussão na doutrina do direito penal e que de uma maneira ou outra, virão a prestar auxílio na construção das conclusões que aqui se pretende, quais sejam, respostas à questão da legitimidade de tipificação do delito de associação criminosa.

2.3.1 Função seletiva

Como percebe-se, e já foi salientado⁵¹, a incriminação é realizada através de uma seleção de valores aptos a se tornarem bens jurídico-penais⁵². A elaboração de um tipo penal representa a configuração de um "recorte" da prática social de um valor ético-social de determinada comunidade em particular momento histórico, e uma específica forma de ofensa a esse valor⁵³. De acordo com esta função, portanto, o bem jurídico-penal pretende embasar o trabalho de seleção dos tipos penais incriminadores⁵⁴.

2.3.2 Função crítica

A função crítica, decorre da função seletiva e a essa possibilita os meios para o seu exercício⁵⁵. É dizer: são de mútua imbricação, de forma que a seleção só existe pela crítica e a crítica decorre de uma seleção. Esta função consubstancia-se na valoração pré-jurídica daquilo que se tem por bem dotado de relevância penal⁵⁶.

50 Aqui, como se verá, tratar-se-á das funções, seletiva, crítica, de garantia, interpretativa, sistemática e a individualizadora, cabendo ressaltar que as três primeiras, em verdade, não são funções do bem jurídico-penal, propriamente ditas, mas, sim, político-criminais de cunho valorativo, uma vez que constituem aquela fase de seleção de valores a se tornarem bens, posteriormente bens jurídicos, e, por fim, bens jurídico-penais. No entanto, considerando-se o fato de que a exposição desse entendimento não consistiria, apenas, em parte deste trabalho, mas, em verdade, realizar outra investigação científica, adotar-se-á, neste trabalho, a nomenclatura utilizada pela doutrina do direito penal, quando trata de "funções" do bem jurídico dotado de relevância penal.

51 Vide 2.1.1 *supra*; e 2.1.2 *supra*.

52 ILHA DA SILVA, Ângelo Roberto. **Dos Crimes de Perigo Abstrato em Face da Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 38.

53 ILHA DA SILVA, Ângelo Roberto. *ibidem*. p. 38-39.

54 ILHA DA SILVA, Ângelo Roberto. *ibidem*. p. 39.

55 ILHA DA SILVA, Ângelo Roberto. *loc. cit.*

56 ILHA DA SILVA, Ângelo Roberto. *loc. cit.*

Segundo Ângelo Roberto Ilha da Silva, "após o adequado trabalho crítico é que se chega ao trabalho selecionador de bens merecedores de tutela penal"⁵⁷.

Contudo, a função crítica não pretende, unicamente, fornecer suporte para a incriminação de condutas que venham a surgir, mas também possibilitar a descriminalização de condutas que já não representem ofensa a valores que se pretenda tutelar, ou que já não mais se mostrem dignos de tutela penal⁵⁸. Além disso, com relação à crítica descriminalizadora, Ângelo Roberto Ilha da Silva é categórico: "ao examinarem-se os componentes da norma, chegar-se-á ao valor, expresso no bem jurídico, que a norma visa a tutelar, oportunizando à comunidade aferir o que se está protegendo"⁵⁹.

2.3.3 Função de garantia ou de limitação do direito penal

O bem jurídico-penal é considerado o conceito limite na dimensão material da norma penal⁶⁰. O brocardo *nullum crimen sine injuria*, resume o comprometimento do legislador penal, em um Estado Democrático e Social de Direito, em não criminalizar condutas que não sejam graves e lesionem ou coloquem em perigo bens jurídico-penais autênticos⁶¹, e, segundo Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, são oriundas do princípio republicano⁶². Esta função, de viés político-criminal, limita o legislador em sua atividade legiferante criminal, pois ele não poderá inobservar o sentido informador do bem jurídico dotado de relevância penal na construção dos tipos penais⁶³.

Como inferir-se-á, tal função do bem jurídico-penal tem estreita relação com a construção dogmática do conceito do princípio da ofensividade, que inclusive advém do mesmo adágio latino⁶⁴.

57 ILHA DA SILVA, Ângelo Roberto. **Dos Crimes de Perigo Abstrato em Face da Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 39.

58 ILHA DA SILVA, Ângelo Roberto. *loc. cit.*

59 ILHA DA SILVA, Ângelo Roberto. *ibidem*. p. 40.

60 PRADO, Luiz Regis. **Bem Jurídico-Penal e Constituição**. 2ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 48.

61 PRADO, Luiz Regis. *loc. cit.*

62 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 9ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. vol. 1. p. 406.

63 PRADO, Luiz Regis. *loc. cit.*

64 Vide 3.1.1 *infra*.

2.3.4 Função teleológica ou interpretativa de normas penais

Na função teleológica ou interpretativa, o bem jurídico dotado de relevância penal é utilizado como critério de interpretação dos tipos penais, de maneira a condicionar sentido e alcance à finalidade tuteladora de bens jurídico-penais⁶⁵. Serve de auxílio ao intérprete no momento da interpretação da norma penal⁶⁶, e, desta forma, assume nítido viés dogmático-prático⁶⁷.

Luiz Regis Prado, ainda, citando os ensinamentos de Reinhart Maurach e Heinz Zipf e Hans-Heinrich Jeschek, argui que o bem jurídico-penal é o núcleo da norma e do tipo penal, é o conceito central em torno do qual circundam os elementos objetivos e subjetivos do tipo, e, em decorrência disso, é importante instrumento de interpretação, quando não imprescindível para o conhecimento da norma penal⁶⁸.

Por sua vez, Ângelo Roberto Ilha da Silva é categórico ao afirmar que

[...] conceitos como lesão, dano, dano potencial, perigo, perigo abstrato, perigo concreto, ilicitude material são conceitos que têm como foco de referência o bem jurídico. Devido a isso, o conceito constituirá necessária referência para a caracterização ou não da afetação do bem ou interesse tutelado, e em qual grau.⁶⁹

Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, ainda, salientam que a função teleológica dá sentido à proibição manifestada no tipo penal e a limita, e, da mesma forma que a função garantidora, emerge do princípio republicano⁷⁰.

Por fim, frise-se que será com base nesta função que será averiguada a questão da insignificância penal, matéria tão em voga na doutrina, como elemento

65 PRADO, Luiz Regis. **Bem Jurídico-Penal e Constituição**. 2ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 48.

66 ILHA DA SILVA, Ângelo Roberto. **Dos Crimes de Perigo Abstrato em Face da Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 40.

67 ILHA DA SILVA, Ângelo Roberto. *ibidem*. p. 41.

68 PRADO, Luiz Regis. *ibidem*. p. 48-49.

69 ILHA DA SILVA, Ângelo Roberto. *loc. cit.*

70 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 9ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. vol. 1. p. 406.

de exclusão de tipicidade⁷¹.

2.3.5 Função sistemática ou estruturalista

A função sistemática ou de estruturação prega que o bem jurídico-penal é o elemento classificatório imperioso para a formação dos grupos de tipos penais⁷².

Tomando como exemplo a Parte Especial do nosso Código Penal, verifica-se que os próprios títulos ou capítulos são sistematizados com embasamento no bem jurídico-penal tutelado pelos tipos penais ali dispostos⁷³. No ponto, Luiz Regis Prado, citando Hans-Joachim Rudolphi, menciona que a função sistemática do bem jurídico-penal vem a constituir um dos pontos de vista para que se conceba o núcleo material dos ilícitos penais, comum a todos os comportamentos criminalizados⁷⁴.

2.3.6 Função individualizadora

Como já mencionou-se acima não se pretende exaustivamente tratar das funções do bem jurídico-penal⁷⁵. Portanto, derradeiramente, passa-se a esposar sobre a função individualizadora.

Segundo essa função, o bem jurídico-penal é imperioso critério para medição de pena, no momento da dosimetria da reprimenda penal, segundo o qual deve-se levar em conta a gravidade da lesão perpetrada pelo agente, com sua conduta delituosa, ao bem jurídico penalmente tutelado⁷⁶. Diz respeito, portanto, à mensuração da pena e à gravidade da conduta lesiva⁷⁷, e, desse modo, mais afeta ao intérprete⁷⁸.

71 ILHA DA SILVA, Ângelo Roberto. **Dos Crimes de Perigo Abstrato em Face da Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 41.

72 PRADO, Luiz Regis. **Bem Jurídico-Penal e Constituição**. 2ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 49.

73 PRADO, Luiz Regis. *loc. cit.*

74 PRADO, Luiz Regis. *loc. cit.*

75 Vide 2.3 *supra*.

76 PRADO, Luiz Regis. *loc. cit.*

77 PRADO, Luiz Regis. *loc. cit.*

78 ILHA DA SILVA, Ângelo Roberto. *ibidem*. p. 43.

2.4 BENS JURÍDICO-PENAIIS INDIVIDUAIS E METAINDIVIDUAIS⁷⁹

Percebendo-se num contexto de um Estado Democrático e Social de Direito, indaga-se se o grupamento social, como um todo, prepondera, em termos de tutela jurídico-penal, sobre o indivíduo⁸⁰. Nesse ponto, adverte-se que não há, num Estado Democrático de Direito, qualquer preponderância de bens jurídico-penais transindividuais sobre aqueles individuais, mas, sim, a questão da tutela de bens jurídicos penalmente relevantes que se verificam para além do indivíduo em si, que se encontram em uma dimensão mais ampla, social, e não no sentido de superioridade hierárquica entre bens jurídico-penais⁸¹.

Observa-se, contemporaneamente, a constituição de novas e amplas formas de tutela jurídica, decorrentes do processo de evolução de um Estado Liberal para um Estado Social, no qual há um recrudescimento da prestação, pelo Estado, de direitos sociais⁸²⁻⁸³. Tais prestações resultam da assunção pelo próprio Estado destes deveres sociais, e de novos encaminhamentos, "tal como a salvaguarda de direitos que transcendam à esfera individual, e se projetam em grupos ou na sociedade globalmente considerada"⁸⁴.

Ainda, Luís Greco adverte sobre os novos riscos trazidos pela modernidade. Obviamente, o doutrinador refere-se à tutela jurídico-penal. *In litteris*:

novos *perigos do mundo industrial-global* são cada vez mais objeto de normas penais: drogas, terrorismo, tráfico internacional de armas e pessoas,

79 Diversas são as formas de classificação dos bens jurídicos dotados de dignidade penal. Contudo, diante dos estreitos limites deste trabalho, cabe ser seletivo ao tratar-se do tema objeto deste capítulo. Por essa razão tratar-se-á da classificassão "individuais/metaindividuais", que apresenta relevância para o assunto que aqui pretende-se tratar.

80 PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 12^a ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. vol. 1. p. 320.

81 PRADO, Luiz Regis. *loc. cit.*

82 PRADO, Luiz Regis. *loc. cit.*

83 Com relação ao dado histórico da costatação das necessidades de tutela jurídica, Luís Greco menciona que em matéria jurídico-penal, consistiria, mais precisamente, a partir da década de 1960, da qual passou-se a demandar reformas do direito penal diante do novo contexto cultural, época em que a ciência criminal iniciou a postulação por uma "modernização do direito penal" (GRECO, Luís. *Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato*. In: _____. **Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato: com um adendo: princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 1)

84 PRADO, Luiz Regis. *loc. cit.*

transplante de órgãos e tecnologia genética, comportamentos socialmente lesivos praticados pelas classes mais elevadas (criminalidade de colarinho branco, criminalidade do estado, *crimes of the mighty*).⁸⁵

Diante desse novo contexto, novos bens jurídicos (dentre eles os bens jurídico-penais) surgem, ou, naqueles, que já existiam, amplia-se o âmbito e a pretensão de tutela⁸⁶. Nesse sentido, também, Luís Greco é categórico:

a todo lado surgem novas criminalizações, que decorrem da proteção penal ou de *bens jurídicos coletivos* apenas recentemente entendidos como merecedores de proteção (exemplo paradigmático: direito penal ambiental), ou a criação de bens jurídicos coletivos até então de todo desconhecidos (o que ocorre principalmente no direito penal econômico).⁸⁷

Esses bens jurídico-penais que emergem da nova realidade social, passam a apresentar características particulares, que permitem sua conceitualização e classificação diante da sua predominância ou a perspectiva com que são vistos e analisados⁸⁸.

Diante disso, a doutrina do direito penal passa a classificar os bens jurídicos dotados de relevância penal, quanto à sua *titularidade*, dividindo-os e denominando-os, em *individuais* e, de uma maneira genérica, em *coletivos*, *metaindividuais*, *transindividuais* etc. Assim, dos bens jurídico-penais individuais o titular é o indivíduo, o particular que "o controla e dele dispõe, conforme sua vontade; têm caráter estritamente pessoal"⁸⁹. Já os metaindividuais são próprios de uma titularidade não pessoal, de massa (coletiva ou difusa), utrapassando a esfera do indivíduo, e afetando, desse modo, um grupo determinado de pessoas ou mesmo toda a coletividade⁹⁰. Têm, portanto, um raio de tutela que transcende o indivíduo, sem deixar, todavia, de envolver a pessoa como membro indistinto do grupamento social⁹¹.

85 GRECO, Luís. Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato. In: _____. **Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato: com um adendo: princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 1.

86 PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 12ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. vol. 1. p. 320.

87 GRECO, Luís. *loc. cit.*

88 PRADO, Luiz Regis. *loc. cit.*

89 PRADO, Luiz Regis. *loc. cit.*

90 PRADO, Luiz Regis. *loc. cit.*

91 PRADO, Luiz Regis. *loc. cit.*

Esses bens jurídico-penais metaindividuais, que são próprios do Estado Democrático e Social de Direito, são essenciais para o desenvolvimento das potencialidades do ser humano enquanto pessoa, e sua efetiva integração social, política, cultural, econômica etc., em uma sociedade organizada⁹².

Ainda, no que compete à relação bens jurídico-penais individuais/metaindividuais, Luiz Regis Prado assevera que

há, em sentido material, uma relação de complementariedade (v.g., a saúde pública em relação à individual; o ambiente em relação à qualidade de vida do homem). Naqueles, a referência individual privada é direta; nestes a referência pessoal é indireta, em maior ou menor grau. São bens universais, da sociedade como um todo, com um marco individual mais ou menos acentuado. Aliás, essa diretriz pode ser tida como ancorada no princípio da individualização da lesividade segundo o qual devem ser elevados à categorias de bens jurídicos tão somente os valores cuja violação implique transgressão de um bem, relacionado direta ou indiretamente ao indivíduo e à sociedade. Isso porque, como já destacado, o homem não é concebido em razão do Estado, mas sim o Estado e as demais instituições é que dependem do indivíduo.⁹³

Embora, como visto, haja uma relação material de complementariedade, não deixam, os bens jurídico-penais supraindividuais, de deterem conteúdo substancial próprio⁹⁴. Nesse aspecto, investiga-se não a existência de um conceito de bem jurídico-penal coletivo ou difuso, mas a exata delimitação de seu conteúdo material (ou a mais exata possível)⁹⁵. Quer dizer: a elaboração de critérios específicos que permitam individualizá-los de forma clara, determinada e objetiva, sem incorrer em transgressão aos princípios basilares do direito penal⁹⁶. No dizer de Luiz Regis Prado, "exsurtem como fórmulas de proteção mediatizada dos bens individuais ou pessoais que complementam, formando uma espécie de campo prévio de tutela"⁹⁷.

Por fim, busca-se classificar os bens jurídico-penais transindividuais em *institucionais* (públicos ou estatais), *coletivos* e *difusos*⁹⁸. Nos bens jurídico-penais

92 PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 12ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. vol. 1. p. 320-321.

93 PRADO, Luiz Regis. *ibidem*. p. 321.

94 PRADO, Luiz Regis. *loc. cit.*

95 PRADO, Luiz Regis. *loc. cit.*

96 PRADO, Luiz Regis. *loc. cit.*

97 PRADO, Luiz Regis. *loc. cit.*

98 PRADO, Luiz Regis. *ibidem*. p. 321-322.

institucionais, a tutela aparece intermediada por uma pessoa jurídica de direito público (por exemplo, a administração pública ou a administração da justiça)⁹⁹. Já os bens jurídico-penais coletivos referem-se a um número menos determinável de sujeitos (por exemplo, a saúde pública ou a relação de consumo), ao passo que os bens jurídico-penais difusos têm viés plural e indeterminado, fazendo respeito à coletividade como um todo (por exemplo, o meio ambiente)¹⁰⁰.

Com relação aos bens jurídico-penais coletivos e difusos, menciona-se que ambos têm como ligação, ou ponto de referência, o indivíduo (complementaridade), e tal relação se mostra mais intensa e menos tênue (caso dos bens jurídico-penais coletivos), ou menos intensa e mais tênue (caso dos bens jurídico-penais difusos), variando conforme seu nível de proximidade¹⁰¹. Nesse sentido, impõe-se que o indivíduo enquanto pessoa, na condição de cidadão, deve ser imperiosamente o destinatário final de quaisquer normas jurídicas; ele tem de ser a referência maior em quaisquer bens jurídicos¹⁰², mormente os dotados de relevância penal.

Contudo, assinala-se na doutrina do direito penal que para efeitos de tutela jurídico-penal, os bens jurídico-penais coletivos e difusos são em essência equivalentes e que eventuais diferenças se encontram no plano formal, e não material¹⁰³. Ou seja, a dissemelhança entre ambos é "meramente formal, de tratamento jurídico, e não substancial, de conceito"¹⁰⁴.

2.5 BEM JURÍDICO-PENAL E OBJETO DA CONDUTA

Estabelecida uma conceituação para o bem jurídico penalmente relevante, ao menos para a compreensão do presente trabalho, suas funções, seu fundamento constitucional e sua classificação conforme sua titularidade, mister se faz, por fim, distingui-lo do objeto da conduta, a fim de se evitar eventuais incompreensões.

99 PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 12ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. vol. 1. p. 321-322.

100 PRADO, Luiz Regis. *ibidem*. p. 321.

101 PRADO, Luiz Regis. *loc. cit.*

102 PRADO, Luiz Regis. *ibidem*. p. 321-322.

103 PRADO, Luiz Regis. *ibidem*. p. 322.

104 PRADO, Luiz Regis. *loc. cit.*

Existe, na dogmática do direito penal, quem entenda como o objeto da conduta aquilo *contra o quê* se dirige o comportamento, e que para ser determinado, é necessário verificar *à quê* o comportamento humano visa. Para doutrinadores que assim entendem, o objeto da conduta (que por eles é chamado objeto do crime ou do delito)¹⁰⁵, se desmembra em objetos *jurídico* e *material*. Nesse sentido, o objeto jurídico seria o bem jurídico-penal afetado, ou o que se encontra na iminência de afronta, e o objeto material seria a pessoa ou coisa que suportaria tal lesão ou perigo de dano¹⁰⁶. Para a corrente doutrinária que entende desta maneira, o fato delitivo, em que pese sempre contenha um objeto jurídico sobre o qual recai a conduta, poderia se implementar sem, necessariamente, um objeto material. Desta maneira, tal entendimento permite a confusão entre bem jurídico-penal e objeto da conduta (no caso, objeto jurídico do crime ou delito).

Em sentido contrário, contudo, alguns doutrinadores da ciência do direito penal, alguns doutrinadores pregam que o objeto da conduta seria, unicamente, aquele de caráter material, desconsiderando a existência de um objeto jurídico¹⁰⁷. É possível que tal seja o posicionamento, por entender-se como inepto o despêndio de energia para conceituação quer de bem jurídico-penal, quer de objeto jurídico da conduta, para ao final equipará-los.

Sem embargo desse posicionamento diverso, inclina-se aqui ao entendimento de o objeto da conduta possuir ambos os caracteres, isto é, jurídico e material. De fato, como afirmado acima, a função do direito penal é comumente considerada como a de proteção de lesão ou de perigo de dano de determinados *bens jurídico-penais*, e não de determinados *objetos jurídicos da conduta*¹⁰⁸. É por essa razão que

105 Impõe-se deixar claro que, sem embargo dos grandes autores da dogmática penal que por essa denominação tratam da matéria, prefere-se, aqui, a expressão "conduta", porquanto nem sempre o objeto se referirá a um fato delitivo, como é o caso, por exemplo, das condutas perpetradas por inimputáveis.

106 Entendem dessa maneira, por exemplo, os doutrinadores Cleber Rogério Masson (MASSON, Cleber Rogério. **Direito Penal Esquematizado**. 3ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Método, 2010. vol. 1. p. 171) e Damásio Evangelista de Jesus (JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal**. 31ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. vol. 1, p. 221-222).

107 Nesse sentido, por exemplo, entende Luiz Regis Prado, que inclusive salienta que "o objeto material pode ou não coincidir com o *bem jurídico*" (PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 12ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. vol. 1. 2010. vol. 3. p. 315. Grifou-se).

108 Vide 2.1.1 *supra*.

uma distinção conceitual entre objeto da conduta, mormente o objeto jurídico, e bem jurídico-penal mostra-se necessária, a fim de evitar confusões dogmáticas.

Como já salientado, parte-se de uma concepção de infração penal, sob a ótica da teoria finalista da conduta¹⁰⁹. Deste modo, entende-se que a conduta humana é uma categoria ontológica diversa de quaisquer outros processos causais, cuja singularidade reside na noção de *finalidade*¹¹⁰.

Tal caráter final da ação ou omissão decorre da "capacidade humana de antever o resultado de sua conduta em razão do seu saber causal, de modo a eleger meios para atingir finalidades preestabelecidas"¹¹¹. Isto é, a noção de finalismo é oriunda da capacidade estratégica do ser humano, inerente à sua racionalidade.

Diante desse fundamento, é possível a aceitação dos conceitos de bem jurídico-penal e objeto jurídico da conduta como, em certo ponto, diversos, possibilitando, portanto, sua convivência mútua na dogmática penal. É dizer: podem subsistir na ciência do direito penal, sem que se configure redundância de conceitos. Deste modo, imperiosa sua diferenciação conceitual.

Porém, antes de apontar as diferenças conceituais, é necessário indicar o ponto de toque desses conceitos. Nesse ponto, tangenciam-se os conceitos de bem jurídico-penal e objeto jurídico da conduta, justamente na ideia de que os bens jurídico-penais representam valores ético-sociais que demandam uma tutela mais rigorosa pelo ordenamento jurídico. A distinção encontra-se no *com relação à quem* o conceito deverá ser observado e em *qual momento* que observar-se-á a aplicação do conceito.

Assim, os bens jurídico-penais, como sendo aqueles valores considerados mais importantes para a convivência em comunidade, orientarão o *legislador penal infraconstitucional* na ocasião da criação de tipos penais. Do mesmo modo,

109 Vide nota 1 *supra*.

110 SCALCON, Raquel Lima. **Ilícito e Pena: modelos opostos de fundamentação do direito penal contemporâneo**. Rio de Janeiro: GZ, 2013. p. 36.

111 SCALCON, Raquel Lima. *loc. cit.*

viabilizarão ao *intérprete* a averiguação de sua tutela jurídico-penal, sob o viés da ofensividade da conduta tipificada, quando os tipos penais já estiverem inclusos no ordenamento jurídico-penal. O momento para a observação de seu conceito, portanto, seria *antes de sua efetiva turbação*.

Por outro lado, o objeto jurídico da conduta é aquele particular bem jurídico-penal que o *agente* afronta, tenta afrontar, ou põe em risco de dano, com a conduta perpetrada por ele, mesmo que não tenha plena consciência sobre qual bem jurídico-penal está afetando com sua ação ou omissão. Além de voltar-se ao agente, viabilizará, também, ao *intérprete*, ao observar se no plano concreto, a conduta implementada ofendeu, nos moldes pretendidos pelo legislador, o bem jurídico-penal.

Em suma, o conceito de bem jurídico-penal é *destinado ao legislador penal e ao intérprete que verifica o tipo penal sob o caráter da ofensividade da conduta tipificada*, e se implementa no momento *anterior à turbação*. O conceito de objeto jurídico da conduta, por sua vez *direciona-se ao agente e ao intérprete que observa se a conduta perpetrada constituiu, de fato, em ofensa ao bem jurídico penalmente tutelado*, e se observa quando da *efetiva ou tentada lesão ou perigo de dano, ou posteriormente à perpetração conduta*.

3 A OFENSIVIDADE COMO NORTEADORA DA TIPIIFICAÇÃO PENAL E O "ITER CRIMINIS" COMO SEU INSTRUMENTO

3.1 O PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE NA DOGMÁTICA PENAL¹¹²

3.1.1 Conceito de ofensa jurídico-penal e a caracterização do princípio da ofensividade

A caracterização do princípio da ofensividade ou lesividade¹¹³, oriundo do brocardo jurídico-penal *nullum crimen sine injuria*, postula a exposição de um conceito de ofensa para que agregue sentido. Assim, antes da explicitação daquilo que toma-se por princípio da ofensividade ou lesividade (o que se dará ao final do presente tópico), tratar-se-á de tecer algumas considerações acerca da ofensa em si.

Precipuamente, é de se mencionar que o conceito de bem jurídico-penal é tratado como algo normativo. Em verdade, o bem jurídico penalmente relevante, como tratado no capítulo anterior, constitui elemento que cuida da transposição daqueles valores importantíssimos para as relações sociais, do plano da realidade,

112 De início, é importante mencionar que entende-se a ofensividade como sendo verdadeira *regra* e não que possua a natureza normativa de *princípio* propriamente dito. Entende-se dessa maneira, em razão do magistério de Humberto Ávila no sentido de que "as regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente subjacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos", ao passo em que "os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente retrospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para sua aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção" (ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12ª ed. ampliada. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 78-79). Ainda, na doutrina do direito penal, voltadamente ao "princípio" da ofensividade, segue essa exposição a professora Raquel Lima Scalcon, em cuja monografia se apresenta substancial fundamentação no sentido de ter a ofensividade natureza jurídica de regra (SCALCON, Raquel Lima. **Ilícito e Pena: modelos opostos de fundamentação do direito penal contemporâneo**. Rio de Janeiro: GZ, 2013. p. 136-142). No entanto, como no presente trabalho não se pretende esgotar o tema, e a análise da natureza jurídica demandaria estudo acurado que ultrapassaria os limites do presente trabalho, seguir-se-á a nomenclatura comumente utilizada na doutrina do direito penal que não obstante veladamente considere a natureza normativa de regra do conceito, refere-se ao instituto como "princípio" da ofensividade.

113 No presente trabalho tratar-se-á da ofensividade e da lesividade como expressões sinônimas, usando-as indistintamente.

para o plano normativo¹¹⁴. Por consequência, o conceito de ofensa deve ser tomado, também, como normativo, porquanto o objeto da ofensa (bem jurídico-penal) pertence ao plano das normas. É dizer: a ofensa é antítese do bem jurídico penalmente tutelado. Nesse sentido, é interessante colacionar-se excerto da professado por Nilo Batista:

o bem jurídico põe-se como sinal da lesividade (exterioridade e alteridade) do crime que o nega, "revelando" e demarcando a ofensa. Essa materialização da ofensa, de um lado, contribui para a limitação legal da intervenção penal, e de outro a legitima.¹¹⁵

Como evidenciado, trata-se de uma situação relacional, uma vez que "tudo o que ofende, ofende alguma coisa"¹¹⁶, no caso, o bem jurídico-penal. Dessa forma, há uma implicação mútua dos conceitos de bem jurídico dotado de relevância penal e a ofensa de tais bens, de maneira que a "inconsistência ou demasiada abertura de uma delas poderá ensejar a perda do conteúdo de garantia de ambas, e, portanto, da suas capacidades de contenção do *potestas puniendi*"¹¹⁷.

Como infere-se daquilo que já foi esposado no capítulo anterior, o bem jurídico com dignidade penal não passa da afirmação de valor positivado pela norma penal. De forma que a ofensa se originaria no conflito oriundo da negação do valor que uma vez foi afirmado normativamente, isto é, a tensão entre afirmação e negação de um valor¹¹⁸.

Nesse intento, Raquel Lima Scalcon ressalva que a negação do bem jurídico-penal pode-se dar tanto na forma objetiva quanto subjetiva¹¹⁹. Nesse aspecto, imperiosa a transcrição, para que a monografia da autora não perca seu caráter informativo:

[...] a negação do bem jurídico enquanto valor pode-se dar de forma objetiva (*desvalor do resultado*), ou subjetiva (*desvalor da ação*), centrando-se,

114 Vide 2.1.1 *supra*; e 2.1.2 *supra*.

115 BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 12ª ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renavan, 2011. p. 93.

116 SCALCON, Raquel Lima. **Ilícito e Pena: modelos opostos de fundamentação do direito penal contemporâneo**. Rio de Janeiro: GZ, 2013. p. 126.

117 SCALCON, Raquel Lima. *loc. cit.*

118 SCALCON, Raquel Lima. *ibidem*. p. 126-127.

119 SCALCON, Raquel Lima. *ibidem*. p. 127.

neste caso, na vontade do agente e, naquele, no fato concreto. Todavia, deve-se conferir predomínio ao desvalor do *fato* ou do *resultado* em detrimento do da *ação*, sem, contudo, prescindir deste último, sob pena de se acarretar uma responsabilização penal objetiva. Desse modo, o que se pretende afirmar é apenas que o centro de gravidade do ilícito deve residir na noção penal de *ofensa a bem jurídico*, cuja primazia se justifica em razão da sua maior capacidade de delimitação do conteúdo material do ilícito penal.¹²⁰

Ademais, ressalva que existem diversos graus de violação do bem jurídico-penal¹²¹. Aqui também resta prudente a transcrição:

A outra ressalva centra-se [...] na questão da existência de diferentes níveis ou graus nos quais se pode negar (*violar* no sentido lato) um bem jurídico. É certo que não se deve conferir a qualidade de uma ofensa em termos jurídico-penais a qualquer atingimento do bem jurídico. Somente um violação profunda é capaz de configurá-la. Apenas em tal âmbito, portanto, deve ser reconhecido em termos jurídico-penais um conteúdo de desvalor do fato ou do resultado jurídico. É esse exato horizonte que pode dar sentido à noção penal de ofensa a bem jurídico.¹²²

Ainda, fundamenta Raquel Lima Scalcon, que o estabelecimento de *formas* de ofensa ensejam o adensamento de sua compreensão¹²³. Dessa maneira, pode-se mencionar duas grandes modalidades: a ofensa de *dano/violação*, correspondente ao delito de dano a bem jurídico penalmente relevante, e a ofensa de *perigo/violação*, referente aos crimes de perigo de lesão a bem jurídico-penal¹²⁴. Frise-se que esta última categoria ainda subdivide-se em *concreto pôr-em-perigo* e *cuidado-de-perigo*, subespécies que configuram, respectivamente, os crimes de perigo concreto e os crimes de perigo abstrato¹²⁵.

Aqui serão expostas meras considerações sobre as formas de violação, porquanto o estudo de tais formas, precipuamente as que envolvem perigo, demandam investigação científica detida, o que ultrapassa os limites e o propósito do presente estudo¹²⁶.

120 SCALCON, Raquel Lima. **Ilícito e Pena: modelos opostos de fundamentação do direito penal contemporâneo**. Rio de Janeiro: GZ, 2013. p. 127.

121 SCALCON, Raquel Lima. *loc. cit.*

122 SCALCON, Raquel Lima. *loc. cit.*

123 SCALCON, Raquel Lima. *loc. cit.*

124 SCALCON, Raquel Lima. *loc. cit.*

125 SCALCON, Raquel Lima. *ibidem*. p. 127-128.

126 Em razão disso, para uma análise mais acurada, mormente em relação aos delitos de perigo de lesão a bem jurídico-penal, remete-se o leitor à leitura dos autores Ângelo Roberto Ilha da Silva (ILHA DA SILVA, Ângelo Roberto. **Dos Crimes de Perigo Abstrato em Face da Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003) e Pierpaolo Cruz Bottini (BOTTINI, Pierpaolo Cruz.

As ofensas de *dano/violação* representam aquelas que ocasionam dano, prejuízo ou perda verificável de valor ao bem jurídico-penal¹²⁷. No dizer de Damásio Evangelista de Jesus, os crimes de dano, onde se verifica a ofensa na forma *dano/violação*, "são os que só se consumam com a efetiva lesão do bem jurídico"¹²⁸, esse entendimento é corroborado por Julio Fabbrini Mirabete e Renato Fabbrini e Francisco de Assis Toledo¹²⁹.

Por outro lado, as ofensas de *perigo/violação*, essas autônomas em relação às ofensas de *dano/violação*, referem-se à probabilidade da ocorrência de um evento danoso¹³⁰. Fábio Roberto D'Avila menciona que como já se verificava no século XIX, o perigo possui dois elementos referenciais, quais sejam, a *probabilidade de um evento acontecer e a danosidade deste mesmo acontecer*¹³¹. E, mencionando José de Faria Costa, complementa asseverando que o perigo, diante de tais elementos referenciais, constitui um estágio segundo o qual é legítimo prever como possível a ocorrência de um dano, e, diante disso, constitui

uma noção que, no âmbito da normatividade penal, possui efetiva autonomia como objeto real, mas que, nem por isso, deixa de ter a sua origem em uma relação de probabilidade que irá se estabelecer entre a conduta e a ocorrência de um resultado danoso. E, portanto, uma realidade normativa cuja complexidade permite outras precisões dogmáticas [...] ¹³².

Em razão disso, a doutrina do direito penal corriqueiramente aponta duas submodalidades de ofensa de *perigo/violação*: as ofensas de *concreto pôr-em-*

Crimes de Perigo Abstrato: direito penal na sociedade de risco; princípio da precaução; evolução dogmática dos crimes de perigo abstrato; imputação objetiva e perigo abstrato; direito penal e gestão do risco. 2ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010) que detidamente analisam a matéria.

127 SCALCON, Raquel Lima. **Ilícito e Pena: modelos opostos de fundamentação do direito penal contemporâneo.** Rio de Janeiro: GZ, 2013. p. 128.

128 EVANGELISTA DE JESUS, Damásio. **Direito Penal.** 31ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. vol. 1. p. 229.

129 MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal.** 28ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Atlas, 2012. vol. 1. p. 119; e TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal.** 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 143.

130 SCALCON, Raquel Lima. **Ilícito e Pena: modelos opostos de fundamentação do direito penal contemporâneo.** Rio de Janeiro: GZ, 2013. p. 128.

131 D'AVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade e Ilícito Penal Ambiental.* In: _____. **Ofensividade em Direito Penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 110.

132 D'AVILA, Fábio Roberto. *ibidem.* p. 110-111.

perigo e *cuidado-de-perigo*¹³³. Raquel Lima Scalcon assevera que ambas as submodalidades de ofensa de *perigo/violação* encontram seu elo comum nessa noção e dela compartilham conteúdo e sentido, diferindo-se, contudo, na medida em que a verificação de uma ofensa de *concreto pôr-em-perigo* exige a submissão à verificável exposição de um bem jurídico-penal a perigo, enquanto a constatação de uma ofensa de *cuidado-de-perigo* disso prescinde¹³⁴. Isso quer dizer que a ofensa de perigo concreto significa uma "crise existencial" do bem jurídico penalmente relevante, ensejando-lhe uma "comoção da certeza do ser", enquanto a ofensa de perigo abstrato não exige que haja um bem jurídico-penal no raio de ação do perigo, bastando uma mera possibilidade não insignificante de dano¹³⁵. Assim, nas ofensas de *cuidado-de-perigo*, não haveria uma aguda crise do bem jurídico dotado de dignidade penal, mas meramente uma interferência na sua esfera de manifestação¹³⁶.

Logo, diante daquilo que se expôs até aqui, pode-se, construir que diante de um Estado Social Democrático de Direito, e tendo-se em conta que o direito penal está pautado em uma função de proteção de bens jurídico-penais, a norma penal só será legítima se tutelar verdadeiros bens jurídicos dotados de relevância penal. Diante disso, segundo Pierpaolo Cruz Bottini, para a materialização dessa assertiva e conferir-lhe operacionalidade, surge o princípio da ofensividade¹³⁷. Este instituto, portanto, pode ser conceituado como o *"norte" que indica ao legislador penal que só poderão ser tipificadas as condutas que efetivamente lesem um bem jurídico-penal, ou exponham bens jurídicos dotados de relevância penal a perigo de dano, quer seja mediante uma ofensa de perigo concreto, quer seja abstrato*, de forma a serem atípicas as condutas que não lesionem efetivamente ou ponham em perigo bens jurídicos dotados de relevância penal¹³⁸.

133 SCALCON, Raquel Lima. **Ilícito e Pena: modelos opostos de fundamentação do direito penal contemporâneo**. Rio de Janeiro: GZ, 2013. p. 128.

134 SCALCON, Raquel Lima. *loc. cit.*

135 SCALCON, Raquel Lima. *ibidem*. p. 128-129.

136 SCALCON, Raquel Lima. *ibidem*. p. 129.

137 BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de Perigo Abstrato: direito penal na sociedade de risco; princípio da precaução; evolução dogmática dos crimes de perigo abstrato; imputação objetiva e perigo abstrato; direito penal e gestão do risco**. 2ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 205.

138 BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *loc. cit.*; e ILHA DA SILVA, Ângelo Roberto. **Dos Crimes de Perigo Abstrato em Face da Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 92-93.

3.1.2 O fundamento constitucional de legitimação do princípio da ofensividade

Se a defesa de um fundamento constitucional para a eleição de bens jurídicos já é assente na doutrina do direito penal¹³⁹, e considerando que a ofensividade é a antítese dos bens jurídico-penais¹⁴⁰, nada mais lógico que apresentar elementos para uma fundamentação constitucional da legitimidade do instituto do princípio da lesividade.

O primeiro alerta apresentado com relação a essa fundamentação constitucional do princípio da lesividade apresentado por Fabio Roberto D'Avila, é que ela guarda relação com o modelo de Estado adotado, pois, tanto quanto mude a ideologia adotada pelo Estado, mudará o que este adota como modelo de crime¹⁴¹, e obviamente, só se modifica o modelo de crime alterando o modelo de bens jurídico-penais passíveis de ofensa. Em seguida, o doutrinador acima mencionado complementa:

em verdade, podemos dizer que o modelo de crime como ofensa a bens jurídicos em sua vertente principiológica, o denominado Princípio da Ofensividade é, antes de qualquer coisa, uma projeção principal de base político-ideológica que reflete uma forma de pensar o direito penal e o fenômeno criminoso não só adequada, mas até mesmo intrínseca ao modelo de Estado democrático social de Direito.¹⁴²

Logo, nesse modo de ver e diante de um atual Estado Democrático e Social de Direito como o brasileiro, denota-se o forte comprometimento estatal para com os direitos e garantias fundamentais, elementos, esses, que estão resguardados na Constituição Federal brasileira¹⁴³. Desse modo, como assevera Fábio Roberto D'Avila, mostra-se a necessidade de se trabalhar com critérios constitucionais suficientemente aptos a delimitar de forma adequada o legislador penal infraconstitucional e o intérprete¹⁴⁴.

139 Vide 2.2 *supra*.

140 Vide 3.1.1 *supra*.

141 D'AVILA, Fábio Roberto. *Teoria do Crime e Ofensividade. O Modelo do Crime como Ofensa ao Bem Jurídico*. In: _____. **Ofensividade em Direito Penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 67-68.

142 D'AVILA, Fábio Roberto. *ibidem*. p. 68.

143 D'AVILA, Fábio Roberto. *ibidem*. p. 68-69.

144 D'AVILA, Fábio Roberto. *ibidem*. p. 69.

Regredindo-se um pouco na exposição, verifica-se que Raquel Lima Scalcon menciona que "toda criminalização de uma conduta enseja, necessariamente, uma *correlata restrição ao direito fundamental à liberdade*"¹⁴⁵, devendo-se compreender *restrição* como sendo uma afetação desvantajosa de direitos ou liberdades juridicamente protegidos, mormente quando tutelados em sede constitucional¹⁴⁶. Diante desse deslocamento da discussão para o plano constitucional, infere-se que a ofensividade é uma exigência apresentada pela Constituição que aliás, encontra sua justificação tanto em elementos principiológicos quanto nas próprias regras constitucionais¹⁴⁷.

Partindo-se, portanto, dessa inter relação entre regras e princípios, pode-se mencionar, em primeiro lugar, o princípio geral fundamental de tutela aos bens jurídico-penais¹⁴⁸. Desse princípio geral de tutela decorrem o princípio geral de garantia representado pela necessária ofensa e o princípio constitucional impositivo, representado pela intervenção penal necessária¹⁴⁹. Isso significa dizer que esses últimos estão submetidos ao âmbito normativo do princípio que lhes deu origem, não sendo admissível, desse modo, uma conflitualidade que vá além dos limites da tutela de bens jurídico-penais¹⁵⁰. Ou seja, toda a tipificação penal que ultrapasse os limites da ofensividade não são legítimos, em razão de estarem fora do âmbito de regulação do seu princípio conformador¹⁵¹.

De outra banda, a ofensividade também apresenta maior concreção legislativo-constitucional a partir de uma ótica voltada das regras constitucionais, mais especificamente das normas constitucionais de "caráter duplo"¹⁵².

Embasado nos ensinamentos de Robert Alexy, Fábio Roberto D'Avila afirma que no segmento dos direitos fundamentais, deve-se reconhecer que tanto a norma

145 SCALCON, Raquel Lima. **Ilícito e Pena: modelos opostos de fundamentação do direito penal contemporâneo**. Rio de Janeiro: GZ, 2013. p. 130-131.

146 SCALCON, Raquel Lima. *ibidem*. p. 131.

147 D'AVILA, Fábio Roberto. *Teoria do Crime e Ofensividade. O Modelo do Crime como Ofensa ao Bem Jurídico*. In: _____. **Ofensividade em Direito Penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 69.

148 D'AVILA, Fábio Roberto. *ibidem*. p. 69-70.

149 D'AVILA, Fábio Roberto. *ibidem*. p. 70.

150 D'AVILA, Fábio Roberto. *loc. cit.*

151 D'AVILA, Fábio Roberto. *loc. cit.*

152 D'AVILA, Fábio Roberto. *loc. cit.*

constitucional que prevê a inviolabilidade do direito à liberdade quanto a norma constitucional que prevê a dignidade da pessoa humana são normas constitucionais de caráter dúplice, isto é, ao mesmo tempo regras e princípios¹⁵³. Assim, da inviolabilidade do direito à liberdade decorre tanto o princípio da liberdade, que enquanto princípio, permite ponderação, quanto a regra da liberdade, que está submetida a um regime mais duro; o mesmo acontece com a norma da dignidade da pessoa humana¹⁵⁴. Dessa maneira, muito embora essas normas permitam a ponderação com outros valores, não admite-se uma ponderação irrestrita, havendo aqui a inclusão de uma "cláusula restritiva referida a princípios", decorrente de ambos os planos normativos, que admite a ponderação, desde que observadas exigências para que o conteúdo da regra não seja violado¹⁵⁵.

Em decorrência do caráter dúplice das referidas normas e a sua cláusula restritiva, percebe-se que toda previsão legislativa de um tipo penal incriminador é o resultado da ponderação de valores na qual o direito fundamental à liberdade é restringido em benefício da conservação de outros valores fundamentais para a sociedade, mesmo que se trate de uma liberdade meramente potencial¹⁵⁶. Em face disso, mostra-se inaceitável cogitar-se a restrição do direito fundamental à liberdade, através da inobservância do princípio da ofensividade, por mero capricho do legislador penal infraconstitucional¹⁵⁷. Para a sua restrição, imperiosa a atenção não só a uma exigência formal de hierarquia normativa que limita a ponderação de bens com dignidade constitucional, mesmo que indireta, da mesma forma que necessária a compatibilidade axiológica que justifique a restrição penal, para além de um juízo de necessidade de tutela. Enfim, exigências que obstam a ponderação com interesses que sequer possam ser reconhecidos como bem jurídico-penal, pois incompatíveis com o reconhecimento constitucional do direito inviolável à liberdade simultaneamente à criminalização fácil e irrestrita do seu exercício¹⁵⁸.

153 D'AVILA, Fábio Roberto. *Teoria do Crime e Ofensividade. O Modelo do Crime como Ofensa ao Bem Jurídico*. In: _____. **Ofensividade em Direito Penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 79.

154 D'AVILA, Fábio Roberto. *loc. cit.*

155 D'AVILA, Fábio Roberto. *Teoria do Crime e Ofensividade. O Modelo do Crime como Ofensa ao Bem Jurídico*. In: _____. **Ofensividade em Direito Penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 70.

156 D'AVILA, Fábio Roberto. *ibidem*. p. 70-71.

157 D'AVILA, Fábio Roberto. *ibidem*. p. 71.

158 D'AVILA, Fábio Roberto. *loc. cit.*

Assim, a proteção jurídico-constitucional do direito à liberdade e da dignidade da pessoa humana, obsta a expansão da tutela penal para além dos casos em que o seu exercício implique a ofensa a outros bens jurídico-penais em harmonia com a ordem constitucional¹⁵⁹. Por estes, dentre outros motivos, percebe-se ser a ofensividade uma inafastável exigência constitucional para a legitimidade de tipificação penal no ordenamento jurídico-penal brasileiro, após a Constituição Federal de 1988¹⁶⁰.

Por fim, Fábio Roberto D'Avila arrebatava dizendo que

muitos outros indicativos da concretização legislativa da exigência material de ofensividade podem ainda ser encontrados na legislação infraconstitucional, mais precisamente no Código Penal brasileiro. São muitos os dispositivos que atestam a recepção de um ilícito penal de base objetiva, em nítida contraposição a uma orientação subjetivista. Os institutos da tentativa (art. 14, II, CP), do crime impossível (art. 17, CP) e até a própria primeira parte do art. 13 do CP permitem o claro reconhecimento de um direito penal acentuadamente comprometido com o desvalor que representa a ofensa a bens jurídico-penais, [...] e reclamam o desenvolvimento sistemático de uma hermenêutica consistente e verdadeiramente comprometida com uma tal orientação.¹⁶¹

Diante disso, verifica-se que a ofensividade se mostra tanto como uma exigência constitucional, quanto infraconstitucional, cuja observância é imperiosa pelo legislador penal infraconstitucional, sob pena de a atividade legiferante incorrer em ilegitimidade material do tipo penal incriminador.

3.2 AS FUNÇÕES DO PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE

Como já analisado anteriormente¹⁶², existem determinadas funções do bem jurídico-penal que orientarão tanto o legislador penal infraconstitucional quanto o intérprete. Corolário da existência de funções para o bem jurídico dotado de

159 D'AVILA, Fábio Roberto. *Teoria do Crime e Ofensividade. O Modelo do Crime como Ofensa ao Bem Jurídico*. In: _____. **Ofensividade em Direito Penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 71.

160 D'AVILA, Fábio Roberto. *loc. cit.*

161 D'AVILA, Fábio Roberto. *Teoria do Crime e Ofensividade. O Modelo do Crime como Ofensa ao Bem Jurídico*. In: _____. **Ofensividade em Direito Penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 71-72.

162 Vide 2.3 *supra*.

relevância penal, não é estranho afirmar-se a existência de um *para quê* também para o princípio da ofensividade, até mesmo em razão de a ofensividade caracterizar a antítese da eleição de bem jurídico-penal, como já mencionou-se¹⁶³. Em razão disso, tais funções tem estreita relação com aquelas indicadas como sendo as funções do bem jurídico-penal, e diante dessa mútua imbricação, se complementam.

Em decorrência disso, e já aproveitando a fundamentação acerca do conceito de *função*, o que já esposou-se¹⁶⁴, passar-se-á à apresentação das funções do princípio da lesividade que na doutrina do direito penal comumente se expõe.

3.2.1 Função de vedação de criminalização de atitude interna

De acordo com esta função, tudo aquilo que se passa no plano interno do ser humano não pode ser utilizado como elemento embasador de tipificação penal. Todas as ideias, convicções, anseios e sentimentos, não devem caracterizar conduta delituosa, mesmo que tais elementos tenham orientação no sentido do cometimento de delitos. Dessa maneira, se verifica que na função aqui apresentada, encontram-se os fundamentos para a vedação da punibilidade pelo projeto mental do cometimento de uma infração penal¹⁶⁵, isto é, a cogitação, primeira fase do *iter criminis*, que será novamente analisada ao final do presente capítulo¹⁶⁶.

No entanto, cabe frisar que o fato de ser vedada a criminalização da cogitação, não quer dizer, também, que o direito penal não se interessa pela atitude interna do ser humano, apenas se quer assinalar que o plano adequado para o sopesamento da cogitação, quando da prática da conduta criminosa, seria o da culpabilidade, como juízo de reprovação, e não no momento da tipicidade¹⁶⁷.

163 Vide 3.1.1 *supra*.

164 Vide 2.3 *supra*.

165 BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 12ª ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renavan, 2011. p. 90.

166 Vide 3.3.1.1 *infra*.

167 BATISTA, Nilo. *loc. cit.*

3.2.2 Função de vedação de criminalização de conduta que não exceda o âmbito do próprio autor

Esta função, que talvez seja a única das funções do princípio da ofensividade a ter suas implicações positivadas. Orienta que os atos preparatórios para o cometimento de uma infração penal cuja execução, entretanto, não é iniciada (art. 14, inciso II, do Código Penal) não serão punidos¹⁶⁸. Além disso, Nilo Batista complementa apontando que da mesma forma, o simples conluio não será punível, se sua execução não for iniciada (art. 31 do Código Penal)¹⁶⁹. Como se verifica, a referida função tem estreita ligação com o *iter criminis* e dá as bases para a vedação de punição das duas primeiras fases de realização do delito doloso: a cogitação e os atos preparatórios.

É nesta função que se observará a vedação da criminalização da *autolesão* pelo agente, ou seja, a conduta externa que, embora vulnerando formalmente um bem jurídico-penal, não ultrapassa o âmbito do próprio autor¹⁷⁰. Da mesma maneira, é nesta função da ofensividade que fundamenta-se a parcial impunibilidade do crime impossível (art. 17 do Código Penal)¹⁷¹.

3.2.3 Função de vedação de incriminação de estado de consciência existencial

Nilo Batista, citando Eugenio Raúl Zaffaroni e Everardo Cunha Luna, indica que o direito penal deve ser um direito penal da ação, e não um direito penal do autor, pois o ser humano deve ser responsabilizado pelo que faz e não pelo que é, como comumente o legislador penal infraconstitucional pretende¹⁷².

Desse modo, o que o princípio da lesividade aponta com a presente função é a vedação da criminalização de simples estados ou condições existenciais de um ser humano específico afastando-se do direito penal do autor, e suas implicações¹⁷³.

168 BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 12ª ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renavan, 2011. p. 90.

169 BATISTA, Nilo. *loc. cit.*

170 BATISTA, Nilo. *loc. cit.*

171 BATISTA, Nilo. *loc. cit.*

172 BATISTA, Nilo. *ibidem*. p. 91.

173 BATISTA, Nilo. *loc. cit.*

Contudo, mais uma vez, isso não quer dizer que o direito penal não se interesse pela condição do sujeito¹⁷⁴. Pelo contrário, a condição existencial do sujeito na realidade social deve ser ponderada pela dogmática penal, especialmente na análise da cumpabilidade e na individualização da pena¹⁷⁵.

3.2.4 Função de vedação de incriminação de condutas "desviadas" que não afetem bens jurídico-penais

Conduta "desviada", aqui, utiliza-se no sentido de uma ação orientada em direção desaprovada pela comunidade¹⁷⁶. Dito de outra maneira, prática e hábitos usualmente menos comuns e referentes a grupamentos sociais particulares, minoritários, que não podem ser criminalizados, pois constituem os chamados "direitos de diferença"¹⁷⁷. A dogmática jurídico-penal deve se preocupar tão somente com bens dotados de dignidade penal, deixando de fora da observância do direito penal¹⁷⁸. Nilo Batista, mencionando os ensinamentos de Eugenio Raúl Zaffaroni, aponta que também aquelas condutas que só podem ser objeto de apreciação moral, não podem constituir tipificação penal¹⁷⁹.

Diante disso, é perceptível a influência desta função da ofensividade sobre a construção do conceito do instituto da adequação social no juízo de tipicidade da conduta realizada pelo agente.

3.3 O "ITER CRIMINIS" COMO MEIO PARA VERIFICAÇÃO DA LESIVIDADE¹⁸⁰

3.3.1 Conceito de "iter criminis" e suas etapas

174 BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 12ª ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renavan, 2011. p. 91.

175 BATISTA, Nilo. *loc. cit.*

176 BATISTA, Nilo. *loc. cit.*

177 BATISTA, Nilo. *ibidem*. p. 91-92.

178 BATISTA, Nilo. *loc. cit.*

179 BATISTA, Nilo. *ibidem*. p. 92.

180 Cabe mencionar, de antemão, que verifica-se o *iter criminis*, apenas, quando da realização de delitos dolosos. Contudo, como o propósito do presente estudo é averiguar a legitimidade do crime de associações criminosas, não encontra-se deslocado o assunto. A infração penal de associação criminosa, como se verá adiante (vide 4.1.3 *infra*), constitui crime doloso contra a paz pública. Assim, possível se falar em *iter criminis* no delito que pretende-se estudar.

Desde o momento em que a ideia do cometimento de uma infração penal específica surge de forma bem incipiente no foro psíquico do ser humano, como mero elemento imaginativo, até que se opere a consumação daquela prática delituosa que foi imaginada, existe um processo¹⁸¹. A este processo que surge no foro íntimo da pessoa e finda no plano fático, com a consumação de um delito, e compõe um conjunto de etapas que se sucedem, cronologicamente, no desenvolvimento da prática delituosa, dá-se o nome de *iter criminis*, "caminho do crime"¹⁸², ou etapas de realização do delito¹⁸³.

Em verdade, o desenvolvimento da prática delituosa em sua forma dolosa é um processo contínuo, ininterrupto¹⁸⁴, uma ação direcionada pela vontade e que desenvolve-se e subordina-se a determinadas circunstâncias de ordem de causalidade¹⁸⁵. Diante disso, pode-se diferenciar ou apontar diversos momentos, porque, como assinalam Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, "onticamente, não existem limites demarcados nesta linha ascendente"¹⁸⁶.

Dos inúmeros momentos que podem ser assinalados como integrantes do *iter criminis*, interessa explicitar aqui apenas algumas dessas fases, aquelas, que no dizer de Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, "são os que o tipo considera, para abraçar, desde logo, o fato dentro do campo do proibido ou para dele fazer depender uma consequência prática"¹⁸⁷.

Assim, de todas as fases que são possíveis de serem verificadas no *iter criminis*, só quatro interessam para o que se pretende com o presente estudo: a *cogitação (cogitationis)*, a *preparação (conatus remotus)*¹⁸⁸, a *execução (conatus*

181 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Da Tentativa: doutrina e jurisprudência**. 9ª ed. revista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 17.

182 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *loc. cit.*; e _____; _____. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 9ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. vol. 1. p. 601.

183 PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 12ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. vol. 1. p. 505-528.

184 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Da Tentativa: doutrina e jurisprudência**. 9ª ed. revista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.17.

185 PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 12ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. vol. 1. p. 505.

186 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *loc. cit.*

187 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *loc. cit.*

188 PRADO, Luiz Regis. *loc. cit.*

proximus)¹⁸⁹ e a *consumação*¹⁹⁰, sendo a primeira interna ao agente, não o transcendendo, e as outras três, externas, verificáveis no plano fático. Nesse ponto, cabe colacionar o alerta apresentado por Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli:

nem todo o *iter criminis* pode ser punido, porque se assim fosse a segurança jurídica estaria comprometida, já que estaríamos punindo a ideia, o próprio pensamento, isto é, etapas que são puramente internas do autor, o que violaria o princípio jurídico elementar de que o pensamento não pode suportar pena alguma (*cogitationis poenam nemo patitur*).¹⁹¹

Diante disso, importante desmembrar os momentos do "caminho do crime", de forma que seja possível analisar aqueles que são passíveis de criminalização, mesmo que na forma tentada, e aqueles sob os quais não é possível a incriminação. No ponto, menciona Luiz Regis Prado que "o problema é saber-se a partir de qual momento cabe intervenção penal, ou seja, onde deve se situar a linha divisória entre o impune e o punível"¹⁹².

3.3.1.1 Fase interna: cogitação

A *cogitação (cogitationis)* encontra-se assentada na psique do agente¹⁹³. É na mente que forma-se a ideia do agente de direcionar-se à criminalidade¹⁹⁴. A sua pretensão ilícita encontra-se presa em um "claustro psíquico", sendo sempre interna, não se revelando em atos externos ao agente¹⁹⁵.

189 PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 12ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. vol. 1. p. 505.

190 Em que pese o *exaurimento* seja defendido como fase integrante do *iter criminis* por autores de renome na ciência do direito penal, entende-se para os fins deste estudo que não constitua elemento próprio do "caminho do crime", como meio de análise de sua tipicidade, bem como para verificação da ofensividade em direito penal. Em verdade, o exaurimento prescinde da realização das elementares do tipo penal, de forma que consistiria, no máximo, consequência do crime já consumado, não influenciando na tipicidade da conduta, portanto, apenas na individualização da pena. Contudo, no que concerne ao exaurimento como elemento para averiguação da tipicidade e/ou ofensividade da conduta do agente, exceptuam-se aquelas qualificadas pelo resultado que no entanto, pelo termo "resultado", deixam claro a natureza do exaurimento. Nesse sentido se manifesta Cleber Rogério Masson. (MASSON, Cleber Rogério. **Direito Penal Esquematizado**. 3ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Método, 2010. vol. 1. p. 300)

191 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 9ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. vol. 1. p. 601.

192 PRADO, Luiz Regis. *ibidem*. p. 506.

193 MASSON, Cleber Rogério. **Direito Penal Esquematizado**. 3ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Método, 2010. vol. 1. p. 300.

194 MASSON, Cleber Rogério. *loc. cit.*

195 MASSON, Cleber Rogério. *loc. cit.*

Por tratar-se de elemento meramente constante no plano das ideias, sem a possibilidade de ofensa a qualquer bem jurídico penalmente tutelado, não pode ser alcançado pelo direito penal, isto é, a cogitação não é punível¹⁹⁶. No entanto, como a punibilidade não constitui elemento do conceito analítico de crime, dizer que a fase interna do *iter criminis* não é punível, não é dizer muito. Vai além disso: a cogitação não deveria ser, ao menos em tese, típica, uma vez que afrontaria a razão de ser do princípio da ofensividade e as funções por ele exercidas, as quais já foram tratadas acima¹⁹⁷. De fato, a conduta que deve ser observada e repreendida pelo direito penal é "somente aquela praticada por seres humanos e projetada no mundo exterior"¹⁹⁸. Desse modo, "as etapas desenvolvidas no íntimo do agente não podem ser atingidas pela tipicidade, na conformidade do antigo e elementar princípio *cogitationis poenam nemo patitur*"¹⁹⁹.

Essa fase internalizada da empreitada criminosa, constante no mero pensamento sobre a prática de uma infração penal pode ser dividida em três momentos distintos, inerentes à própria cogitação realizada pelo ser humano: a *idealização*, momento no qual o agente tem a ideia de cometer uma infração penal; a *deliberação*, na qual o sujeito sopesa os benefícios e malefícios da conduta potencialmente criminosa; e a *resolução*, quando o agente decide categoricamente pelo cometimento da infração penal²⁰⁰.

Em se tratando de cogitação, em quaisquer dos seus momentos próprios (idealização, deliberação ou resolução) qualquer manifestação da ideia da vontade da prática de qualquer infração penal, também não deve ser punível, muito menos típica. Nesse sentido, Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli lecionam que

196 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Da Tentativa: doutrina e jurisprudência**. 9ª ed. revista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 18.

197 Vide 3.2 *supra*.

198 MASSON, Cleber Rogério. *loc. cit.*

199 WELZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán**. Trad. Juan Bastos Ramírez e Sergio Yañez Pérez. Santiago do Chile, 1970. p. 187. *apud* ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *loc. cit.*

200 FRIAS CABALLERO, Jorge. **El Proceso Ejecutivo del Delito**. 2ª ed. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1956. p. 18. *apud* MASSON, Cleber Rogério. **Direito Penal Esquemático**. 3ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Método, 2010. vol. 1. p. 300.

a manifestação da vontade do agente através da palavra ou de outro meio simbólico também não é típica, porque a tipicidade proíbe um grau do *iter criminis* que não surja normalmente, representado exclusivamente pela palavra²⁰¹.

Deste modo, resta clara que a manifestação da cogitação através de palavras constitui, meramente, *cogitação externalizada*, que embora seja uma externalização do pensamento, não constitui fase externa do "caminho do delito".

3.3.1.2 Fase externa: preparação, execução e consumação²⁰²

A etapa de *preparação (conatus remotus)*, ou dos atos preparatórios, consiste na fase aonde os atos indispensáveis à prática da infração penal são realizados, armando-se o agente dos elementos imprescindíveis para a realização da conduta delituosa²⁰³.

Os atos preparatórios são, de fato, a forma de obrar do agente que cria as condições prévias adequadas para a realização de uma infração penal pretendida²⁰⁴. Constitui os atos que precisam ir além da mera projeção interna da prática (mínimo), sem que se deva, entretanto, iniciar a imediata realização da vontade delitiva, tipicamente prevista (máximo – execução)²⁰⁵. Em verdade, a etapa dos atos preparatórios caracteriza fase de transição entre a pretensão da prática delituosa que ocorre na cogitação, pertencente ao plano das ideias, e a execução da infração penal que uma vez foi pensada, realizando-a, a fim de que passe a pertencer ao plano fático. Assim, a preparação é uma etapa de duas fases, onde parte dos atos de preparação se dão no interior do agente, e outra parte já de forma externa ao

201 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Da Tentativa: doutrina e jurisprudência**. 9ª ed. revista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 18.

202 Posiciona-se, aqui, no sentido de que (como a diante será melhor esposado) a *preparação* constitui uma fase do *iter criminis* onde estão conjuntamente elementos internos ao sujeito e externos a ele. No entanto, como a doutrina do direito penal menciona os atos preparatórios como integrantes da fase externa, seguir-se-á o que comumente faz-se, uma vez que a defesa de um caráter híbrido da fase de preparação do *iter criminis* demandaria investigação científica própria de um outro estudo, e que ultrapassaria os estreitos limites do presente trabalho.

203 MASSON, Cleber Rogério. **Direito Penal Esquemático**. 3ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Método, 2010. vol. 1. p. 300.

204 MASSON, Cleber Rogério. *loc. cit.*

205 MAURACH, Reinhart. **Tratado de Derecho Penal**. Trad. Juan Córdoba Roda. Barcelona: Ariel, 1962. v. 2. p. 168. *apud* MASSON, Cleber Rogério. **Direito Penal Esquemático**. 3ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Método, 2010. vol. 1. p. 300.

sujeito.

Por essa razão, os atos de preparação não são, em regra, puníveis, nem mesmo na forma de tentativa, uma vez que não teria se realizado o núcleo do tipo penal, o que está relacionado, no *iter criminis*, com a etapa de execução²⁰⁶⁻²⁰⁷. Aliás, aqui se faz a mesma observação feita acima, quando se tratava da cogitação: a punibilidade não constitui elemento do conceito analítico de crime, que se encerra na culpabilidade, dessa forma, além de não puníveis, deveriam ser não criminalizáveis. Contudo, na dogmática penal aponta-se que "em casos excepcionais, é possível a punição de atos preparatórios nas hipóteses em que a lei optou por incriminá-los de forma autônoma. São os chamados crimes-obstáculo"²⁰⁸. É o que se dá com o crime de associação criminosa, que se pretende analisar no presente estudo.

A fase da *execução (conatus proximus)*, ou dos atos executórios, resume-se àquela em que se começa a agressão ao bem jurídico dotado de dignidade penal, por meio da realização da conduta gravada no verbo núcleo do tipo penal. O sujeito inicia a realização da prática delituosa inculpada no tipo penal, tornando o fato punível, e além de punível, crime, configurando no mínimo delito na forma tentada²⁰⁹, aliás, é na fase da execução que se encontram os atos da tentativa²¹⁰.

Para que se constitua ato próprio de execução, ele deve ser *idôneo* e *inequívoco*, devendo apresentar tais características de forma simultânea²¹¹. Não basta, para fins de caracterização dos atos executórios, apenas uma de tais características, pois elas guardam uma relação de prejudicialidade entre si de forma indispensável para que se verifique a execução, ao menos tentada, da prática do

206 Em verdade, essa afirmativa é válida para aqueles que adotam o critério conjugado para a verificação do momento de transição entre os atos executórios e preparatórios, partindo-se de uma teoria objetiva lógico-formal de transição, que será descrita nas linhas que seguem.

207 MASSON, Cleber Rogério. *ibidem*. p. 301. No mesmo sentido pregava Basileu Garcia (GARCIA, Basileu, **Instituições de Direito Penal**. São Paulo. 1977. t. I. p. 232. *apud* ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Da Tentativa: doutrina e jurisprudência**. 9ª ed. revista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 18).

208 MASSON, Cleber Rogério. **Direito Penal Esquemático**. 3ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Método, 2010. vol. 1. p. 301.

209 MASSON, Cleber Rogério. *loc. cit.*

210 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Da Tentativa: doutrina e jurisprudência**. 9ª ed. revista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 20.

211 MASSON, Cleber Rogério. *loc. cit.*

ilícito penal.

A *idoneidade* do ato é aquilo que o reveste da potencial capacidade para lesão do bem jurídico-penal, e deve ser aferida no caso concreto, nas nuances da realidade fática, e não através de mera abstração²¹².

Por outro lado, a condição de ato *inequívoco* é verificada quando ele é direcionado ao ataque a determinado bem jurídico penalmente relevante, com o intuito da consumação da infração penal, de maneira a demonstrar a vontade da prática criminosa pelo agente²¹³.

Diante do que até aqui foi esposado, infere-se que um dos mais árduos problemas do direito penal é diferenciar, de forma precisa, a preparação da execução de um delito doloso. Como percebe-se, não é fácil determinar o momento exato em que se dá a transição de uma fase do *iter criminis* para outra, em face do caráter fronterizo de tais atos²¹⁴⁻²¹⁵.

Em face do impasse oriundo do limiar entre as duas etapas, diversas teorias foram propostas a fim de solucionar a celeuma. Tais teorias dividem-se em *subjetivas* e *objetivas*²¹⁶⁻²¹⁷.

Para a *teoria subjetiva*, inexistente transição dos atos preparatórios para atos executórios. De acordo com essa teoria, interessa o que se passa no plano interno do autor, a pretensão da prática criminosa existente em quaisquer dos atos

212 MASSON, Cleber Rogério. *loc. cit.*

213 MASSON, Cleber Rogério. *loc. cit.*

214 MASSON, Cleber Rogério. **Direito Penal Esquemático**. 3ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Método, 2010. vol. 1. p. 302.

215 Em verdade, precipuamente pela etapa dos atos preparatórios apresentar uma espécie de caráter híbrido, ora apresentando elementos internos ao agente, ora demonstrando elementos já externalizados.

216 MASSON, Cleber Rogério. *loc. cit.*

217 Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli acrescentam, ainda, a existência de *teorias negativas* que ao contrário das que abaixo serão expostas, não pretendem a busca por um limite entre os atos preparatórios e executórios, mas meramente afirmam a impossibilidade de determinação de qual o momento em que se dá um ato de execução e um ato de preparação, afirmando que doutrina não deveria se preocupar acerca da existência de um limiar entre as fases do *iter criminis* (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 9ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. vol. 1. p. 605).

constantes no *iter criminis*, de tal maneira que tanto as etapas de preparação quanto de execução importam na punição do agente²¹⁸. Em última análise, para a teoria subjetiva, a divisão do *iter criminis* em etapas seria inócua do ponto de vista prático, porquanto que as condutas constantes de todo o "caminho do crime", desde sua mera cogitação até a efetiva consumação, seriam passíveis de criminalização. Assim, consistiria a segmentação em catalogação meramente didática.

De outra banda, a *teoria objetiva* prega que a execução depende do início da realização do tipo penal. Consoante essa teoria, o sujeito não pode ser punido pelo seu mero "querer interno", quer dizer, a vontade que não transcende o plano interior do agente. Desse modo, é imprescindível a exteriorização de atos *idôneos* e *inequívocos* para a produção da conduta típica, ao menos na forma tentada. Essa teoria se desmembra em outras quatro: a teoria da *hostilidade ao bem jurídico*; a teoria *objetivo-formal ou lógico-formal*; a teoria *objetivo-material*; e a teoria *objetivo-individual*²¹⁹.

Para a teoria da *hostilidade ao bem jurídico-penal ou do começo do perigo concreto para o bem jurídico*, a execução se dá quando seus atos atacam o bem jurídico penalmente relevante, ao passo em que os atos preparatórios não caracterizam afronta ao bem jurídico dotado de relevância penal, mantendo inalterado o "estado de paz"²²⁰.

Na teoria *objetivo-formal, lógico-formal ou da ação típica*, o ato de execução é aquele em que se começa a realização do verbo nuclear do tipo penal, demandando, dessa forma, que o agente ao menos tenha concretizado efetivamente uma parte da conduta inculpada no tipo, adentrando no núcleo típico²²¹. A fim de aclarar o conceito, imperioso transcrever excerto do entendimento de Luiz Regis Prado:

218 MASSON, Cleber Rogério. *loc. cit.*

219 MASSON, Cleber Rogério. **Direito Penal Esquematizado**. 3ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Método, 2010. vol. 1. p. 302-303.

220 MASSON, Cleber Rogério. **Direito Penal Esquematizado**. 3ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Método, 2010. vol. 1. p. 302.; e PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 12ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. vol. 1. p. 510.

221 MASSON, Cleber Rogério. *ibidem*. p. 302-303.

exige-se que o agente realize, efetivamente, de modo concreto, uma parcela da própria conduta típica, penetrando, assim, no núcleo típico. Importa, portanto, examinar se o ato estava compreendido na descrição típica ou não, ou ainda, em sua zona periférica (expresso no *verbo* constante no tipo). [...] Entretanto, conforme os limites do conteúdo do verbo que descreve a ação típica revestem-se de imprecisão [...], e, demais disso, ao considerar-se como executivo tão somente o ato inserido no verbo nuclear ocorre um excessiva restrição do âmbito da tentativa, inadmissível do ponto de vista político-criminal.²²²

Assim, poderia-se dizer o momento exato do início da execução, quando pudesse se acrescentar ao verbo núcleo do tipo o verbo "começar"²²³.

Com relação à teoria *objetivo-material ou da unidade natural*, os atos executórios são aqueles nos quais se inicia a prática do verbo nuclear do tipo, e também os imediatamente anteriores ao começo da prática da conduta típica, em consonância com a visão de uma terceira pessoa, alheia aos fatos. Assim, para esta teoria, os atos executórios seriam aqueles que para um "terceiro observador", indicariam o início de uma prática delituosa²²⁴. Nesse sentido complementa o Luiz Regis Prado afirmando que "só há ato executivo se estiver em conexão necessária com a ação típica, isto é, intimamente unido ao descrito na ação típica (*complemento material* do critério anterior)"²²⁵.

Já para a teoria *objetivo-individual, do plano do autor ou subjetiva limitada*, os atos de execução estão relacionados ao início da conduta típica, e também aos que lhe são imediatamente anteriores, conforme o "plano concreto do autor". A diferença desta teoria com a objetivo-material reside na ausência de preocupação com o "terceiro observador", mas sim, com a prova do plano concreto do agente, independente de uma análise externa de terceiro²²⁶.

222 PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 12ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. vol. 1. p. 510.

223 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 9ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. vol. 1. p. 605.

224 MASSON, Cleber Rogério. **Direito Penal Esquemático**. 3ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Método, 2010. vol. 1. p. 303.

225 PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 12ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. vol. 1. p. 510.

226 MASSON, Cleber Rogério. *loc. cit.*; PRADO, Luiz Regis. *Ibidem*. p. 510-511.; e ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 9ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. vol. 1. p. 606.

Com relação aos critérios acima apresentados, Luiz Regis Prado assevera ser imprescindível sua conjugação para uma efetiva delimitação entre atos preparatórios e executórios, partindo-se, contudo, de uma teoria formal-objetiva, por ser mais estreitamente vinculada aos princípios que norteiam a dogmática penal²²⁷⁻²²⁸.

Por fim, a *consumação* "pressupõe a completa realização do tipo penal. Só que da configuração do respectivo tipo depende a fixação da medida que o autor realizou a sua resolução criminosa para o cometimento de um delito consumado"²²⁹. De acordo com o ordenamento jurídico-penal pátrio, "diz-se crime [...] consumado, quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal" (art. 14, inciso II, do Código Penal), e, justamente por isso, é considerado como "crime completo ou perfeito", pois a conduta delituosa é realizada integralmente²³⁰. Desse modo, verifica-se quando o autor realiza todas as elementares do preceito primário de norma penal incriminadora²³¹⁻²³², provocando, ainda, o resultado, quando esse for exigido na norma penal incriminadora²³³.

3.3.2 O "iter criminis" como instrumento para investigação da ofensividade

Como já foi mencionado²³⁴, o crime doloso se inicia, cronologicamente, com uma ideia na psique do autor, por meio de um processo intelectual que abrange a idealização, a deliberação e a resolução (todas inclusas na fase de cogitação), os atos preparatórios, os atos executórios, através de atos idôneos e inequívocos, e,

227 PRADO, Luiz Regis. *Ibidem*. p. 511.

228 Talvez seja essa a razão pela qual Cleber Rogério Masson asseverar ser o critério lógico-formal o preferido na doutrina do direito penal pátrio (MASSON, Cleber Rogério. *ibidem*. p. 302-303).

229 RUDOLPHI, Hans Joachim; HORN, Eckhard; SAMSON, Enrich; SCHREIBER, Hans Ludwig. **Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch**. Frankfurt, 1975. p. 168. *apud* ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Da Tentativa: doutrina e jurisprudência**. 9ª ed. revista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 27.

230 MASSON, Cleber Rogério. **Direito Penal Esquemático**. 3ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Método, 2010. vol. 1. p. 304.

231 MASSON, Cleber Rogério. *loc. cit.*

232 Aqui cabe grifar o alerta de Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli os quais asseveram não ser em todos os casos, facilmente determinável o momento da consumação do delito, e, logo em seguida, complementam: "a individualização das exigências de cada tipo objetivo – que, quando realizado dolosamente – é problema que está afeto inteiramente à Parte Especial." (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Da Tentativa: doutrina e jurisprudência**. 9ª ed. revista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 27-28.)

233 PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 12ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. vol. 1. p. 507.

234 Vide 3.3.1 *supra*.

por fim, a consumação do delito. A esse processo permeado de fases, que finda com a turbação de um bem jurídico-penal, chama-se *iter criminis*²³⁵.

Por óbvio, como ao fim desse processo se observa a turbação de um bem jurídico-penal, o *iter criminis* não poderia ser tido como algum elemento para a averiguação de legitimidade de um bem jurídico-penal. Ao contrário, só poderia ser concebido como instrumento para investigação da ofensa ao bem jurídico-penal, o que se dá após a constituição dele, e, também, no caso concreto.

Assim, a ideia de um "caminho do crime", dividido em diversas etapas, algumas puníveis/criminalizáveis, outras não, constitui um arcabouço instrumental ao intérprete, quando se depara com o caso concreto. Utilizando-se desse instrumento, ao intérprete será possível a verificação da existência de lesividade em uma conduta perpetrada pelo agente, bem como auferir o grau da ofensa a bens jurídico-penais tutelados. Mas não só. Como já mencionou-se²³⁶, não são todas as formas de ofensa a bens jurídicos que serão inculpidos na norma penal; apenas aquelas que se mostrem mais danosas. Assim, a verificação do *iter criminis* possibilitará ao intérprete a análise de adequação da conduta realizada pelo agente com o tipo penal, no que se refere ao modo de ofensa da conduta.

Diante disso, o cuidado na utilização da teoria do *iter criminis* será de grande valia no momento de averiguação, precipuamente, da ofensividade da conduta e o seu grau de lesividade, assim como, secundariamente, do juízo de tipicidade da conduta em relação ao modo de ofensa prevista no tipo penal.

235 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 9ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. vol. 1. p. 601.

236 Vide 2.1.2 *supra*.

4 O DELITO DE ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA E A ANÁLISE DA LEGITIMIDADE DE SUA TIPIFICAÇÃO²³⁷⁻²³⁸

4.1 A ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA NA DOCTRINA DO DIREITO PENAL

4.1.1 Considerações gerais e conceito de associação criminosa

As associações, desde os tempos mais remotos, foram motivo de preocupação para aqueles que detinham o poder de governança²³⁹. O temor dos governantes sobre tais associações decorria, justamente, da possibilidade de ataques oriundos de tais ajuntamentos, principalmente de afrontas por eles perpetradas, com caráter eminentemente político, visando às estruturas de poder, de forma a impôr a queda do soberano²⁴⁰. No entanto, ainda naquela época não havia, ainda, a noção de autonomia delitiva de tal conduta²⁴¹, tal como hoje a conhecemos.

Em um breve panorama histórico, as associações ilícitas já eram verificadas na Roma antiga, com as congregações ilícitas (*illicitum collegium*), tal como no

237 Incipientemente, imperioso salientar-se que a bibliografia aqui utilizada é anterior à entrada em vigor da Lei 12.850 de 02 de agosto de 2013, que em seu art. 24, alterou a Parte Especial do Código Penal vigente, a fim de modificar a redação do art. 288, que antes tratava da *quadrilha ou bando*. A redação atual alterou o título do crime insculpido no art. 288 do Código Penal para agora chamá-lo de *associação criminosa*. Contudo, como a nova redação não alterou significativamente o tipo penal em comento (exceptuando-se pela diminuição do número de agentes necessários para a consumação do delito de quatro para três, e pelo acréscimo de causa de aumento de pena, esse último ponto, o qual, não será tratado no presente trabalho), entende-se não haver grandes prejuízos na utilização do material bibliográfico que trata da *quadrilha ou bando*. Frise-se que maiores informações sobre a alteração legislativa serão mencionadas no item 4.1.1 *infra*.

238 Neste capítulo tratar-se-á, especificamente, da infração penal de associação criminosa, fazendo-se uma análise de sua tipificação penal. Para tanto, dividir-se-á, o presente capítulo, em duas partes: na primeira, expondo-se o que a doutrina do direito penal comumente menciona quando trata do delito de associação criminosa; a segunda, analisando-se a legitimidade de tipificação da conduta delituosa sob os prismas do bem jurídico-penal, da ofensividade e do *iter criminis*. Ademais, quando expôr-se os pontos tratados pelos diversos doutrinadores nos compêndios de direito penal em relação ao tipo penal aqui tratado, abster-se-á de mencionar questões relativas ao delito em análise, como as eventuais formas de aumento e diminuição da pena, a modalidade de ação penal cabível ao crime, a competência para instrução e julgamento etc., por entender-se que não são de grande repercussão naquilo que com o presente trabalho pretende-se, isto é, analisar a legitimidade do tipo penal de associação criminosa.

239 PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 2ª ed. revista, atualizada, ampliada e complementada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. vol. 2. p. 677; e PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 12ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. vol. 3. p. 228.

240 PIERANGELI, José Henrique. *loc. cit.*; e PRADO, Luiz Regis. *loc. cit.*

241 PIERANGELI, José Henrique. *loc. cit.*; e PRADO, Luiz Regis. *loc. cit.*

Medievo, com as *conventiculum* ou *conventicola*²⁴². Contudo, só a partir do Código Napoleônico de 1810, a associação criminosa, tal como conhece-se hoje, foi considerada crime. Logo depois, a ideologia de criminalização das associações ilícitas foi acompanhada pelos ordenamentos jurídicos que importaram as disposições do Código Penal Francês de 1810²⁴³. O delito, que na legislação penal napoleônica era denominado associação de malfeitores, já era previsto como crime autônomo, e como delito contra a paz pública²⁴⁴. Ainda, com relação à pluralidade de agentes (aqui tomada no sentido de associação criminosa), cabe mencionar o alerta de Eugenio Raúl Zaffaroni e Edmundo Oliveira, que asseveram que tal fenômeno chamou consideravelmente a atenção de criminólogos e penalistas, na Europa, a partir de 1870, depois da Comuna de Paris, período em que passou-se a produzir considerável literatura sobre o tema²⁴⁵. Sob a assinatura do que consideramos hoje pluralidade de agentes, no sentido de associação ilícita, grifavam os autores do século XIX como sendo "delitos das multidões", sobre as quais deram lugar a várias valorações de multidões e esboçaram bibliografia sobre a responsabilidade penal de seus líderes ou condutores²⁴⁶.

No Brasil, as associações criminosas foram previstas como conduta delituosa pelo Código Penal de 1940²⁴⁷. As legislações penais anteriores ao Código Penal de 1940, não dispunham a respeito, prevendo, unicamente, o "ajuntamento ilícito", que no entanto, no entender de Luiz Regis Prado, não corresponde ao que hoje tomamos por associação criminosa, pois o ajuntamento ilícito se referia a uma reunião eventual de pessoas, sem que houvesse estabilidade entre elas²⁴⁸. José Henrique Pierangeli, contudo, aponta que no Código Penal natimorto de 1969, bem como no Anteprojeto da Parte Especial do Código Penal de 1984, o crime foi

242 PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 2ª ed. revista, atualizada, ampliada e complementada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. vol. 2. p. 677.

243 PIERANGELI, José Henrique. *loc. cit.*; e PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 12ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. vol. 3. p. 228.

244 PIERANGELI, José Henrique. *loc. cit.*

245 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; OLIVEIRA, Edmundo. **Criminologia e Política Criminal**. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p. 86.

246 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; OLIVEIRA, Edmundo. *loc. cit.*

247 PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 12ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. vol. 3. p. 228.

248 PRADO, Luiz Regis. *loc. cit.*

mantido da mesma maneira como o legislador penal o havia tipificado em 1940²⁴⁹. Ademais, o doutrinador mencionado assevera que só no Anteprojeto de Código Penal de 1999, grifou-se o delito sob uma rúbrica supostamente mais técnica, passando-se a tratá-lo como "organização criminosa"²⁵⁰.

No artigo 288 do Código Penal brasileiro, se contempla o mais grave dos crimes contra a paz pública²⁵¹, além de ser, também, o mais conhecido. No ponto, uma rápida contextualização faz-se necessária, diante das recentíssimas alterações legislativas.

Em 19 de setembro de 2013, entrou em vigor a Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013. A referida lei, trouxe à lume novas disposições sobre as organizações criminosas, apresentando, pela primeira vez no ordenamento jurídico-penal brasileiro, uma conceituação de organização criminosa e um tipo penal respectivo, dentre outras providências com relação ao delito, revogando *in totum*, a antiga Lei 9.034, de 03 de maio de 1995, que dispunha sobre tema do crime organizado. Além disso, em seus artigos 24 e 25, altera, respectivamente, os delitos previstos nos artigos 288 e 342, do Código Penal. O que nos interessa aqui, contudo, é unicamente as alterações trazidas ao art. 288 do Código Penal brasileiro.

Até 19 de setembro de 2013, dispunha o Código Penal:

Quadrilha ou bando

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

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

Parágrafo único. A pena aplica-se em dobro, se a quadrilha ou bando é armado.²⁵²

Atualmente, insculpe o Código Penal:

Associação Criminosa

249 PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 2ª ed. revista, atualizada, ampliada e complementada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. vol. 2. p. 677.

250 PIERANGELI, José Henrique. *loc. cit.*

251 PIERANGELI, José Henrique. *Ibidem*. p. 677-678.

252 BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 30 de novembro de 2013.

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.²⁵³

Como denota-se, a alteração legislativa, essencialmente, trouxe três mudanças: a alteração do *nomen iuris*; a redução do número de pessoas necessárias para a perpetração do delito inculcado; e uma nova causa de aumento, no caso de participação de crianças ou adolescentes.

Sem embargo do breve panorama histórico acima mencionado, a doutrina do direito penal ainda assevera que o contexto histórico embasador da introdução do delito na legislação penal pátria, como hoje o conhecemos, se deu em face do banditismo rural, de forma que o termo *quadilha* indicaria o grupo criminoso urbano, ao passo que o termo *bando*, apontaria aquelas associações atuantes no meio rural²⁵⁴. Outra distinção aponta que a *quadilha*, como etimologicamente percebe-se, faz referência apenas a quatro integrantes, conquanto *bando*, número superior²⁵⁵. Contudo, domina na doutrina do direito penal a utilização de ambos os termos indistintamente²⁵⁶. Ademais, o tipo penal pode ser tido como uma delimitação legítima ao direito de associação previsto na Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XVII, uma vez que a liberdade de associação não subsistiria quando para a prática de fins ilícitos²⁵⁷. No ponto, José Paulo Baltazar Júnior ressalta que o tipo é

253 BRASIL. Lei n. 12.850, de 02 de agosto de 2013. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm>. Acesso em: 30 de novembro de 2013.

254 BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crimes Federais: abuso de autoridade; crimes contra a administração pública, a ordem tributária, a previdência social, as telecomunicações, o meio ambiente, o sistema financeiro nacional; crimes de responsabilidade dos prefeitos; crimes nas licitações; crimes no estatuto do índio e no estatuto do estrangeiro; estelionato; genocídio; interceptação telefônica; invasão das terras da união; lavagem de dinheiro; moeda falsa; organizações criminosas; quadrilha ou bando; tortura; trabalho escravo; tráfico transnacional de armas, drogas, crianças e pessoas**. 7ª ed. revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 113; e _____. **Crime Organizado e Proibição da Insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 147-148; e PIERANGELI, José Henrique. *ibidem*. p. 680.

255 BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crimes Federais**. *loc. cit.*; e _____. **Crime Organizado**. p. 148.

256 PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes. **Organização Criminosa: nova perspectiva do tipo legal**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009. p. 76; e TOURINHO, José Lafaieti Barbosa. **Crime de Quadrilha ou Bando & Associações Criminosas**. Curitiba, Juruá, 2003. p. 41. *apud* BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crimes Federais**. *loc. cit.*

257 BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crimes Federais**. *loc. cit.*; e Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 12ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. vol. 3. p. 229.

ocasionalmente tido como instrumento para a perseguição de dissidentes políticos²⁵⁸.

A associação criminosa, com a redação atual, dada pela Lei 12.850/2013, constitui a reunião de três ou mais pessoas para o fim de cometer crimes. No caso, um grupo *determinado* de agentes para a prática de *indeterminadas* condutas delituosas, embora no grupo criminoso, possa haver uma especialização voltada a um tipo penal qualquer²⁵⁹. Ademais, trata-se de delito *sui generis*, quer dizer, passível de punição independentemente da prática da conduta para qual os agentes associaram-se, e, ainda se esta vier a ocorrer, é possível a caracterização de concurso material de delitos²⁶⁰. Nesse sentido, José Henrique Pierangeli, citando Vincenzo Manzini, menciona que

o simples fato de uma associação constituir-se para cometer delitos, ainda quando estes não venham a ser executados, é coisa que evidentemente contraria a ordem pública e é suscetível de provocar um grave e justificado alarma social, justificando a intervenção da tutela penal.²⁶¹

Assim, resta consolidada na doutrina do direito penal o caráter autônomo do delito.

4.1.2 Bem jurídico-penal tutelado e sujeitos do crime

Como bem jurídico-penal tutelado pelo tipo em comento, a doutrina do direito penal é uníssona ao ressaltar que o que visa-se a tutelar com a conduta tipificada é a paz pública²⁶². Embora a doutrina do direito penal, na grande maioria das vezes, restrinja-se a mencionar que tal delito visa à tutela da paz pública²⁶³, José Paulo Baltazar Júnior, embuído dos ensinamentos de José Lafaieti Barbosa Tourinho,

258 BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crime Organizado e Proibição da Insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 148.

259 PIERANGELI, José Henrique. *Ibidem*. p. 678.

260 PIERANGELI, José Henrique. *loc. cit.*

261 PIERANGELI, José Henrique. *loc. cit.*

262 BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *loc. cit.*; MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**. 28ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Atlas, 2012. vol. 3. p. 159; e PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 12ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. vol. 3. p. 229.

263 Decreto por estar o delito localizado no Título IX, da Parte Especial, do Código Penal, título esse que trata dos crimes contra a paz pública.

apresenta a paz pública como sendo "o sentimento de tranquilidade e segurança imprescindíveis à convivência social, que seria distinto e mais amplo que a própria ordem pública"²⁶⁴.

Cuida-se, o tipo penal, portanto, de crime de perigo abstrato²⁶⁵. Nesse sentido, Julio Fabbrini Mirabete e Renato Fabbrini complementam dizendo que "o dispositivo [art. 288] registra um crime formal, de perigo abstrato, já que o risco à paz pública é presumido quando se constitui uma associação criminosa", de forma que o tipo penal demonstra a impaciência do legislador ao incriminar conduta que poderia constituir, unicamente, atos preparatórios²⁶⁶.

No que se refere aos sujeitos do delito em observação, a doutrina do direito penal corriqueiramente menciona, como *sujeito ativo* do delito, qualquer pessoa²⁶⁷, configurando crime comum, desde que, é claro, o agente participe da associação para o cometimento de crime²⁶⁸. Cuida-se de crime coletivo, plurissubjetivo, ou de concurso necessário, de condutas convergentes dos agentes, para que caracterize-se²⁶⁹, uma vez que demanda a associação de três ou mais pessoas, como adiante melhor expôr-se-á²⁷⁰.

O tipo penal é aberto de forma que a atuação dos membros da associação poderá dar-se pela realização de condutas distintas, porém convergentes ao mesmo fim, não exigindo-se para a responsabilização penal que os agentes tenham poder de mando ou não tenham participado diretamente das condutas criminosas praticadas pela associação²⁷¹.

264 BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crime Organizado e Proibição da Insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 148.

265 Para uma melhor compreensão dos crimes de perigo abstrato: ILHA DA SILVA, Ângelo Roberto. **Dos Crimes de Perigo Abstrato em Face da Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

266 MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *loc. cit.*

267 PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 2ª ed. revista, atualizada, ampliada e complementada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. vol. 2.. p. 678; e PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 12ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. vol. 3. p. 229.

268 PIERANGELI, José Henrique. *loc. cit.*

269 BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *loc. cit.*

270 Vide 4.1.3 *infra*.

271 BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *ibidem*. p. 148-149.

Por *sujeito passivo*, a doutrina do direito penal entende ser a coletividade, uma vez que tutela-se a paz pública. A sociedade é presumidamente colocada em perigo pela associação criminosa, porquanto turbada na sua tranquilidade²⁷². Por conseguinte, trata-se de crime vago²⁷³.

4.1.3 Tipicidades objetiva e subjetiva do delito

Por tipicidades, refere-se aqui aos tipos objetivos e subjetivos, respectivamente, da conduta delituosa em comento.

Com relação à *tipicidade objetiva* do crime de associação criminosa é de ressaltar-se que o verbo núcleo do tipo penal é *associar*, que significa unir, reunir, agrupar, ajuntar. A ação passível de ser enquadrada no tipo consiste na congregação de três pessoas para a realização de um fim comum, que é a prática de crimes²⁷⁴. Com o termo *três ou mais pessoas*, a doutrina menciona que o legislador pretendeu a indispensabilidade de atuação de pelo menos três agentes, quer sejam imputáveis, quer não, desde que possam manifestar de maneira satisfatória o seu entendimento e vontade de participação na associação²⁷⁵.

Ainda tratando do número mínimo de agentes para a constituição de associação criminosa, José Henrique Pierangeli, mencionando os ensinamentos de Vincenzo Manzini, argui que a fixação de um número mínimo de associados é questão de política criminal, que mais interessa ao legislador que ao intérprete²⁷⁶. Em seguida, menciona o doutrinador que, em que pese não haja critérios para a fixação de um número mínimo, é conveniente a delimitação, a fim de evitar-se o

272 MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**. 28ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Atlas, 2012. vol. 3. p. 160.

273 PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 2ª ed. revista, atualizada, ampliada e complementada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. vol. 2. p. 679.

274 PIERANGELI, José Henrique. *loc. cit.* Devidamente adaptado à nova realidade legislativa que diminuiu o número mínimo de agentes para a realização do delito.

275 PIERANGELI, José Henrique. *loc. cit.* Devidamente adaptado à nova realidade legislativa que diminuiu o número mínimo de agentes para a realização do delito. Ademais, este entendimento doutrinário hoje pode ser tido como corroborado pela legislação, uma vez que a nova redação do parágrafo único, do art. 288, do Código Penal, dada pela recentíssima Lei 12.850/2013, viabiliza o aumento de pena quando na associação criminosa participe menores de idade, quer dizer, inimputáveis, evidenciando, de maneira explícita a *voluntas legis* de consideração do inimputável para a caracterização do delito de associação criminosa.

276 PIERANGELI, José Henrique. *ibidem*. p. 680.

arbítrio judicial²⁷⁷.

Segundo a doutrina do direito penal, também evidencia-se a prática do delito de associação criminosa mesmo que não venham a ser identificados todos os seus componentes, ou mesmo que se nem todos os agentes estejam no local no momento da prática do delito, ou se a alguma causa pessoal de isenção de pena alcance algum dos associados²⁷⁸. Conforme menciona Néelson Hungria, citado por José Henrique Pierangeli,

quando se fala, aqui, em associação, não se quer indicar o sodalício que obedece a estatutos, regulamentos ou normas disciplinares: basta uma organização social rudimentar, a caracterizar-se apenas pela continuada vontade de um esforço comum.²⁷⁹

Contudo, o fim da associação é a prática de delitos (contravenções penais ou atos meramente imorais não podem configurar associação criminosa)²⁸⁰. Não se fala de um delito determinado, embora não se impeça eventual especialização com relação a um peculiar tipo de crime²⁸¹. Porém, não se trata de exigência do tipo²⁸², sendo necessário, no entanto, que a associação criminosa detenha certa estabilidade e permanência²⁸³.

O *tipo subjetivo* da associação criminosa é constituído pelo dolo, que neste delito é a consciência e vontade de associar-se em ajuntamento criminoso, participando, os agentes, de forma ativa nas práticas da associação e fazerem com que covirjam sua vontades para a dos demais componentes, com o intuito de realizar o fim pretendido, quer dizer, a prática de delitos²⁸⁴. Caracteriza-se, assim, o dolo específico²⁸⁵. Luiz Regis Prado, ainda, defende a admissibilidade do dolo eventual na associação criminosa²⁸⁶.

277 PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 2ª ed. revista, atualizada, ampliada e complementada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. vol. 2. p. 680.

278 PIERANGELI, José Henrique. *ibidem*. p. 679.

279 PIERANGELI, José Henrique. *loc. cit.*

280 PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 12ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. vol. 3. p. 229.

281 PIERANGELI, José Henrique. *loc. cit.*

282 PIERANGELI, José Henrique. *loc. cit.*

283 PRADO, Luiz Regis. *loc. cit.*

284 PIERANGELI, José Henrique. *ibidem*. p. 680-681.

285 PIERANGELI, José Henrique. *loc. cit.*

286 PRADO, Luiz Regis. *ibidem*. p. 230.

4.1.4 Consumação e tentativa

A *consumação* do crime em análise se dá no exato momento associativo, isto é, quando quatro ou mais pessoas se juntam para o cometimento de crimes²⁸⁷. Aliás, não é necessário que a associação criminosa tenha cometido algum delito para que o crime se concretize; a simples associação é suficiente²⁸⁸. Quer dizer: pune-se o simples fato de figurar-se, o agente, como integrante do ajuntamento ilícito²⁸⁹.

Além disso, menciona-se que se a sociedade tinha, prefacialmente, fins lícitos, passando, a partir de determinado momento, a cometer, de forma reiterada, uma série indeterminada de delitos, considerar-se-á ser este o momento da consumação²⁹⁰.

Também, salienta-se que no caso de o agente aderir à associação criminosa após sua formação, o momento a ser considerado será o de sua adesão²⁹¹. Da mesma forma, a desistência do agente, ainda que se dê voluntariamente, não exclui sua responsabilidade²⁹².

A possibilidade de *tentativa* no delito de associação criminosa é deveras controvertida na doutrina do direito penal, e de fato a sua configuração é matéria demasiadamente teórica²⁹³. José Henrique Pierangeli, citando Vincenzo Manzini, assevera que

o delito de associação para delinquir admite a figura jurídica da tentativa em relação àqueles fatos que se praticam antes da constituição da associação e que são dirigidos a criá-la. Assim, por exemplo, seria punível por tentativa

287 PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 2ª ed. revista, atualizada, ampliada e complementada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. vol. 2. p. 681.

288 PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 12ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. vol. 3. p. 230; e MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**. 28ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Atlas, 2012. vol. 3. p. 163.

289 PRADO, Luiz Regis. *loc. cit.*; e MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *loc. cit.*

290 BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crime Organizado e Proibição da Insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 152.

291 BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *loc. cit.*

292 MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *loc. cit.*

293 PIERANGELI, José Henrique. *loc. cit.*

quem, mediante meios idôneos e não-equívocos, trabalhasse para promover a associação e não conseguisse o intento, por causa independente de sua vontade. A dificuldade de descobrir e provocar semelhantes tentativas não tira a procedência de nossa conclusão.²⁹⁴

Contudo, doutrinadores como Luiz Regis Prado, José Paulo Baltazar Júnior, e Julio Fabbrini Mirabete e Renato Fabbrini, defendem a impossibilidade da verificação da tentativa no delito de associação criminosa²⁹⁵. No ponto, aliás, afirma Luiz Regis Prado que é inadmissível a tentativa pela impossibilidade de fracionamento do *iter criminis*²⁹⁶. Julio Fabbrini Mirabete e Renato Fabbrini, por sua vez, atestam que as meras gestões para persuadir outras pessoas a formar associação criminosa são apenas atos preparatórios²⁹⁷.

4.1.5 Associação criminosa, concurso de agentes e crime organizado

Frequentemente, o crime não é obra de uma só pessoa²⁹⁸. Tal como acontece nos outros setores da vida humana, justamente pelo viés social de suas relações instersubjetivas, a prática de infrações penais, não raras vezes, é perpetrada por agentes em conjunto²⁹⁹. Essa é a ideia básica que enseja a tipificação das associações criminosas, da constituição do instituto da pluralidade de agentes, e da categorização do crime organizado.

Diante disso, questão que demanda esforço na doutrina do direito penal é aquela relacionada à relação entre associação criminosa e concurso de pessoas e a

294 PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 2ª ed. revista, atualizada, ampliada e complementada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. vol. 2. p. 681.

295 PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 12ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. vol. 3. p. 231; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crimes Federais: abuso de autoridade; crimes contra a administração pública, a ordem tributária, a previdência social, as telecomunicações, o meio ambiente, o sistema financeiro nacional; crimes de responsabilidade dos prefeitos; crimes nas licitações; crimes no estatuto do índio e no estatuto do estrangeiro; estelionato; genocídio; interceptação telefônica; invasão das terras da união; lavagem de dinheiro; moeda falsa; organizações criminosas; quadrilha ou bando; tortura; trabalho escravo; tráfico transnacional de armas, drogas, crianças e pessoas**. 7ª ed. revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 116; e MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**. 28ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Atlas, 2012. vol. 3. p. 163.

296 PRADO, Luiz Regis. *loc. cit.*

297 MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *loc. cit.*

298 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 9ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. vol. 1. p. 573.

299 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *loc. cit.*

associação delitiva e a criminalidade organizada. Em que pese todos os elementos citados acima tenham como cerne a pluralidade de agentes no polo ativo da conduta, sensíveis diferenças demandam que tais elementos sejam categorizados de maneira diversa, razão pela qual interessante é apresentar um paralelo entre tais pontos, sem, contudo, pretender-se esmiuçar a matéria. Passar-se-á, então, à contraposição entre associação criminosa e concurso de pessoas.

Prefacialmente, o delito em análise e o concurso de sujeitos ativos se distinguem, de pronto, justamente por ser este último, um instituto próprio da teoria geral do delito, enquanto a formação de associação criminosa é crime em espécie. Assim, enquanto a associação delitiva (*societas delinquentium*) é impossível ser enquadrada quando se pretenda, como acima se asseverou, a realização de atos meramente imorais, ou a prática de contravenções penais, o concurso de agentes (*societas sceleris* ou *societas delinquendi*) é instituto aplicável a todas as modalidades de infração penal³⁰⁰. Nesse sentido, José Henrique Pierangeli, citando Giuseppe Maggiore, assevera que

no fato associativo, existe algo mais que acordo, porque a co-participação é uma associação ocasional para a prática de um ou mais crimes determinados, enquanto a associação para delinquir é uma associação de caráter permanente com a finalidade de cometer uma série indeterminada de delitos.³⁰¹

Aliás, doutrinadores do direito penal, como Luiz Regis Prado, inclusive salientam a possibilidade de se verificar a aplicação do instituto do concurso de agentes no próprio delito de associação criminosa³⁰², evidenciando, dessa forma, a existência de diferença entre ambos³⁰³.

300 Contudo, frise-se, o concurso de agentes também não alcança a prática de atos simplesmente imorais ou antiéticos, e isso acertadamente, uma vez que não cabe ao direito penal isso tutelar, considerando-se, inclusive, o mecanismo para o obste de tais tipificações a própria ideia de ofensividade, tratado no capítulo anterior.

301 PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 2ª ed. revista, atualizada, ampliada e complementada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. vol. 2. p. 679.

302 PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 12ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. vol. 3. p. 229.

303 Com esse entendimento, entretanto, não compactua-se neste estudo. Por óbvio, mesmo que consntituam categorias dogmáticas diversas, a aplicação de um instituto como o concurso de pessoas no delito de associação criminosa, que demanda a pluralidade de agentes para ser perpetrada, isto é, um concurso necessário, entende-se caracterizar espécie de *bis in idem*, pois ao agente é imputado pena, duas vezes, pela mesma prática, qual seja, a associação para a prática de crimes.

Por fim, uma vez que não se pretende exaurir o tema ora tratado, interessante indicar, ainda, que outra característica que faz disto a associação criminosa do concurso de pessoas reside no fato de que a punibilidade dos agentes pela prática da associação criminosa pode se dar mesmo sem que eles sejam punidos pelos crimes que se pretendiam cometer quando da constituição da associação. Ou, mesmo que se configure a prática do delito que se pretendia, em face da autonomia delitiva do tipo penal em comento, é possível a imputação ao agente que realizar a conduta de associação para delinquir³⁰⁴. Ao contrário, o instituto do concurso de agentes só é aplicável se verificada, ao menos na forma tentada, a execução da conduta que os agentes, em concurso, visavam perpetrar³⁰⁵.

De outra banda, comumente são feitas relações entre as associações criminosas e o crime organizado, razão pela qual pertinente é tecer algumas poucas considerações, sem se deter acuradamente no assunto.

Como já foi mencionado³⁰⁶, a questão das associações ilícitas ou associações de malfeitores para delinquir, embora tenha raiz já na Roma antiga, passou a ser generalizada a partir do século XIX, com a primeira previsão no Código Napoleônico, e logo depois com os acontecimentos deflagrados com a Comuna de Paris. Logo ao final do século XIX, com a elaboração de literatura sobre o tema, passou-se a generalizar o conceito jurídico-penal de associação criminosa, por certo, vinculado à proibição de sindicalização de trabalhadores, que é hoje tipo penal assente em todos os ordenamentos jurídico-penais de tradição europeia continental³⁰⁷. Contudo, de pronto, Eugenio Raúl Zaffaroni e Edmundo Oliveira mencionam que o tipo penal não deve ser confundido com a categorização de crime organizado³⁰⁸. Da mesma forma, Luiz Regis Prado aponta serem diferentes as associações criminosas e a criminalidade organizada, admitindo, no entanto, que até

304 PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 2ª ed. revista, atualizada, ampliada e complementada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. vol. 2. p. 680.; e PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 12ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. vol. 3. p. 230.

305 PRADO, Luiz Regis. *loc. cit.*

306 Vide 4.1.1 *supra*.

307 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; OLIVEIRA, Edmundo. **Criminologia e Política Criminal**. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p. 86.

308 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; OLIVEIRA, Edmundo. *loc. cit.*

o momento em que houvesse uma tipificação do delito de associação para o crime organizado, seria demasiadamente difícil uma distinção³⁰⁹.

Inicialmente, sem que se adentre no problema *sui generis* da categorização e conceituação da criminalidade organizada, que já é considerada frustrada nas ciências criminais³¹⁰, ressaltam Eugenio Raúl Zaffaroni e Edmundo Oliveira que a ideia de crime organizado só começou a ser verificada a partir do século XX, enquanto a ideia de associação criminosa é deveras mais antiga³¹¹.

Além disso, apontam os autores mencionados que a ideologia do *organized crime* é de tradição norte-americana³¹² e, em decorrência disso, de um sistema *common law*, enquanto que a das associações criminosas é oriunda da Europa continental e, conseqüentemente, de um sistema *civil law*. Também, arguem que ao fenômeno da organização criminosa pretende-se fundar os caracteres da estrutura empresarial e, particularmente, da atuação organizacional no mercado ilícito³¹³. Diante disso, evidente a impossibilidade da tentativa de busca de seus precedentes históricos e remotos³¹⁴, que não advenham do século XX. Isto é, buscar precedentes históricos na Antiguidade, Idade Média etc., não seria nada mais que mencionar os precedentes históricos das associações criminosas³¹⁵ que, obviamente, não detém as características que se pretende impôr ao conceito de crime organizado. Aliás, como já mencionado³¹⁶, as associações ilícitas podem ter características bem precárias, sem que desvirtuem-se da prática delitiva³¹⁷.

Em sentido contrário, no entanto, José Paulo Baltazar Júnior e Julio Fabbrini

309 PRADO, Luiz Regis. *ibidem*. p. 231-233. Obviamente, com o advento da Lei 12.850/2013, não se mostra mais possível uma equiparação. Esse assunto será melhor apresentado nas linhas que seguem.

310 Com relação à frustrada categorização, Eugenio Raúl Zaffaroni e Edmundo Oliveira, diante da relevância do tema, dedicam um capítulo inteiro de seu livro ao fim de demonstrar as problemáticas referentes ao *organized crime* (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; OLIVEIRA, Edmundo. **Criminologia e Política Criminal**. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p. 85-113.).

311 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; OLIVEIRA, Edmundo. *ibidem*. p. 86-87.

312 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; OLIVEIRA, Edmundo. *ibidem*. p. 86.

313 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; OLIVEIRA, Edmundo. *ibidem*. p. 87.

314 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; OLIVEIRA, Edmundo. *loc. cit.*

315 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; OLIVEIRA, Edmundo. *loc. cit.*

316 Vide 4.1.3 *supra*.

317 PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 2ª ed. revista, atualizada, ampliada e complementada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. vol. 2. p. 679.

Mirabete e Renato Fabbrini, entendiam ser possível o enquadramento do delito de associação criminosa na categoria de crime organizado³¹⁸. Utiliza-se o verbo no passado, porquanto, obviamente, não havia uma tipificação específica da organização criminosa, quando da edição de suas obras bibliográficas. Hoje em dia, impossível a pretensa equiparação, uma vez que o advento da Lei 12.850/2013, com seus artigos 1º e 2º, deixa claro que o legislador não pretende a igualação de conceitos. *In litteris*:

Art. 1º Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado.

§ 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.

§ 2º Esta Lei se aplica também:

I - às infrações penais previstas em tratado ou convenção internacional quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente;

II - às organizações terroristas internacionais, reconhecidas segundo as normas de direito internacional, por foro do qual o Brasil faça parte, cujos atos de suporte ao terrorismo, bem como os atos preparatórios ou de execução de atos terroristas, ocorram ou possam ocorrer em território nacional.

Art. 2º Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem impede ou, de qualquer forma, embaraça a investigação de infração penal que envolva organização criminosa.

§ 2º As penas aumentam-se até a metade se na atuação da organização criminosa houver emprego de arma de fogo.

§ 3º A pena é agravada para quem exerce o comando, individual ou coletivo, da organização criminosa, ainda que não pratique pessoalmente atos de execução.

§ 4º A pena é aumentada de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços):

I - se há participação de criança ou adolescente;

II - se há concurso de funcionário público, valendo-se a organização

318 BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crimes Federais: abuso de autoridade; crimes contra a administração pública, a ordem tributária, a previdência social, as telecomunicações, o meio ambiente, o sistema financeiro nacional; crimes de responsabilidade dos prefeitos; crimes nas licitações; crimes no estatuto do índio e no estatuto do estrangeiro; estelionato; genocídio; interceptação telefônica; invasão das terras da união; lavagem de dinheiro; moeda falsa; organizações criminosas; quadrilha ou bando; tortura; trabalho escravo; tráfico transnacional de armas, drogas, crianças e pessoas**. 7ª ed. revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 113-122; _____. **Crime Organizado e Proibição da Insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 146-152; e MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**. 28ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Atlas, 2012. vol. 3. p. 166.

criminosa dessa condição para a prática de infração penal;
 III - se o produto ou proveito da infração penal destinar-se, no todo ou em parte, ao exterior;
 IV - se a organização criminosa mantém conexão com outras organizações criminosas independentes;
 V - se as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade da organização.
 § 5º Se houver indícios suficientes de que o funcionário público integra organização criminosa, poderá o juiz determinar seu afastamento cautelar do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à investigação ou instrução processual.
 § 6º A condenação com trânsito em julgado acarretará ao funcionário público a perda do cargo, função, emprego ou mandato eletivo e a interdição para o exercício de função ou cargo público pelo prazo de 8 (oito) anos subsequentes ao cumprimento da pena.
 § 7º Se houver indícios de participação de policial nos crimes de que trata esta Lei, a Corregedoria de Polícia instaurará inquérito policial e comunicará ao Ministério Público, que designará membro para acompanhar o feito até a sua conclusão.³¹⁹

Diante da nova orientação legislativa, incabível a confusão entre as associações criminosas e a associação para o crime organizado.

4.2 ANÁLISE DA LEGITIMIDADE DE TIPIFICAÇÃO DO DELITO DE ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA

4.2.1 Conceito de legitimidade

O termo *legitimidade* encerra diversos possíveis sentidos³²⁰. Numa acepção mais generalizante, indica a noção de verdadeiro, genuíno, ao passo que no plano meramente etimológico, é expressão oriunda dos termos *lex*, *legis*, que também constituem o radical de *legalidade*³²¹.

Para que seja possível, ao menos tangenciar o que busca-se com o presente trabalho, mormente com relação à segunda parte deste capítulo, isto é, fazer uma análise da *legitimidade* de tipificação do delito de associação criminosa, por evidente, deve-se estabelecer, em linhas rápidas, o que entende-se como sendo *legitimidade*. a fim de que possibilite-se a compreensão deste conceito que é

319 BRASIL. Lei n. 12.850, de 02 de agosto de 2013. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm>. Acesso em: 30 de novembro de 2013.

320 ILHA DA SILVA, Ângelo Roberto. **Dos Crimes de Perigo Abstrato em Face da Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 19.

321 ILHA DA SILVA, Ângelo Roberto. *loc. cit.*

fundamental para a elaboração deste trabalho, e possibilitará o entendimento daquilo que nos tópicos seguintes será esposado.

De início, é necessário verificar que distinguem-se *legitimidade* de *legalidade*. A legalidade é aquilo que encontra-se em conformidade com a lei, ou aquilo que dela decorre³²². Como assevera Ângelo Roberto Ilha da Silva, "o ato legal, ou seja, o conforme à lei, poderá ser legítimo, dotado de legitimidade, ou não"³²³. Desta maneira, trata-se a legalidade de conceito *formal*³²⁴.

Já a *legitimidade*, refere-se a um conceito *material*³²⁵. De certo modo, aquilo que assume o caráter de legítimo observa-se em conformidade com o *justo*, ou seja, daquilo que "se justifica mediante processo avaliativo (investigação de valores) e, por isso, circunscrito a dado momento histórico e aberto"³²⁶.

Propõe-se com o presente trabalho estudar e formar um posicionamento acerca da legitimidade de tipificação da associação criminosa, legitimidade que será tomada nos termos acima expostos (como elemento de fundo, não como mera forma).

Para isso, e já ultrapassada a distinção conceitual entre legalidade e legitimidade, para uma verificação do delito em comento sob sua circunstância de legítimo, ou não, necessário se estabelecer parâmetros para tanto. Nesse ponto, os parâmetros que pretende-se tomar são aqueles construídos ao longo do presente estudo que agora convergem para o mesmo fim. Fala-se, aqui, dos parâmetros do bem jurídico-penal, da ofensividade e do *iter criminis* como meio de verificação da ofensa jurídico-penal.

4.2.2 A legitimidade sob o viés do bem jurídico-penal "paz pública"

322 ILHA DA SILVA, Ângelo Roberto. **Dos Crimes de Perigo Abstrato em Face da Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 23.

323 ILHA DA SILVA, Ângelo Roberto. *loc. cit.*

324 ILHA DA SILVA, Ângelo Roberto. *loc. cit.*

325 ILHA DA SILVA, Ângelo Roberto. *loc. cit.*

326 ILHA DA SILVA, Ângelo Roberto. *loc. cit.*

Como já mencionou-se,³²⁷ a doutrina do direito penal, ao tratar do delito tipificado no art. 288 do Código Penal, é unânime ao mencionar que o bem jurídico-penal tutelado por essa norma penal incriminadora é a "paz pública". Essa é tida como "o sentimento de tranquilidade e segurança imprescindíveis à convivência social, que seria distinto e mais amplo que a própria ordem pública"³²⁸.

Diante desse suposto bem jurídico-penal, e da fundamentação apresentada pela doutrina do direito penal, aponta-se, com relação a ele, problemas de legitimidade de tipificação do delito de associação criminosa primordialmente em um ponto específico, cabendo a seguintes indagação: só a suposta ofensa à "paz pública" pode ensejar a tipificação penal de uma conduta?

Com relação à primeira questão, mostra-se óbvio, segundo a fundamentação que exposou-se no primeiro capítulo deste trabalho, que a paz pública, *per se*, não pode ser considerada para a incriminação de uma conduta. Como se viu, todos os bens jurídicos, e logo os bens jurídico-penais, tem como elemento basilar a paz social das relações de convivência entre os seres humanos. Se assim não fosse, não haveria razão para tutela jurídica mediante o Estado. Nos bens jurídico-penais, principalmente, em razão de representarem o último nível de tutela, e o mais sensível à ofensas, mostra-se que a paz pública é o primeiro elemento a ser considerado, pois, de certa forma, toda e qualquer infração penal, por mais pífia que possa parecer, representa uma vulneração, primeiramente, da paz pública, conseqüentemente, de outro bem jurídico-penal resguardado pela norma penal incriminadora.

No ponto, cabe apresentar a classificação de tipos penais esposada por Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, consistente na catalogação de tipos quanto ao número de bens jurídico-penais tutelados por eles, que resulta na compreensão de normas penais incriminadores simples (há a proteção de um único bem jurídico-penal) e complexas (há a proteção de dois ou mais bens jurídico-

327 Vide 4.1.2 *supra*.

328 BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crime Organizado e Proibição da Insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 148.

penais)³²⁹. Sem embargo do entendimento apresentado pelos doutrinadores, defende-se no presente estudo a existência, apenas, de tipos penais complexos, porquanto como se viu, o primeiro bem jurídico penalmente relevante seria a "paz pública", e logo em seguida, outro bem jurídico que pretenda-se tutelar com a norma penal incriminadora. Em decorrência disso, poder-se-ia asseverar a existência, em todos os tipos penais, de pelo menos dois bens jurídico-penais: um mediato (a paz pública) e um ou mais imediatos (os bens jurídicos que constituem aquilo que o agente afronta, visivelmente, com sua conduta). Um exemplo torna mais claro: é assente que o delito de homicídio (art. 121 do Código Penal) afronta a paz pública. Isso é inegável. Contudo, antes se se verificar a afronta ao bem jurídico-penal paz pública, percebe-se, visivelmente, uma afronta ao bem jurídico-penal vida humana.

Diante disso, percebe-se que a tutela penal se dá em graus: no primeiro, a paz pública, nos subsequentes, demais bens jurídico-penais. O problema da tipificação da formação de associação criminosa se dá justamente por residir, o tipo penal apenas no primeiro grau, configurando, portanto, redundância. Em outras palavras, todo tipo penal visa a proteção da paz pública, em um primeiro momento, razão pela qual não descabida a elaboração de um tipo penal incriminador, única e exclusivamente, para a tutela desse bem jurídico-penal³³⁰.

Diante dessas considerações, uma vez que não se pretende esgotar o tema, percebe-se a impossibilidade de postular uma legitimidade de tipificação para o delito de associação criminosa no tocante ao bem jurídico-penal.

329 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 9ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. vol. 1. p. 406-407.

330 Aqui, por fim, cabe apontar o alerta de Luís Greco, ao mencionar que deve-se atentar ao bens jurídico-penais autênticos, elaborados da maneira que apontou-se no primeiro capítulo (Vide 2.1.2 *surpa*), de falsos bens jurídico-penais, aqueles decorrentes dos motivos mais variados pelo legislador penal infraconstitucional, como, por exemplo, mera constituição de legislação penal simbólica, ou simples tentativa de controle sobre o autor, através de um viés de direito penal do autor, da norma penal incriminadora (GRECO, Luís. *Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato*. In: _____. **Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato: com um adendo: princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. *passim*; e _____. *Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato*. In: _____. **Modernização do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. *passim*).

4.2.3 A legitimidade sob o aspecto da ofensividade da conduta tipificada e diante da perspectiva do "iter criminis"

Além do bem jurídico penalmente relevante, a legitimidade de tipificação do delito de associação criminosa é possível de ser averiguada sob as perspectivas da ofensividade e do *iter criminis* como seu meio de verificação. Com relação à ofensividade e diante da exposição apresentada no segundo capítulo, e mais especificamente no que compete à suposta conduta ofensiva, aponta-se, também, problemas de tipificação, sendo cabível a seguinte questão: no delito de associação criminosa é possível sua verificação tanto no plano abstrato normativo quando no plano fático no caso concreto? Ainda, primordialmente com relação ao caso concreto, e diante daquilo que mencionou-se sobre o *iter criminis*, é possível a verificação da lesividade da conduta praticada pelo agente, através da teoria das etapas de realização do delito doloso?

Com respeito às referidas questões, mais uma vez, a legitimidade de tipificação das associações criminosas é posta em xeque.

Em primeiro lugar, antes da consideração sobre o brocardo *nullum crimen sine injuria*, mostra-se a ideia contida no adágio *nullum crimen sine conducta*³³¹. Como asseverado por Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, em que pese as inúmeras tentativas de desconhecimento, pelo legislador penal infraconstitucional, da ideia da inexistência de crime sem conduta³³², dela não pode-se prescindir da conduta no momento da tipificação penal. Mas não só; deve ser observada, também, pelo intérprete no momento de análise do caso concreto.

No tipo penal de associação criminosa, especificamente, verifica-se a inobservância do legislador penal infraconstitucional quando da elaboração da norma penal incriminadora, mormente diante da abertura à possibilidade da autonomia delitiva do crime de associação criminosa. A viabilização de punição do agente, mesmo que não haja realização dos crimes que a suposta associação

331 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 9ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. vol. 1. p. 358-361.

332 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *loc. cit.*

criminosa pretendia praticar representa afronta à segurança jurídica e à dignidade da pessoa humana, porquanto inobserva as funções construídas pela dogmática penal, tanto para a teoria do bem jurídico-penal, quando para a teoria da ofensividade.

Da mesma forma, mais voltado ao caso concreto, verifica-se a teoria do *iter criminis* que se mostra um efetivo instrumento para a verificação da ofensividade. No que compete ao delito de associação criminosa, segundo a teoria das etapas de realização do delito dolos, estar-se-ia diante de momento de impossibilidade de punição do agente, ou mesmo criminalização da conduta.

Não bastasse caracterizar, a associação criminosa, em ato de preparação, o que já ensejaria seu caráter de impunibilidade ou criminalização, poder-se-ia sustentar antes de caracterizar uma etapa preparatória do delito, consistiria, em verdade, numa fase de cogitação, mais precisamente de uma cogitação "externalizada", uma vez que por atos externos aos agentes, esses demonstrar a pretensão ainda ideal da prática de uma infração penal.

Como já mencionou-se³³³, a doutrina do direito penal considera inviável a punição/criminalização de conduta que enseja, unicamente, manifestação da ideia da vontade da prática de qualquer infração penal, através da palavra ou de outro meio simbólico também não é típica, porque a tipicidade proíbe um grau do "iter criminis" que não surja normalmente, representado exclusivamente pela palavra, isto é, unicamente pela cogitação externalizada. Nesse sentido, inclusive, José Carlos Fonseca, citando Jorge de Figueiredo Dias, assevera que tal atitude pelo legislador penal infraconstitucional não condiz com um sistema de direito penal que volta-se ao fato e não ao autor. *In litteris*:

não tem cabimento, num *direito penal do facto* ou, indo um pouco além nos seus fundamentos, num direito penal próprio de um Estado de Direito (Democrático e Liberal), punir, mesmo uqe exepcionalmente, actos que não tenham exterioridade, actos meramente *internos*.³³⁴

333 Vide 3.3.1.1 *supra*.

334 FONSECA, José Carlos. *Antecipação da Tutela Penal e Estado de Direito: a Punibilidade dos Actos Preparatórios em Cabo Verde*. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, n. 99, p. 13-34, nov.-dez., 2012. p. 16-17.

Em decorrência disso, claro mostra-se a inviabilidade de punição/criminalização da infração penal de associação criminosa.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através do desenvolvimento do presente estudo, que repise-se, não foi exaustivo, mas sim uma análise em linhas gerais, pode-se concluir que diante dos atuais estágios da teoria do bem jurídico-penal, da teoria da ofensividade e do *iter criminis* na doutrina do direito penal, a legitimidade de tipificação do delito de associação criminosa é dubitável. Ou melhor, pende, o delito, para a ilegitimidade de criminalização, sob os vieses em que analisou-se a tipificação penal, quais sejam, o bem jurídico penalmente tutelado como sendo a “paz pública”, o princípio da ofensividade da conduta de associar-se para o cometimento de crimes e o *iter criminis* como meio de averiguação da ofensividade da conduta perpetrada no caso concreto.

Sob o primeiro enfoque, isto é, do bem jurídico penalmente tutelado “paz pública”, verificou-se que a conduta tipificada não preenche os requisitos para a eleição de bens jurídico-penais, pois, a afetação à paz social é inerente à constituição de quaisquer bens jurídicos. Portanto, a presunção de afronta à paz pública com a mera associação, não poderia ser considerado argumento válido para sua legitimação. Além disso, nos tipos penais incriminadores, em razão de seu caráter complexo no que compete à tutela de bens jurídicos, a paz pública consistiria no bem jurídico-penal mediato, enquanto os demais bens jurídicos dotados de relevância penal visivelmente afrontados com a conduta perpetrada pelo agente, representariam os bens jurídico-penais imediatos. Em outras palavras: toda afronta a bem jurídico-penal afronta conseqüentemente a paz pública, e a tipificação de uma conduta tendo a “paz pública” como seu único bem jurídico penalmente tutelado implica em manifesta redundância que acaba por deslegitimar a criminalização da conduta de associação.

Com relação à ofensividade da conduta perpetrada, verificou-se que a tipificação penal da associação criminosa demonstra evidente descaso do legislador penal infraconstitucional com relação ao adágio latino *nullum crimen sine conducta*, que informa a atividade legiferante penal antes mesmo do brocardo *nullum crimen sine injuria*, pois, se não há conduta, não pode-se postular uma ofensa à ela. Da não

observância da imprescindibilidade da conduta facilmente infere-se da abertura à autonomia delitiva do crime de associação criminosa que, diante disso, é possível sua imputação ao agente, mesmo que não tenha havido o cometimento dos crimes para os quais os agentes, supostamente, associaram-se.

Além disso, considerando-se o princípio da ofensividade como instituto norteador da tipificação penal, não serve como argumento para legitimação da criminalização da conduta de associação, com base em uma suposta ofensa ao bem jurídico penalmente tutelado “paz pública”, uma vez que, como já referiu-se, a paz pública está intrincada na tutela penal, em todas as normas penais incriminadoras.

Também, ainda com relação à ofensividade, percebeu-se o *iter criminis* como um instrumento para averiguação da ofensividade da conduta perpetrada no caso concreto. Nesse sentido, na análise da conduta realizada no caso concreto, através das fases do “caminho do crime”, verifica-se a conduta de associação para o cometimento de crimes como sendo mera cogitação “externalizada”, não sendo passível, portanto de punição ou criminalização, de acordo com o adágio latino *cogitationis poenam nemo patitur*.

Por fim, também verificou-se que tanto as funções e o fundamento constitucional, quer da eleição de bens jurídico-penais, quer da necessidade ofensa aos referidos bens, para fins de tipificação penal, não foram observados, demonstrando, em razão desse último, a rebeldia do legislador penal infraconstitucional com relação à nova ordem estabelecida com a Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12ª ed. ampliada. São Paulo: Malheiros, 2011.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crimes Federais: abuso de autoridade; crimes contra a administração pública, a ordem tributária, a previdência social, as telecomunicações, o meio ambiente, o sistema financeiro nacional; crimes de responsabilidade dos prefeitos; crimes nas licitações; crimes no estatuto do índio e no estatuto do estrangeiro; estelionato; genocídio; interceptação telefônica; invasão das terras da união; lavagem de dinheiro; moeda falsa; organizações criminosas; quadrilha ou bando; tortura; trabalho escravo; tráfico transnacional de armas, drogas, crianças e pessoas**. 7ª ed. revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. **Crime Organizado e Proibição da Insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 12ª ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renavan, 2011.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de Perigo Abstrato: direito penal na sociedade de risco; princípio da precaução; evolução dogmática dos crimes de perigo abstrato; imputação objetiva e perigo abstrato; direito penal e gestão do risco**. 2ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 de novembro de 2013.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 30

de novembro de 2013.

BRASIL. Lei n. 12.850, de 02 de agosto de 2013. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm>. Acesso em: 30 de novembro de 2013.

D'AVILA, Fábio Roberto. *Direito Penal e Direito Administrativo. Elementos para uma Distinção Qualitativa*. In: _____. **Ofensividade em Direito Penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. *Ofensividade e Ilícito Penal Ambiental*. In: _____. **Ofensividade em Direito Penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. *Teoria do Crime e Ofensividade. O Modelo do Crime como Ofensa ao Bem Jurídico*. In: _____. **Ofensividade em Direito Penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

DOLCINI, Emilio; e MARINUCCI, Giorgio. *Constituição e Escolha de Bens Jurídicos*. In: **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**. Lisboa, ano 4, fasc. 2, p. 151-198, abr.-jun., 1994.

FELDENS, Luciano. **Direitos Fundamentais e Direito Penal: a constituição penal**. 2ª ed. revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FONSECA, José Carlos. *Antecipação da Tutela Penal e Estado de Direito: a Punibilidade dos Actos Preparatórios em Cabo Verde*. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, n. 99, p. 13-34, nov.-dez., 2012.

GRECO, Luís. *Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato*. In: _____. **Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato: com um adendo: princípio da**

ofensividade e crimes de perigo abstrato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. *Prefácio.* In: _____. **Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato: com um adendo: princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. *Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato.* In: _____. **Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato: com um adendo: princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ILHA DA SILVA, Ângelo Roberto. **Da Inimputabilidade Penal: em face do atual desenvolvimento da psicopatologia e da antropologia.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. **Dos Crimes de Perigo Abstrato em Face da Constituição.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal.** 31ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. vol. 1.

MASSON, Cleber Rogério. **Direito Penal Esquematizado.** 3ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Método, 2010. vol. 1.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal.** 28ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Atlas, 2012. vols. 1 e 3.

PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro.** 2ª ed. revista, atualizada, ampliada e complementada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. vol. 2.

_____. **O Consentimento do Ofendido: na teoria do delito.** 3ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PRADO, Luiz Regis. **Bem Jurídico-Penal e Constituição**. 2ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 12ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. vol. 1. 2010. vol. 3.

ROXIN, Claus. *Sobre o Recente Debate em Torno do Bem Jurídico*. In: HASSEMER, Winfried *et. al.* **O Bem Jurídico Como Limitação do Poder Estatal de Incriminar?** Org. e trad. de Luís Greco e Fernanda Lara Tórtima. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. *A Proteção de Bens Jurídicos como Missão do Direito Penal?*. In: _____. **A Proteção de Bens Jurídicos como Função do Direito Penal**. Org. e trad. de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. *Proteção de Bens Jurídicos e Liberdade Individual na Encruzilhada da Dogmática Jurídico-Penal*. In: _____. **A Proteção de Bens Jurídicos como Função do Direito Penal**. Org. e trad. de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SCALCON, Raquel Lima. **Ilícito e Pena: modelos opostos de fundamentação do direito penal contemporâneo**. Rio de Janeiro: GZ, 2013.

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

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; OLIVEIRA, Edmundo. **Criminologia e Política Criminal**. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Da Tentativa: doutrina e jurisprudência**. 9ª ed. revista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____; _____. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 9ª ed. revista e atualizada.
São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. vol. 1.