



**UNISUL**

**UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA  
ALICE SCHLICKMANN ROTTGERS DO LIVRAMENTO**

**HOMICÍDIO PRATICADO POR MILÍCIA PRIVADA OU GRUPO DE  
EXTERMÍNIO E A INCIDÊNCIA DO ARTIGO 288-A DO CÓDIGO PENAL:  
ANÁLISE DE EVENTUAL *BIS IN IDEM* EM FACE DO CONCURSO DE CRIMES**

Tubarão

2017

**ALICE SCHLICKMANN ROTTGERS DO LIVRAMENTO**

**HOMICÍDIO PRATICADO POR MILÍCIA PRIVADA OU GRUPO DE  
EXTERMÍNIO E A INCIDÊNCIA DO ARTIGO 288-A DO CÓDIGO PENAL:  
ANÁLISE DE EVENTUAL *BIS IN IDEM* EM FACE DO CONCURSO DE CRIMES**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Linha de pesquisa: Justiça e Sociedade.

Orientador: Prof. Silvio Roberto Lisbôa, Esp.

Tubarão

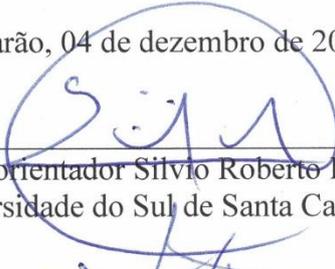
2017

**ALICE SCHLICKMANN ROTTGERS DO LIVRAMENTO**

**HOMICÍDIO PRATICADO POR MILÍCIA PRIVADA OU GRUPO DE  
EXTERMÍNIO E A INCIDÊNCIA DO ARTIGO 288-A DO CÓDIGO PENAL:  
ANÁLISE DE EVENTUAL *BIS IN IDEM* EM FACE DO CONCURSO DE CRIMES**

Esta Monografia foi julgada adequada à obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovada em sua forma final pelo Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Tubarão, 04 de dezembro de 2017.

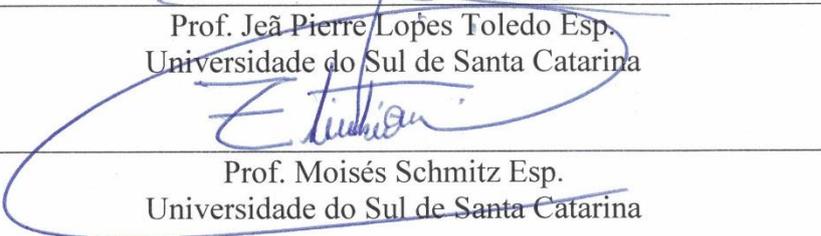


---

Professor e orientador Silvío Roberto Lisbôa Esp.  
Universidade do Sul de Santa Catarina

---

Prof. Jeã Pierre Lopes Toledo Esp.  
Universidade do Sul de Santa Catarina



---

Prof. Moisés Schmitz Esp.  
Universidade do Sul de Santa Catarina

Dedico este trabalho ao meu irmão, Israel Rottgers do Livramento, que, com uma maturidade que jamais alcançarei, enfrentou as maiores dificuldades da vida.

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente, à minha família, em especial, meus pais, os quais desde sempre prestaram todo o auxílio necessário, ensinando-me os valores da vida e honestidade, apoiando minhas escolhas e meus sonhos. Devo a eles grande parte da construção do meu caráter.

Ao meu namorado, exemplo de paciência e compreensão, estando presente durante todo o curso, me amparando nos momentos de estresse e, ao mesmo tempo, propiciando momentos de alegria e felicidade.

Aos meus amigos e colegas de curso, pelo companheirismo e assistência prestados, bem como, pelos instantes divertidos e descontraídos, mesmo em meio à tensão.

Ao meu orientador, Silvio Roberto Lisbôa, pela atenção e conhecimento repassado, o qual prestou evidente dedicação, confiando na minha capacidade, contribuindo indubitavelmente para que a presente monografia fosse concluída.

Ao professor Lauro José Ballock, exemplo de dedicação, o qual sempre se mostrou disponível, auxiliando efetivamente na elaboração da presente monografia.

À equipe da Delegacia de Trânsito e Crimes Ambientais de Tubarão/SC e também à Vara da Família, Órfãos, Infância e Juventude, da comarca de Tubarão/SC, pela solidariedade e por toda a experiência adquirida, a qual contribuiu incontestavelmente na minha formação tanto acadêmica quanto como pessoa.

A todos os professores que estiveram presentes durante o curso, em virtude dos conhecimentos repassados.

Aqueles que, de qualquer forma, direta ou indiretamente, acompanharam-me por todo o curso, pelo amparo e preocupação prestados.

“Sem disciplina não há ordem, e sem ordem não há progresso” (Luis Alves Thomaz).

## RESUMO

O presente trabalho monográfico possui como objetivo geral analisar a incidência do princípio do *ne bis in idem* relativamente ao caso de concurso material entre o crime de homicídio majorado pela atividade da milícia privada ou do grupo de extermínio (artigo 121, § 6º do Código Penal), e o delito de constituição de milícia privada (artigo 288-A do Código Penal). Nesse sentido, o método utilizado para tal fim é o dedutivo. Quanto ao nível, a pesquisa caracteriza-se como exploratória. Em relação à abordagem, é classificada como qualitativa. Acerca do procedimento utilizado para a coleta de dados, a pesquisa identifica-se como bibliográfica. Verificou-se, no decorrer do trabalho, a falta de definição do que viria a se constituir por milícia privada, crime trazido ao Código Penal, previsto em seu artigo 288-A, por meio da Lei nº 12.720/2012, de forma que mostrou-se necessário analisar qual seria a conceituação trazida pela doutrina, bem como qual o número mínimo necessário de integrantes para que o referido delito se consuma, averiguando-se também a responsabilidade criminal dos membros do grupo sob a ótica da teoria do domínio do fato. O ponto principal reside na possibilidade de imputar ao agente delituoso a prática dos crimes de constituição de milícia privada em concurso material com a prática do crime de homicídio majorado pela atividade da milícia privada ou do grupo de extermínio, em observância ao que se entende pelo princípio do *ne bis in idem*. Por conseguinte, concluiu-se pela possibilidade da imputação dos referidos crimes, com a aplicação da citada causa de aumento de pena do crime de homicídio, em concurso material, uma vez que não se constatou a dupla imputação com fundamento no mesmo fato, tendo em vista o caráter autônomo e independente de tais crimes, da mesma forma, os momentos consumativos divergem-se, não havendo, pois, o que se falar em violação ao princípio do *ne bis in idem*.

Palavras-chave: Homicídio. Milícia privada. Grupo de extermínio. *Bis in idem*. Concurso de crimes.

## ABSTRACT

The present monographic work has as general objective to analyze the incidence of the principle of *ne bis in idem* in the case of material concurrence between the crime of homicide increased by the activity of the private militia or the extermination group (article 121, § 6 of the Penal Code), and the crime of constitution of private militia (article 288-A of the Penal Code). In this sense, the method used for this purpose is the deductive. As for the level, the research is characterized as exploratory. Regarding the approach, it is classified as qualitative. About the procedure used for data collection, the search is identified as bibliographical. The lack of definition of what was to be constituted by private militia, a crime brought to the Penal Code, foreseen in its article 288-A, through Law no. 12.720/2012, that it was necessary to analyze what would be the conceptualization brought by the doctrine, as well as the minimum number of members necessary for the said crime to be consumed, as well as the criminal responsibility of the members of the group from the point of view of the theory of the domain of the fact. The main point is the possibility of imputing to the criminal agent the practice of crimes of constitution of private militia in a material concurrence with the practice of the crime of homicide increased by the activity of the private militia or the group of extermination, in compliance with what is understood by the principle of *ne bis in idem*. Consequently, it was concluded that the aforementioned crimes could be imputed with the application of the aforementioned cause of increased sentence of the crime of murder, in a material concurrence, since the double imputation was not found on the basis of the same fact, in view of the autonomous and independent character of such crimes, so the conspiratories diverge, and there is therefore no need to speak of a violation of the *ne bis in idem* principle.

Keywords: Homicide. Private militia. Extermination group. *Bis in idem*. Crime competition.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>10</b>
1.1 DESCRIÇÃO DA SITUAÇÃO PROBLEMA .....	10
1.2 FORMULAÇÃO DO PROBLEMA .....	13
1.3 HIPÓTESE.....	13
1.4 DEFINIÇÃO DOS CONCEITOS OPERACIONAIS .....	13
1.5 JUSTIFICATIVA .....	14
1.6 OBJETIVOS .....	16
<b>1.6.1 Geral.....</b>	<b>16</b>
<b>1.6.2 Específicos.....</b>	<b>16</b>
1.7 DELINEAMENTO METODOLÓGICO.....	16
1.8 DESENVOLVIMENTO DO TRABALHO: ESTRUTURA DO CAPÍTULOS.....	17
<b>2 A MILÍCIA PRIVADA .....</b>	<b>19</b>
2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA CONCEITUAL.....	19
2.2 O ADVENTO DA LEI Nº 12.720/12 .....	20
2.3 CONSIDERAÇÕES SOBRE O CRIME DE CONSTITUIÇÃO DE MILÍCIA PRIVADA .....	22
<b>2.3.1 Conceito de milícia privada.....</b>	<b>22</b>
<b>2.3.2 Sujeito e número mínimo de integrantes.....</b>	<b>24</b>
2.3.2.1 Inimputabilidade.....	26
2.3.2.2 Pessoas não identificadas .....	28
<b>2.3.3 Objetividade jurídica, momento consumativo e voluntariedade.....</b>	<b>28</b>
<b>2.3.4 Diferenças entre organização criminosa, associação criminosa e milícia privada</b>	<b>32</b>
<b>3 HOMICÍDIO PRATICADO POR MILÍCIA PRIVADA.....</b>	<b>37</b>
3.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS ACERCA DO CRIME DE HOMICÍDIO .....	37
<b>3.1.1 Objetividade Jurídica .....</b>	<b>38</b>
<b>3.1.2 Homicídio simples: sujeitos do delito, conduta e voluntariedade .....</b>	<b>40</b>
<b>3.1.3 Consumação e Tentativa.....</b>	<b>44</b>
3.2 A CAUSA DE AUMENTO DO § 6º DO ARTIGO 121 DO CÓDIGO PENAL.....	46
<b>3.2.1 Milícia privada: a condição de pretexto de prestação de serviço de segurança ....</b>	<b>47</b>
<b>3.2.2 Atividade típica de grupo de extermínio .....</b>	<b>48</b>
<b>3.2.3 O alcance da causa de aumento de pena à luz da teoria do domínio do fato.....</b>	<b>50</b>

<b>4 ANÁLISE DO CONCURSO DE CRIMES PERANTE O PRINCÍPIO DO <i>NE BIS IN IDEM</i></b> .....	<b>53</b>
4.1 ASPECTOS DESTACADOS DO CONCURSO DE CRIMES .....	53
4.1.1 Concurso material .....	54
4.1.2 Concurso formal.....	55
4.1.3 Continuidade delitiva.....	58
4.2 O PRINCÍPIO DO <i>NE BIS IN IDEM</i> .....	59
4.2.1 Aspectos gerais relativos aos princípios .....	60
4.2.2 O princípio do <i>ne bis in idem</i> : conceito e aplicação ao ordenamento jurídico brasileiro.....	62
4.3 POSSIBILIDADE DE CONCURSO MATERIAL ENTRE OS ARTIGOS 121, § 6º E 288-A DO CÓDIGO PENAL.....	66
<b>5 CONCLUSÃO</b> .....	<b>72</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>74</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Neste trabalho, elaborou-se uma pesquisa a respeito do tema análise sobre o crime de constituição de milícia privada (artigo 288-A do Código Penal) em face do crime de homicídio (artigo 121 do Código Penal) sob a ótica do princípio do *ne bis in idem*.

O presente capítulo introdutório, desenvolve a descrição da situação problema, a formulação do problema, a hipótese, a definição dos conceitos operacionais, a justificativa, os objetivos (geral e específico), o desenvolvimento metodológico e a estruturação dos capítulos.

### 1.1 DESCRIÇÃO DA SITUAÇÃO PROBLEMA

O princípio do *ne bis in idem* advém do direito romano, sendo consolidado como parte da tradição democrática do direito penal, determinando que ninguém deverá ser punido duas vezes pelo mesmo fato, evidencia-se como corolário do ideal de justiça. Nesse sentido, uma mesma circunstância não poderia ser levada em consideração mais de uma vez para que um mesmo indivíduo fosse punido, evitando, conseqüentemente, a dupla punição (SILVA, 2009).

Mesmo que tal princípio não estivesse consolidado de forma expressa na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, é firme a posição do Supremo Tribunal Federal quanto à incorporação do referido princípio ao ordenamento jurídico brasileiro, com base em um acórdão lavrado pelo Ministro Ilmar Galvão, onde o mesmo afirma que o princípio do *ne bis in idem* complementa o rol de direitos e garantias individuais da Constituição Federal, devendo prevalecer o direito de liberdade sobre o de acusar. (SILVA, 2009).

O referido princípio possui um duplo significado, qual seja, o penal material onde ninguém poderá sofrer mais de uma pena em vista da prática do mesmo crime, e o processual, no qual nenhum indivíduo poderá ser processado e julgado duas vezes por um único fato, entendendo também que não poderá haver mais de um indiciamento ao mesmo indivíduo em virtude do mesmo fato criminoso. (BARROS, 2009a)

Dito isso, houve, na data de 27 de setembro de 2012, o advento da Lei nº 12.720/2012 (BRASIL, 2012), a qual dispõe acerca do crime de extermínio de seres humanos, alterando o Código Penal (BRASIL, 1940), inserindo no artigo 121 do mencionado diploma

legal, o § 6º, dispondo sobre uma causa de aumento de pena caso o crime de homicídio fosse cometido por milícia privada, sob pretexto de prestação de serviço de segurança ou por grupo de extermínio, variando o aumento de 1/3 (um terço) até metade. Também acrescentou ao Código Penal (BRASIL, 1940) o artigo 288-A, tipificando como crime a conduta de constituir, organizar, integrar, manter ou custear organização paramilitar, milícia particular, grupo ou esquadrão com a finalidade de praticar qualquer dos crimes previstos no Código Penal, cominando a pena de reclusão de 4 (quatro) a 8 (oito) anos ao delito.

O texto normativo acabou tornando-se completamente silente quanto a uma definição melhor do que seria a milícia privada ou o grupo de extermínio, não havendo menção também ao número de integrantes necessários à configuração dos crimes.

A doutrina, conceituando o que seria a milícia privada, aponta que a mesma se constituiria pelo agrupamento de pessoas armadas (sendo civis ou militares), que, sob o pretexto de agir em prol do bem-estar da sociedade e propiciar segurança em locais de elevada incidência criminosa, tomam vantagem da inércia estatal, passando a exigir vantagens financeiras em razão da segurança propiciada ao grupo social, dentre outros serviços fornecidos pelo grupo, como transporte, gás, sinais de tv a cabo, etc., caracterizando-se como um poder paralelo ao Estado, instituído nas comunidades onde este não se mostra presente (FONTES; MORAES, 2016).

Cumprir destacar, da mesma forma, o conceito de grupo de extermínio, sendo, pois, uma espécie de milícia privada, como sendo a agregação de indivíduos, tidos como justiceiros ou matadores, que buscam exterminar as pessoas ditas como marginais ou perigosas para a harmonia da sociedade, diante da imperfeição do sistema punitivo do Poder Público e conseqüentemente sua omissão na esfera da segurança pública. (FONTES; MORAES, 2016).

Para parcela da doutrina, ao se analisar o número de integrantes necessário ao reconhecimento do delito tipificado no art. 288-A do Código Penal, toma-se como referência o conceito trazido pela Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, no qual, para a configuração do crime de organização criminosa, é necessária associação de 4 (quatro) ou mais pessoas, aplicando-se a mesma lógica ao art. 288-A do Código Penal (GRECO, 2015).

Em contrapartida, outra parte da doutrina afirma que para a constituição do crime de milícia privada ou grupo de extermínio são necessários, no mínimo, três indivíduos, justificando tal conclusão pelo fato de que se o legislador julgasse necessário somente dois indivíduos para a configuração do tipo penal, teria feito expressa menção, como, por exemplo, nos tipos penais de furto e roubo circunstanciados. Da mesma maneira, teria feito de maneira

explícita caso fosse fundamental a união de quatro ou mais pessoas, conforme artigo 146, § 1º, do Código Penal (JESUS, 2015a).

De caráter minoritário, há ainda uma fração doutrinária a qual sustenta que o número mínimo de integrantes da milícia privada ou do grupo de extermínio, diante do silêncio normativo, consistiria em dois indivíduos, pois tal quantidade de agentes mostra-se suficiente para a formação de um grupo, ainda que de menor porte. Adverte ainda que ao se sugerir um número de três ou quatro integrantes para a constituição da milícia ou grupo de extermínio, seria uma sugestão meramente arbitrária, dado que possível a formação de um grupo com duas pessoas (NUCCI, 2017a).

No entanto, a problemática principal reside na questão da imputação ao agente, do crime de homicídio majorado pela ação de milícia privada, sob o pretexto de prestação de serviço de segurança, ou de grupo de extermínio, em concurso material com o tipo penal de constituição de milícia privada.

Segundo o artigo 69 do Código Penal, considera-se como concurso material quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, sendo que se aplicam cumulativamente as penas privativas de liberdade nos crimes em que tenha incorrido. (BRASIL, 1940).

Portanto, constituem como requisitos para a caracterização do concurso material de crimes a pluralidade de condutas executadas bem como a pluralidade de crimes, podendo o concurso mencionado ser classificado em homogêneo, caso os crimes resultantes sejam da mesma espécie, ou heterogêneo, hipótese na qual os tipos penais resultantes das diversas condutas são de espécies distintas. (CUNHA, 2015).

A problemática surge ao analisar o concurso material em questão sob a ótica do princípio do *ne bis in idem*, uma vez que alguns autores advogam a tese de que ao se aplicar a majorante prevista no § 6º do artigo 121 do Código Penal haverá uma dupla punição pelo mesmo fato quando, concomitantemente, condenar o agente ao delito do artigo 288-A do Código Penal, sendo que o agente delituoso somente deveria ser responsabilizado pelo crime de homicídio simples ou qualificado, a depender das circunstâncias, em concurso com o delito de constituição de milícia privada. (BITENCOURT, 2017a).

Já outra parte da doutrina, divergindo desse posicionamento, alega que quando a milícia privada promove a matança, os agentes responderiam pelo homicídio majorado pela atividade de milícia privada ou de grupo de extermínio em concurso material com o crime de constituição de milícia privada, não havendo que se falar na incidência de *bis in idem* pois os bens jurídicos protegidos pelos diferentes tipos penais são distintos entre si, tendo em vista

que a mesma linha de pensamento é aplicada pelo Supremo Tribunal Federal ao não reconhecer *bis in idem* em face do crime de associação criminosa armada e roubo majorado pelo emprego de arma. (CUNHA, 2016).

Dentre a totalidade de problemas apresentados pelo advento da Lei nº 12.720/2012, a questão principal reside na análise da existência de *bis in idem* quanto à imputação do agente delituoso pela prática do crime homicídio majorado, em virtude de ter sido cometido por milícia privada, em concurso material com o crime de constituição de milícia privada.

## 1.2 FORMULAÇÃO DO PROBLEMA

Há a incidência de *bis in idem* no crime de homicídio praticado por milícia privada ou grupo de extermínio (artigo 121, § 6º, do Código Penal) em concurso material com o delito de constituição de milícia privada (artigo 288-A do Código Penal)?

## 1.3 HIPÓTESE

A princípio, parece dotar de razoabilidade e proporcionalidade não haver a incidência de *bis in idem* quando analisados os crimes de homicídio praticado por milícia privada ou grupo de extermínio e a constituição de milícia privada diante de concurso material, uma vez que os tipos penais descritos protegem bens jurídicos distintos, possuindo também diferentes momentos consumativos.

## 1.4 DEFINIÇÃO DOS CONCEITOS OPERACIONAIS

A expressão “constituição de milícia privada” compreende o que se analisa no tipo penal do artigo 288-A do Código Penal (BRASIL, 1940), dispondo nos seguintes termos: “constituir, organizar, integrar, manter ou custear organização paramilitar, milícia particular, grupo ou esquadrão com a finalidade de praticar qualquer dos crimes previstos neste Código: Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos.”

Dessa forma, a pesquisa definiu quando irá ocorrer a constituição da milícia privada, conceituando o crime em questão, tanto no que se refere à conduta necessária para que haja a adequação relativamente à norma penal, englobando a discussão acerca do número de agentes, quanto às questões que permeiam a necessária diferenciação da constituição da milícia privada dos outros grupos criminosos tratados pelo Código Penal, como a organização criminosa e a associação criminosa.

Assim, a milícia privada pode ser tida, sumariamente, como a congregação de civis de forma estruturada, podendo haver ainda a participação de militares desvinculados de suas funções, possuindo o objetivo de recompor a segurança pública em lugares tomados pela criminalidade diante da displicência do Poder Público. (MASSON, 2015).

Outro ponto em que se mostra necessária a sua explanação é o “homicídio praticado por milícia privada ou grupo de extermínio” termo o qual se traduz na disposição do artigo 121, § 6º, do Código Penal (BRASIL, 1940), conforme segue: “Art. 121. Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos. [...] § 6º A pena é aumentada de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado por milícia privada, sob o pretexto de prestação de serviço de segurança, ou por grupo de extermínio.”

No que concerne a essa questão, o presente trabalho trata da expressão “homicídio praticado por milícia privada ou grupo de extermínio” quando se verificar no caso a efetiva constituição da milícia privada correlacionando esse fato à prática do crime de homicídio pelo grupo criminoso, fazendo com que haja a incidência da causa de aumento de pena citada anteriormente.

## 1.5 JUSTIFICATIVA

O desenvolvimento da pesquisa visa a ressaltar a importância do princípio do *ne bis in idem* em face da análise do crime de homicídio majorado pela atividade de milícia privada em concurso material com delito de constituição de milícia privada.

Percebeu-se que tal problemática, desde o advento da Lei nº 12.720/2012, ainda não chegou a ser objeto de apreciação pelo Superior Tribunal de Justiça, bem como pelo Supremo Tribunal Federal, sendo que as jurisprudências existentes se referem apenas a casos análogos relacionados a outros tipos penais com o mesmo dilema. (CUNHA, 2016; FONTES; MORAES, 2016).

A doutrina diverge quanto ao tema proposto pelo presente trabalho, onde alguns autores consideram que em havendo o crime de homicídio praticado por milícia privada, o agente deverá responder pelo artigo 121, § 6º, em concurso material com o artigo 288-A, ambos do Código Penal. (CUNHA, 2016; LIMA, 2016).

Enquanto que outra parte da doutrina sustenta a tese de que o agente somente responderia pelo homicídio simples, no caso, artigo 121, *caput*, em concurso material com o delito tipificado ao teor do artigo 288-A, tendo em vista que, caso fosse considerada a causa de aumento de pena na mesma circunstância, haveria a incidência do *bis in idem*, onde se puniria o mesmo fato ou conduta por mais de uma vez. (BITENCOURT, 2017a).

Em meios acadêmicos, é visível a elaboração de monografias relacionadas a Lei nº 12.720/2012, objeto da presente pesquisa. No entanto, restringem-se apenas à análise da adequação do referido diploma legal ao que se encontra disposto Constituição Federal, mais especificamente ao princípio da legalidade e taxatividade da norma, bem como a sua aplicabilidade na prática, tendo em vista a difícil conceituação do que viria a ser o crime de constituição de milícia privada, não havendo a discussão da questão central a qual a pesquisa, ora proposta, objetiva abordar.

Sendo a vedação do *bis in idem* considerada como um direito e garantia fundamental pelo Supremo Tribunal Federal, cumpre realizar a análise da sua incidência quanto ao concurso material diante dos crimes anteriormente mencionados, bem como das diversas incógnitas, trazidas pela Lei nº 12.720/2012, como, por exemplo, o número de agentes necessários à constituição da milícia privada, o fato de o artigo 288-A do Código Penal (BRASIL, 1940) não possuir uma definição clara do que viria se constituir pelo mencionado agrupamento criminoso, dentre outras questões, por ventura, a serem analisadas, servindo o presente trabalho para a realização, eventualmente, de estudos e pesquisas futuras.

Nessa linha, vislumbra-se a importância de ordem prática da presente pesquisa, a qual poderá servir de orientação, tanto no meio acadêmico quanto no meio judicial, em referência à discussão acerca da incidência ou não do *bis in idem* no caso do homicídio praticado por milícia privada em concurso material com o crime de constituição de milícia privada, podendo-se falar, ainda, na padronização dos casos concretos, no que se refere às condenações em situações de fato quase que idênticas, visando a maior garantia da segurança jurídica ao condenado, permitindo a efetiva aplicação da isonomia trazida pelo ordenamento jurídico brasileiro.

## 1.6 OBJETIVOS

Neste tópico, apresentam-se o objetivo geral e os objetivos específicos.

### 1.6.1 Geral

Analisar a incidência do princípio do *ne bis in idem* quanto à Lei nº 12.720/12, relativamente ao caso de crime de homicídio praticado por milícia privada ou grupo de extermínio em concurso material com o crime de constituição de milícia privada.

### 1.6.2 Específicos

Discorrer acerca do princípio do *ne bis in idem* e sua aplicação no Direito Penal brasileiro à luz da posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal;

Descrever a conduta caracterizadora do crime de constituição de milícia privada, visando também estabelecer a diferença entre os crimes de associação criminosa, organização criminosa e de constituição de milícia privada;

Demonstrar a possibilidade da incidência do aumento de pena contido no § 6º do artigo 121 do Código Penal, quando da ocorrência do homicídio praticado por milícia privada, levando-se em consideração o pretexto de prestação de serviços.

Identificar o número mínimo de agentes necessários para que se constitua a milícia privada ou o grupo de extermínio e da mesma forma determinar o alcance da causa de aumento de pena prevista no artigo 121, § 6º, do Código Penal sob a ótica da teoria do domínio do fato.

Examinar as divergências doutrinárias bem como os posicionamentos do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça correlativos à discussão do concurso material de crimes em conjunto com a análise do princípio do *ne bis in idem*;

## 1.7 DELINEAMENTO METODOLÓGICO

Quanto ao nível a pesquisa caracteriza-se como **exploratória**, levando-se em consideração que essa espécie possui o objetivo de esclarecer e desenvolver conceitos e

ideias, proporcionando uma visão geral acerca de determinado fato, constituindo uma relação de proximidade do problema para como o pesquisador, visando obter um maior domínio sobre o tema, onde ao final poderá ser objeto de investigação através de procedimentos mais sistematizados. (GIL, 2008).

No tocante ao método de abordagem utilizado na pesquisa, tem-se o **dedutivo**, considerando que a partir de uma suposição genérica, obtém-se um resultado específico, estudando, assim, o problema do trabalho, primeiramente de forma universal, objetivando a análise particular da questão. (MOTTA *et al.*, 2013).

Em relação à abordagem, classifica-se como **qualitativa**, uma vez que o tema proposto não é passível de quantificação, sendo parte da realidade social, na qual o que se trabalha advém do âmbito dos motivos e significados. (MINAYO *et al.*, 2002).

Acerca do procedimento utilizado para a coleta de dados, a pesquisa identifica-se como **bibliográfica** tendo em vista que se baseou, para a elaboração de dados, na consulta à bibliografias já elaboradas, como, por exemplo, livros, artigos, manuais, meios eletrônicos, dentre outros, tentando explicar o problema a partir desses materiais já publicados. (MOTTA *et al.*, 2013).

O processo de levantamento ou coleta de dados foi realizado a partir de documentação indireta, na qual os dados foram obtidos a partir de materiais já elaborados (LEONEL; MARCOMIM, 2015), como livros, artigos, decisões judiciais, sítios da internet, dentre outros tendo em vista a natureza bibliográfica da pesquisa abordada.

Posteriormente foi realizada a sistematização dos dados coletados a partir das fontes mencionadas, buscando a interpretação e a compilação de informações, viabilizando confrontar as divergências acerca do tema e responder aos questionamentos levantados para que se proceda à confecção do relatório a partir de uma análise criteriosa.

## 1.8 DESENVOLVIMENTO DO TRABALHO: ESTRUTURA DO CAPÍTULOS

Encerrado o capítulo introdutório, inicia-se o segundo capítulo do trabalho, no qual é apresentado um breve histórico relativamente às milícias privadas, expondo-se, resumidamente, os fatos justificantes do advento da Lei de Extermínio de Seres Humanos (Lei nº 12.720/12). Também são abordadas questões referentes ao conceito de milícia privada, bem como algumas considerações acerca do crime de constituição de milícia privada.

O terceiro capítulo trata acerca do homicídio praticado por milícia privada, traçando-se algumas considerações gerais acerca do crime disposto no artigo 121 do Código Penal, com atenção a causa de aumento de pena disposta no § 6º do referido artigo, a qual foi introduzida ao dispositivo pela Lei nº 12.720/12.

No quarto capítulo, é explorada a questão do concurso de crimes perante o princípio do *ne bis in idem*, com enfoque ao concurso material entre o crime de constituição de milícia privada e o homicídio praticado por milícia privada ou grupo de extermínio.

No quinto e último capítulo, expõe-se a conclusão do presente trabalho monográfico.

Assim, no capítulo que se segue, é apresentado um sucinto histórico das milícias privadas, bem como seu conceito e aspectos do crime de constituição de milícia privada.

## 2 A MILÍCIA PRIVADA

O respectivo capítulo aborda uma breve ponderação acerca da evolução histórica da milícia privada até o advento da Lei nº 12.720/12 (BRASI, 2012a), estabelecendo também o conceito de milícia privada, bem como algumas considerações acerca do crime previsto no artigo 288-A do Código Penal (BRASIL, 1940).

### 2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA CONCEITUAL

Primordialmente, à época do Brasil Império, a definição de “milícia”, para os portugueses, relacionava-se diretamente com as ditas tropas de segunda linha, as quais possuíam a função de servir de auxílio ao Exército, o qual era denominado de primeira linha. Em virtude de a polícia militar ser considerada como força reserva auxiliar do exército, foi considerada como milícia durante certo tempo, sendo comum no âmbito jurídico a utilização desse termo quando feita referência à Polícia Militar. (GRECO, 2017a).

No entanto, com a ação ilícita de diversos grupos de agentes estatais, os quais se utilizavam de práticas violentas para proceder ao domínio de comunidades carentes, o termo “milícia”, atualmente, possui grande caráter depreciativo, não podendo mais ser utilizado como referência à Polícia Militar como anteriormente, uma vez que tais grupos criminosos passaram a exercer a função de juiz além da de polícia, ocasião na qual, a partir de 2004, com a grande propagação desses grupos no Estado do Rio de Janeiro, os órgãos de imprensa passaram a utilizar constantemente da expressão “milícia”. Tal termo incorporou-se ainda mais ao vocabulário da segurança pública em virtude de diversos atentados verificados no mês de dezembro do ano de 2006 por parte de facções do narcotráfico, como resposta ao crescimento das milícias. (RIO DE JANEIRO, 2008).

Assim, as **milícias podem ser divididas em públicas**, as quais são compostas por integrantes do Poder Público, como as forças policiais e as Forças Armadas, com funções legalmente determinadas, e **em privadas**, correspondente àquelas que foram criadas à margem da lei, chamadas também de paramilitares. Estas, sendo ilegais e, portanto, criminosas, contaram, na sua formação inicial, com a participação de policiais, ativos ou não, bem como civis, possuindo, a princípio, a função de proteção aos indivíduos de uma região específica. (ESTEFAM, 2017a; GRECO, 2017a).

**As milícias privadas** originaram-se, a princípio, em virtude das comunidades carentes que necessitavam de proteção em relação ao controle existente pelo tráfico de drogas e os outros crimes relacionados a tal prática. Todavia, percebendo a potencialidade de auferir vantagens econômicas, as milícias acabaram expandindo-se gradativamente, dominando comunidades em que o tráfico de drogas não se mostrava presente, agindo de maneira violenta, sujeitando os moradores da região ao seu controle. (GALVÃO, 2013)

Para a realização de suas atividades, a milícia cobrava certa remuneração pelos serviços prestados, havendo eventualmente o confronto com traficantes e criminosos locais, os quais acabavam sendo expulsos da região, quando não eram mortos. (GRECO, 2017a).

No tocante ao controle exercido pelas milícias, bem como os serviços prestados por elas, os quais eram objeto de cobrança dos indivíduos residentes na região controlada, conforme consta no Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito instituída pela Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, por meio da Resolução nº 433/2008, Galvão (2013, p. 69), destaca que

[...] o controle econômico exercido pelas milícias se dá basicamente pela coação dos moradores a pagar: taxa de segurança, taxa diferenciada para moradores que possuem veículos, taxa de instalação e mensalidade dos serviços de sinal de TV a cabo e Internet, controle e ágio na venda de gás e garrafão de água, cobrança de alimentos para composição da cesta básica para os milicianos, taxa que varia de 10% a 50% do valor da venda de imóveis, taxa para legalização de imóveis, taxa para permitir construções na comunidade, controle e cobrança de taxas do transporte alternativo: mototáxi, vans e kombis, cobrança de taxa para funcionamento de barracas de “camelô”, festas e pipoca, cobrança de instalação de portões e guaritas na comunidade. Ficou apurado ainda, que as milícias passaram a interferir nos resultados de eleições coagindo os moradores das comunidades carentes a votar em determinados candidatos por elas indicados.

A atuação de tais grupos consistia em uma realidade preocupante, ocorrendo cada vez mais a proliferação das chamadas milícias privadas em diversas metrópoles brasileiras, particularmente no Rio de Janeiro, exercendo a atividade criminosa em face da omissão do Estado, ingressando nos territórios sob o argumento de prestação de serviços de segurança. Diante de tais fatos, era necessário o posicionamento do Estado em relação as referidas práticas criminosas. (ESTEFAM, 2015).

## 2.2 O ADVENTO DA LEI Nº 12.720/12

A resolução nº 44/162, editada, em 1989, pela Assembleia Geral das Nações Unidas (1989) salientou que os países membros devem aprovar medidas legislativas com o objetivo de penalizar execuções extralegais, preceituando que

Os governos proibirão por lei todas as execuções extralegais, arbitrárias ou sumárias, e zelarão para que todas essas execuções se tipifiquem como delitos em seu direito penal, e sejam sancionáveis como penas adequadas que levem em conta a gravidade de tais delitos. Não poderão ser invocadas, para justificar essas execuções, circunstâncias excepcionais, como por exemplo, o estado de guerra ou o risco de guerra, a instabilidade política interna, nem nenhuma outra emergência pública. Essas execuções não se efetuarão em nenhuma circunstância, nem sequer em situações de conflito interno armado, abuso ou uso ilegal da força por parte de um funcionário público ou de outra pessoa que atue em caráter oficial ou de uma pessoa que promova a investigação, ou com o consentimento ou aquiescência daquela, nem tampouco em situações nas quais a morte ocorra na prisão. Esta proibição prevalecerá sobre os decretos promulgados pela autoridade executiva. [sic].

Dessa forma, foi proposto na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 370/2007, de autoria do Deputado Luiz Couto, buscando conceituar o que viria a ser o crime de extermínio de seres humanos, bem como criar o crime de constituição de grupo de extermínio ou de milícia privada, sendo apensado ao projeto mencionado o Projeto de Lei nº 3.550/2008, o qual tratava a constituição de milícia privada como forma especial de associação criminosa, dispondo também acerca das causas de aumento a serem inseridas nos crimes de homicídio e lesão corporal dolosos, previstos no Código Penal. (ESTEFAM, 2015).

O conteúdo da referida proposta legislativa teve como origem as diligências realizadas pela Comissão Parlamentar dos Grupos de Extermínio no Nordeste, com o objetivo de investigar as operações das milícias privadas nos vários Estados do Brasil. Assim, constituíram-se três objetivos: o primeiro, referia-se ao compromisso com a Resolução nº 44/162, aprovada, em 1989, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, como anteriormente citado. O segundo, consistia em tutelar o direito à vida, conforme ratificado pelo Brasil no Pacto de San José da Costa Rica (Decreto nº 678/92) e no Estatuto de Roma (Decreto nº 4.388/2002). Por último, possuía o propósito de deslocamento de competência de julgamento para o âmbito federal, para que não houvesse intimidações políticas sobre os agentes públicos estaduais pelos indivíduos integrantes das milícias. No Projeto de Lei, originalmente, foi considerado que os referidos crimes atentavam contra o Estado Democrático de Direito, tendo por consequência o interesse da União (CAPEZ, 2016; DELMANTO *et al.*, 2016).

Da mesma forma, a maneira violenta com a qual as milícias alcançavam o controle de diversas regiões, especialmente no Rio de Janeiro, serviu como estímulo para que o crime de constituição de milícia privada fosse tipificado. A estimativa é de que até o mês de novembro do ano de 2010, época na qual foi iniciada a pacificação das comunidades do Complexo do Alemão e da Vila Cruzeiro, num total de 1.006 favelas do Rio de Janeiro, 55,9% estavam sob o domínio do tráfico de entorpecentes, 41,5% eram dominadas pelas

milícias, enquanto que somente em 2,6% das comunidades carentes as Unidades de Polícia Pacificadora estavam presentes. (GALVÃO, 2013).

Nesse contexto, no dia 27 de setembro de 2012 foi sancionada a Lei nº 12.720/12, alterando o Código Penal, passando a dispor acerca do extermínio de seres humanos, estabelecendo os crimes praticados pelas milícias privadas ou grupos de extermínio. A referida Lei acrescentou o § 6º no artigo 121 do Código Penal, determinando que a pena do crime de homicídio será aumentada de um terço até a metade se este for praticado por milícia privada ou grupo de extermínio. Também inseriu no mencionado diploma legal o artigo 288-A, tipificando o crime de constituição de milícia privada, estabelecendo a pena de reclusão de quatro a oito anos. (BRASIL, 2012).

### 2.3 CONSIDERAÇÕES SOBRE O CRIME DE CONSTITUIÇÃO DE MILÍCIA PRIVADA

Essa seção possui por objetivo descrever quais as condutas que caracterizam o crime de constituição de milícia privada, disposto no artigo 288-A do Código Penal (BRASIL, 1940), demonstrando a problemática conceitual do crime, bem como os demais aspectos atinentes à figura típica, como sujeito, voluntariedade, objetividade jurídica e estabelecer as diferenças entre a associação criminosa, organização criminosa e a milícia privada.

#### 2.3.1 Conceito de milícia privada

Ainda que no artigo 288-A do Código Penal seja feita referência às expressões distintas da milícia privada, como “organização paramilitar”, “milícia particular”, “grupo” ou “esquadrão”, o *nomen juris* revela nitidamente que o ilícito se trata das milícias privadas que, sob pretexto de prestação de serviços de segurança, cometem, em determinada localidade, vários crimes, como roubo, extorsão, ameaça, usurpação de função pública e até mesmo homicídio. Tais expressões constantes no tipo penal, citadas anteriormente, não caracterizam quatro diferentes ilícitos penais, correspondem, em verdade, figuras afins à milícia privada. (GONÇALVES, 2016).

Mesmo que o crime de milícia privada esteja disposto expressamente no Código Penal, o tipo é indeterminado, não preconizando o que viria a constituir-se como milícia particular, organização paramilitar, grupo ou esquadrão, cabendo à doutrina estabelecer quais

seriam as condutas que definiriam as novas modalidades de associação criminosa. (CUNHA, 2016).

No que concerne à **organização paramilitar**, a doutrina define como sendo a associação civil que age à margem da lei. Sua ordenação se assemelha à militar relativamente à estrutura hierarquizada, armamento e técnicas de combate (AZEVEDO; SALIM, 2015a). Na maioria dos casos, a associação apresenta-se uniformizada, possuindo ainda nomenclatura de postos, conquanto não sejam requisitos imprescindíveis à sua constituição, possuindo como finalidade o treinamento bélico de seus integrantes, implicando no uso de armamentos, ainda que de forma eventual. (CAPEZ, 2016).

Quanto ao **grupo e esquadrão**, há doutrina no sentido de que a elementar “grupo”, em razão de uma interpretação sistemática da Lei nº 12.710/12, a qual faz referência literal ao termo “grupo de extermínio”, refere-se tão somente aos grupos de extermínio, sendo que “esquadrão” possuiria o mesmo significado de grupo, tanto que determinado grupo de extermínio ficou conhecido como esquadrão da morte. (AZEVEDO; SALIM, 2015a; MASSON, 2016).

Por outro lado, a doutrina contrária afirma que a expressão “grupo” não se restringe somente aos “grupos de extermínio”, já que também pode ser empregado no sentido de organização paramilitar. Nesse sentido, nada impede que uma milícia seja ao mesmo tempo enquadrada como grupo de extermínio. O inverso não ocorre uma vez que o grupo de extermínio possui unicamente o intuito de matar pessoas. (GONÇALVES, 2016).

Frise-se que o termo “extermínio de pessoas”, trazido pela Lei nº 12.720/12, não se confunde com o crime de genocídio, disposto pela Lei nº 2.889/56, pois o último refere-se àquele que possui o dolo de destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso. Caso haja a associação para a prática do genocídio, o artigo 2º da Lei nº 2.889/56 tipifica a conduta pontualmente (GRECO, 2017a).

Por **grupo de extermínio** entende-se a associação de matadores, autointitulados “justiceiros”, podendo ser composta tanto por civis quanto por policiais, com o objetivo de promover a matança de indivíduos etiquetados como marginais ou perigosos para a sociedade. A existência de tais grupos se dá em razão da omissão do Estado no campo da Segurança Pública. (CUNHA, 2016; FONTES, MORAES, 2016; MASSON, 2016).

Assim, a **milícia particular** compreende-se como sendo o conjunto de pessoas armadas, sejam essas civis ou militares, as quais utilizam como justificativa a omissão estatal, atuando inveridicamente em favor do bem-estar social para que se reestabeleça a segurança em locais carentes ou dominados pela criminalidade, restaurando, em tese, a paz. Tais grupos

exigem, em virtude da prestação de serviços, determinada remuneração, fornecendo também sistemas de transporte, gás, água, tv a cabo, dentre outros. Revela-se como uma atividade paralela em razão da desídia do Poder Público, valendo-se de coação, violência e ameaças, ignorando o monopólio estatal. (CUNHA, 2016; FONTES, MORAES, 2016; MASSON, 2016).

O sociólogo Ignácio Cano, citado no Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, apontou as características de uma milícia privada as quais podem ser utilizadas como orientação. Assim a milícia é caracterizada pelo controle coativo do território e população por parte de um grupo armado irregular, possuindo ânimo de lucro, utilizando-se de um discurso de legitimação para a proteção da comunidade e estabelecimento de uma ordem, com a participação de agentes do Estado. (GRECO, 2017a).

Portanto, cumpre **identificar as condutas** definidas no tipo para a caracterização do delito em comento, possuindo o dispositivo os seguintes verbos nucleares: **constituir**, no sentido de compor a milícia, criar ou fundar; **organizar**, significando encontrar a melhor maneira de agir, estabelecendo bases para o funcionamento do grupo; **integrar**, traduzindo-se na conduta de fazer parte da milícia; **manter ou custear**, corresponde ao ato de sustentar, colaborar para o prosseguimento das atividades, seja financeiramente ou pelo fornecimento de materiais. (CUNHA, 2016; GONÇALVES, 2016).

### 2.3.2 Sujeito e número mínimo de integrantes

O delito do artigo 288-A do Código Penal não exige qualquer condição ou qualidade pessoal do agente, podendo ser praticado, conseqüentemente, por qualquer pessoa. Tendo em vista o concurso necessário de pessoas, trata-se de crime plurissubjetivo, de condutas paralelas, ocasião em que diversos indivíduos se auxiliam de forma mútua com o intuito de produzir um mesmo resultado (CUNHA, 2016; MASSON, 2016).

Ressalta-se que a prática de vários verbos nucleares de um só tipo penal, configura tão somente um único crime, não havendo o que se falar em concurso de crimes (MACHADO, 2017).

Quanto ao número mínimo de integrantes necessários à prática do delito, o texto normativo é totalmente silente, resultando em posições doutrinárias divergentes.

Minoritariamente, há quem entenda que a milícia privada poderá ser formada por no mínimo duas pessoas, realizando-se uma analogia ao delito de associação para o tráfico,

tipificado ao teor do artigo 35 da Lei nº 11.343/06. Tal corrente tenta ainda justificar-se utilizando o exemplo do crime de rixa, o qual a doutrina concluiu necessitar de no mínimo três integrantes por conta da lógica e inevitabilidade, posto que caso o crime ocorresse entre apenas duas pessoas, configuraria apenas lesões corporais recíprocas (NUCCI, 2017b).

De forma um pouco mais coerente, parte da doutrina sustenta que o número mínimo de integrantes deve alinhar-se àquele estabelecido ao conceito de organização criminosa, definida na Lei nº 12.850/13, uma vez que a palavra “grupo” parece fazer referência a necessidade de pelo menos quatro integrantes (CUNHA, 2016; FONTES, MORAES, 2016; GRECO, 2017a).

Nas palavras de Franco (2000 apud GRECO, 2017a, p. 590):

Em matéria penal, a ideia de grupo vincula-se, de imediato, a uma hipótese de crime plurissubjetivos, mas, nesse caso, quantas pessoas devem, no mínimo, compor o grupo? O texto é totalmente silente a respeito. Mas é obvio que a ideia de ‘par’ colide, frontalmente, com a de ‘grupo’: seria, realmente, um contrassenso cogitar-se de um grupo composto de duas pessoas... De uma forma geral, quando estrutura uma figura plurissubjetiva, o legislador penal, em respeito ao princípio constitucional da legalidade, não deve deferir, ao juiz ou ao intérprete, a tarefa de especificar o número mínimo de agentes. Deve quantificá-la, de pronto. A simples discussão sobre essa matéria evidencia a falha de técnica legislativa e põe a nu a ofensa ao princípio constitucional já mencionado. Um tipo penal não pode ficar para a garantia do próprio cidadão – e a legislação penal nada mais é, em resumo, do que uma limitação do poder repressivo estatal em face do direito de liberdade de cada pessoa – na dependência dos humores ou dos azares interpretativos do juiz. (Grifo do autor).

No mesmo sentido, é explicado por essa corrente doutrinária que não obstante a milícia privada apareça no Código Penal como uma configuração especial do crime de associação criminosa, expresso no artigo 288 do referido diploma legal, a mesma possui estrutura interna mais semelhante à uma organização criminosa, a qual somente se configura com a congregação de mais de três pessoas, do que à própria associação criminosa, sendo que o delito de constituição de milícia privada faz alusão a termos que se identificam pela grande quantidade de integrantes, como “organização paramilitar”, “milícia particular”, “grupo” e “esquadrão”. Dessa maneira, caso haja a reunião de somente três pessoas destinadas a praticar crimes, haveria tão somente o crime de associação criminosa do artigo 288 do Código Penal. (ESTEFAM, 2015).

No entanto, parece ser muito mais razoável o entendimento da doutrina majoritária de que **para a constituição da milícia privada será necessária a presença de, no mínimo, três integrantes.** (BITENCOURT, 2017b; BUSATO, 2017; DELMANTO *et al.*, 2016; GALVÃO, 2016; JESUS, 2015b; LIMA, 2016; MASSON, 2016).

Isso porque como o delito foi inserido no artigo 288-A do Código Penal, pode-se concluir que se trata de uma subespécie de associação criminosa, tendo em vista a similaridade e proximidade topográfica entre os delitos citados, autorizando a conclusão pelo número mínimo de três indivíduos para a composição da milícia (BITENCOURT, 2017b; LIMA, 2016).

Não se poderia admitir tão somente o número mínimo de dois integrantes, pois se trata de uma quantidade insuficiente para a correta definição de organização paramilitar, milícia particular, grupo ou esquadrão, uma vez que duas pessoas configuram em verdade uma dupla ou um par (BUSATO, 2017). Também se extrai o entendimento de que não é possível a configuração do delito por somente duas pessoas em virtude de que quando o é, o legislador menciona de forma expressa, como nos casos das formas circunstanciadas dos delitos de furto e roubo, constantes nos artigos 155, §4º, IV e 157, §2º, II, ambos do Código Penal, respectivamente (JESUS, 2015b).

Cumprido destacar ainda que caso interprete-se a configuração do delito pela reunião de tão somente duas pessoas, criar-se-ia uma forma mais rigorosa que aquela objetivada pelo legislador, de forma que deve ser feita uma interpretação restritiva, pois uma vez que o intérprete não deve atuar em prejuízo do indivíduo, a interpretação extensiva não é admitida no caso, pois não deve estender-se a condutas não compreendidas pelo tipo legal incriminador. (BITENCOURT, 2017b).

É inviável também exigir como requisito à tipificação do delito o conjunto de quatro pessoas, ao se traçar um paralelo ao artigo 1º, § 1º, da Lei nº 12.850/2013 (LIMA, 2016). De qualquer forma, se o legislador evidentemente objetivasse que o delito deveria constituir-se por no mínimo quatro integrantes, fá-lo-ia de maneira categórica, a exemplo do artigo 146, § 1º, do Código Penal, o qual estabelece uma causa de aumento de pena para o crime de constrangimento ilegal, caso seja cometido por mais de três pessoas. (JESUS, 2015b; MASSON, 2016).

#### 2.3.2.1 Inimputabilidade

Dentre o número mínimo de integrantes necessário à configuração do crime de constituição de milícia privada, surge a questão acerca dos inimputáveis, se os mesmos são ou não computados no que diz respeito ao número mínimo de integrantes da milícia, surgindo duas correntes doutrinárias.

Há quem de defenda a tese de que somente poderiam ser incluídos no número mínimo do referido crime aqueles que são penalmente imputáveis, considerando que caso os doentes mentais e menores de 18 anos pudessem ser considerados, estar-se-ia diante de responsabilidade penal objetiva, representando, pois, inequívoca arbitrariedade ao utilizar os incapazes unicamente para a constituição do crime. (BITENCOURT, 2017b).

Por outro lado, e de forma majoritária, entende-se que a legislação não faz qualquer exigência de que os integrantes da milícia sejam imputáveis, de maneira que a formação da milícia privada poderia ocorrer com incapazes no grupo. (NUCCI, 2017b).

Considera-se ainda que o tipo penal possui como fundamento o perigo que a associação representa para a sociedade, tendo em vista a pluralidade de agentes, de modo que a mera inimputabilidade não se constitui como causa impeditiva à formação da milícia. (NORONHA, 1968 apud NUCCI, 2017b).

Dessa forma, **é perfeitamente admissível que o crime do artigo 288-A do Código Penal se tipifique com a associação de dois indivíduos plenamente imputáveis com um inimputável**, como, por exemplo, dois indivíduos maiores de idade e capazes e um adolescente (MASSON, 2016).

No entanto, cumpre ressaltar a necessidade de um desenvolvimento mental mínimo do inimputável para que o mesmo seja considerado como integrante da milícia, não sendo lógico que esse, quando não possui o necessário discernimento para entender o que está fazendo, seja considerado como associado da milícia, podendo, a depender do caso, configurar mera hipótese de autoria mediata, onde indivíduos imputáveis utilizam-se dos incapazes como meio de cometimento de certos delitos. (MASSON, 2016; NUCCI, 2017b).

Nessa linha, explica Masson (2016, p. 418):

Vejamos um exemplo: em troca de guloseimas, uma criança de 5 anos de idade fica na entrada da comunidade vigiando a aproximação de policiais. Quando as viaturas oficiais rondam o local, ela empina uma pipa. Nessa hipótese, evidentemente, não se pode considerar a criança como membro da milícia privada, o que seria atentar ao bom senso e à lógica que devem pautar a atuação dos operadores do Direito.

Portanto, evidentemente um inimputável poderá vir a ser computado como integrante da milícia, satisfazendo o número mínimo de integrantes necessário à configuração do tipo penal, devendo-se atentar ao detalhe do discernimento que o incapaz possuía relativamente à associação para com o grupo criminoso, havendo a possibilidade de a milícia privada ser constituída por tão somente um maior de idade e dois adolescentes por exemplo, de forma que o indivíduo penalmente imputável deverá ser julgado pela justiça comum e os menores deverão responder por ato infracional. (JALIL; GRECO FILHO, 2016).

### 2.3.2.2 Pessoas não identificadas

Outro ponto que se mostra inescusável o esclarecimento se verifica quando não é possível determinar os demais integrantes da milícia, ainda que na existência de provas incontestas da configuração do tipo (NUCCI, 2017b). A milícia, como visto anteriormente, de acordo com o entendimento majoritário, implica na reunião de no mínimo três pessoas. Ocorre que em determinados casos, somente pode-se identificar dois de três indivíduos integrantes do grupo. (MASSON, 2016).

Nesses casos, havendo provas suficientes da caracterização efetiva da milícia privada, os indivíduos identificados deverão ser processados pelo crime de constituição de milícia privada, sem que nada impeça o prosseguimento das investigações para que sejam especificados os demais integrantes do grupo (MASSON, 2016; NUCCI, 2017b).

Tanto o Superior Tribunal de Justiça, como o Supremo Tribunal Federal consideram válida a hipótese de oferecimento de denúncia genérica por parte do órgão ministerial, em virtude do desconhecimento dos demais integrantes da milícia, desde que carreada de provas contundentes do fato (JALIL; GRECO FILHO, 2016).

### 2.3.3 Objetividade jurídica, momento consumativo e voluntariedade

O crime do artigo 288-A do Código Penal encontra-se inserido no Título IX, da Parte Especial do Código Penal, o qual trata dos crimes contra a paz pública (BRASIL, 1940). Nesse sentido, tem-se que o crime de constituição de milícia privada visa a tutelar a paz pública (CUNHA, 2016; GONÇALVES, 2016; GRECO, 2017a; MASSON, 2016;).

O Código Penal brasileiro, ao adotar a terminologia “**paz pública**” seguiu os exemplos das legislações suíça, francesa e uruguaia, dando preferência ao valor subjetivo do que se compreende pelo termo “ordem pública”, diferentemente de outros ordenamentos, como o argentino e o italiano, os quais aderiram ao sentido objetivo, adotando a terminologia “crimes contra a ordem pública” (BITENCOURT, 2017b).

Ao tutelar-se a ordem pública, volta-se ao aspecto objetivo do delito, o qual consiste na condição de fato de paz existente entre os indivíduos. Já o aspecto subjetivo da ordem pública diz respeito à proteção do sentimento de paz a tranquilidade. (JALIL; GRECO FILHO, 2016).

Ainda que tal crime seja previsto em algumas legislações estrangeiras como ofensivo à ordem pública, tal terminologia não se mostra adequada para definir os crimes constantes no Título IX, do Código Penal, posto que qualquer infração que gerar perigo de dano ou efetivamente causá-lo, relativamente aos bens jurídicos imprescindíveis ao convívio social, afetarà a ordem pública. Assim, é evidente que o termo “ordem pública” é desprovido de um melhor esclarecimento acerca do bem jurídico que de fato busca-se proteger. (JESUS, 2015b).

A paz pública pode ser entendida como espécie do termo ordem pública, uma vez que do último extrai-se a interpretação de que compreende algo mais abrangente do que aquilo que os crimes inseridos no Título IX, do Código Penal, visam a proteger, visto que todo delito, em maior ou menor grau, acaba por afrontar a ordem pública. Dessa forma, a paz pública relaciona-se realmente com o senso de tranquilidade da sociedade defendido pela ordem pública (NORONHA, 1962, apud DELMANTO *et al.*, 2016).

No mesmo raciocínio, Hungria (1959 apud MASSON, 2016, p. 386) destaca:

Com os crimes de que ora se trata (pelo menos com os arrolados pela nossa lei comum), não se apresenta efetiva perturbação da ordem pública ou da paz pública no sentido material, mas apenas se cria a possibilidade de tal perturbação, decorrendo daí uma situação de alarma no seio da coletividade, isto é, a quebra do sentimento geral de tranquilidade, de sossego, de paz, que corresponde à confiança na continuidade normal da ordem jurídico-social.

Não é suficiente, portanto, que o Poder Público somente vise a garantir a integridade da ordem pública considerada em sua forma objetiva, a qual se constitui como a vida social pacífica. O que deve ser resguardado pelo Estado é a tranquilidade e consciência de regularidade presente na mentalidade de cada indivíduo. (MASSON, 2016).

Nessa perspectiva, vislumbra-se que o Direito deve buscar tutelar a confiança depositada pelos indivíduos e o sentimento de tranquilidade relativamente à ordem jurídica existente, dado que o objeto jurídico paz social evidencia-se imperioso à permanência e ao desenvolvimento de uma sociedade. Tal proteção jurídica é verificada por meio da incriminação de determinadas condutas as quais objetivam implantar a insegurança, medo e conseqüentemente o caos social (JESUS, 2015b).

Sob esse prisma, os crimes definidos no Código Penal como atentatórios à paz pública, são punidos com o objetivo de evitar maiores danos decorrentes das condutas tipificadas. Assim, observa-se que as condutas dispostas no Título IX, do Código Penal, constituem-se como verdadeiros atos preparatórios definidos como crime, ocorrendo nítida antecipação da tutela penal, uma vez que o legislador se adiantou às efetivas violações de

outros bens jurídicos, sendo necessário, no entanto, que tais atos sejam efetivamente praticados, não podendo punir-se a mera cogitação. Como exemplo, a simples cogitação de se constituir uma milícia privada não deve ser punida, mas deverá quando há a efetiva constituição, por meio de condutas externas ofensivas ao bem jurídico protegido. (ESTEFAM, 2015; JESUS, 2015b).

Nessa mesma linha, esclarece Noronha (2003 *apud* GRECO, 2017a, p. 544):

A punição dos fatos integrantes do capítulo é inspirada mais em motivo de prevenção; é com o fim de conjurar maiores males que o legislador os pune e reprime, tal qual acontece, v.g., com o bando ou quadrilha, cujo propósito deliberado é praticar delitos, ofendendo, dessarte, concretamente outros bens de sumo valor, como a vida, o patrimônio, a liberdade etc. Em tal emergência, como já se escreveu, a impaciência do legislador se antecipa e não espera que o propósito delituoso se consuma, punindo, em última análise, a intenção, o projeto delituoso. São quase todos esses crimes autênticos atos preparatórios e a razão de puni-los está no relevo que o legislador dá ao bem ameaçado ou porque sua frequência está a indicar a necessidade da repressão, em qualquer caso, em nome da paz social.

Portanto, o legislador não permaneceu na esfera passiva, de modo a esperar a efetiva prática de um crime para somente então permitir que fosse aplicado o poder punitivo do Estado. Agiu, assim, de forma preventiva, ao punir determinados comportamentos dos quais poderiam resultar a execução de delitos. A título exemplificativo, a associação criminosa, definida ao teor do artigo 288 do Código Penal é punida com o intuito de evitar que por ela sejam praticados vários outros crimes, como roubos, homicídios, latrocínios, etc. frequentemente verificados na ação dessas associações. (MASSON, 2016).

Frise-se que não há que se falar na possibilidade de, excepcionalmente, o Código Penal punir os atos preparatórios, fugindo à regra estabelecida no artigo 14 do referido diploma legal, mesmo que precipuamente tenha-se impressão de que tal hipótese ocorra. Caso o fato fosse analisado de maneira isolada, poderia ser considerado como tão somente um ato preparatório, no entanto, pune-se o agente que efetivamente executa o núcleo do tipo, não existindo, pois, atos preparatórios puníveis, mas sim condutas tipificadas as quais se amoldam de fato como crime. (GRECO, 2017a).

Quanto ao crime de constituição de milícia privada, evidentemente, cumpre ressaltar algumas considerações **acerca do momento consumativo**, bem como aspectos relativos à voluntariedade do delito.

O crime disposto ao teor do artigo 288-A do Código Penal é **classificado como formal**, estando consumado com a simples prática da conduta nuclear do tipo, ou seja, a partir do momento em que três ou mais indivíduos, conforme anteriormente ponderado acerca do número mínimo de integrantes, agem em comunhão de vontades para constituir, organizar, integrar, manter ou custear organização paramilitar, milícia particular, grupo ou esquadrão,

com o objetivo de praticar crimes previstos no Código Penal, não sendo necessário que os delitos pretendidos venham a ser efetivamente executados, uma vez que classificado como **crime de perigo abstrato**. (AZEVEDO; SALIM, 2015a; CAPEZ, 2016; CUNHA, 2016; GONÇALVES, 2016).

Relativamente às pessoas que posteriormente vierem a integrar a milícia já formada, a consumação será verificada no momento da adesão de cada indivíduo. (CUNHA, 2016; MASSON, 2016).

Tratando-se também de um **crime permanente**, sua consumação protraí-se no tempo, de forma que, por exemplo, enquanto o agente estiver mantendo ou integrando a milícia, a consumação será renovada a cada instante, sendo, conseqüentemente, admitida a prisão em flagrante a qualquer momento. (AZEVEDO; SALIM, 2015a; CAPEZ, 2016; CUNHA, 2016; GONÇALVES, 2016). No que diz respeito ao custeio da milícia, este poderá ser de forma instantânea ou permanente, caso ocorra de uma só vez ou haja sua continuação no tempo (CAPEZ, 2016).

Como tal infração é autônoma, isto é, independe da prática de outros delitos para sua constituição, eventual crime praticado pela milícia resultará na responsabilização a título de concurso material entre a constituição de milícia privada e crime pretendido de fato executado. (CUNHA, 2016; GONÇALVES, 2016; MASSON, 2016).

**A tentativa**, por sua vez, **mostra-se inadmissível** pois o crime de constituição de milícia privada classifica-se como crime obstáculo, dado que a conduta ora incriminada representa atos preparatórios para o cometimento de outros delitos, de forma que tais crimes não admitem a forma tentada. O indivíduo constituirá, integrará, manterá, organizará ou custeará o agrupamento, não existindo crime caso proceda à conduta diversa, visto que qualquer ato praticado nessa acepção acarretará na consumação do crime. (AZEVEDO; SALIM, 2015a; BITENCOURT, 2017b; CAPEZ, 2016; GONÇALVES, 2016; ISHIDA, 2015; MASSON, 2016).

No que concerne à voluntariedade, **é necessário o dolo**, consistente na vontade de praticar o a conduta definida no tipo penal, exigindo ainda o fim especial do agente de praticar qualquer dos crimes previstos no Código Penal, elemento subjetivo especial sem o qual o delito não se configura, não havendo que se falar na modalidade culposa do delito. (AZEVEDO; SALIM, 2015a; CAPEZ, 2016; CUNHA, 2016; DELMANTO *et al.*, 2016; ESTEFAM, 2015; ISHIDA, 2015; JALIL; GRECO FILHO, 2016; JESUS, 2015b).

Ressalta-se que o fim especial exigido pelo tipo penal em apreço limita-se aos crimes previstos unicamente no Código Penal, independentemente da objetividade jurídica

dos delitos praticados, bem como da qualidade e quantidade da pena cominada. Dessa forma, excluem-se os crimes previstos em legislação penal extravagante, de modo que caso se objetive praticar crimes previstos em leis especiais, será inaplicável o artigo 288-A do Código Penal, restando somente o artigo 288 do mesmo diploma legal (ISHIDA, 2015; MACHADO, 2017; MASSON, 2016).

Nesse mesmo sentido, caso a milícia se constitua com o objetivo praticar o crime de tráfico de drogas, não se estará diante da aplicação do artigo 288-A do Código Penal, e sim deverá incidir o artigo 35 da Lei nº 11.343/2006, o qual dispõe acerca da associação para o tráfico (BRASIL, 2006; ESTEFAM, 2015; JESUS, 2015b; MASSON, 2016).

Ainda que o dispositivo faça menção a qualquer dos crimes existentes no Código Penal, a interpretação a ser dada a expressão deve ser de maneira restrita, uma vez que se mostra inconcebível que a milícia seja constituída com o intuito de praticar crimes culposos ou preterdolosos, visto que tais crimes, logicamente, pressupõem um resultado não pretendido, sendo impossível, pois, que a milícia busque um resultado que não deseja. (AZEVEDO; SALIM, 2015a; LIMA 2016; MASSON, 2016).

Há ainda uma interpretação mais restrita, quanto aos crimes praticados pela milícia, dada por alguns doutrinadores, no sentido de que não são todos e quaisquer delitos que seriam abrangidos pelo artigo 288-A do Código Penal, ainda que previstos unicamente no referido diploma legal, devendo somente ser considerados aqueles que de fato vinculam-se à atividade própria de milícia privada, como no caso dos crimes de homicídio, lesão corporal, extorsão, sequestros, ameaças, etc. De forma exemplificativa, não se mostra razoável que uma organização paramilitar respondesse pelo crime do artigo 288-A do Código Penal quando possuía a finalidade de praticar diversos delitos contra a honra (calúnia, injúria, difamação), devendo incidir no caso, portanto, o artigo 288 do Código Penal, o qual trata do crime de associação criminosa. (AZEVEDO; SALIM, 2015a; CUNHA, 2016; GRECO, 2017a).

#### **2.3.4 Diferenças entre organização criminosa, associação criminosa e milícia privada**

Tendo em vista a não muito clara redação do artigo 288-A do Código Penal, na qual, conforme visto, não há a definição de fato do que viria a ser uma milícia privada, nem mesmo o número mínimo de integrantes necessários à constituição, dentre outros fatores, deve-se estabelecer as diferenças entre associação criminosa e organização criminosa, relativamente ao crime de constituição de milícia privada.

Primeiramente, quanto às **distinções entre a milícia privada e associação criminosa**, observa-se que a milícia possui uma limitação do elemento subjetivo específico, uma vez que somente objetiva a prática de crimes previstos no Código Penal, diferentemente da associação criminosa que, ainda que exija uma finalidade específica da mesma forma que a milícia privada, essa é menos restrita, bastando que possua o desígnio de cometer tão somente crimes, abarcando tanto os previstos no Código Penal como aqueles dispostos em legislação extravagante, ficando excluídas unicamente as contravenções penais. (BUSATO, 2017; DELMANTO, 2016; GRECO, 2017a; JESUS, 2015b; LIMA, 2016).

Nessa acepção afirma Estefam (2015, p. 85), desde logo referindo-se também a organização criminosa:

Graças à omissão legislativa, portanto, não se aplicará o art. 288-A do CP quando os componentes da organização pretenderem, por exemplo, cometer tortura (delito tipificado na Lei n. 9.455/97), crimes de preconceito (previstos na Lei n. 7.716/89) ou outros capitulados na legislação extravagante. Podem-se imputar a eles, contudo, pela simples formação do respectivo grupo, os crimes de associação ou organização criminosa (art. 288 do CP e art. 2º da Lei n. 12.850/2013).

Destaca-se igualmente que a pena cominada ao delito de constituição de milícia privada, qual seja, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, é evidentemente superior àquela estabelecida no crime de associação criminosa, possuindo a pena de 1 (um) a 3 (três) anos de reclusão (BRASIL, 1940). Todavia, o crime de associação criminosa dispõe de uma causa de aumento caso a mesma possua armamento, o que não ocorre no crime de constituição de milícia privada. Tal opção legislativa pode ser interpretada no sentido de que, em regra, as milícias privadas se constituem com a reunião de pessoas armadas, sendo da própria natureza da mesma a utilização de armamento para que imponha o seu controle, razão pela qual também justifica a determinação de uma pena mais elevada do que aquela estabelecida para o crime de associação criminosa. Nesse sentido, portanto, é razoável concluir-se que a milícia se configura com a reunião de indivíduos armados, requisito não necessário à associação criminosa (GRECO, 2017a);

Na prática, há relativo discernimento entre os delitos em questão, concernente à natureza do agrupamento, posto que a milícia, na maior parte dos casos, forma-se com o intuito de lucro, o qual é gerado a partir do fornecimento de seus “serviços”, como a segurança privada, transportes coletivos, fornecimento de gás, água, dentre outros. Tendo em vista tais particularidades, constata-se que o reconhecimento do delito previsto no artigo 288 do Código Penal deve ser feito de maneira subsidiária, de modo que não sendo caracterizada a

constituição de milícia privada, poder-se-á considerar a aplicação do crime de associação criminosa ao caso. (GRECO, 2017a).

Em relação ao caráter subsidiário do crime de associação criminosa, lecionam Delmanto *et al.* (2016, p. 1095):

Caso o crime de associação criminosa armada (art. 288, parágrafo único) caracterize, também, uma organização paramilitar, milícia particular, grupo ou esquadrão (desde que constituídos para a prática de crimes previstos no CP), o delito do art. 288, parágrafo único, ficará absorvido pelo crime deste art. 288-A, mais gravemente punido.

Necessário esclarecer que a associação criminosa, para a sua configuração, não exige uma organização interna estruturalmente ordenada, da mesma forma não se verifica necessária a divisão de tarefas para a caracterização do delito tipificado ao teor do artigo 288 do Código Penal, tal como ocorre no crime de organização criminosa, constante no artigo 1º, § 1º, da Lei nº 12.850/2013, o qual será melhor explorado adiante. (CUNHA, 2016; BITENCOURT 2017b; LIMA, 2016). No que diz respeito à milícia privada, apesar de em regra apresentar divisão de tarefas, tal requisito é dispensável (CUNHA, 2016);

No tocante à relação entre a milícia privada e a organização criminosa, ainda que a milícia privada, por vezes, também se caracterize como uma organização criminosa, em virtude de sua estrutura ordenada, divisão de tarefas e possuir o intuito de obtenção de vantagem econômica, cumpre ressaltar algumas diferenças entre essas duas infrações (DELMANTO *et al.*, 2016; GRECO, 2017a).

Primeiramente, é importante destacar que o conceito de organização criminosa se encontrava disposto na Lei nº 12.694/2012 (BRASIL, 2012b), preceituando, em seu artigo 2º:

[...] considera-se organização criminosa a associação, de 3 (três) ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional.

Todavia, posteriormente, foi publicada a **Lei nº 12.850/2013** (BRASIL, 2013), a qual também definiu um conceito de organização criminosa de forma divergente da estabelecida pela Lei nº 12.694/2012, dispondo, em seu artigo 1º, § 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.

Dessa forma, em consonância com o entendimento da maioria da doutrina, depreende-se que o conceito trazido pelo artigo 2º da Lei nº 12.694/2012 foi revogado tacitamente, em virtude do novo conceito de organização criminosa estabelecido pela lei 12.850/2013, devendo ser considerado este último, havendo, portanto, apenas um conceito de organização criminosa. (BITENCOURT, 2017b; GRECO, 2017a; LIMA, 2016; MASSON; MARÇAL, 2017;).

Posto isso, um dos primeiros pontos divergentes encontrados entre os crimes de constituição de milícia privada e organização criminosa, diz respeito ao número mínimo de integrantes, o qual, **na milícia privada, conforme anteriormente analisado, exige-se o mínimo de 3 (três) indivíduos para compô-la** (DELMANTO *et al.*, 2016; BITENCOURT, 2017b; BUSATO, 2017; GALVÃO, 2016; JESUS, 2015b; LIMA, 2016; MASSON, 2016), **enquanto que na formação da organização criminosa, é necessária a associação de no mínimo 4 (quatro) indivíduos**, conforme expressamente aduz o texto legal (BRASIL, 2013).

Outro tópico discriminante refere-se aos crimes que eventualmente venham a ser praticados pela organização criminosa ou pela milícia. Enquanto que **a milícia** se restringe unicamente aos **delitos previstos no Código Penal**, no caso da **organização criminosa**, o legislador optou pela expressão **“infrações penais”** a qual, além de abranger delitos tipificados tanto no Código Penal como em legislação penal especial, abrange também as contravenções penais, o que não ocorre no crime de constituição de milícia privada. Frise-se ainda que, referente às organizações criminosas, há uma limitação de pena nos crimes objetivados, sendo que tais crimes devem possuir a pena máxima superior a 4 (anos), ressalva não contida no delito do artigo 288-A do Código Penal. (CAPEZ, 2017b; CUNHA, 2016; GRECO, 2017a; LIMA, 2016).

Também há de se considerar que, para a organização criminosa, é imprescindível que haja uma estrutura ordenada com divisão de tarefas, mesmo que de maneira informal, visto que expressamente previsto no tipo legal incriminador, além de objetivar obter vantagem de qualquer natureza. O fato de possuir uma estrutura organizada é aquilo que, inclusive, diferencia essencialmente uma organização criminosa de uma associação criminosa, disposta no artigo 288 do Código Penal. (GONÇALVES; BALTAZAR JÚNIOR, 2017; MASSON; MARÇAL, 2017; MEDRONI, 2016).

Sob o aspecto prático e subjetivo, pode-se apontar como diferença entre a milícia privada e organização criminosa que a primeira possui como finalidade o domínio de determinada comunidade ou território, impondo seu controle por meio de um regime de temor, para a obtenção de vantagens de natureza econômica mediante a prestação de

determinados serviços e produtos, à medida que a organização criminosa, muito embora possua a finalidade de auferir vantagem de qualquer natureza, não pressupõe o controle de certa localidade, como em regra verifica-se nas atividades das milícias privadas. (GRECO, 2017a).

Cumprido destacar que caso sejam verificadas características correspondentes ao delito tipificado no artigo 288-A do Código Penal, em confronto com aquele previsto no artigo 2º da Lei nº 12.850/2013, ambos os artigos referentes, respectivamente, ao crime de constituição de milícia privada e de organização criminosa, deve-se atentar à especialidade contida no artigo 288-A do Código Penal bem como à pena cominada de forma mais grave ao mencionado delito, para que se proceda à aplicação no caso concreto. (DELMANTO *et al.*, 2016).

No próximo capítulo, são analisadas questões relativas ao crime de homicídio praticado por milícia privada ou grupo de extermínio.

### 3 HOMICÍDIO PRATICADO POR MILÍCIA PRIVADA

Neste capítulo, primeiramente, são analisadas questões genéricas relativamente ao crime de homicídio em sua acepção simples, disposto ao teor do artigo 121, *caput*, do Código Penal (BRASIL, 1940). Posteriormente, é dado enfoque à causa de aumento prevista no § 6º do referido artigo, a qual foi introduzida pela Lei nº 12.720/2012 (BRASIL, 2012a), no que concerne às atividades das milícias privadas, bem como dos grupos de extermínio, com posterior estabelecimento de uma relação com a Lei nº 8.072/1990, Lei dos Crimes Hediondos (BRASIL, 1990).

#### 3.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS ACERCA DO CRIME DE HOMICÍDIO

O homicídio é conceituado como a extinção da vida humana extrauterina em virtude da conduta perpetrada por outro indivíduo. (BITENCOURT, 2017a; CUNHA, 2016; GALVÃO, 2013; JALIL; GRECO FILHO, 2016; JESUS, 2015a; MASSON, 2015).

O referido crime pode ser considerado como um dos primeiros delitos do qual o ser humano tomou conhecimento, (MASSON, 2015) sendo abrangido pelos direitos romano, germânico e canônico, os quais possuem grande influência na maior parte das legislações. (JALIL; GRECO FILHO, 2016).

Procurando conceituar homicídio, Hungria (1958 apud CUNHA, 2016, p. 49) define que:

O homicídio é o tipo central de crimes contra a vida e é o ponto culminante na orografia dos crimes. É o crime por excelência. É o padrão da delinquência violenta ou sanguinária, que representa como que uma reversão atávica às eras primevas, em que a luta pela vida, presumivelmente, se operava com o uso normal dos meios brutais e animais. É a mais chocante violação do senso moral médio da humanidade civilizada.

Determinadas definições obsoletas traziam na conceituação do homicídio a injustiça e a violência, o que atualmente não se verifica, uma vez que a questão relativa a injustiça deve-se referir à análise da antijuridicidade, e, quanto a violência, a mesma não se mostra necessária em virtude de outros meios executórios do homicídio, como é o caso do envenenamento (ESTEFAM, 2017a; JESUS, 2015a; MIRABETE, 2001).

**O termo homicídio advém da expressão latina *hominis excidium*, a qual pode ser concebida como “extermínio do homem”** (ESTEFAM, 2017a). Nesse sentido, o Código Penal de 1940 adotou a terminologia “homicídio” para determinar o crime que extingue a vida humana pela ação de outra pessoa, somente distinguindo três modalidades do referido delito

sendo, o homicídio simples, privilegiado e o qualificado, as quais se dão em razão da gravidade do fato, diferentemente do anterior Código Penal de 1890, o qual estabelecia diversas figuras especiais em razão das circunstância em que era praticado o delito, tais como parricídio, matricídio ou fratricídio. (BITENCOURT, 2017a; ISHIDA, 2015).

### 3.1.1 Objetividade jurídica

O crime de homicídio encontra-se disciplinado ao teor do artigo 121 do Código Penal (BRASIL, 1940), inserido na parte especial do referido Diploma Legal, mais precisamente no Capítulo I, dos crimes contra a vida, incluído no Título I, que trata dos crimes contra a pessoa, com a seguinte redação: “Art. 121. Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos.”

**Nesse sentido, tem-se que o delito de homicídio possui a finalidade de proteger o bem jurídico da vida humana extrauterina** (AZEVEDO; SALIM, 2015b; BITENCOURT, 2017a; CAPEZ; PRADO, 2016; CUNHA, 2016; DELMANTO, *et al.*, 2016; ESTEFAM, 2017a; GALVÃO, 2013; GRECO, 2017b; ISHIDA, 2015; JALIL; GRECO FILHO, 2016; JESUS, 2015a; MASSON, 2015; MIRABETE, 2001) considerando-se que a vida constitui um imperativo jurídico de ordem constitucional, conforme estabelecido no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal, no que concerne aos direitos e garantias fundamentais. (BRASIL, 1988; JALIL; GRECO FILHO, 2016; MIRABETE 2001). Sob esse prisma, cumpre ressaltar que o direito à vida consiste em um direito humano de primeira geração, sendo assim uma liberdade pública negativa uma vez que estabelece uma limitação ao poderio estatal, o qual resta por impedido de interferir na esfera privada. (CAPEZ; PRADO, 2016).

Convém destacar acerca dos tratados e convenções internacionais dos quais o Brasil é signatário, protetores do bem jurídico da vida humana, como no caso da Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada por meio da Resolução nº 217-A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, bem como da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), promulgada pelo Decreto nº 678 de 1992. (CAPEZ; PRADO, 2016; ESTEFAM, 2017a; MIRABETE, 2001; NUCCI, 2016).

Sob essa perspectiva, o Pacto de São José da Costa Rica, promulgado pelo Brasil (1992), preconiza, em seu artigo 4º, que “1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém poderá ser privado da vida arbitrariamente. [...]”.

Posto isso, o direito à vida, conforme Chimenti *et al.* (2006 apud CAPEZ; PRADO, 2016, p. 240), pode ser definido como:

[...] o direito de não ter interrompido o processo vital, senão pela morte espontânea e inevitável. É considerado o direito fundamental mais importante, condição para o exercício dos demais direitos (...). O direito à vida abrange o direito de não ser morto (direito de não ser privado da vida de maneira artificial; direito de continuar vivo), o direito a condições mínimas de sobrevivência e o direito a tratamento digno por parte do Estado. São decorrências do direito de não ser morto (ou de continuar vivo): (a) a proibição da pena de morte (art. 5º, XLVII); (b) proibição do aborto; (c) proibição da eutanásia; (d) direito à legítima defesa (...). Podemos citar como decorrências do direito a tratamento digno por parte do Estado a garantia à integridade física, a proibição da tortura, das penas cruéis ou degradantes (art. 5º, III, XLIII, XLX).

Portanto, é nítido que a proteção do direito à vida advém, precipuamente, da tutela da dignidade humana, envolvendo também diversos aspectos os quais acabam por envolver a sociedade, uma vez que a preservação do homem, enquanto espécie, também acaba por defender um bem maior, qual seja a coletividade, havendo, contudo, interesse do Estado na tutela do direito à vida humana. Em outras palavras, cada indivíduo tem o direito à própria vida, relativamente ao aspecto individual, devendo o Estado assegurar condições mínimas para o exercício de tal direito, não excluindo, contudo, o interesse público na salvaguarda da vida humana, uma vez que se mostra como requisito essencial à prosperidade do corpo social. (ESTEFAM, 2017a; GALVÃO, 2013).

Em conformidade com o exposto, destaca Hungria (1942 apud ESTEFAM, 2017a, p. 97):

A pessoa humana, sob o duplo ponto de vista material e moral, é um dos mais relevantes objetos da tutela penal. Não a protege o Estado apenas por obséquio ao indivíduo, mas, principalmente, por exigência de indeclinável interesse público ou atinente a elementares condições da vida em sociedade.

Dessa forma, ainda que consista em um direito próprio do indivíduo, o fato de receber disposição constitucional exemplifica o interesse Estatal na sua preservação. No entanto, cumpre ressaltar que muito embora seja um direito tanto de interesse público quanto, principalmente, privado, tal fato não permite que o bem jurídico da vida seja disponível. Caracterizada como uma condição basilar para o exercício de todo e qualquer direito individual, tem-se que o direito à vida se destaca como o bem jurídico mais valioso, posto que caso o mesmo não exista, também não subsistirá o direito à personalidade, e, sem o último, não há o que se falar no exercício de direitos e garantias individuais. Por conseguinte, não se pode cogitar da disponibilidade de um bem jurídico tão importante, imprescindível ao exercício dos demais direitos. (BITENCOURT, 2017a).

Em vista da enorme relevância, a proteção da vida é exercida desde o início da formação de um ser humano, ou seja, desde a gravidez até o seu término natural, limitando-se o crime disposto ao teor do artigo 121 do Código Penal a tutelar a vida após o parto, qual seja, a via extrauterina, aquela independente de outro organismo para a sua subsistência. (BITENCOURT, 2017a; MASSON, 2015).

### **3.1.2 Homicídio simples: sujeitos do delito, conduta e voluntariedade**

**O sujeito ativo do crime de homicídio pode ser qualquer pessoa**, não se exigindo qualidade ou condição especial do agente, sendo classificado, portanto, como crime comum (AZEVEDO; SALIM, 2015b; CUNHA, 2016; DELMANTO, *et al.*, 2016; GRECO, 2017b; MIRABETE, 2001), podendo ser praticado de maneira isolada ou em concurso de agentes, seja em coautoria ou como partícipe do delito (GONÇALVES, 2016; JALIL; GRECO FILHO, 2016; MASSON, 2015).

Não se computam como sujeitos ativos do delito em tela aqueles que objetivam extinguir a própria vida, fato não punível no ordenamento jurídico brasileiro, ainda que no caso de suicídio tentado em razão do princípio da alteridade. No entanto, o indivíduo que induz outro, instiga, ou auxilia, para que ponha fim à própria vida, deverá responder pelo crime de induzimento, instigação ou auxílio a suicídio, previsto no artigo 122 do Código Penal. (BITENCOURT, 2017a; BRASIL, 1940; CAPEZ; PRADO, 2016; ISHIDA, 2015; MIRABETE, 2001).

Convém excepcionar também que caso o sujeito ativo seja a mãe, a qual, sob influência do estado puerperal, extingue a vida do próprio filho, durante a realização do parto, ou logo após a mesma comete o delito disposto ao teor do artigo 123 do Código Penal, ou seja, pratica o crime de infanticídio. (BRASIL, 1940; COSTA JÚNIOR; COSTA, 2010; MIRABETE, 2001).

**No que diz respeito à sujeição passiva, pode configurar como vítima do crime de homicídio qualquer pessoa**, sendo que a doutrina tradicional conceitua como sendo o ser vivo nascido de mulher (AZEVEDO; SALIM, 2015b; CUNHA, 2016; ISHIDA, 2015). No entanto, cumpre ressaltar que com o avanço da medicina, existindo desde já a fecundação do óvulo fora do útero materno, deve-se atentar para o fato de que possível e futuramente pode vir a existir a gestação também fora do útero materno, sendo injustificável que o ser humano nascido desta forma não receba a tutela penal (NUCCI, 2016).

Dessa forma, em virtude da própria dicção do artigo 121 do Código Penal, o qual utiliza-se do termo “alguém”, parece ser mais acertado definir como possível vítima do delito qualquer pessoa, desde o momento do nascimento, uma vez que o referido termo abrange sem distinções todos os seres vivos pertencentes à espécie humana. Nesse sentido, qualquer ser humano vivo, após o nascimento, poderá configurar como sujeito passivo do crime de homicídio (BARROS, 2009b; CABETTE NETO, 2012; DELMANTO *et al.*, 2016; ESTEFAM, 2017a; GONÇALVES, 2016; GRECO, 2017b; MASSON, 2015).

Para que ocorra a prática do homicídio, não é necessário, portanto, que a vida humana seja provável, havendo ainda o crime em questão mesmo que posteriormente fique comprovado que o recém-nascido não possuía condições de sobreviver, bastando apenas que o mesmo tenha nascido com vida e a possuía no momento da execução do crime, constatando-se que mesmo que a vida da pessoa esteja, por qualquer, razão, condicionada a uma duração de poucos segundos, qualquer adiantamento da morte será considerado como homicídio. (CABETTE NETO, 2009; CUNHA, 2016; DELMANTO *et al.*, 2016; MIRABETE, 2001).

**Posto isso, a conduta típica do crime de homicídio consiste na eliminação da vida de uma pessoa humana, ou seja, matar alguém, conforme descrito no tipo penal incriminador.** (CUNHA, 2016; MIRABETE, 2001). Como o artigo 121 do Código Penal não descreve as condutas de forma taxativa, que podem vir a produzir o resultado morte, aduz-se que o referido crime é classificado como um delito de ação ou forma livre, podendo ser praticado por qualquer meio idôneo a provocar a morte, seja por ação ou omissão, por meios diretos ou indiretos. (BARROS, 2009b; CUNHA, 2016; JALIL; GRECO FILHO, 2016; MIRABETE, 2001).

Meios diretos são aqueles utilizados pelo próprio agente para atingir a vítima de imediato, isto é, o corpo da vítima, tendo como exemplo o disparo de arma de fogo. Já os meios indiretos caracterizam-se por ser uma provocação de determinada causa com o intuito de que esta ocasione a morte, e não por um comportamento direto do agente, como, por exemplo, deixar a vítima em determinadas circunstâncias que não permitam sua sobrevivência, como no caso de abandoná-la no deserto. (AZEVEDO; SALIM, 2015b; BARROS, 2009b; CUNHA, 2016; ISHIDA, 2015; JALIL; GRECO FILHO, 2016; MIRABETE, 2001; NUCCI, 2016).

Ainda, os meios podem ser materiais, tidos como aqueles incidentes sobre o corpo físico da vítima, atingindo a integridade física da mesma, podendo ser mecânicos, químicos ou patológicos, ou até mesmo morais ou psíquicos, por meio da provocação de trauma psíquico, ocasionando uma violenta emoção que leva o indivíduo à morte, ou pela agravação

de uma condição patológica preexistente, conduzindo a vítima igualmente à morte. (AZEVEDO; SALIM, 2015b; BARROS, 2009b; ISHIDA, 2015; JALIL; GRECO FILHO, 2016; MIRABETE, 2001; NUCCI, 2016).

Acerca do homicídio praticado por meios morais ou psíquicos, assevera Noronha (1972, apud CUNHA, 2016, p. 51):

Não só por meios materiais - o que é a regra - pode dar-se a morte de alguém. Também são idôneos os psíquicos. A violenta emoção, provocada dolosamente por outrem e que ocasiona a morte, é meio de homicídio. Lembre-se, v.g., de um filme – As diabólicas -, em que um homem, depois de fazer crer a sua mulher que ela o havia assassinado, aparece-lhe, durante a noite, em uma casa deserta e lúgubre, fulminando-a com uma síncope. É meio psíquico ainda o usado pelo personagem de Monteiro Lobato, fazendo dolosamente o amigo apoplético explodir em estrondosas gargalhadas e, assim, o matando, por efeito de hábil anedota contada após lauta refeição.

Por conseguinte, cumpre estabelecer o momento em que se inicia a vida extrauterina para que a conduta recaia sobre aquilo que dispõe o artigo 121 do Código Penal.

**Considera-se que a vida extrauterina** começa com o início do parto, sendo que o homicídio poderá ser praticado, portanto, durante o parto ou logo após este, configurando-se o crime de aborto somente no momento anterior ao início do parto. (AZEVEDO; SALIM, 2015b; CUNHA, 2016).

No entanto, reside uma celeuma doutrinária no que se refere ao momento que o parto tem início, com alguns doutrinadores advogando a tese de que seria com o desprendimento do feto das entranhas maternas, outros defendem que se inicia a partir das dores típicas do parto, há aqueles que sustentam que o início do nascimento ocorre com a dilatação do colo do útero e ainda outros que lecionam no sentido de iniciar-se com incisão abdominal, no caso da cesárea (CUNHA, 2016; GRECO, 2017b ; MIRABETE, 2001).

Convém asseverar, portanto, que o parto tem o seu início decisivo com a ruptura do saco amniótico, conforme preconiza a doutrina majoritária, de forma que é possível a prática do crime de homicídio e da mesma forma o de infanticídio nesse momento de passagem da via intrauterina para a vida extrauterina, ainda que o feto não tenha sido expulso do útero materno. (BARROS, 2009b; BITENCOURT, 2017a; DELMANTO *et al.*, 2016; ESTEFAM, 2017a; ISHIDA, 2015; NUCCI, 2016).

Frise-se que, diferentemente do que ensina o Direito Civil, o qual leciona que a prova do nascimento com vida dá-se com a respiração, no âmbito do Direito Penal considera-se que o neonato apneico possui vida antes mesmo da respiração, podendo esta ser comprovada por meio de outros sinais, como as pulsações do coração e o movimento circulatório. (AZEVEDO; SALIM, 2015b; BARROS, 2009b; COSTA JÚNIOR; COSTA,

2010; ISHIDA, 2015; NUCCI, 2016;). Hungria (19\_\_ apud MIRABETE, 2001, p. 63) assevera, no mesmo sentido que “mesmo sem a respiração a vida pode manifestar-se por outros sinais, como sejam o movimento circulatório, as pulsações do coração, etc.”

**Com relação à voluntariedade ou elemento subjetivo do delito de homicídio em sua concepção simples, este se configura a título de dolo (*animus necandi* ou *occidendi*),** o qual é representado pela consciência e vontade livre de praticar a conduta tipificada ao teor do artigo 121 do Código Penal, ou também pela figura do dolo eventual, consistente no assentimento do risco de produzir o resultado, conforme preconiza o artigo 18, I, do Código Penal. (AZEVEDO; SALIM, 2015b; BITENCOURT, 2017a; CUNHA, 2016; MIRABETE, 2001; ISHIDA, 2015; GALVÃO, 2013; ESTEFAM, 2017a).

O tipo incriminador em questão não exige, para a sua configuração, qualquer finalidade específica por parte do agente delituoso, podendo, eventualmente, a finalidade ou motivo determinador do crime constituir uma qualificadora ou até mesmo uma causa de diminuição de pena, como no caso do homicídio privilegiado, o qual se dá em razão de relevante valor social ou moral, ou quando o agente está sob o domínio de violenta emoção correlacionada a uma injusta provocação do sujeito passivo. (AZEVEDO; SALIM, 2015b; BRASIL, 1940; CUNHA, 2016; GONÇALVES, 2016; GRECO, 2017b; ISHIDA, 2015; MASSON, 2015; MIRABETE, 2001).

**Quanto à figura do dolo eventual,** relativamente à questão peculiar da transmissão do vírus da AIDS, acertadamente explica Mirabete (2001, p. 65):

Há dolo eventual de homicídio na conduta do agente que pratica o coito ou doa sangue quando sabe ou suspeita ser portador do vírus da AIDS (Síndrome de Deficiência Imunológica Adquirida), causando, assim, a morte do parceiro sexual ou do receptor. Enquanto não ocorre a morte, ao agente pode ser imputada a prática do crime de lesão corporal grave (art. 129, § 2º, II), já que é inadmissível a tentativa de homicídio com tal espécie de dolo. Entretanto, nada impede que o agente deseje a morte da vítima em decorrência da contaminação, revelando-se então a tentativa de homicídio.

**O crime de homicídio também aceita a modalidade culposa,** prevista ao teor do § 3º do artigo 121 do Código Penal, estabelecendo a pena de detenção de 1 a 3 anos (BRASIL, 1940). A forma culposa evidencia-se quando o agente, por meio de uma conduta voluntária e com a violação do dever de cuidado, opera em razão de negligência, imprudência, ou imperícia, produzindo o resultado morte involuntário, não aceito ou querido, porém evitável, caso agisse com a devida cautela. (CUNHA, 2016; GONÇALVES, 2016; MASSON, 2015).

### 3.1.3 Consumo e Tentativa

A **consumação do crime de homicídio ocorre com a morte da vítima**, sendo considerado, portanto, um **crime material**, uma vez que exige a produção de resultado naturalístico. (AZEVEDO; SALIM, 2015b; CAPEZ; PRADO, 2016; CUNHA, 2016; GALVÃO, 2013; GONÇALVES, 2016; MASSON, 2015).

Sob essa perspectiva, verifica-se necessário averiguar quando ou em qual situação se pode considerar ter havido a morte do sujeito passivo.

Anteriormente, muito discutia-se na doutrina bem como na área médica acerca da determinação do momento da morte de um indivíduo. Durante muito tempo, a morte era constatada com base na ausência da respiração, fundamentando-se assim na premissa de Galeno, a qual preconizava que a vida iniciava com a respiração, sendo que, caso a mesma restasse por sobrestada, o indivíduo estaria efetivamente morto. Posteriormente, foi constatado que, mesmo com a ausência da respiração, os demais órgãos do corpo humano possuíam muito mais resistência, permanecendo em funcionamento por diversos minutos ainda que os pulmões estivessem desprovidos de oxigênio. Nesse sentido, na década de 1970 ficou estabelecido que, para que houvesse a morte, era necessária a perda das funções do tronco cerebral de maneira completa e irreversível. No entanto, foi verificado que o coração ainda permanecia em atividade mesmo com o encerramento das funções do tronco cerebral, ocasião na qual, em 1995, foi concluído pela Academia Americana de Neurologia que além de diversos testes neurológicos, é preciso também estabelecer os motivos do coma, constatando-se a sua irreversibilidade, sem que reste qualquer dúvida no que toca aos sinais neurológicos clínicos. (GALVÃO, 2013).

Nesse sentido, para uns, era necessária tão somente a morte encefálica do indivíduo, enquanto que, para outros, era crucial esperar o encerramento total das funções cardíacas e respiratórias. Em virtude de tal impasse, muitos médicos evitavam retirar os órgãos para fins de transplante de pessoas acometidas de morte encefálica, porém ainda com circulação sanguínea e movimentos respiratórios, com receio de ser imputado a eles a prática do crime de homicídio. (GONÇALVES).

Sobrevém que a discussão concernente ao momento da morte restou por finalizada a partir do advento da Lei nº 9.434/97, regulamentada pelo Decreto 2.268/97, a qual trouxe disposições relativas à remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante, considerando, em seu artigo 3º, que **a vida humana é extinta a partir da morte encefálica**, a qual deverá ser comprovada por dois médicos não integrantes da equipe de

remoção e transplante, mediante a aplicação de determinadas especificações dispostas por Resolução do Conselho Federal de Medicina. (ESTEFAM, 2017a; CUNHA, 2016; GALVÃO, 2013; GONÇALVES, 2016; MACHADO, 2017; MASSON, 2015).

**A respeito da tentativa**, considerando-se que **o homicídio é classificado como um crime plurissubsistente, admitindo, assim, o fracionamento da fase executória em vários atos**, bem como um delito material, a incidência do referido instituto jurídico é perfeitamente admissível, de modo que iniciada a execução da conduta correspondente ao verbo nuclear do tipo, a agressão ao bem jurídico não se consuma, ou seja, não ocorre o evento morte em razão de circunstâncias alheias à vontade do agente. (BARROS, 2009b; BITENCOURT, 2017a; CABETTE NETO, 2012; CAPEZ, 2017a; CUNHA, 2016).

Importante ressaltar que a tentativa, prevista no artigo 14 do Código Penal, corresponde a um tipo penal ampliado, nesse sentido, a tentativa de homicídio é típica em virtude da combinação do artigo 121 do Código Penal com o preceito incriminador da mesma, qual seja, o artigo 14 do mesmo diploma legal. Assim, verifica-se que não existe um delito específico que tipifica a tentativa pura e simplesmente, devendo a mesma relacionar-se com um crime autônomo, incidindo a referida norma ampliativa. Não há, pois, o crime de tentativa, mas na verdade há a tentativa de crimes. (AZEVEDO; SALIM, 2015c; BITENCOURT, 2017a).

Assim, para que exista a possibilidade de punição pelo homicídio tentado, é preciso que o agente, no que tange às fases do *iter criminis*, quais sejam, cogitação, atos preparatórios, execução e exaurimento, tenha adentrado no mínimo no início da execução do delito, tendo em vista que somente dessa forma pode-se ter uma noção para qual tipo penal incriminador se direciona a conduta do agente. Salienta-se ainda que os meros atos preparatórios não constituem aquilo que se define por tentativa, não sendo puníveis no ordenamento jurídico brasileiro. (BITENCOURT, 2017a; CAPEZ, 2017a; GONÇALVES, 2016; JALIL; GRECO FILHO, 2016; PRADO, 2010).

Sob essa lógica, prescreve Hungria (19\_\_ apud MIRABETE, 2001, p. 66):

Revelar a intenção de matar não é o mesmo que estar tentando matar. Só se pode falar em crime tentado quando há um efetivo ataque ao bem jurídico sob tutela penal. Só então se evidencia a violação da lei penal. Não basta a intenção inequívoca: é preciso que se apresente uma situação de hostilidade imediata ou direta ao bem jurídico.

Ainda, salienta-se que para a existência da tentativa, imprescindível é que haja o elemento subjetivo dolo, necessário, pois, que o agente tenha a intenção inequívoca da produção do resultado morte, ainda que o objetivo almejado não se produza. A presença ou

não do *animus necandi* é que a vai definir se o caso corresponde a uma efetiva tentativa de homicídio ou ao delito de lesões corporais, baseando-se na análise de circunstâncias objetivas, como profundidade das lesões, violência empregada, arma utilizada, dentre outras. (BITENCOURT, 2017a; CABETTE NETO, 2012; CAPEZ, 2017a; DELMANTO *et al.*, 2016; GONÇALVES, 2016; MIRABETE, 2001).

Vale destacar acerca da possibilidade da **tentativa imperfeita e perfeita**. A **primeira**, também denominada de inacabada, verifica-se quando o agente inicia a fase executória do delito, porém a mesma é interrompida em virtude de circunstâncias alheias à sua vontade. **Já a tentativa perfeita**, igualmente conhecida por acabada ou crime falho, o agente consegue encerrar a fase executória do *iter criminis*, no entanto, o resultado naturalístico inerente ao tipo penal não é produzido em razão da ocorrência de circunstâncias alheias à sua vontade. (AZEVEDO; SALIM, 2015b; CAPEZ, 2017a; DELMANTO *et al.*, 2016).

Fala-se ainda, na admissibilidade da ocorrência da **tentativa branca**, bem como da **tentativa vermelha**. A primeira diz respeito à ocasião na qual a vítima não é atingida, não possuindo lesões, intitulada também de tentativa incruenta. Quanto à tentativa vermelha, também denominada de cruenta, é possível a sua verificação quando verificada a ocorrência de lesões na vítima. (AZEVEDO; SALIM, 2015b; CAPEZ, 2017a; GONÇALVES, 2016; ISHIDA, 2015; MASSON, 2015; MIRABETE, 2001).

### 3.2 A CAUSA DE AUMENTO DO § 6º DO ARTIGO 121 DO CÓDIGO PENAL

Com o advento da Lei nº 12.720 de 27 de setembro de 2012, acrescentou-se ao crime de homicídio, previsto no artigo 121 do Código Penal, uma nova causa de aumento de pena, fazendo surgir o § 6º do referido artigo, o qual estabeleceu que a pena do delito em comento sofrerá uma majoração de 1/3 (um terço) até 1/2 (metade) quando o mesmo for **praticado por milícia privada**, sob pretexto de prestação de serviço de segurança, **ou por grupo de extermínio**. (AZEVEDO; SALIM, 2015b; BRASIL, 1940; CUNHA, 2016; FONTES; MORAES, 2016).

Frise-se que as causas de aumento previstas no § 6º do artigo 121, tanto no caso das milícias privadas como no caso dos grupos de extermínio, devem atender o critério da proporcionalidade, levando-se em conta o grau de reprovabilidade da conduta perpetrada, relativamente à quantidade da pena a ser majorada, na medida em que quanto maior for a desaprovação do comportamento delituoso, maior será a quantidade da pena aumentada,

observando-se, obviamente, o limite de um terço até a metade estabelecido no dispositivo. (GALVÃO, 2013).

O que será utilizado como preceito fundamentador do estabelecimento da gravidade da reprovação é a intervenção da milícia ou do grupo quanto à prática do homicídio, ocasião na qual a majoração da pena se aproximará do patamar máximo da respectiva causa de aumento quanto mais reprováveis forem os motivos e os interesses determinantes para a atuação truculenta da milícia. (GALVÃO, 2013).

É importante ressaltar também que a causa de aumento em discussão comporta aplicação à prática de qualquer espécie de homicídio doloso, seja ele na sua forma simples ou qualificada, abrangendo ainda a hipótese de homicídio privilegiado, o qual em verdade se verifica como uma forma minorada do homicídio, tendo em vista tratar-se de uma causa de diminuição de pena, prevista no artigo 121, § 1º, do Código Penal. (GALVÃO, 2013; JESUS, 2015a; MASSON, 2015).

Um exemplo da incidência simultânea da referida redução e da majorante, seria o caso do extermínio, por parte de um grupo, de determinado criminoso que atormentava certa região com a prática de diversos crimes graves, agindo o grupo, dessa forma, por motivo de relevante valor social. (JESUS, 2015a).

Frise-se que no caso narrado, ainda que fique caracterizada a atividade típica de grupo de extermínio, em razão da prática de homicídio privilegiado, não será considerado como crime como hediondo, uma vez que, de acordo com entendimento majoritário, bem como do Superior Tribunal de Justiça, a circunstância redutiva deve preponderar, descaracterizando a hediondez do crime. (CUNHA, 2016; FONTES; MORAES, 2016; MASSON, 2015).

Tratando-se de causa de aumento de pena, analisada, portanto, na terceira fase da dosimetria da pena, aplicável ao homicídio na sua forma dolosa, simples e qualificada, sendo assim de competência do Tribunal do Júri, o reconhecimento da existência dos fatos justificantes para a conseqüente incidência da majorante dependerá dos jurados, integrantes do conselho de sentença. (CUNHA, 2016; GONÇALVES, 2016; JESUS, 2015a; MASSON, 2016).

### **3.2.1 Milícia privada: a condição de pretexto de prestação de serviço de segurança**

Com a dicção estabelecida no § 6º do artigo 121 do Código Penal, observa-se que a referida causa de aumento, no que se refere ao homicídio praticado por milícia privada,

somente terá incidência quando a milícia praticar o referido delito correlacionado com a prestação de serviço de segurança, ou seja, a pretexto de tal circunstância, não sendo suficiente, pois, que o crime seja praticado por milicianos, sendo necessária a ocorrência da mencionada finalidade específica. (GALVÃO, 2013; JESUS, 2015a; MASSON, 2015; NUCCI, 2016).

Tal condição pode ser verificada nas situações nas quais as pessoas da comunidade, para a qual o serviço de segurança é prestado, não efetuam o pagamento dos valores exigidos pela milícia. O referido pretexto, inclusive, foi o que deu origem às milícias, as quais se justificam pela falta de atuação do Poder Público em determinadas áreas dominadas pela criminalidade. (GALVÃO, 2013).

Dessa forma, se a milícia pratica um homicídio, mas verifica-se que a execução do delito se opera em razão de dívidas, pelos próprios atos criminosos desempenhados pela milícia, ou até mesmo motivada por sentimento vingativo, não deverá ocorrer a incidência da majorante, posto que necessária a atuação a pretexto de prestação de serviços de segurança. (CABETTE, 2012; GALVÃO, 2013).

Convém ressaltar que o homicídio praticado por milícia privada, sob pretexto de prestação de serviços de segurança, não constitui crime hediondo, por falta de previsão legal. De qualquer forma, dificilmente um delito de homicídio, praticado por milicianos, não será considerado hediondo em virtude da grande possibilidade da caracterização de circunstâncias qualificadoras do crime, como, por exemplo, o motivo torpe, paga ou promessa de recompensa, meio cruel, dentre outros. (CUNHA, 2016; FONTES; MORAES, 2016; MASSON, 2015).

### **3.2.2 Atividade típica de grupo de extermínio**

Primeiramente, cabe registrar que o homicídio praticado em atividade típica de grupo de extermínio não deve ser confundido com a prática do crime de genocídio, previsto no artigo 1º, da Lei nº 2.889/56 (BRASIL, 1956), o qual se dá com o dolo de “destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso”. (AZEVEDO; SALIM, 2015b).

Entende-se, portanto, **por grupo de extermínio como sendo uma espécie de milícia privada, cuja atividade é dirigida, substancialmente, para a execução de crimes de homicídio**, não se exigindo que o crime se dê em razão da prestação de serviços de segurança, aplicando-se a causa de aumento mencionada, mesmo sem o pretexto existente

para a incidência da referida majorante, quando o mencionado delito é praticado por milícia privada. (GALVÃO, 2013).

A lei é silente quanto ao número mínimo necessário de pessoas para que haja a caracterização da atividade típica de grupo de extermínio, sendo assim, irrelevante existir somente uma ou várias vítimas. Nesse sentido, restará por evidenciada a atividade típica de grupo de extermínio mesmo que haja tão somente uma vítima do crime. É necessário, no entanto, que haja o caráter impessoal da conduta, sendo que a escolha da vítima deve ser feita com base em características genéricas, como, por exemplo, mendigos, ladrões, policiais e outros. (GONÇALVES; BALTAZAR, 2017; LIMA, 2016).

O crime de homicídio, quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, além da incidência da causa de aumento em questão, **também será considerado hediondo tendo em vista expressa previsão legal** (FONTES; MORAES, 2016; LIMA, 2016;) disposta nos moldes do artigo 1º, I, da Lei nº 8.072/1990 (BRASIL, 1990), nos seguintes termos:

Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados:

[...]

I – homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, incisos I, II, III, IV, V, VI e VII);

Nesse caso, observa-se que mesmo em se tratando da forma simples do homicídio, ainda será considerado hediondo quando executado em razão de atividade típica de grupo de extermínio, mesmo que cometido por um só agente. Necessário esclarecer, no entanto, que apesar da possibilidade teórica, dificilmente ocorrerá a configuração prática de um homicídio simples hediondo, dado que os homicídios praticados por tais grupos geralmente serão qualificados, tendo em vista a grande possibilidade da caracterização de circunstâncias qualificadoras, como por exemplo o motivo torpe, meio cruel, recurso que dificulte ou impossibilite a defesa do ofendido, dentre outros, constituindo-se, assim a hediondez do delito, conforme estabelecido na Lei nº 8.072/1990. (BRASIL, 1990; GONÇALVES; BALTAZAR JÚNIOR, 2017; JESUS, 2015a; LIMA, 2016; MASSON, 2015).

Conforme se trata de delito contra a vida, de competência do Tribunal do Júri, de acordo com o artigo 5º, XXXVIII, “d” da Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988), caberá ao júri reconhecer a existência do caráter hediondo do delito, seja em virtude da verificação de alguma circunstância qualificadora, seja em razão do

reconhecimento da majorante do § 6º do artigo 121, isto é, constatação do grupo de extermínio. (GONÇALVES, BALTAZAR, 2017; JESUS, 2015a; LIMA, 2016).

### **3.2.3 O alcance da causa de aumento de pena à luz da teoria do domínio do fato**

Em razão da pluralidade de agentes concernentes à milícia privada e ao grupo de extermínio, cumpre analisar acerca da responsabilização do autor material direto do crime, bem como dos demais integrantes da milícia ou grupo. No caso, indaga-se se a imputação do homicídio se daria tão somente ao executor propriamente dito ou a todos os membros do grupo de extermínio ou da milícia privada. Nesse sentido, faz-se necessário esclarecer o que se conceitua pela teoria do domínio do fato.

Diante da dificuldade de se definir as formas de prática o crime com relação ao sujeito, por não ter o Código Penal conceituado acertadamente o que viria a ser autor e partícipe do delito, a doutrina buscou conceituá-los, surgindo diversas teorias, umas sendo mais restritas (teoria objetiva), outras mais abrangentes (teoria subjetiva), ambas possuindo pontos problemáticos a serem resolvidos. (CUNHA, 2015; GRECO, 2017c)

Assim, em 1939, Hans Welzel, a partir da doutrina finalista, idealizou a chamada teoria do domínio do fato, a qual, a partir de um aspecto objetivo-subjetivo, se dispôs a estabelecer distinções entre autor, executor e partícipe do crime. Para a referida teoria, aquele que define a forma de execução do fato, controlando, de forma finalista, é considerado autor do crime, pois é apto a determinar seu início, término e os outros requisitos, ou seja, será autor aquele que detém o domínio final do fato. (AZEVEDO; SALIM, 2015c; CUNHA, 2015; GRECO, 2017c).

O partícipe será considerado aquele que, colaborando dolosamente para que se produza o resultado delituoso, não possui o domínio do fato, concorrendo para o crime nas formas de instigação ou auxílio. (AZEVEDO; SALIM, 2015c; CUNHA, 2015).

Definindo como característica geral do autor, Welzel (1987 *apud* GRECO, 2017c, p. 536) considera que “senhor do fato é aquele que o realiza em forma final, em razão de sua decisão volitiva. A conformação do fato mediante a vontade de realização que dirige em forma planejada é o que transforma o autor em senhor do fato.”

A partir da concepção da teoria do domínio do fato, pode-se definir aqueles que possuem controle final do fato, sendo considerados, portanto, autores dos delitos. Por conseguinte, serão considerados autores do crime aqueles que dolosamente praticam a conduta prevista no núcleo do tipo penal incriminador, ou seja, os autores propriamente ditos.

Também serão tidos como autores os que efetuam o planejamento da tarefa criminosa a ser executada, definidos como autores intelectuais. Da mesma forma, o autor mediato, sendo aquele que se utiliza de interposta pessoa não culpável, a qual atua sem dolo ou culpa, como instrumento da prática criminosa. (CUNHA, 2015).

De acordo com a visão de Roxin, a teoria do domínio do fato possui três formas, sendo a primeira referente ao domínio da ação, o qual preconiza que será autor do crime o próprio autor imediato, isto é, aquele que propriamente executa o crime. A segunda forma se constitui no domínio da vontade, concernente aos casos de autoria mediata, nos quais o autor será aquele que detém o domínio da vontade de terceiro. Por fim, a última forma se funda no chamado domínio funcional do fato, determinando que será considerado como autor todo o indivíduo que, em razão de uma atuação conjunta, havendo divisão de tarefas, pratica um ato expressivo quando da execução do esquema criminoso. (AZEVEDO; SALIM, 2015c).

A questão acerca do domínio funcional do fato revela-se de extrema importância uma vez que integra à teoria do domínio do fato a tese da divisão de tarefas, essencial aos delitos cometidos em pluralidade de agentes, como bem assevera Batista (2004 apud GRECO, 2017c, p. 537):

Só pode interessar como coautor quem detenha o domínio [funcional] do fato; desprovida deste atributo, a figura cooperativa poderá situar-se na esfera da participação [instigação ou cumplicidade]. O domínio funcional do fato não se subordina à execução pessoal da conduta típica ou de fragmento desta, nem deve ser pesquisado na linha de uma divisão aritmética de um domínio 'integral' do fato, do qual trocaria a cada coautor certa fração. Considerando-se o fato concreto, tal como se desenrola, o coautor tem reais interferências sobre o 'Se' e o seu 'Como'; apenas, face à [sic] operacional fixação de papéis, não é o único a tê-las, a finalisticamente conduzir o sucesso. Pode-se entretanto afirmar com Roxin que cada coautor tem a sorte do fato total em suas mãos, 'através de sua função específica na execução do sucesso total, porque se recusasse sua própria colaboração faria fracassar o fato.

Frise-se que, como há necessidade do controle final sobre o resultado criminoso, a referida teoria possui aplicação somente quando se tratar de crimes cometidos a título de dolo, não sendo possível a sua verificação quanto aos crimes culposos, uma vez que esses justamente se qualificam pela sua natureza involuntária, por um resultado não desejado pelo indivíduo, de forma que não se mostra admissível que um resultado não almejado sofra um controle final do fato pelo agente. Portanto, nos crimes culposos, tem-se por autor aquele que, dispondo da possibilidade de evitar o resultado, não o faz, em razão da inobservância do dever objetivo de cuidado. (AZEVEDO; SALIM, 2015c; CUNHA, 2015).

**Por conseguinte, ocorrendo a hipótese da prática do crime de homicídio por uma milícia privada ou do grupo de extermínio, em razão da teoria do domínio do fato explanada, mais especificamente relativa à teoria do domínio funcional do fato, todos os**

**integrantes da milícia ou do grupo, quais sejam, os autores próprios, autores intelectuais, coautores e partícipes, devem responder pelo crime tipificado ao teor do artigo 121 do Código Penal, com a causa de aumento prevista no § 6º do referido artigo,** ainda que a conduta seja perpetrada por somente um indivíduo, tendo em vista que os integrantes das milícias ou grupos de extermínio atuam em concurso de agentes, considerando-se também que a execução do delito é tida como uma mera divisão de tarefas, consoante ao que assevera a teoria do domínio funcional do fato. (GRECO, 2015; FONTES; MORAES, 2016).

Convém ressaltar que a teoria do domínio do fato é amplamente aceita pela doutrina e seguida pela jurisprudência, sendo inclusive adotada pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da ação penal 470, conhecido como caso do “Mensalão”, também havendo previsão da referida teoria no artigo 2º, § 3º da Lei nº 12.850/2013. (AZEVEDO; SALIM, 2015c; BRASIL, 2013; CUNHA, 2015; FONTES; MORAES, 2016).

No próximo capítulo, é averiguada a questão relativa ao princípio do *ne bis in idem* quando da verificação do concurso de crimes.

#### 4 ANÁLISE DO CONCURSO DE CRIMES PERANTE O PRINCÍPIO DO *NE BIS IN IDEM*

O presente capítulo busca abordar, a princípio, questões gerais quanto ao concurso de crimes, bem como suas espécies, sem exaurir o tema. Sucessivamente, objetiva expor o princípio do *ne bis in idem*, levando-se em consideração seu conceito e suas acepções processual e material, explanando-se também a sua aplicação ao ordenamento jurídico brasileiro. Por fim, convergem-se os tópicos analisados com a finalidade de analisar a possibilidade de verificação do concurso material entre os artigos 121, § 6º e 288-A, ambos do Código Penal (BRASIL, 1940), em observância ao princípio do *ne bis in idem*.

##### 4.1 ASPECTOS DESTACADOS DO CONCURSO DE CRIMES

Verifica-se completamente admissível que um indivíduo execute dois ou mais crimes, seja nas mesmas circunstâncias fáticas ou em instantes distintos, os quais podem estar vinculados em razão de determinadas circunstâncias. (MIRABETE, 2000).

Define-se, pois, como concurso de crimes, quando o agente, em virtude da prática de uma ou mais condutas, a depender do caso, seja ação ou omissão, pratica diversos crimes, podendo tais delitos ser de qualquer espécie (AZEVEDO; SALIM, 2015c; CUNHA, 2015; MASSON, 2012).

Assim assevera Bitencourt (2017c, p. 822):

Quando um sujeito, mediante unidade ou pluralidade de comportamentos, pratica dois ou mais delitos, surge o concurso de crimes – *concursum delictorum*. O concurso pode ocorrer entre crimes de qualquer espécie, comissivos ou omissivos, dolosos ou culposos, consumados ou tentados, simples ou qualificados e ainda entre crimes e contravenções. Logicamente que a pena a ser aplicada a quem pratica mais de um crime não pode ser a mesma pena aplicável a quem comete um único crime. Por isso, foram previstos critérios especiais de aplicação da pena às diferentes espécies de concursos de crimes.

Nesse sentido, o legislador, renunciando a possibilidade de uma pessoa praticar diversos delitos, estabeleceu no Código Penal preceitos concernentes ao concurso de crimes, mais precisamente nos artigos 69, 70 e 71 do referido diploma legal, os quais tratam das espécies de concurso de crime, quais sejam, concurso material, formal e continuidade delitiva, respectivamente, aplicando-se critérios distintos na imposição da pena (CUNHA, 2015; ESTEFAM, 2017b; GRECO, 2017c).

#### 4.1.1 Concurso material

No que concerne ao concurso material de crimes, dispõe o artigo 69 do Código Penal nos seguintes termos (BRASIL, 1940):

Art. 69 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido. No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela.

Cumpra primeiramente estabelecer um conceito acerca da ação, a qual poderá ser constituída por diversos atos. A ação, portanto, compõe-se por vários atos, os quais não configuram de forma autônoma uma ação, mas em verdade integram um todo. Cita-se como exemplo um indivíduo que, objetivando extinguir a vida de seu desafeto, efetua diversos disparos de arma de fogo contra o mesmo, causando o resultado morte. No presente caso, verifica-se que a ação compreende a conduta terminantemente voltada a ocasionar a morte, configurando-se cada disparo atos que constituem a conduta finalística do agente, não havendo o que se falar em várias condutas ou ações de atirar, mas sim vários atos componentes da ação única de matar. (AZEVEDO; SALIM, 2015c; GRECO, 2017c; JESUS, 2014).

Por conseguinte, **o concurso material, também denominado de concurso real, resta por caracterizado quando o agente, em virtude da prática de mais de uma ação ou omissão, poderá responder pela prática de dois ou mais crimes.** (AZEVEDO; SALIM, 2015c; CAPEZ; PRADO, 2016; GRECO, 2017c; ISHIDA 2015; MASSON, 2012; MIRABETE, 2000; NUCCI, 2017a).

Pouco importa se tais fatos ocorreram ou não na identidade de contexto fático, em consonância com a maioria da doutrina, os diversos crimes cometidos em concurso material poderão ser objeto de vários processos, gerando assim várias sentenças (AZEVEDO; SALIM, 2015c; BITENCOURT, 2017c; MASSON, 2012; MIRABETE, 2000).

Na mesma linha, explana Barros (1999 apud GRECO, 2017c, p. 718): “Caracteriza-se o concurso material ainda que alguns dos delitos venham a ser cometidos e julgados depois de os restantes o terem sido, por que não há necessidade de conexão entre eles, podendo os diversos delitos ser objeto de processos diferentes.”

O concurso material ainda poderá ser classificado em **concurso material homogêneo** e **concurso material heterogêneo**, em razão da disposição do artigo 69 do Código Penal, o qual preceitua que os crimes podem ser idênticos ou não (BRASIL, 1940). A primeira classificação diz respeito à ocasião na qual os crimes perpetrados, resultantes da

variedade de condutas, pertencem à mesma espécie, de forma que a circunstâncias de tempo, local ou modo de execução devem ser distintas para que não se caracterize a hipótese de crime continuado. A segunda é relativa aos casos em que o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica crimes de espécies diferentes. (AZEVEDO; SALIM, 2015c; CUNHA, 2015; ESTEFAM; GONÇALVES, 2016; GRECO 2017c; ISHIDA, 2015; JESUS, 2014; MASSON, 2012; MIRABETE, 2000).

**Verificada a ocorrência de concurso material, adota-se o sistema do cúmulo material no que concerne à aplicação da pena, devendo o juiz calcular a pena de cada um dos crimes de forma isolada para que, ao final, todas sejam somadas,** encontrando-se a pena total a ser aplicada ao sentenciado. (CUNHA, 2015; GRECO, 2017c; JESUS, 2014; MIRABETE, 2000).

#### 4.1.2 Concurso formal

O Código Penal prevê em seu artigo 70 (BRASIL, 1940) a segunda hipótese de concurso de crimes, denominada de concurso formal ou ideal, nos seguintes termos:

Art. 70 - Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior.

Tal hipótese foi concebida em virtude de política criminal, de forma a beneficiar o agente que, mediante a prática de tão somente uma conduta, produz dois ou mais resultados delituosos, tendo em vista que um único fato viola vários dispositivos legais. (GRECO, 2017c).

**Assim, para a caracterização do concurso formal, é necessária a prática de uma única ação ou omissão a qual gera a pluralidade de crimes.** Mesmo que se exija como requisito à configuração do concurso formal, a prática de uma só conduta não impede que a mesma seja fracionada em vários atos, uma vez que existem condutas que podem plenamente ser divididas em muitos atos, como no caso de alguém que causa o resultado morte por intermédio de vários golpes de punhal, denominando-se assim como ação única desdobrada. (CUNHA, 2015; MASSON, 2012).

Seguindo a mesma lógica, Mirabete (2000, p. 315) propriamente disserta acerca da pluralidade de atos componentes de uma única conduta, no que concerne ao concurso formal:

Para fixar o conceito de unidade de ação, em sentido jurídico, apontam-se dois fatores: o fator final, que é a vontade regendo uma pluralidade de atos físicos isolados (no furto, p. ex., a vontade de subtrair coisa alheia móvel informa os distintos atos de procurar nos bolsos de um casaco); o fator normativo, que é estrutura do tipo penal em cada caso particular (no homicídio praticado com uma bomba em que morrem duas ou mais pessoas, há uma só ação com relevância típica distinta: vários homicídios). Quando com uma única ação se infringe várias vezes a mesma disposição ou várias disposições legais, ocorre o concurso formal. Havendo duas ou mais ações distintas, ainda que em sequência, inexistirá o concurso formal, podendo-se falar, conforme a hipótese, em progressão criminosa (com antefato ou pós-fato não punível), concurso material, crime continuado etc.

**O sistema de aplicação da pena utilizado no concurso formal é o da exasperação, caso no qual o juiz aumentará uma das penas cominadas observando o *quantum* fixado na lei, havendo consequências distintas de acordo com a espécie de concurso verificada.** Sendo assim, a doutrina estabelece algumas classificações quanto ao concurso formal, em virtude da espécie dos delitos e do desígnio existente por parte do agente quanto ao resultado final da conduta. Nesse sentido, tem-se o concurso **formal homogêneo**, o qual se verifica quando os crimes derivados de uma só ação são da mesma espécie. Por outro lado, há o concurso **formal heterogêneo**, ocorrendo no caso de os crimes cometidos pertencerem a espécies distintas. (CUNHA, 2015; GRECO, 2017c; JESUS, 2014; MIRABETE, 2000).

Havendo a prática de crimes idênticos, isto é, constatada a hipótese de concurso formal homogêneo, em consonância com o sistema da exasperação, deverá o magistrado escolher uma dentre as penas, exasperando-a de 1/6 até 1/2. (ESTEFAM; GONÇALVES, 2016; GRECO, 2017c; MIRABETE, 2000).

No caso da verificação de crimes diversos não idênticos, ou seja, constituído o concurso formal heterogêneo, cabe ao juiz, de acordo com o que estabelece a legislação, aplicar a pena mais grave dentre aquelas cominadas ao delito, aumentando a mesma na proporção de 1/6 até 1/2. (ESTEFAM; GONÇAVES, 2016; GRECO, 2017c; MASSON, 2012; MIRABETE, 2000).

No que se refere à existência do elemento subjetivo quanto ao início da conduta do agente, há ainda a classificação em concurso formal próprio, também tido como perfeito ou normal, e em concurso formal impróprio, da mesma forma denominado como imperfeito ou anormal (AZEVEDO; SALIM, 2015; CUNHA, 2015; GRECO, 2017c).

**O concurso formal próprio, perfeito ou normal** condiz com a prática de dois ou mais delitos, sem, no entanto, o agente praticar todos os crimes com desígnios autônomos, isso significa dizer que o indivíduo não possui o elemento subjetivo dolo quanto a todos os resultados delituosos, podendo-se concluir que o concurso formal próprio se verifica com a

prática de crimes dolosos e culposos, bem como somente culposos. Nesse caso, há incidência do sistema da exasperação, aplicando-se somente uma das penas, aumentada de 1/6 até 1/2. (BITENCOURT, 2017c; CUNHA, 2015; GRECO, 2017c; MASSON, 2012).

Caso o sistema da exasperação, criado como um benefício ao réu, no concurso formal próprio, acabe sendo considerado prejudicial, em razão de ultrapassar a quantidade de pena que seria cabível caso se procedesse à simples soma de todas as penas, aplica-se a regra do concurso material benéfico ou favorável, não utilizando o sistema da exasperação, mas sim o do cúmulo material, conforme disposição do artigo 70, parágrafo único, do Código Penal. (BRASIL, 1940; CUNHA, 2015; GRECO, 2017c; MASSON, 2012).

**Já o concurso formal impróprio, imperfeito ou anormal** verifica-se quando o agente delituoso age com desígnios autônomos em relação a cada crime praticado. Como o agente objetiva provocar todos os resultados, infere-se que a referida espécie de concurso formal possui incidência quando da prática de crimes dolosos. (AZEVEDO; SALIM, 2015; CUNHA, 2015; ESTEFAM; GONÇALVES, 2016).

Tal espécie de concurso é exemplificada, habilmente, por Greco (2017c, p. 723):

Tomamos conhecimento, por intermédio da imprensa, das atrocidades praticadas contra judeus durante o período nazista. Até que encontrassem um meio rápido, eficaz e barato para exterminar o povo judeu, os nazistas, comandados por Hitler, resolveram, em determinado momento, enfileirar os judeus a fim de que, com um só disparo de fuzil, vários deles fossem mortos, economizando-se, com isso, tempo e munição. Quando o disparo era efetuado, a finalidade era causar a morte daquelas duas ou três pessoas que ali se encontravam. Os desígnios, portanto, eram autônomos com relação a cada uma delas, uma que o agente pretendia, com um único disparo, ou seja, com uma única conduta causar a morte de A, B e C. Desígnio autônomo quer dizer, portanto, que a conduta, embora única, é dirigida finalisticamente, vale frisar, dolosamente, à produção dos resultados.

Portanto, como no caso do concurso formal impróprio verifica-se a existência do dolo quando a produção de diversos resultados delituosos, ao agente caberá responder por todos os resultados aos quais deu causa, não havendo o que se falar, pois, no sistema da exasperação. O que incidirá no caso será o sistema do cúmulo material, somando-se as penas de todos os crimes cometidos, por levar-se em consideração a atuação com desígnios autônomos, desejando a produção de todos os resultados. (CUNHA, 2015; JESUS, 2014; MASSON, 2012).

### 4.1.3 Continuidade delitiva

A continuidade delitiva, ou crime continuado, encontra-se previsto no Código Penal, mais precisamente em seu artigo 71 e parágrafo único, dispondo nos seguintes termos (BRASIL, 1940):

Art. 71 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.

Parágrafo único - Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do art. 75 deste Código.

Extrai-se assim o conceito de continuidade delitiva, de forma que a mesma resta caracterizada quando um indivíduo, por meio da prática de diversas condutas, pratica uma pluralidade de crimes da mesma espécie, os quais possuem entre si um elo de continuidade, no que diz respeito às mesmas condições de tempo, lugar e modo de execução, dividindo-se, a continuidade delitiva em duas espécies: crime continuado genérico e crime continuado específico. (CUNHA, 2015).

Para que se configure a **continuidade delitiva, na sua forma genérica**, é necessário o preenchimento de alguns requisitos, como a pluralidade de condutas, consistente em mais de uma ação ou omissão com a prática de diversos crimes da mesma espécie. De acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, de forma majoritária, consideram-se crimes da mesma espécie os que se encontram previstos no mesmo tipo penal incriminador, protegendo, assim, o mesmo bem jurídico, pouco importando se praticados nas formas simples, privilegiada ou qualificada. (GRECO, 2017c; ISHIDA, 2015; JESUS, 2014; MASSON, 2012).

Nesse sentido, recentemente decidiu o Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2016):

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. ROUBO, EXTORSÃO E SEQUESTRO 1) ADITAMENTO DA DENÚNCIA. NULIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. 2) ROUBO E EXTORSÃO. 2.1) CRIME ÚNICO. INVIÁVEL VERIFICAÇÃO NA VIA ELEITA. REVISÃO FÁTICO-PROBATÓRIA 2.2) CONTINUIDADE DELITIVA. NÃO CABIMENTO. 3) DOSIMETRIA. 3.1) REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. ACRÉSCIMO DE 1/4 JUSTIFICADO. 3.2) AUMENTO DA PENA NA TERCEIRA FASE. PATAMAR SUPERIOR AO MÍNIMO DE 1/3. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. AUSÊNCIA DE AFRONTA À SÚMULA N. 443 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE

JUSTIÇA - STJ. FLAGRANTE ILEGALIDADE INEXISTENTE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. [...] - **Conforme precedentes do STJ, não se aplica a figura da continuidade delitiva entre os delitos de roubo e extorsão, porquanto são crimes de espécie diferente.** [...] (Grifou-se).

Há a necessidade também da existência de um elo de continuidade entre as condutas perpetradas, de forma que tal requisito se verifica pelas mesmas condições de tempo, aduzindo a jurisprudência que o período entre uma conduta e outra não poderá ultrapassar trinta dias, devendo haver também as mesmas condições de lugar, critério evidenciado na situação em que os crimes são praticados em uma mesma comarca ou em comarcas vizinhas. Fala-se também no modo de execução do crime, sendo que deve haver semelhança entre as condutas praticadas, como um estilo de prática de crime, em outras palavras, deverá incidir o mesmo *modus operandi*. (CUNHA, 2015; GRECO, 2017c).

Existindo assim o crime continuado genérico, a aplicação da pena seguirá o sistema da exasperação, no qual o magistrado escolherá uma das penas, se forem idênticas, ou a mais grave, caso sejam distintas, aumentando-se as mesmas, em qualquer dos casos, de 1/6 a 2/3, (CUNHA, 2015; JALIL; GRECO FILHO, 2016).

**Quanto ao crime continuado específico**, extraído da dicção do parágrafo único do artigo 71 do Código Penal, resta por verificado quando, além de preencher os requisitos do crime continuado genérico, os crimes são cometidos na sua forma dolosa, contra vítimas diferentes e mediante violência ou grave ameaça, mostrando-se assim a possibilidade de continuidade delitiva com relação aos crimes de homicídio, encontrando-se, pois, a Súmula 605 do STF superada. (AZEVEDO; SALIM, 2015c; BRASIL, 1940; CUNHA, 2015).

Confirmada a incidência do crime continuado específico, no que se refere à aplicação da pena, a mesma será exasperada levando-se em conta o patamar de 1/6 até o triplo, sendo o aumento admissível quando da verificação da culpabilidade, dos antecedentes, da conduta social, dentre outras circunstâncias. Ressalte-se que não será aplicado o sistema da exasperação caso seja ultrapassada a pena que seria imposta no caso de concurso material, havendo, portanto, a possibilidade da incidência do cúmulo material benéfico. (AZEVEDO; SALIM, 2015c; GRECO, 2017c; MIRABETE, 2000).

#### 4.2 O PRINCÍPIO DO *NE BIS IN IDEM*

A presente seção tem como objetivo prévio traçar algumas questões gerais acerca daquilo que se entende por princípios, bem como estabelecer a distinção desses em relação às regras jurídicas. Posteriormente, o foco será direcionado à análise do princípio do *ne bis in*

*idem*, buscando traçar seu conceito, evidenciando seus aspectos material, processual e executivo, e tratar acerca da sua aplicação ao ordenamento jurídico brasileiro.

#### 4.2.1 Aspectos gerais relativos aos princípios

Antes de procurar estabelecer o que se considera pelo chamado princípio do *ne bis in idem*, cumpre demonstrar alguns aspectos gerais concernentes ao que se entende por princípios, em sua forma geral, indicando, da mesma forma, as distinções entre os princípios e as regras jurídicas.

Após o chamado pós-positivismo, os princípios deixaram de se apresentar unicamente como fontes secundárias e de exercer somente funções interpretativas e integrativas, passando a possuir efetivo poder normativo em grau equivalente às regras jurídicas, deixando de ser apenas uma fonte de caráter supletivo para sua utilização de forma principal. (FERNANDES, 2011).

Os princípios resumem-se em valores fundamentais os quais constituem o alicerce do sistema jurídico, seu principal mandamento, disseminando-se por diversas normas, a fim de que se proceda à exata inteligência e compreensão das mesmas, tornando o sistema normativo lógico, racional e harmônico. (MELLO, apud MASSON, 2012).

Nesse sentido, considera-se que **os princípios podem ser classificados em explícitos**, os quais se encontram previstos expressamente no ordenamento jurídico, e **implícitos**, caracterizando-se os últimos em razão de decorrerem da compreensão sistemática atribuída a certos dispositivos legais, existindo ainda aqueles que são considerados como constitucionais por encontrarem-se dispostos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, submetendo-se igualmente à classificação em implícitos e explícitos. (CUNHA, 2015; NUCCI, 2017a).

A respeito da normatividade dos princípios, dispõe Crisafulli (1952 apud BONAVIDES, 2008, p. 257):

Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam, e portanto resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém.

Em razão da indubitável força normativa, não se pode mais pressupor que os princípios se tratam de meras orientações, compondo também as normas, as quais agora

apresentam-se como gênero, do qual são espécies os princípios e as regras, cabendo, portanto, diferenciá-las. (ESTEFAM; GONÇALVES, 2016).

Destacam-se assim, duas diferenças fundamentais entre as regras e os princípios. A primeira é relativa a hipótese de solução de conflitos, quando há o embate entre regras ou entre princípios, de sorte que quando se fala em conflito entre regras, as quais impõem deveres e garantem direitos definitivos, somente uma deve prevalecer, aplicando-se a regra da subsunção, na qual uma das regras será considerada inválida e a outra válida, isto é, a prevalência de uma elimina as demais. (CUNHA, 2015; FERNANDES, 2011).

O mesmo raciocínio não se aplica aos princípios, uma vez que não se tratando de regras definitivas, poderão ser efetuados em graus distintos, invocando-se a chamada proporcionalidade ou ponderação de valores. Em vista disso, quando há uma colisão entre princípios, não há o que se falar na preponderância de um em razão da revogação de outros, tal como ocorre no conflito entre regras, e sim deve-se aplicar ambos de forma conjunta observando-se a respectiva compatibilidade ao caso (CUNHA, 2015; FERNANDES).

Estefam (2017b, p. 120), citando Alexy, trata acerca dos conflitos entre regras e entre princípios, aduzindo o seguinte:

Alexy, nesse sentido, sustenta que os princípios são aplicados em parte, pouco a pouco, e as regras, de maneira integral, por meio da técnica da subsunção. Quanto à forma de solucionar eventuais conflitos, no caso daqueles, utiliza-se a técnica da ponderação (“solução conciliadora”). Sua proposta visa, ainda, solucionar possíveis colisões entre direitos fundamentais, aos quais reputa a natureza de princípios; assevera o autor, ainda, que os princípios constituem mandados de otimização e, nessa medida, estabelecem ideais a serem atingidos, podendo ser aplicados em diferentes graus. Quanto às regras, afirma que sua formulação, a qual se dá por meio da descrição de hipóteses e respectivas consequências, conduz a que sejam aplicadas mediante subsunção e que eventuais antinomias devam ser solucionadas de modo mais retilíneo, ou seja, concluindo-se pela invalidação de uma delas ou por tê-la como exceção frente a [sic] outra. (Grifo do autor).

Outro ponto que distingue as regras e os princípios reside na questão relativa ao plano da concretude, já que os princípios são dotados de um caráter mais abstrato em relação as regras. Ainda que ambos, tanto as regras como os princípios, possuam aplicação abstrata, as regras são elaboradas em virtude de determinado fato, ao contrário dos princípios que regem, de forma genérica, diversas hipóteses. (CUNHA, 2015; FERNANDES, 2011).

De maneira instrutiva, Canotilho (apud FERNANDES, 2011, p. 205) expõe a seguinte síntese concernente aos demais parâmetros distintivos entre regras e princípios:

- a) Grau de abstração: os princípios são normas com grau de abstração relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstração relativamente reduzida;
- b) Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios por serem vagos e indeterminados carecem de mediações concretizadoras (do legislador ao juiz), enquanto as regras são susceptíveis de aplicação direta;
- c) Caráter de

fundamentalidade no sistema das fontes direito: os princípios são normas de natureza estruturante ou com papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex: princípio do Estado de Direito); d) Proximidade da ideia de direito: os princípios são “standars” juridicamente vinculantes radicados nas exigências de justiça (Dworkin) ou na “ideia de direito” (Larenz); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional; e) Natureza normogênica: os princípios são fundamentos de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem ratio de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogênica fundamentante. (Grifo do autor).

No que concerne, de maneira, pois, mais específica, ao âmbito do Direito Penal, verifica-se que os princípios, ao estabelecerem determinadas garantias aos indivíduos, possuem a finalidade precípua de instituir certos limites ao poder punitivo que o Estado possui. (ISHIDA, 2015; MASSON, 2012). Dessa forma, cumpre analisar o que se constata do denominado princípio do *ne bis in idem*.

#### **4.2.2 O princípio do *ne bis in idem*: conceito e aplicação ao ordenamento jurídico brasileiro**

O princípio do *ne bis in idem* trata acerca da vedação da dupla punição em razão de um mesmo fato tipificado em Lei como crime, podendo-se afirmar que o princípio em questão decorre do princípio da legalidade, previsto no artigo 5º, XXXIX da Constituição da República Federativa do Brasil, juntamente com o princípio da vedação do duplo processo pelo mesmo acontecimento, disposto na Convenção Americana de Direitos Humanos. (NUCCI, 2017c).

Decorre do princípio da legalidade dado ao que este dispõe, posto que, não havendo crime sem prévia definição legal, nem pena sem a prévia cominação, não há o que se falar em dupla punição para o mesmo fato em virtude de não haver previsão legal que autorize tal prática, sendo que para cada delito somente existe a possibilidade de aplicação de uma única penalidade. (NUCCI, 2017c).

O referido princípio também impede que determinado fato seja levado em consideração para caracterizar mais de um tipo penal incriminador. Extrai-se, como exemplo, o caso no qual certo indivíduo, possuindo o dolo de extinguir a vida de seu desafeto, desferiu cerca de trinta golpes de punhal contra o mesmo, sendo que, no último golpe, obtém-se o resultado morte almejado. No presente caso citado como exemplo, não se fala em vinte e nove crimes de lesão corporal em concurso com o delito de homicídio, há em verdade um único

crime de homicídio, o qual poderá ter sua pena estabelecida de forma mais rigorosa em virtude de alguma qualificadora. (ESTEFAM, 2017b).

Outro ponto que o princípio do *ne bis in idem* abrange diz respeito à dosimetria da pena, uma vez que se encontra disposto no artigo 61 do Código Penal (BRASIL, 1940) o seguinte: “Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime”.

Dessa forma, a partir da dicção do artigo 61 do Código Penal, percebe-se que o legislador buscou estabelecer que, no momento da aplicação da pena, o juiz somente poderá valorar determinado fato uma única vez para que se evite a dupla punição pelo mesmo fato. Portanto, a título exemplificativo, se um indivíduo comete o crime de homicídio contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, deverá ser considerado tão somente o aumento de pena disposto no artigo 121, § 4º, do Código Penal, desconsiderando-se a agravante genérica prevista no artigo 61, II, h do mesmo diploma legal. (ESTEFAM; GONÇALVES, 2016). Importante ressaltar que também é possível observar que o princípio da especialidade, o qual preconiza que deve prevalecer a norma especial em detrimento aquela de caráter genérico, possui como um dos objetivos evitar a incidência do *bis in idem*, conforme demonstrado no exemplo anterior. (BITENCOURT, 2017c).

Ainda no tocante à dosimetria da pena, há a questão da reincidência, de forma que já se encontra expressamente previsto na Súmula nº 241 do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2000) que “a reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial”, com o intuito de evitar a dupla punição pelo mesmo fato. (ESTEFAM; GONÇALVES, 2016; MASSON, 2012).

Frise-se que a reincidência em si, prevista como agravante genérica no artigo 61, I do Código Penal, não constitui violação ao princípio do *ne bis in idem*, encontrando-se em plena consonância com o ordenamento jurídico brasileiro, rechaçando-se a ideia de que haveria mais uma punição por fato já punido anteriormente. (MASSON, 2012).

No mesmo sentido, entendeu o Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2007):

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL. REINCIDÊNCIA. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. A **pena agravada pela reincidência não configura bis in idem**. O recrudescimento da pena imposta ao paciente resulta de sua opção por continuar a delinquir. Ordem denegada. (HC 91688, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 14/08/2007, DJe-131 DIVULG 25-10-2007 PUBLIC 26-10-2007 DJ 26-10-2007 PP-00100 EMENT VOL-02295-05 PP-00947). (Grifou-se).

Por reincidente, entende-se o indivíduo que volta a praticar crime após condenação anterior transitada em julgado, não constituindo nova punição pelo mesmo fato. O agente delituoso não deve ser protegido a ponto de evitar uma avaliação de seu comportamento, o que é permitido pelo ordenamento vigente, quando da análise feita pelo magistrado das circunstâncias judiciais, como personalidade, antecedentes e conduta social. Nesse sentido, o indivíduo não é punido por somente ser reincidente, terá, pois, sua pena majorada em virtude da escolha por continuar a prática de crimes, de forma que a verificação dessa circunstância atende ao princípio da individualização da pena. Assim, a reincidência não leva em consideração o mesmo fato, em verdade há um fato novo, o qual se verifica na prática de outro delito, levando-se em conta nova circunstância, qual seja, a reincidência. (NUCCI, 2017c).

Cumprе ressaltar acerca da questão relativa à absorção dos crimes de perigo por aqueles tidos como crimes de dano, levando-se em consideração que os crimes de perigo, em razão de seu caráter subsidiário, em regra serão absorvidos pelos crimes em que há o dano efetivo ao bem jurídico, posto que, em tese, aqueles configurarão um meio necessário para que o resultado almejado seja obtido. Cita-se assim o exemplo da posse de arma de fogo, crime de perigo abstrato. No caso, sendo a arma utilizada para a prática do crime de homicídio, efetivamente há dano ao bem jurídico da vida, sendo tal fato o que o crime de posse de arma de fogo busca evitar. Assim, em observância à vedação da dupla punição pelo mesmo fato, há somente o crime de homicídio o qual absorve o crime de perigo, qual seja, a posse de arma de fogo. (NUCCI, 2017c).

No entanto, na hipótese de os crimes de perigo e os crimes de dano não objetivarem a proteção do mesmo bem jurídico, é perfeitamente cabível a dupla imputação, sem que haja a incidência de *bis in idem*, como oportunamente assevera Nucci (2017c, p. 113):

Por certo, há hipóteses em que o delito de perigo pode conviver com o de dano, mas por terem bens jurídicos diferenciados. O crime de quadrilha ou bando (art. 288, CP) tem por finalidade preservar a paz pública. Se o agrupamento comete um roubo (art. 157, CP), feriu-se o patrimônio alheio. Portanto, é cabível a imputação dúplice (art. 288 + art. 157), sem que se possa levantar o *bis in idem*.

Necessário esclarecer que o princípio da vedação do *bis in idem* não encontra expressa disposição na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, sendo caracterizado, portanto, como um princípio implícito. (CUNHA, 2015; NUCCI, 2017c).

Tal princípio encontra-se previsto expressamente no artigo 20 do Estatuto de Roma (BRASIL, 2002), nos seguintes termos:

Artigo 20 *Ne bis in idem*

1. Salvo disposição contrária do presente Estatuto, nenhuma pessoa poderá ser julgada pelo Tribunal por atos constitutivos de crimes pelos quais este já a tenha condenado ou absolvido.
2. Nenhuma pessoa poderá ser julgada por outro tribunal por um crime mencionado no artigo 5º, relativamente ao qual já tenha sido condenada ou absolvida pelo Tribunal.
3. O Tribunal não poderá julgar uma pessoa que já tenha sido julgada por outro tribunal, por atos também punidos pelos artigos 6º, 7º ou 8º, a menos que o processo nesse outro tribunal:
  - a) Tenha tido por objetivo subtrair o acusado à sua responsabilidade criminal por crimes da competência do Tribunal; ou
  - b) Não tenha sido conduzido de forma independente ou imparcial, em conformidade com as garantias de um processo equitativo reconhecidas pelo direito internacional, ou tenha sido conduzido de uma maneira que, no caso concreto, se revele incompatível com a intenção de submeter a pessoa à ação da justiça. (Grifo do autor).

Entende-se que o referido princípio integraliza os direitos e garantias individuais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil, de forma que tal interpretação é autorizada em virtude do que dispõe o artigo 5º, § 2º, da Carta Magna (BRASIL, 1988), aduzindo que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” Dessa forma, pode-se afirmar que o princípio do *ne bis in idem* possui *status* constitucional, considerando-se que possui como finalidade a tutela da liberdade do indivíduo. (SILVA, 2009).

No mesmo sentido, entendeu o Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2003):

[...] A incorporação do princípio do *ne bis in idem* ao ordenamento jurídico pátrio, ainda que sem o caráter de preceito constitucional, vem, na realidade, complementar o rol dos direitos e garantias individuais já previstos pela Constituição Federal, cuja interpretação sistemática leva à conclusão de que a Lei Maior impõe a prevalência do direito à liberdade em detrimento do dever de acusar. [...]  
(HC 80263, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, julgado em 20/02/2003, DJ 27-06-2003 PP-00030 EMENT VOL-02116-03 PP-00515)

O mesmo raciocínio, relativo ao que dispõe o artigo 5º, § 2º, da Constituição da República Federativa do Brasil, pode ser feito com relação à Convenção Americana de Direitos Humanos (BRASIL, 1992), a qual prevê em seu artigo 8º, 4, que “o acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos”, permitindo assim a plena aplicação do princípio do *ne bis in idem* ao ordenamento jurídico brasileiro. (NUCCI, 2017c).

Importante ressaltar que, em consonância com o entendimento majoritário, o referido princípio não goza de caráter absoluto. No caso de sua aplicação às normas brasileiras, verifica-se uma exceção em razão do previsto no artigo 8º do Código Penal,

autorizando que seja realizado novo julgamento, com a conseqüente nova condenação, em razão de um mesmo fato, nas hipóteses em que se verifica a extraterritorialidade da lei penal brasileira. (BRASIL, 1940; CUNHA, 2015).

#### 4.3 POSSIBILIDADE DE CONCURSO MATERIAL ENTRE OS ARTIGOS 121, § 6º E 288-A DO CÓDIGO PENAL

A novel majorante disposta ao teor do artigo 121, § 6º, do Código Penal (BRASIL, 1940) foi inserida pela Lei nº 12.720/2012 (BRASIL, 2012), com a finalidade de repreender de forma mais gravosa os homicídios que vinham sendo cometidos pelas milícias privadas e pelos grupos de extermínio, estabelecendo-se, assim, uma causa de aumento de pena de um terço até a metade quando o referido crime fosse praticado por tais grupos criminosos. (NUCCI, 2016).

Nesse contexto, cumpre verificar qual ou quais crimes deverão ser imputados ao grupo de extermínio ou milícia privada, quando seus agentes promovem a prática do crime de homicídio, levando-se em consideração o que preceitua o princípio do *ne bis in idem*, surgindo, assim, uma celeuma, se os delinquentes responderiam unicamente pela prática do crime de homicídio com a causa de aumento prevista no § 6º do artigo 121 do Código Penal, ou em concurso com o crime de constituição de milícia privada, previsto no artigo 288-A do mesmo diploma legal (CUNHA, 2016; FONTES; MORAES, 2016).

Primeiramente, cabe ressaltar a possibilidade de concurso de crimes entre a constituição da milícia e os delitos posteriores praticados pelo agrupamento criminoso. Verificado o cometimento de crimes, previstos nos Código Penal, pela milícia privada ou pelo grupo de extermínio, constata-se plenamente que há o concurso material entre o crime de constituição milícia privada e os outros delitos cometidos pelo agrupamento, posto que existe integral autonomia ente os tipos penais envolvidos (CAPEZ, 2017a; DELMANTO *et al.*, 2016; ESTEFAM, 2015; JALIL; GRECO FILHO, 2016; MASSON, 2016), sendo que mediante mais de uma ação ou omissão, percebe-se a prática de dois ou mais crimes (CUNHA, 2015).

Portanto, não há que se falar na incidência de *bis in idem* na hipótese de concurso material, relativamente ao crime de constituição de milícia privada e os delitos os quais os integrantes do grupo efetivamente executam, uma vez que o crime de constituição de milícia privada não resta absorvido pela prática efetiva dos demais crimes, pois a existência de um

grupo criminoso não se verifica como pressuposto essencial para a prática de crimes. (BITENCOURT, 2017b).

Nessa perspectiva, exemplifica Masson (2016, p. 420):

[...] os integrantes que praticarem os crimes para cuja execução foi constituída a milícia privada submetem-se, com fulcro no art. 69 do Código Penal, à regra do **concurso material**. Exemplo: "A", "B" e "C" formaram um esquadrão para a prática de homicídios. Deverão ser responsabilizados pelo crime definido no art. 288-A do Código Penal, mesmo se não executarem nenhum crime contra a vida. Mas, se eles cometerem algum homicídio, terão imputados contra si os crimes contra a vida e contra a paz pública, em concurso material. (Grifo do autor).

Sob esse prisma, mostra-se necessário averiguar, da forma mais específica, portanto, quando a milícia privada ou o grupo de extermínio cometem o delito de homicídio, residindo a discussão na aplicabilidade da majorante prevista no artigo 121, § 6º, do Código Penal (BRASIL, 1940), em observância ao princípio do *ne bis in idem*.

Há, de forma eminentemente minoritária, doutrina sustentando que, na prática, o homicídio praticado por tais grupos, em razão de algumas qualificadoras como paga, promessa de recompensa ou motivo torpe, sempre será qualificado. Nesse sentido, considera que a atividade das milícias privadas e dos grupos de extermínio é torpe por natureza, qualificando-se assim o homicídio em razão de sua própria essência, de forma a não permitir que o mesmo seja majorado em virtude da atividade de tais grupos. No entanto, é excepcionado o caso do homicídio em que há uma qualificadora de caráter objetivo, aplicando-se o referido aumento de um terço até a metade. (NUCCI, 2016).

Divergindo do posicionamento exposto, preconiza Gonçalves (2016, p. 174):

Não existe, por sua vez, *bis in idem* entre a causa de aumento em análise e a qualificadora do motivo torpe. Se um justiceiro, agindo sozinho, resolve exterminar os bandidos que atuam em certo bairro ou alguém resolve, em atitude solo, matar homossexuais, o crime é qualificado pelo motivo torpe, mas não se aplica a causa de aumento referente ao grupo de extermínio (o delito pode até ser considerado hediondo por se tratar de atividade típica de grupo de exterminadores, mas o grupo em si inexistente). Se, entretanto, um “esquadrão da morte” começa a eliminar aqueles que seus membros entendem serem ladrões que atuam em certa região, aplicam-se a qualificadora do motivo torpe e a causa de aumento (esta por terem eles criado um grupo com o intuito de eliminar pessoas). (Grifo do autor).

Com maior amparo doutrinário, existem aqueles que advogam a tese de que somente deveria ser aplicado o artigo 288-A do Código Penal, correspondente ao crime de constituição de milícia privada, em concurso material com o delito de homicídio na sua forma simples ou qualificada, dependendo das circunstâncias na qual fosse praticado, porém sem que houvesse o aumento de pena previsto no artigo 121, § 6º, do Código Penal. (BITENCOURT, 2017a; DELMANTO, *et al.*, 2016).

Sob essa perspectiva, asseveram Delmanto (*et al.*, 2016, p. 856):

Caso a organização paramilitar, milícia particular, grupo ou esquadrão venha efetivamente a cometer crimes, haverá concurso material entre o delito deste art. 288-A e os demais cometidos pelo grupo, com exceção do homicídio qualificado do art. 121, § 6º, que prevê o aumento de pena de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado por milícia privada, sob pena de *bis in idem*. (Grifo do autor).

Para essa corrente doutrinária, o agente que praticasse o delito de homicídio em concurso com o crime de constituição de milícia privada, caso houvesse o aumento de pena mencionado, estaria sofrendo uma dupla imputação em razão de um mesmo fundamento, de forma que haveria a incidência, portanto, do *bis in idem*, justificando-se por meio de uma analogia relativa à revogada Súmula 174 do Superior Tribunal de Justiça, a qual preceituava que a arma de brinquedo possuía plena capacidade para a caracterização do delito de roubo e também, para, na mesma circunstância, majorar a pena em virtude do emprego de arma. (BITENCOURT, 2017a).

Explica ainda, por meio de um exemplo, que caso os integrantes de uma milícia privada praticassem um crime de homicídio e outro delito de furto, incidiria, por óbvio o concurso material. No entanto, no caso do crime de homicídio, este não poderia sofrer a majorante contida no artigo 121, § 6º, do Código Penal, uma vez que a milícia privada seria considerada como elemento constitutivo do tipo penal. Já no caso do furto, o mesmo não poderia ser qualificado em virtude do concurso de pessoas tendo em vista que o crime de constituição de milícia privada caracteriza-se como crime de concurso necessário. (BARROS, 2013).

Nesse sentido, ainda destaca Bitencourt (2017a, p. 138), acerca da única hipótese de incidência da majorante em apreço, por ele considerada:

Em síntese, se o agente for condenado pela prática do crime de constituição de milícia privada, ainda que tenha cometido um homicídio, não poderá sofrer a majorante por tal crime ter sido praticado por integrante de milícia privada, pois representaria uma dupla punição por um mesmo fundamento. Em outros termos, essa majorante somente pode ser aplicada se o autor do homicídio for reconhecido no julgamento do homicídio como suposto integrante de milícia privada, mas que não tenha sido condenado por esse crime.

Divergindo dos posicionamentos anteriormente demonstrados, há um entendimento com maior aderência doutrinária e jurisprudencial, ainda que não se verifique no mesmo caso específico, mas sim em casos análogos.

Portanto, para tal parte da doutrina, os integrantes da milícia privada que cometem o delito de homicídio, devem responder pelo delito contra a vida em sua forma majorada, conforme disposição do artigo 121, § 6º, do Código Penal em concurso material com o

previsto ao teor do artigo 288-A do mesmo diploma legal, qual seja, o delito de constituição de milícia privada, sem que haja a constatação de *bis in idem*. (CUNHA, 2016; FONTES; MOARES, 2016; GONÇALVES, 2016; MASSON, 2016).

Tal posicionamento se justifica ao afirmar que tanto o delito previsto no artigo 121, como aquele previsto no artigo 288-A, ambos do Código Penal, são integralmente autônomos e independentes entre si. Além do mais, o crime de homicídio possui como objetividade jurídica a vida humana extrauterina, enquanto que o crime de constituição de milícia privada protege o bem jurídico da paz pública. Os referidos delitos, além de não possuírem relação de dependência, protegem, pois, bens jurídicos distintos, não havendo a dupla punição em virtude do mesmo fato. (CUNHA, 2016; ISHIDA, 2015; MASSON, 2016).

Convém destacar também que, a punição, advinda da prática do crime de constituição de milícia privada, se dá em razão da periculosidade que a existência do referido agrupamento criminoso reproduz para a sociedade, bem como a sua atividade recorrente. No que concerne à forma majorada do homicídio, fundamenta-se em consequência ao maior grau de reprovabilidade da conduta quando analisada em face da vítima do caso concreto. (GONÇALVES, 2016).

Outro ponto que demonstra a possibilidade de concurso material entre os crimes em questão, diz respeito ao momento consumativo dos delitos. Ao ser praticado o crime de homicídio, tanto pela milícia privada, quanto pelo grupo de extermínio, considerando-se que o referido crime contra a vida se caracteriza por ser um crime de dano, o crime de constituição de milícia privada, considerado, pois, como crime de perigo abstrato, já havia se consumado muito antes da efetiva execução do delito de homicídio, ofendendo, desde já, a paz pública. (MASSON, 2016).

Em razão de a questão específica em tela não ter sido ainda objeto de apreciação pelos tribunais superiores, o referido entendimento encontra amparo em decisões referentes à casos análogos do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, ocasião na qual foi afastada a tese a ocorrência de *bis in idem* no caso da associação criminosa armada, anteriormente tida como crime de quadrilha ou bando armado, e a prática do crime de roubo majorado em razão do emprego de arma, como também no caso da extorsão mediante sequestro qualificada. (CUNHA, 2016; FONTES; MORAES, 2016).

Quanto ao caso da associação criminosa e o crime de extorsão mediante sequestro qualificada, entendeu o Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2009):

HABEAS CORPUS. EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO QUALIFICADA E QUADRILHA. CONCURSO MATERIAL. TIPOS AUTÔNOMOS. PENA BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. DADOS INDEMONSTRADOS. MAUS

ANTECEDENTES CONSIDERADOS EM TORNO DE PROCESSOS EM CURSO. INVIABILIDADE. INTENSIDADE DO DOLO. CULPABILIDADE. Em princípio, é possível considerar a circunstância da existência de quadrilha como circunstância qualificadora do crime de extorsão mediante sequestro e, ao mesmo tempo, tê-la também em conta para firma [sic] o crime autônomo, porquanto a objetividade jurídica dos tipos (quadrilha e extorsão qualificada) são autônomas e independentes. Precedentes desta Corte e do Supremo. [...] (HC 59.305/PR, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/05/2009, DJe 08/06/2009).

No mesmo sentido, porém em outro caso, decidiu também o Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2010):

[...] 2. É perfeitamente possível a coexistência entre o crime de formação de quadrilha ou bando e o de extorsão mediante sequestro pelo concurso de agentes, porquanto os bens jurídicos tutelados são distintos e os crimes, autônomos. Precedentes do STF. 3. Não há falar em bis in idem no caso porque, enquanto a formação de quadrilha ou bando, tipificado, aliás, em sua forma simples, constitui crime de perigo abstrato, o delito de roubo qualificado pelo uso de arma e pelo concurso de pessoas configura perigo concreto. [...] (HC 120.454/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 23/02/2010, DJe 22/03/2010).

Outro caso similar, relativamente à situação de concurso de crimes entre os delitos de associação criminosa e o furto ou roubo qualificado pelo concurso de pessoas, pode servir de parâmetro, uma vez que, de acordo com o Supremo Tribunal Federal, bem como o Superior Tribunal de Justiça, é possível que haja o concurso material sem cogitar de *bis in idem*, considerando-se o crime de associação criminosa já havia se consumado e colocado em risco a paz pública, de forma que o subsequente cometimento de furto ou roubo atingirá bem jurídico distinto, havendo, pois, bens jurídicos e momentos consumativo diversos. (AZEVEDO; SALIM, 2015a; CAPEZ, 2016).

Nessa perspectiva, afirmou o Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2012c):

[...] VI – Esta Corte já firmou o entendimento de que a condenação simultânea pelos crimes de roubo qualificado com emprego de arma de fogo (art. 157, § 2º, I, do CP) e de formação de quadrilha armada (art. 288, parágrafo único, do CP) não configura bis in idem, uma vez que não há nenhuma relação de dependência ou subordinação entre as referidas condutas delituosas e porque elas visam bens jurídicos diversos. Precedentes. [...] (HC 113413, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 16/10/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-222 DIVULG 09-11-2012 PUBLIC 12-11-2012).

Dessa forma, verifica-se possível que haja o concurso de crimes entre o crime de constituição de milícia privada e o delito de homicídio majorado em razão da atividade da milícia privada ou grupo de extermínio, visto que não se trata da dupla punição em virtude de um mesmo fundamento, ao ser levado em consideração a objetividade jurídica, o momento consumativo e autonomia dos delitos, não havendo, pois, ofensa ao princípio do *ne bis in idem*, conforme precedentes de casos similares do Supremo Tribunal Federal, bem como do

Superior Tribunal de Justiça. (AZEVEDO; SALIM, 2015a; CAPEZ, 2016; CUNHA, 2016; GONÇALVES, 2016; ISHIDA, 2015; MASSON, 2016).

## 5 CONCLUSÃO

A Lei nº 12.720/2012 surgiu em virtude do contexto violento o qual se dava em razão das atividades das milícias privadas e dos grupos de extermínio, criando o novo delito de constituição de milícia privada, artigo 288-A do Código Penal, e, com a finalidade de punir mais severamente determinadas atividades executadas por tais grupos criminosos, inseriu uma nova causa de aumento de pena no crime de homicídio, surgindo assim o § 6º do artigo 121 do Código Penal, dispondo que a pena será aumentada de 1/3 até a metade caso o mencionado delito seja cometido por milícia privada, sob pretexto de prestação de serviço de segurança, ou por grupo de extermínio.

Em face da falta de conceituação do que viria a se constituir por milícia privada ou por grupo de extermínio, por parte da mencionada legislação, ficou a cargo da doutrina preencher as lacunas deixadas, de forma que se entendeu por milícia privada a congregação de indivíduos armados os quais utilizam o pretexto da omissão estatal para dominar certas comunidades e oferecer uma falsa segurança, de forma que o grupo de extermínio caracteriza-se como uma espécie de milícia privada, com a finalidade precípua de praticar crimes de homicídio.

A problemática central reside, pois, na aplicação de ambos os dispositivos trazidos pela Lei nº 12.720/2012, relativamente a prática do crime de homicídio, quando verificado o princípio do *ne bis in idem*, o qual, em consonância com o Supremo Tribunal Federal, possui plena aplicação ao ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse sentido, considerando o que assevera o princípio do *ne bis in idem*, de modo que se depreendeu a possibilidade da dupla imputação quando na existência de crimes de dano e de perigo, os quais não objetivam os mesmos bens jurídicos, constata-se a não incidência de *bis in idem* quando imputa-se ao agente a prática dos crimes de constituição de milícia privada (artigo 288-A do Código Penal) e de homicídio majorado pela atividade da milícia privada ou por grupo de extermínio (artigo 121, § 6º, do Código Penal).

Ainda que a questão específica referente à milícia privada em conjunto à prática de homicídio não tenha sido objeto de deliberação pelos Tribunais, verificou-se, em casos análogos, como roubo qualificado pelo concurso de agentes em concurso com o crime de associação criminosa, que tal tese é corroborada tanto pelo Superior Tribunal de Justiça quanto pelo Supremo Tribunal Federal, bem como mostra-se aceita por ampla parcela doutrinária

Assim, respondendo ao problema de pesquisa do presente trabalho e acatando-se a hipótese inicial, não há a incidência de *bis in idem* quando há a imputação ao agente dos crimes de constituição de milícia privada e homicídio majorado pela atividade da milícia privada ou do grupo de extermínio, em concurso material, não havendo a dupla imputação em virtude de um mesmo fato, pois o crime do artigo 288-A do Código Penal pune a formação do agrupamento criminoso em si, de forma que a causa de aumento prevista no § 6º, do artigo 121 do mesmo diploma legal, agrava a pena pela atividade efetiva da milícia ou do grupo de extermínio, não significando punir novamente a sua constituição.

Além do anteriormente exposto, constatou-se que ambos os crimes são independentes e autônomos entre si, protegendo, cada qual, seus próprios bens jurídicos, possuindo, também, diferentes momentos consumativos, permitindo-se, conseqüentemente, o concurso material, sem violação ao princípio do *ne bis in idem*. Acredita-se, dessa forma, que o objetivo geral, bem como, os objetivos específicos da pesquisa, foram plenamente atingidos.

## REFERÊNCIAS

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Princípios relativos a uma eficaz prevenção e investigação de execuções extralegais, arbitrárias e sumárias:** Adotados pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas em 24 de Maio de 1989, através da Resolução 1989/65, e aprovados pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 15 de Dezembro de 1989, através da Resolução 44/162. 1989. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/exec/exec89.htm>>. Acesso em: 05 set. 2017.

AZEVEDO, Marcelo André de; SALIM, Alexandre. **Direito Penal:** parte especial - dos crimes contra a incolumidade pública aos crimes contra a administração pública. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2015a. 3 v. Coleção sinopses para concursos.

\_\_\_\_\_. **Direito Penal:** parte especial - dos crimes contra a pessoa aos crimes contra a família. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2015b. 2 v. Coleção sinopses para concursos.

\_\_\_\_\_. **Direito Penal:** parte geral. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2015c. 2 v. Coleção sinopses para concursos.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito Penal:** parte especial: crimes contra pessoa, crimes contra o patrimônio. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009b. 2 v.

BARROS, Francisco Dirceu. **Aspectos criminais e processuais do crime de constituição de milícia privada.** 2013. Disponível em:

<<https://franciscodirceubarros.jusbrasil.com.br/artigos/121941055/aspectos-criminais-e-processuais-do-crime-de-constituicao-de-milicia-privada>>. Acesso em: 02 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. **Direito Penal Parte Geral.** 4. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009a.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal:** parte especial: crimes contra a pessoa 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2017a. 2 v.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Direito Penal:** parte especial: crimes contra dignidade sexual até crimes contra a fé pública. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017b. 4 v.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Direito Penal:** parte geral. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017c. 1 v.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF, Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 02 out. 2017.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 4388, de 25 de setembro de 2002. **Promulga O Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.** Brasília, DF, 25 set. 2002. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4388.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm)>. Acesso em: 31 out. 2017.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. **Promulga A Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (pacto de São José da Costa Rica), de 22 de Novembro de 1969.** Brasília, DF, 06 nov. 1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm)>. Acesso em: 02 out. 2017.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/De12848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm)>. Rio de Janeiro, RJ, 07 dez. 1940. Acesso em: 22 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. **Institui O Sistema Nacional de Políticas Públicas Sobre Drogas - Sisnad; Prescreve Medidas Para Prevenção do Uso Indevido, Atenção e Reinserção Social de Usuários e Dependentes de Drogas; Estabelece Normas Para Repressão à Produção Não Autorizada e Ao Tráfico Ilícito de Drogas; Define Crimes e Dá Outras Providências.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm)>. Acesso em: 25 set. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.694, de 24 de julho de 2012. **Dispõe Sobre O Processo e O Julgamento Colegiado em Primeiro Grau de Jurisdição de Crimes Praticados Por Organizações Criminosas; Altera O Decreto-lei no 2.848, de 7 de Dezembro de 1940 - Código Penal, O Decreto-lei no 3.689, de 3 de Outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e As Leis nos 9.503, de 23 de Setembro de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro, e 10.826, de 22 de Dezembro de 2003; e Dá Outras Providências.** Brasília, DF, 24 jul. 2012b. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/112694.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112694.htm)>. Acesso em: 27 set. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.720, de 27 de setembro de 2012. **Dispõe sobre o crime de extermínio de seres humanos; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; e dá outras providências.** Brasília, DF, 27 set. 2012a. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12720.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12720.htm)>. Acesso em: 22 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013. **Define Organização Criminosa e Dispõe Sobre A Investigação Criminal, Os Meios de Obtenção da Prova, Infrações Penais Correlatas e O Procedimento Criminal; Altera O Decreto-lei no 2.848, de 7 de Dezembro de 1940 (código Penal); Revoga A Lei no 9.034, de 3 de Maio de 1995; e Dá Outras Providências.** Brasília, DF, 02 ago. 2013. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm)>. Acesso em: 27 set. 2013.

\_\_\_\_\_. Lei nº 2889, de 01 de outubro de 1956. **Define e Pune O Crime de Genocídio.** Rio de Janeiro, RJ, 01 out. 1956. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L2889.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L2889.htm)>. Acesso em: 17 out. 2017.

BRASIL. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. **Dispõe Sobre Os Crimes Hediondos, nos Termos do Art. 5º, Inciso XLIII, da Constituição Federal, e Determina Outras Providências.** Brasília, DF, 25 jul. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm)>. Acesso em: 02 out. 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 120454.** Relator: Ministra Laurita Vaz. Brasília, DF, 23 de fevereiro de 2010. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 22 mar.

2010. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=ACOR&livre;=@docn='000383188'>>. Acesso em: 02 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 212.216**. Relator: Ministro Ericson Marinho - desembargador convocado do TJ-SP. Brasília, DF, 18 de fevereiro de 2016. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 01 mar. 2016. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=ACOR&livre;=@docn='000588384'>>. Acesso em: 26 out. 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 59305**. Relator: Ministra Maria Thereza De Assis Moura. Brasília, DF, 05 de maio de 2009. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 08 jun. 2009. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=ACOR&livre;=@docn='000362434'>>. Acesso em: 02 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 241**. 23 ago. 2000. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/docs\\_internet/SumulasSTJ.pdf](http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf)>. Acesso em: 31 out. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 113413**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 09 de novembro de 2012c. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 12 nov. 2012. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000195628&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 02 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 80263**. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Diário de Justiça. Brasília, 27 jun. 2003. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000098867&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 31 out. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 91688**. Brasília, DF, 14 de agosto de 2007. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 26 out. 2007. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000005391&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 31 nov. 2017.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Especial**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2017. 3 v.

CABETTE NETO, Eduardo Luiz Santos. **Direito Penal: parte especial I**. São Paulo: Saraiva, 2012. Coleção Saberes do Direito; 6.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Considerações iniciais sobre a Lei 12.720/12: novas majorantes nos crimes de homicídio e lesões corporais e o novo crime de constituição de milícia privada**. 2012. Disponível em:

<[http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12427](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12427)>. Acesso em: 16 out. 2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Legislação Penal Especial**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017b. 4 v.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Penal: Parte Especial** (arts. 121 a 212). 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2017a. 2 v.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Penal: Parte Especial**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. 3 v.

\_\_\_\_\_; PRADO, Stela. **Código Penal Comentado**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da; COSTA, Fernando José da. **Curso de Direito Penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: Parte Especial**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

DELMANTO, Celso *et al.* **Código Penal Comentado**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

ESTEFAM, André. **Direito Penal: parte especial** (arts. 121 a 234-B). 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017a. 2 v.

\_\_\_\_\_. **Direito Penal: Parte Especial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. 4 v.

\_\_\_\_\_. **Direito Penal: parte geral** (arts. 1º a 120). 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017b. 1 v.

ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal Esquematizado: Parte Geral**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FONTES, Eduardo; MORAES, Geovane. **Temas controversos de Direito Penal: para concursos de DPC e DPF**. Recife: Armador, 2016.

GALVÃO, Fernando. **Direito Penal: Crimes contra a pessoa**. São Paulo: Saraiva, 2013.

GIL, Antonio Carlos. **Métodos e Técnicas de Pesquisa Social**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal Esquematizado: Parte Especial**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Coordenação: Pedro Lenza.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Legislação Penal Especial Esquematizado**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Coordenação: Pedro Lenza.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017b.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Penal: Parte Especial**. 12. ed. Niterói: Impetus, 2015b. 2 v.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Penal: Parte Especial**. 14. ed. Niterói: Impetus, 2017a. 3 v.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 19. ed. Niterói: Impetus, 2017c. 1 v.

ISHIDA, Válter Kenji. Curso de Direito Penal: **Parte Geral, Parte Especial**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

JALIL, Mauricio Schaun; GRECO FILHO, Vicente (Coord.). **Código Penal Comentado: Doutrina e Jurisprudência**. Barueri: Manole, 2016.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal Parte Especial: crimes contra a propriedade imaterial a crimes contra a paz pública**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2015b. 3 v.

\_\_\_\_\_. **Direito Penal Parte Especial: crimes contra pessoa a crimes contra o patrimônio** 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2015a. 2 v.

\_\_\_\_\_. **Direito Penal: parte geral**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. 1 v.

LEONEL, Vilson; MARCOMIM, Ivana. **Projetos de pesquisa social: livro didático**. Palhoça: Unisul Virtual, 2015.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa (Org.). **Código Penal Interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**. 7. ed. Barueri: Manole, 2017.

MASSON, Cleber. **Direito Penal: Parte Especial (arts. 121 a 212)**. 7. ed. São Paulo: Método, 2015. 2 v.

\_\_\_\_\_. **Direito Penal: Parte Especial (arts. 213 a 359-H)**. 6. ed. São Paulo: Método, 2016. 3 v.

\_\_\_\_\_. **Direito Penal: Parte Geral (arts. 1º a 120)**. 6. ed. São Paulo: Método, 2012. 1 v.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Crime Organizado**. 3. ed. São Paulo: Método, 2017.

MEDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime Organizado: aspectos gerais e mecanismos legais**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MINAYO, Marília Cecília de Souza *et al.* **Pesquisa Social: teoria, método e criatividade**. 21. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2000. 1 v.

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito Penal**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2001. 2 v.

MOTTA, Alexandre de Medeiros *et al.* **Universidade e Ciência**. Palhoça: Unisul Virtual, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal: parte especial: arts. 213 a 361 do Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2017b. 3 v.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Penal:** parte especial: arts. 121 a 212 do Código Penal. Rio de Janeiro: Forense, 2016. 2 v.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Penal:** parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal. Rio de Janeiro: Forense, 2017c. 1 v.

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito Penal.** 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017a.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro:** parte especial - arts. 121 a 249. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 2 v.

RIO DE JANEIRO. ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **Relatório Final da CPI destinada a investigar a ação de milícias no âmbito do Estado do Rio de Janeiro (Resolução nº 433/2008).** 2008. Disponível em: <<http://www.marcelofreixo.com.br/cpi-das-milicias>>. Acesso em: 18 set. 2017.

SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Inconstitucionalidade do art. 40, inciso VII, da lei de drogas por inobservância ao *ne bis in idem* e violação à proibição de excesso.** Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, v. 21 n. 2, fev. 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/23753>>. Acesso em: 22 abr. 2017.