

**A confusão proposital do concurso eventual de pessoas:
“a formação de quadrilha ou bando”**

Cezar Roberto Bitencourt

Como citar este artigo: BITENCOURT, Cezar Roberto. A confusão proposital do concurso eventual de pessoas: "a formação de quadrilha ou bando". *Revista do Instituto de Ciências Penais*, Belo Horizonte, v. 1, p. 165-190, 2006.



A CONFUSÃO PROPOSITAL DO CONCURSO EVENTUAL DE PESSOAS "A FORMAÇÃO DE QUADRILHA OU BANDO"¹

SUMÁRIO

CEZAR ROBERTO BITENCOURT ⁶

Procurador de Justiça aposentado do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul; Professor Coordenador do Curso de Mestrado em Ciências Criminais da PUC-RS e Doutor em Direito Penal pela Universidade de Sevilha (Espanha).

1. - CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES.....	167
2. - CRIMINALIDADE ORGANIZADA, CRIMINALIDADE MODERNA E CRIMINALIDADE DE MASSA.....	168
2.1 - CRIMINALIDADE MODERNA E DELINQUÊNCIA ECONÔMICA...	
.....	174
3. - BEM JURÍDICO TUTELADO NO CRIME DE QUADRILHA OU BANDO.....	178
4. - SUJEITOS DO CRIME DE QUADRILHA OU BANDO.....	178
5. - TIPO OBJETIVO: ADEQUAÇÃO TÍPICA.....	180
6. - TIPO SUBJETIVO: ADEQUAÇÃO TÍPICA.....	183
7. - CONSUMAÇÃO E TENTATIVA.....	184
8. - CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA.....	185
9. - FORMA QUALIFICADA.....	185
10. - QUADRILHA OU BANDO E CONCURSO COM OS CRIMES PRATICADOS PELA QUADRILHA.....	185
11. - QUADRILHA OU BANDO E CONCURSO EVENTUAL DE PESSOAS..	187
12. - PENA E AÇÃO PENAL.....	188

¹*Quadrilha ou bando*: Art. 288. Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes: Pena — reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos. Parágrafo único. A pena aplica-se em dobro, se a quadrilha ou bando é armado. Publicado na Revista Jurídica do ICP - Instituto de Ciências Penais de Belo Horizonte, 2006, Vol. 1., p.165.

1 - CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

As denominadas associações criminosas, que sempre preocuparam a sociedade de um modo geral, e os governantes, em particular, que temiam principalmente os ataques políticos, já nas primeiras décadas do Século XX, ganham nova dimensão no final desse mesmo século, passando a exigir não apenas sua revisão conceitual, mas, fundamentalmente, sua adequação político-criminal à pós-modernidade que é abrangida, dominada e, por que não dizer, seduzida e ao mesmo tempo violentada pela globalização que se reflete diretamente na criminalidade, seja organizada, seja desorganizada.

A partir do Código Penal francês de 1810 (art. 265), essa figura delituosa passou a integrar muitos dos códigos de outros países, que foram editados após essa data. No direito brasileiro, os Códigos criminais do século XIX – Código Criminal do Império de 1830 e o Código Penal de 1890 - não consagravam essa figura delituosa. O *ajuntamento ilícito* que aqueles diplomas previam (arts. 285 e 119, respectivamente), não exigiam *permanência ou estabilidade*, apresentando apenas alguma semelhança com a definição atribuída pelo "atual" Código Penal de 1940 ao crime de *quadrilha ou bando*: na verdade aquelas tipificações prescreviam mais uma espécie *sui generis* de concurso eventual de pessoas, distinta, por certo, da figura que acabou sendo tipificada em nosso diploma codificado.

Em síntese, o crime de *quadrilha ou bando* é uma criação do Código Penal de 1940, constituindo, por sua definição, uma modalidade especial de punição, como exceção, ao que se poderia denominar de atos preparatórios de futura infração penal, que na ótica do art. 31 do referido diploma legal, não são puníveis.

2 - CRIMINALIDADE ORGANIZADA, CRIMINALIDADE MODERNA E CRIMINALIDADE DE MASSA

Antes de iniciarmos o exame doutrinário do crime de *quadrilha ou bando*, descrito no art. 288 do CP, faremos uma rápida análise político-criminal da *criminalidade organizada*, que não se confunde com o crime de *quadrilha ou bando* tipificado na década de 1940. Nesse sentido, merece ser, de certa forma, resgatado os antecedentes daquele dispositivo, na lavra de Nelson Hungria, *in verbis*: "No Brasil, à parte o endêmico cangaceirismo do sertão nordestino, a delinqüência associada em grande estilo é fenômeno episódico. Salvo um ou outro caso, a associação para delinqüir não apresenta, entre nós, caráter espetacular. Aqui e ali são mais ou menos freqüentes as quadrilhas de rapinantes noturnos, de salteadores de bancos em localidades remotas, de abigeatores (ladrões de gado), de moedeiros falsos, de contrabandistas e, ultimamente (sic), de ladrões de automóveis" ².

Como se percebe, essa é a anatomia jurídica do antigo e atual crime de quadrilha ou bando. Outra coisa é o fenômeno mundial que recebe a denominação de *crime organizado* ou de *organização criminosa*.

Tradicionalmente as autoridades governamentais adotam uma *política de exacerbação e ampliação* dos meios de combate à criminalidade, como solução de todos os problemas sociais, políticos e econômicos que afligem a sociedade. Nossos governantes utilizam o *direito penal* como panacéia de todos os males (direito penal simbólico); defendem graves transgressões de direitos fundamentais e ameaçam bens jurídicos constitucionalmente protegidos, infundem medo, revoltam e ao mesmo tempo fascina a uma desavisada massa carente e desinformada. Enfim, usam arbitrariamente e simbolicamente o Direito Penal para dar satisfação à população e, aparentemente, apresentar soluções imediatas e eficazes ao problema da segurança e da criminalidade.

A violência indiscriminada está nas ruas, nos lares, nas praças, nas praias e também no campo. Urge que se busque meios efetivos de controlá-la, a qualquer preço. E para ganhar publicidade fala-se emblematicamente em *criminalidade organizada* – delinqüência

². Nelson Hungria. *Comentário ao Código Penal*, vol. IX, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1959, p. 175.176.

econômica, crimes ambientais, crimes contra a ordem tributária, crimes de informática, comércio exterior, contrabando de armas, tráfico internacional de drogas, criminalidade dos bancos internacionais – enfim, crimes de colarinho branco³. Essa é, em última análise, a criminalidade moderna que exige um novo arsenal instrumental para combatê-la, justificando-se, sustentam alguns, inclusive o abandono de direitos fundamentais, que representam históricas conquistas do Direito Penal ao longo dos séculos.

A "crise do direito" corre o risco de traduzir-se numa "crise da democracia", por que, em última instância, os múltiplos aspectos que abordaremos, equivalem a uma crise do *princípio de legalidade*, isto é, da sujeição dos poderes públicos à Lei, na qual se fundam tanto a *soberania popular quanto o paradigma do Estado de Direito*⁴. Vivemos, a partir da última década do milênio passado, um *negro período de arbítrio*, curiosamente logo após a publicação da Constituição "cidadã" de 1988. A despeito da consagração das garantias fundamentais na novel Carta Magna, a solução para as dificuldades presentes são buscadas através da reprodução de *formas neo-absolutistas* do poder, carentes de limites e de controles e orientadas por fortes e ocultos interesses dentro de nosso ordenamento político-jurídico. Atualmente, vivencia-se uma "sede de punir", constatando-se uma febril criminalização: novos tipos penais e exasperação das sanções criminais completam este panorama tétrico. As políticas de descriminalização, despenalização e desjurisdicionalização não fazem mais parte da ordem do dia; orquestra-se uma política de reforma legislativa nas áreas, de direito material, que apontam no rumo da criminalização maciça, no agravamento das sanções penais, no endurecimento dos regimes penais, e, na *área processual*, na "abreviação", redução, simplificação e remoção de obstáculos formais que, eventualmente, possam dificultar uma imediata e funcional resposta penal.

O nível de violação dessas garantias constitucionais atinge tal nível que levou o atual Pres. do Superior Tribunal de Justiça, Ministro Edson Vidigal, a dar um grito de alerta, que recebeu a seguinte manchete

³ Sutherland foi quem, por primeira vez, em 1943, em sua conhecida obra "O crime de colarinho Branco". Abordou com seriedade esta forma de delinqüência. Edwin Sutherland. *El delito de cuella blanco*, Caracas, 1969.

⁴ Luigi Ferrajoli. *El Derecho como sistema de garantías*, in *Jueces para la democracia*, información y debate, n. 16-17, Madri, ano de 1992, p. 62.

da Revista ISTO É: "ESTAMOS VIVENDO UM ESTADO NAZISTA". Presidente do STJ alerta para o perigo de ações espalhafatosas da Polícia Federal e diz que grampos viraram objeto de chantagem"⁵. Essa entrevista do Min. Vidigal recebeu a seguinte ementa (parte dela) do jornalista Florência Costa, destacando que Edson Vidigal dá um grito de alerta: "*Estado democrático de direito no Brasil está ameaçado*". O alvo da preocupação do ministro do STJ -

Nessa linha de construção, começa-se a sustentar, abertamente, a necessidade de uma *responsabilidade objetiva*, com o abandono efetivo da *responsabilidade subjetiva e individual*. Essa nova orientação justificaria-se pela necessidade de um *direito penal funcional*⁶ reclamado pelas transformações sociais: abandono de garantias dogmáticas e aumento da *capacidade funcional* do Direito Penal para tratar de complexidades modernas.

⁸ Hassemer. Três temas... p. 65.

Por isso, a política criminal do *direito penal funcional* sustenta, como *modernização funcional* no combate à "criminalidade moderna", uma mudança semântico-dogmática: "perigo" em vez de "dano"; "risco" em vez de ofensa efetiva a um bem jurídico; "abstrato" em vez de concreto; "tipo aberto" em vez de fechado; "bem jurídico coletivo" em vez de individual, etc. O grande argumento para o abandono progressivo do Direito Penal da culpabilidade, é de que a "criminalidade moderna", reflexo natural da *complexidade social* atual, é grande demais para um modesto Direito Penal, limitado a seus dogmas tradicionais. Como refere criticamente Hassemer, "ou se renova o equipamento, ou se desiste da esperança de incorporar o Direito Penal na orquestra das soluções dos problemas sociais"⁷. Vivemos atualmente o caos em matéria de garantias fundamentais, na medida que, ao que parece, alguns juizes federais rasgaram a Constituição Federal, autorizando a quebra de sigilos telefônicos, fiscais, bancários coletivamente, sem qualquer critério, bastando mera suspeita de qualquer irregularidade, determinando, indiscriminadamente, invasões de escritórios de advocacias violando sigilos profissionais etc.

⁵ Revista ISTO É/1864-6/7/2005, p. 7.

⁶ Funcional significa política de controle de condutas criminosas mediante instrumentos eficazes do Direito Penal.

⁷ Winfried Hassemer. Três Temas de Direito Penal, Porto Alegre, Publicações Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993, p. 56.

Mas, antes de tudo, precisamos definir algumas questões fundamentais para a análise adequada de toda a problemática que se nos apresenta na ordem do dia: afinal, de que criminalidade estamos falando? O que é *criminalidade moderna*? O que é *criminalidade organizada*? Será uma nova forma de delinquir ou representará somente um melhor planejamento, com maior astúcia e dissimulação, apresentando, conseqüentemente, maior perigosidade?

A *criminalidade organizada* é o centro das preocupações de todos os setores da sociedade. Na verdade, a criminalidade organizada é o tema predileto da mídia, dos meios políticos, jurídicos, religiosos, das entidades não governamentais, e, por conseguinte, é objeto de debate da política interna. No entanto, no cotidiano, na realidade diária do cidadão, não é a *criminalidade organizada* o fator mais preocupante, mas sim a *criminalidade massificada*. É esta criminalidade de massa que perturba, assusta e ameaça a população. Por isso, ante o imperativo há a necessidade de se distinguir com precisão *criminalidade organizada* e *criminalidade de massa*.

Nessa linha, *criminalidade de massa* compreende assaltos, invasões de apartamentos, furtos, estelionatos, roubos e outros tipos de violência contra os mais fracos e oprimidos. Essa criminalidade afeta diretamente a toda a coletividade, quer como vítimas reais quer como vítimas potenciais. Os efeitos desta forma de criminalidade são violentos e imediatos: não são apenas econômicos ou físicos, mas atingem o equilíbrio emocional da população e geram uma sensação de insegurança⁸.

Esse *medo coletivo difuso* decorrente da criminalidade de massa, permite a manipulação e o uso de uma *política criminal populista* com o objetivo de obter meios e instrumentos de combate a criminalidade, restringindo, quando não ignorando, as garantias de liberdades individuais e os princípios constitucionais fundamentais, sem apresentar resultados satisfatórios. São em circunstâncias como essa que surgem leis como a dos Crimes Hediondos, do Crime Organizado e dos Crimes de Especial Gravidade, etc., na forma tradicional de usar simbolicamente o direito penal.

⁸ Hassemer. Três temas... p. 65.

Criminalidade organizada, por sua vez, genericamente falando, deve apresentar um potencial de ameaça e de perigo gigantesco e de conseqüências imprevisíveis e incontrolláveis. No entanto, os especialistas ainda não chegaram a um consenso para definir o que representa efetivamente a *criminalidade organizada*: o que ela é, como se desenvolve, quais suas estruturas, quais suas perspectivas futuras, como se combatê-la, são questões ainda sem respostas. Aliás, falando-se em "*criminalidade organizada*" é lícito pensar também na existência de uma *criminalidade desorganizada* que, nem por isso, deixará de exigir, igualmente, um combate eficaz. Já que o poder público, segundo confessam nossos governantes, não conseguem combater a criminalidade organizada, por que, pelo menos, não começam combatendo a *criminalidade desorganizada* que é a mais violenta e produz danos mais graves e mais diretos à coletividade que se sente refém da bandidagem "*desorganizada*"?! Seria, convenhamos, um bom começo para tentar minimizar a insegurança que tomou conta não só das populações urbanas, mas também daquela que resiste na zona rural.

A definição conhecida de *criminalidade organizada* é extremamente abrangente e vaga, e ao invés de definir um objeto, aponta uma direção. Na verdade, como sustenta Hassemer⁹, "A criminalidade organizada não é apenas uma organização bem feita, não é somente uma organização internacional, mas é, em última análise, a corrupção do Legislativo, da Magistratura, do Ministério Público, da polícia, ou seja, a paralisação estatal no combate à criminalidade. Nós conseguimos vencer a máfia russa, a máfia italiana, a máfia chinesa, mas não conseguimos vencer uma Justiça que esteja paralisada pela criminalidade organizada, pela corrupção".

Por isso, deve-se concluir que, é absolutamente equivocado incluir no conceito de *criminalidade organizada* realizações *criminosas habituais*, de *quadrilha ou de bando*, apenas por apresentarem maior perigosidade ou encerrarem melhor planejamento, astúcia ou dissimulação. Esse tipo de *organização* sempre existiu nas comunidades sociais, estão presentes praticamente em todas as formas de criminalidade e, talvez, um certo aprimoramento ou modernização qualitativa e quantitativa nas suas formas de execuções.

⁹ Hassemer. Três temas... p. 85. No mesmo sentido Raul Cervini. Análise criminológica do fenômeno do delito organizado *in* Ciência e Política Criminal em Honra de Heleno Fragoço, São Paulo, Ed. Forense, 1992, p. 513.

Na realidade, essa é uma autêntica criminalidade de massa e corporifica-se nos assaltos, nos arrastões nas praias cariocas, em alguns estelionatos, enfim, de regra, nos crimes contra a vida, contra o patrimônio, contra a propriedade etc. Ou se ousaria afirmar que os arrastões das praias cariocas, eventuais invasões de famintos a supermercados ou mesmo o uso de drogas nas Universidades brasileiras constituem crime organizado?

Enfim, todo esse estardalhaço na mídia e nos meios políticos servem apenas como "discurso legitimador" do *abandono progressivo* das garantias fundamentais do *direito penal da culpabilidade*, com a desproteção de bens jurídicos individuais determinados, a renúncia dos princípios da proporcionalidade, da presunção da inocência, do devido processo legal, etc., e a adoção da responsabilidade objetiva, de crimes de perigo abstrato, esquecendo, como afirma Luigi Ferrajoli¹⁰, que "A pena não serve unicamente para prevenir os *injustos crimes*, mas também para prevenir os *injustos castigos*".

Enfim, sustentando-se a validade de um *direito penal funcional*, adota-se um *moderno utilitarismo penal*, isto é, um *utilitarismo dividido*, parcial, que visa somente a "*máxima utilidade da maioria*", expondo-se, conseqüentemente, às tentações de *autolegislação* e a retrocessos autoritários, bem ao gosto de um *direito penal máximo*, cujos fins justificam, os meios, e a sanção penal, como afirma Ferrajoli¹¹, deixa de ser "pena" e passa a ser "taxa".

Na verdade, para se afastar estas deficiências apontadas é necessário recorrer-se a uma *segunda finalidade utilitária*, da qual, neste estágio da civilização, não se pode abrir mão: além do "máximo de bem-estar" para os "não desviados", deve-se alcançar também o "mínimo de mal-estar" necessário aos "desviados", seguindo a orientação de um Direito Penal mínimo.

¹⁰ Luigi Ferrajoli. El Derecho Penal Mínimo, in Revista Poder y Control N.0, Barcelona, 1986, p. 37.

¹¹ Luigi Ferrajoli. El Derecho Penal mínimo... p. 37. Segundo Jeremias Bentham, as doutrinas utilitárias defendem como fim da pena, somente a prevenção da prática de "crimes similares". Traités de législation civile et pénales, in Oeuvres, t. I, Bruxelles, 1840, p. 133: "Le but principal des peines c'est de prévenir des délits semblables".

2.1. - Criminalidade moderna e delinquência econômica

Nessa histeria toda em busca de um direito penal do terror fala-se abundantemente em "criminalidade moderna", que abrangeria a criminalidade *ambiental internacional*, *criminalidade industrial*, *tráfico internacional de drogas*, *comércio internacional de detritos*, onde se incluiria a delinquência econômica ou a criminalidade colarinho branco. Esta dita *criminalidade moderna* tem dinâmica estrutural e uma capacidade de produção de efeitos incomensuráveis que o direito *penal clássico* não consegue atingi-los, diante da dificuldade de definir bens jurídicos, de individualizar a culpabilidade, de apurar a responsabilidade individual ou mesmo de admitir a presunção de inocência e o *in dubio pro reo*.

"Nessas áreas – como sentenciar Hassemer¹² - espera-se a intervenção imediata do Direito Penal, não apenas depois que se tenha verificado a inadequação de outros meios de controle não penais. O venerável princípio da subsidiaridade ou a *última ratio* do direito penal é simplesmente cancelado, para dar lugar a um direito penal visto como *prima atio* na solução social dos conflitos: a resposta penal surge para os responsáveis por essas áreas cada vez mais freqüentemente como a primeira, senão a única saída para controlar os problemas".

Para combater a "criminalidade moderna" o *direito penal da culpabilidade* – nessa linha de orientação - seria absolutamente inoperante, e alguns dos seus princípios fundamentais estariam completamente superados. Nessa criminalidade moderna, segundo sustentam, é necessário orientar-se pelo *perigo* ao invés do *dano*, pois quando o dano surgir será tarde demais para qualquer medida estatal. A sociedade precisa dispor de meios eficientes e rápidos que possam reagir ao simples perigo, deve ser sensível a qualquer mudança que poderá desenvolver-se e transformar-se em problemas transcendentais. Nesse campo, o direito tem que se organizar previamente, ao contrário do direito penal material que nasceu com finalidade repressiva. É fundamental que se aja no nascedouro, preventivamente, e não repressivamente como é da sua natureza. Nesse aspecto, os bens coletivos são mais importantes do que os *bens individuais*, ao contrário do ideário do iluminismo; é fundamental a prevenção por que a repressão vêm quase sempre tardiamente.

¹² Hassemer. Três temas...

Por isso, embora sem endossar a nova doutrina do *direito penal funcional*, mas reconhecendo a necessidade de um combate eficaz em relação à *criminalidade moderna*, Hassemer¹³ sugere a criação de um novo direito ao qual denomina de *direito de intervenção*, que seria um meio termo entre *Direito Penal e Direito Administrativo*, que não aplique as pesadas sanções do Direito Penal, especialmente a pena privativa de liberdade, mas que seja tão eficaz e possa ter, ao mesmo tempo, garantias menores que a do direito penal tradicional¹⁴.

Nessa criminalidade moderna, especialmente na *delinquência econômica*, inclui-se, com destaque especial, os crimes praticados através das pessoas jurídicas. Nesta criminalidade, as associações, as instituições, as organizações empresariais não agem individualmente, mas em grupo, realizando – *a exemplar divisão de trabalho* – de que nos fala Jescheck¹⁵.

Normalmente, as decisões são tomadas por diretoria, de regra, por maioria. Assim, a decisão criminosa não é individual, como ocorre na criminalidade de massa, mas coletiva, embora por razões estatutárias, haja adesão da minoria vencida. E mais: punido um ou outro membro da organização, esta continuará sua atividade, lícita ou ilícita através dos demais.

No entanto, não se questiona a necessidade de o Direito Penal manter-se ajustado às mudanças sociais, respondendo adequadamente as interrogações de hoje, sem retroceder ao dogmatismo hermético de ontem. Quando a sua intervenção se justificar deve responder eficazmente.

¹³Hassemer. *Três temas...* p. 59 e 95: "Há muitas razões para se supor que os problemas "modernos" de nossa sociedade causarão o surgimento e desenvolvimento de um *direito interventivo* correspondentemente "moderno na zona fronteira entre o direito administrativo, Direito Penal e a responsabilidade civil por atos ilícitos. Certamente terá em conta as leis do mercado e as possibilidades de um sutil controle estatal, sem problemas de imputação, sem pressupostos da culpabilidade, sem processo meticoloso, mas, então, também, sem posição de penas criminais".

¹⁴Na mesma linha, Silva Sanchez fala na necessidade de um *Direito Penal de duas velocidades*.

¹⁵Jescheck. *Tratado de Derecho Penal...* p. 937; Hans Welzel. *Derecho Penal Alemán*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1987.

A questão decisiva, porém, será de quanto de sua tradição, de suas garantias o direito penal deverá abrir mão a fim de manter essa atualidade. Nessa linha de raciocínio, e respondendo a nossa interrogação, Muñoz Conde, referindo-se ao Projeto de Código Penal Espanhol de 1994, a respeito da necessidade de eventual criminalização, recomenda: "se no entanto for necessário criar algum novo tipo penal, faça-se, porém, nunca se perca de vista a identificação do comportamento que possa afetá-lo, com uma técnica legislativa que permita a incriminação penal somente de comportamento doloso ou, excepcionalmente, de modalidade culposa que lesione efetivamente ou, pelo menos, coloque em perigo concreto o bem jurídico previamente identificado" ¹⁶.

Para a proteção da chamada "ordem econômica estrita" – assim entendida aquela dirigida ou fiscalizada diretamente pelo Estado – foram criados os crimes fiscais, crimes monetários, crimes de contrabando, crimes de concorrência desleal, os chamados crimes falimentares. Mais recentemente, surgiram novas figuras delitivas como, por exemplo, grandes estelionatos, falsidades ideológicas, crimes contra as relações de consumo, monopólios irregulares, os escândalos financeiros e mesmo as grandes falências, com prejuízos incalculáveis. É inegável que para a prevenção e repressão de infrações dessa natureza se justifica a utilização de graves sanções, eventualmente, inclusive privativas de liberdade, quando se fizerem indispensáveis.

No entanto, é preciso cautela para não se fazer tábula rasa, violando inclusive os princípios de intervenção mínima, da culpabilidade, do bem jurídico definido, da proporcionalidade e do devido processo legal, entre outros. Não se pode igualmente esquecer que a pena privativa de liberdade também deve obedecer a *ultima ratio*, recorrendo-se a ela somente quando não houver outra forma de sancionar eficazmente.

Mas isto não quer dizer que o ordenamento jurídico, no seu conjunto, deva permanecer impassível diante dos abusos que se cometam, mesmo através de *pessoa jurídica*. Assim, além da sanção efetiva aos autores físicos das condutas tipificadas (que podem facilmente ser substituídos), deve-se punir severamente também e particularmente as pessoas jurídicas, mas com sanções próprias a esse gênero de entes morais.

¹⁶ Muñoz Conde. Principios políticos-criminales que inspiran el tratamiento de los delitos contra el orden socioeconómico en el Proyecto de Código Penal Español de 1994, in Revista Brasileira de Ciências Criminais, número especial, 1995.

A experiência dolorosa nos tem demonstrado a necessidade dessa punição e, a despeito das dificuldades dogmáticas praticamente insuperáveis, caminha-se a passos largos para essa solução. Klaus Tiedemann relaciona cinco modelos diferentes de punir as pessoas jurídicas, quais sejam, "responsabilidade civil", medidas de segurança", sanções administrativas verdadeira responsabilidade criminal e, finalmente, medidas mistas. No mesmo sentido, conclui Muñoz Conde¹⁷ "concordo que o atual Direito Penal disponha de um arsenal de meios específicos de reação e controle jurídico-penal das pessoas jurídicas. Claro que estes meios devem ser adequados à própria natureza destas entidades. Não se pode falar em penas privativas de liberdade, mas de sanções pecuniária; não se pode falar de inabilitações, mas sim de suspensão de atividades ou de dissolução de atividades, ou de intervenção pelo Estado. Não há, pois, por que se alarmar tanto, nem rasgar as próprias vestes quando se fale de responsabilidade das pessoas jurídicas; basta simplesmente ter consciência de que unicamente se deve escolher a via adequada para evitar os abusos que possam ser realizados".

Concluindo, o Direito Penal não pode a nenhum título e sob pretexto – abrir mãos das conquistas históricas consubstanciadas nas garantias fundamentais referidas ao longo deste trabalho. Por outro lado, não estamos convencidos de que o direito penal, que se fundamenta na culpabilidade, seja instrumento adequadamente eficiente para combater a *moderna criminalidade*, inclusive a delinqüência econômica. A insistência de governantes em utilizar o direito penal como panacéia de todos os males não resolverá a insegurança de que é tomada a população, e o máximo que se conseguirá será **destruir** o Direito Penal se forem eliminados ou desrespeitados os seus princípios fundamentais. Por isso, a sugestão de Hassemer, de criação de um *direito de intervenção*, para o combate da *criminalidade moderna*, merece, no mínimo, uma profunda reflexão.

Finalmente, um sistema penal – pode-se afirmar – somente estará *justificado* quando a soma das violências – crimes, vinganças, e punições arbitrárias – que ele pode prevenir, for superior ao das violências constituídas pelas penas que cominar. É, enfim, indispensável que os direitos fundamentais do cidadão sejam considerados *indisponíveis*, afastados da livre disposição do Estado que, além de respeitá-los deve garanti-los.

¹⁷ Muñoz Conde. Ob. Cit., p. 16.

3 - BEM JURÍDICO TUTELADO NO CRIME DE QUADRILHA OU BANDO

O crime de *quadrilha ou bando* – ao lado incitação ao crime (art. 286) e apologia de crime ou criminoso (art. 287) – integra, com exclusividade, o Título IX do Código Penal sob a epígrafe “Dos crimes contra a paz Pública”, de forma *sui generis*¹⁸, ao contrário de muitos códigos alienígenas que preferiram incluí-los entre os “*crimes contra a ordem pública*”¹⁹. Nelson Hungria, o maior defensor da correção do Código Penal de 1940, justificando a opção do legislador, destacava: “Com os crimes de que ora se trata (pelo menos com os arrolados pela nossa lei penal 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 tranqüilidade, de sossego, de paz, que corresponde à confiança na continuidade normal da ordem jurídico-social”²⁰.

Bem jurídico protegido, como vimos, é a *paz pública*, isto é, a ameaça a esse bem não apenas de natureza individual, mas também coletiva; por extensão, protege-se a própria atividade estatal de assegurar o bem comum, que é incompatível com a prática de qualquer atividade criminosa.

4 - SUJEITOS DO CRIME DE QUADRILHA OU BANDO

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, em número mínimo de quatro (mais de três), tratando-se, por conseguinte, de crime de *concurso necessário*; em outros termos, o concurso de pessoas também é elementar típica dessa modalidade de crime, cuja inexistência desnatura a sua essência.

18. É *sui generis* na medida que se trata de um Título do Código Penal que não é subdividido em capítulos ou seções.

19. O legislador de 1940 preferiu acompanhar o entendimento adotado pelos códigos penais francês, alemão e uruguaio que também preferiram classificá-los como crimes contra a paz pública.

20. Nelson Hungria. *Comentários ao Código Penal*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 1959, vol. 9º, p. 163.

A doutrina, de um modo geral, tem incluído também no número legal – mais de três pessoas - os inimputáveis, como, por exemplo, os doentes mentais ou menores de dezoito anos, ou seja, os penalmente irresponsáveis²¹. A despeito desse tema ser mais ou menos pacífico na velha doutrina nacional, merece uma reflexão mais elaborada no âmbito de um Estado Democrático de Direito, que não admite, em hipótese alguma, qualquer resquício de *responsabilidade objetiva*. Veja-se, por exemplo, a participação de crianças ou adolescentes os quais são absolutamente inimputáveis e, conseqüentemente, não têm a menor noção do que está acontecendo, incluí-los, em tais hipóteses, em uma *associação criminosa* representa uma arbitrariedade desmedida, mesmo que, *in concreto*, não se atribua responsabilidade penal a incapazes, utilizando-os tão somente para compor o número legal. Certamente, quando o legislador de 1940 referiu-se a "mais de três pessoas" visava indivíduos penalmente responsáveis, isto é, aquelas pessoas que podem ser destinatárias das sanções penais. Para reforçar nosso entendimento, invocamos o magistério daquele que foi, sem dúvida alguma, o maior penalista argentino de todos os tempos, Sebastian Soler, *in verbis*: "Ese mínimo debe estar integrado por sujetos capaces desde el punto de vista penal, es decir, mayores de dieciséis años" ²².

No entanto, não descaracteriza a *formação de quadrilha* o fato de, por exemplo, num grupo de quatro pessoas, um dos seus componentes ser, por algum motivo, impunível em virtude de alguma causa pessoal de isenção de pena. Afastar-se da composição do número mínimo (mais de três) somente os indivíduos *inimputáveis*, deve-se reconhecer, é completamente diferente, sob o aspecto dogmático, da hipótese de tratar-se de alguém *isento de pena* em decorrência de uma causa pessoal.

Sujeito passivo, nessa infração penal, é a coletividade em geral, um número indeterminado de indivíduos, ou seja, o próprio Estado que tem a obrigação de garantir a segurança e o bem-estar de todos. A admissão da sociedade como sujeito passivo, não afasta, contudo, a possibilidade de, casuisticamente, existir individualmente um ou mais sujeitos passivos, como, por exemplo, quando for individualizável a vítima

²¹. Por todos, Magalhães Noronha. *Direito Penal*, vol. 4, ... p. 91/92.

²². Sebastian Soler. *Derecho Penal Argentino*, vol. IV, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1970, p. 604.

in concreto nos crimes praticados pela quadrilha ou bando; mas aí, nesse caso, já não será o sujeito passivo desta infração penal, mas daquelas que o próprio bando ou quadrilha vier a praticar, isto é, serão sujeitos passivos de outro tipo penal e não deste, como, por exemplo, a vítima de um roubo praticado pela quadrilha, de um homicídio etc.

5 - TIPO OBJETIVO: ADEQUAÇÃO TÍPICA

O núcleo do tipo é *associar-se*, que significa unir-se, juntar-se, reunir-se, agrupar-se. É necessária a união de mais de três pessoas para se caracterizar quadrilha ou bando, ou seja, exigem-se no mínimo quatro pessoas reunidas com o propósito de cometer crimes. Entende-se por *quadrilha ou bando*, com efeito, a reunião estável ou permanente (que não significa perpétua) para o fim de perpetrar uma indeterminada série de crimes. A *associação* tem como objetivo a prática de crimes, excluindo-se a contravenção e os atos imorais. Se, no entanto, objetivarem praticar um único crime, ainda que sejam mais de três pessoas, não se tipificará quadrilha ou bando, cuja elementar típica exige a *finalidade indeterminada*. Nesse sentido, destacava, com a precisão de sempre, Antolisei: "Obiettivo dell'associazione deve essere la commissione di più delitti (non di contravvenzioni). In altri termini, si esige che l'associazione abbia come scopo l'attuazione di un programma di delinquenza, e cioè il compimento di una serie indeterminata di delitti. Associarsi per commettere un solo delitto non integra la fattispecie in esame"²³.

Estabilidade e permanência são duas características específicas, próprias e identificadoras da formação de quadrilha ou bando. Destaca Regis Prado²⁴, com acerto, que não basta para o crime em apreço, um simples ajuste de vontades. Embora seja indispensável, não é suficiente para caracterizá-lo. É necessário, além desse requisito, a característica da estabilidade. No mesmo sentido, pontificava Hungria, que "a nota de estabilidade ou permanência da aliança é essencial. Não basta, como na "co-participação criminosa", um ocasional e transitório concerto (sic) de vontades para determinado crime: é preciso que o acôrdo (sic) verse sobre uma duradoura situação em comum..."²⁵.

²³ Antolisei. *Manuale di Diritto Penale* ... p. 234/235.

²⁴ Luiz Regis Prado. *Curso de Direito Penal brasileiro*, vol. 3, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 650.

²⁵ Nelson Hungria. *Comentários ao Código penal*... p. 177/178.

Se a finalidade for a prática de *crime determinado* ou *crimes da mesma espécie*, a figura será a do instituto do *concurso eventual de pessoas* e não a formação de *quadrilha ou bando*, na mesma linha do entendimento da doutrina italiana antes invocada.

Na verdade, a estrutura central do núcleo desse crime reside na consciência e vontade de os agentes *organizarem-se* em bando ou quadrilha, com o *fim especial* — elemento subjetivo especial do injusto — e imprescindível de praticar *crimes variados*. Formação de quadrilha ou bando é *crime de perigo comum* e abstrato, de concurso necessário e de caráter permanente, inconfundível, pelo menos para os iniciados, com o *concurso eventual de pessoas*. É indispensável que os componentes do bando ou quadrilha concertem previamente a específica prática de *crimes indeterminados*, como objetivo e fim do grupo. Para a configuração do crime de *quadrilha ou bando*, ademais, deve, necessariamente, apresentar um *mínimo de organização hierárquica* estável e harmônica, com distribuição de funções e obrigações organizativas. Na mesma linha, invocamos novamente o magistério de Antolisei: "<Associazione> non equivale ad <accordo>, come si può rivelare dal confronto dell'art. 304 com l'art. 305 (*infra* n. 240). Affinché esista associazione occorre qualche cosa di più: è necessaria l'esistenza di un *minimum* di organizzazione a carattere stabile, senza che, però, ocorra alcuna distribuzione gerarchica di funzioni"²⁶.

Não se pode deixar de deplorar, na verdade, o uso abusivo, indevido e reprovável que se tem feito no cotidiano forense, a partir do episódio Collor de Mello, denunciando-se, indiscriminadamente, por *formação de quadrilha*, qualquer concurso de mais de três pessoas, especialmente nos chamados crimes societários, em autêntico louvor à *responsabilidade penal objetiva*, câncer tirânico já extirpado do ordenamento jurídico brasileiro. Essa prática odiosa beira o *abuso de autoridade* (abuso do poder de denunciar)¹.

Na realidade, queremos demonstrar que é injustificável a *confusão* que rotineiramente se tem feito entre *concurso eventual de pessoas* (art. 29) e *associação criminosa* (art. 288). Com efeito, não se pode confundir aquele — concurso de pessoas —, que é *associação ocasional*, eventual, temporária, para o cometimento de um ou mais crimes determinados, com esta — quadrilha ou bando —, que é uma associação para delinquir,

26. Francesco Antolisei. *Manuale di Diritto Penale*, Parte Speciale, vol. II, Milão, Dott. A. Giuffrè Editore, 2000, p. 233/234.

configuradora do crime de quadrilha ou bando, que deve ser duradoura, permanente e estável, cuja finalidade é o cometimento indeterminado de crimes. Merece, nesse sentido, outra vez, ser invocado o magistério de Antolisei: "L'associazione per delinquere presenta qualche affinità con la compartecipazione criminosa, ma ne differisce profondamente. Nel concorso di persone, infatti, l'accordo fra i compartecipi è circoscritto alla realizzazione di uno o piú delitti nettamente individuati, commessi i quali l'accordo medesimo si esaurisce e, quindi, vieni meno ogni pericolo per la comunità. Nell'associazione a delinquere, invece, dopo l'eventuale commissione di uno o piú reati, il vincolo associativo permane per l'ulteriore attuazione del programma di delinquenza prestabilito e, quindi, persiste quel pericolo per l'ordine pubblico che è característica essenziale del reato" ²⁷.

Enfim, a configuração típica do crime de *quadrilha ou bando* compõe-se dos seguintes elementos: a) concurso necessário de, pelo menos, quatro pessoas; b) finalidade específica dos agentes de cometer crimes indeterminados (ainda que acabem não cometendo nenhum); c) estabilidade e permanência da associação criminosa². Em outros termos, a formação de quadrilha ou bando exige, para sua configuração, união estável e permanente de criminosos voltada para a *prática indeterminada* de vários crimes, como já afirmamos alhures.

Para concluir, invocamos o ensinamento do Ministro Sepúlveda Pertence, cujo talento e brilho invulgar incontestáveis autorizam que se invoque sua síntese lapidar: "Mas, *data venia*, isso nada tem a ver com o delito de quadrilha, que pode consumir-se e extinguir-se sem que se tenha cometido um só crime, e que pode constituir-se para a comissão de um número indeterminado de crimes de determinado tipo, ou dos crimes de qualquer natureza, que se façam necessários para determinada finalidade, como é o caso que pretende a denúncia neste caso. Pelo contrário, a associação que se organize para a comissão de crimes previamente identificados, mais insinua co-autoria do que quadrilha" ³.

Quadrilha ou bando, enfim, é crime de perigo comum e abstrato, de concurso necessário, comissivo e de caráter permanente, que não se confunde com o simples concurso eventual de pessoas.

É necessário que os componentes do bando estejam previamente concertados para a específica prática de crimes indeterminados.

²⁷. Antolisei. *Manuale di Diritto Penale...* p. 235.

Por tudo isso, *bando ou quadrilha* somente se configura quando realmente de *quadrilha* se tratar, caso contrário estar-se-á diante de *concurso de pessoas* (art. 29), independentemente do número de pessoas envolvida na prática delituosa, que não tipifica a figura qualificada em exame.

6 - TIPO SUBJETIVO: ADEQUAÇÃO TÍPICA

Elemento subjetivo é o *dolo*, representado pela vontade consciente de associar-se a outras pessoas com a finalidade de praticar crimes indeterminados, criando um vínculo associativo entre os participantes. É a vontade e a consciência dos diversos componentes de organizarem-se em bando ou quadrilha, de forma permanente e duradoura, para a prática indiscriminada de crimes. Elemento subjetivo do crime, na visão de Hungria, "é a vontade consciente e livre de associar-se (ou participar de associação já existente) com o fim de cometer crimes (dolo específico)"²⁸.

Exige-se o elemento subjetivo especial do tipo, caracterizado pelo *especial fim* de organizar-se em quadrilha ou bando para cometer crimes indiscriminadamente, sob pena de não se implementar o tipo subjetivo. Com acerto, nesse particular, destacava Soler: "a) la médula de esta infracción está dada por la finalidad genéricamente delictuosa que la caracteriza. Debe observarse, en este punto, que lo requerido por la ley es que la *asociación* esté destinada a la comisión de delitos. Se, trata, pues, de un fin colectivo, y como tal tiene naturaleza objetiva con respecto a cada uno de los partícipes. El conocimiento de esa finalidad por parte de cada partícipe, se rige por los principios generales de la culpabilidad"²⁹.

Em síntese, para que determinado indivíduo possa ser considerado sujeito ativo do crime de quadrilha ou bando, isto é, para que responda por essa infração penal é indispensável que tenha consciência de que participa de uma "*organização*" que a finalidade de delinquir; é insuficiente que, objetivamente, tenha servido ou realizado alguma atividade que possa estar abrangida pelos objetivos criminosos da quadrilha. Não respondem por esse crime, por exemplo, eventuais laranjas, que desconhecem a existência da quadrilha ou determinados empregados que apenas cumprem ordem de seus superiores.

²⁸ Nelson Hungria. *Comentários ao Código Penal* ... p. 179.

²⁹ Sebastian Soler. *Derecho Penal Argentino*... p. 605.

Pela mesma razão, essas pessoas que, na linguagem da *teoria do domínio do fato*, são *meros executores* e não *autores do crime*³⁰, tampouco podem ser consideradas para completar aquele número mínimo exigido (mais de três) como *elementar* da tipificação de quadrilha ou bando.

7 - CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Consuma-se o crime com a *simples associação* de mais de três pessoas para a prática de crimes, colocando em risco a paz pública; desnecessária, pois, a *prática* de qualquer crime. Pune-se o simples fato de associar-se para a prática indeterminada de crimes. A associação criminosa pode, em outros termos, constituir-se, ter existência real e, a final, extinguir-se sem ter praticado nenhum crime, e mesmo assim ter configurado o crime de quadrilha ou bando, nos moldes descritos pelo nosso Código Penal. Contrariamente, no entanto, no *concurso de pessoas* (co-autoria e participação), pune-se somente os concorrentes se concretizarem a prática de algum crime, tanto na forma *tentada* quanto *consumada*.

Ademais, "tratando-se de um crime tipicamente permanente, a consumação se protraí até a cessação do estado antijurídico"³¹ criado pela formação da quadrilha.

A *tentativa* é absolutamente inadmissível, pois se trata de crime abstrato, de mera atividade. A impossibilidade de configurar-se a tentativa, decorre do fato de tratar-se de meros atos preparatórios, fase anterior ao "*início da ação*", que é o elemento objetivo configurador da tentativa.

30. Cezar Roberto Bitencourt. *Tratado de Direito Penal*, vol. 1, 9ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2004, p. 439/541. A *teoria do domínio do fato* "distingue com clareza *autor* e *executor*, admitindo com facilidade a figura do *autor mediato*, além de possibilitar melhor compreensão da *co-autoria* (fl. 439)... A teoria do domínio do fato molda com perfeição a possibilidade da figura do autor mediato. Todo o processo de realização da figura típica, segundo essa teoria, deve apresentar-se como obra da vontade reitora do "homem de trás", o qual deve ter absoluto controle sobre o executor do fato. O *autor mediato* realiza a ação típica através de outrem, que atua sem culpabilidade" (fl. 441).

31 Francesco Antolisei. *Manuale di Diritto Penale*... p. 237; No mesmo sentido, era o entendimento de Manzini, em comentário ao art. 416 do Código Penal Rocco, in *Trattato di Diritto Penale*, vol. VI, 1935.

8 - CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Trata-se de **crime de comum** (aquele que pode ser praticado por qualquer pessoa, não requerendo qualquer qualidade ou condição especial); **crime formal** (não exige para sua consumação a produção de nenhum resultado naturalístico); **de forma livre** (pode ser praticado por qualquer meio que o agente escolher); **comissivo** (o verbo núcleo indica que somente pode ser cometido por ação); **instantâneo** (sua consumação não se alonga no tempo, ocorrendo em momento determinado); **de perigo comum abstrato** (perigo comum que coloca um número indeterminado de pessoas em perigo; abstrato é perigo presumido, não precisando colocar efetivamente alguém em perigo); **unissubjetivo** (crime que pode ser praticado por uma única pessoa, não exigindo o concurso de ninguém); **unissubsistente** (praticado em um único ato).

9 - FORMA QUALIFICADA

Qualifica-se o crime quando a quadrilha está *armada*. Como a lei não distingue, doutrina e jurisprudência têm admitido que tanto as armas próprias como as inadequadas têm idoneidade para qualificar a infração penal³². Para isso, no entanto, acreditamos que é necessário que o agente ou os agentes portem ditas armas de forma ostensiva, gerando maior intranqüilidade na ordem pública.

Há a incidência da qualificadora quando qualquer dos agentes esteja portando arma (parágrafo único), não sendo necessário que todos os integrantes da quadrilha estejam armados. É suficiente que um deles esteja portando arma, desde que os demais tenham conhecimento dessa circunstância e concordem com ela, caso contrário essa qualificadora não se comunica aos membros que ignorarem essa circunstância.

10 - QUADRILHA OU BANDO E CONCURSO COM OS CRIMES PRATICADOS PELA QUADRILHA

O "*associado*" que não participou de algum crime abrangido pelo plano da quadrilha, também responderá por ele? Em outros termos, aquele *vínculo associativo* que une os membros da quadrilha, é suficiente para torná-los igualmente responsáveis por todos os crimes que o bando eventualmente praticar? A resposta, evidentemente, é negativa.

³² Nelson Hungria. *Comentários ao Código Penal...* p. 181.

Com efeito, quando a *quadrilha* pratica algum crime, somente o integrante que concorre, *in concreto*, para sua efetivação responde por ele e, nesse caso, em *concurso material* com o previsto no art. 288 do CP. Os demais, responderão exclusivamente pelo crime de quadrilha ou bando, que é de perigo. O próprio Hungria já adotava esse entendimento, *in verbis*: "o simples fato de pertencer à quadrilha ou bando não importa, inexoravelmente (*sic*), ou automaticamente, que qualquer dos associados responda por todo e qualquer crime integrado no programa da associação, ainda que inteiramente alheio à sua determinação ou execução. No mesmo sentido, Antolisei: "I compartecipi che commettono uno o più dei reati formano oggetto dell'associazione, ne rispondono individualmente *in concorso* col delitto di cui stiamo occupando. La responsabilità per i detti reati si estende esclusivamente a quei soci che ne sono compartecipi ai sensi degli artt. 110 e segg. del código" ³³.

Convém deixar claro que uma coisa é associar-se para delinquir, de forma mais ou menos geral – formação de quadrilha -, outra, completamente diferente, é *reunir-se*, posteriormente, para a prática de determinado crime: esta segunda ação (a prática de determinado crime) não depende, necessariamente, daquela primeira (formação de quadrilha). *Quadrilha ou bando* é crime em si mesmo, consistindo-se na simples *associação estável e permanente* para a prática de crimes não determinados ou individualizados. A prática, no entanto, de qualquer crime objeto da programação da "sociedade" não exige a participação de todos, podendo, inclusive, ser praticado por um só dos integrantes do bando. Pelo crime de *quadrilha* respondem todos os integrantes do bando; agora, pelos crimes que este praticar responde somente quem deles tomou parte: uma coisa é a *formação de quadrilha*, outra, são os crimes que ela efetivamente pratica; por aquela, com efeito, respondem todos os seus membros, por estes, somente os agentes que efetivamente o perpetraram. Nesse sentido, já era a conclusão de Soler, "no todo miembro de la asociación responde necesariamente por los delitos efectivamente consumados por algunos de los miembros" ³⁴.

Por isso mesmo, que o *concurso material* entre o crime de quadrilha e os crimes que ela pratica não representam um *bis in idem*.

³³ Antolisei. *Manuale di Diritto Penale...* p. 236/237.

³⁴ Sebastian Soler. *Derecho Penal Argentino...* p. 608.

O crime praticado em concurso (material) não absorve nem exclui o de quadrilha, pela simples razão de que não é necessária a precedência deste para a prática daquele; pela mesma razão, o simples fato de integrar uma determinada quadrilha não implica na responsabilidade por todos os crimes que esta realizar: também aí a responsabilidade continua sendo subjetiva e individual – cada um responde pelos fatos que praticar (direito penal do fato).

11 - QUADRILHA OU BANDO E CONCURSO EVENTUAL DE PESSOAS

A despeito da pluralidade de participantes na prática delituosa, e da existência de vínculos psicológicos entre os autores, o crime de *quadrilha ou bando*, que é de *concurso necessário*, não se confunde com o instituto de concurso de pessoas, que é eventual e temporário. Com efeito, o crime de *bando ou quadrilha*, com sua natureza de infração autônoma, se configura quando os componentes do grupo formam uma *associação organizada*, estável e permanente, com programas previamente preparados para a prática de crimes, reiteradamente, com a adesão de todos. *Concurso eventual de pessoas*, por sua vez, é a consciente e voluntária participação de duas ou mais pessoas na prática da mesma infração penal. A intervenção de inúmeras pessoas (quatro, cinco ou mais), por si só, é insuficiente para caracterizar a *formação de quadrilha ou bando*, ao contrário do que tem sido, amiudemente, interpretado. O magistério de Antolisei relativamente ao Código Penal Rocco, que serviu de modelo para nosso Código penal de 1940, mais uma vez, ilustra essa distinção no nosso direito penal: L'associazione per delinquere presenta qualche affinità con la compartecipazione criminosa, ma ne differisce profondamente. nel concorso di persone, infatti, l'accordo fra i compartecipi è circoscritto allà realizzazione di uno o più delitti nettamente individuati, commessi i quali l'accordo medesimo si esaurisce e, quindi viene meno ogni pericolo per la comunità. Nell'associazione a delinquere, invece, dopo l'eventuale commissione di uno o più reati, il vincolo associativo permane per l'ulteriore attuazione del programma di delinquenza prestabilito e, quindi, persiste quel pericolo per l'ordine pubblico che è característica essenziale del reato³⁵.

A associação de forma estável e permanente, bem como o objetivo de praticar vários crimes, é o que diferencia o *crime de quadrilha ou bando* do *concurso eventual de pessoas* (co-autoria ou participação).

³⁵ Antolisei. *Manuale di Diritto Penale* ... p. 235.

Para a configuração do crime é irrelevante que o *bando* tenha ou não praticado algum delito. Com efeito, o *crime de quadrilha* (art. 288) pode consumir-se e extinguir-se sem se ter cometido um só crime e pode constituir-se para a prática de um número indeterminado de delitos, independente de efetivamente vir a executá-los.

Ao contrário da formação de quadrilha, no entanto, a simples *organização* ou *acordo prévio* para a prática de crimes previamente determinados está mais para *concurso eventual de pessoas* do que para formação de quadrilha. O *concurso de pessoas* compreende não só a *contribuição causal*, puramente objetiva, mas também a *contribuição subjetiva*, que não necessita revestir-se da qualidade de *acordo prévio*, como exigia a velha doutrina francesa. Segundo o magistério de Sebastian Soler⁴, é suficiente o conhecimento da própria ação como parte de um todo, sendo desnecessário o *pacto sceleris* formal, ao qual os franceses deram um valor exagerado.

Enfim, não se pode confundir *co-participação* (co-autoria e participação), que é *associação ocasional* ou eventual para a prática de um ou mais crimes determinados, com *associação para delinquir*, tipificadora do crime de quadrilha ou bando. Para a configuração desse crime, repetindo, exige-se *estabilidade* e o *fim especial* de praticar crimes indeterminadamente. E, ademais, a tipificação do crime de quadrilha ou bando corporifica-se com a simples *formação da quadrilha* (crime contra a paz pública), voltamos a afirmar, independentemente de praticar qualquer outro tipo de infração penal, ao passo que o *concurso eventual de pessoas* (co-autoria ou participação), como caracterizador da pluralidade de autores, somente tem relevância penal se levar a efeito a prática de algum crime, pelo menos em sua forma *tentada*. O concurso de pessoas, por si só, não tipifica crime algum, embora possa, em alguns casos, majorar a pena, como ocorre, por exemplo, nos crimes de roubo, furto etc.

12 - PENA E AÇÃO PENAL

A pena cominada é a de reclusão, de um a três anos. Admite-se a suspensão condicional do processo (Art. 89 da Lei 9.099/95, considerando-se a pena mínima cominada, que não é superior a um ano. Para a figura qualificada, no entanto a pena é cominada em dobro daquela prevista no *caput* do artigo.

A CONFUSÃO PROPOSITAL DO CONCURSO EVENTUAL DE PEASSOAS-
"A FORMAÇÃO DE QUADRILHA OU BANDO"

Quando os agentes têm como fim a prática de crimes previstos no art. 8º da Lei nº. 8.072/90 (crimes considerados hediondos, § 1º), de tortura, terrorismo, tráfico de drogas, incidirão no tipo do art. 288 do CP e nas sanções do art. 8º da mesma lei, observada ainda a qualificadora do art. 288 e do crime cometido.

A ação penal é pública incondicionada, não dependendo, por conseguinte, de qualquer manifestação de vontade da vítima.

