

# A AUSÊNCIA DE TIPIFICAÇÃO DOS CRIMES PRATICADOS POR GRUPOS DE EXTERMINIO OU MILÍCIAS PRIVADA INTRODUZIDOS PELA LEI 12.720/12 E SUA CONSEQUENTE INEFICÁCIA

## *CRIMES COMMITTED BY PRIVATE MILITIAS AND DEATH SQUADS IN BRAZIL. ANALYSIS IN THE LIGHT OF THE BRAZILIAN LAW No. 12,720 / 2012 AND ARTICLE 288 OF THE CRIMINAL CODE*

Marcia Arnaud Antunes\*  
Daniela Saraiva\*\*

**Como citar:** ANTUNES, Marcia Arnaud. SARAIVA, Daniela. A ausência de tipificação dos crimes praticados por grupos de extermínio ou milícias privada introduzidos pela lei 12.720/12 e sua consequente ineficácia. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 19, n. 30, p. 1-12, ago-dez. Disponível em: <<http://seer.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/index>>

**SUMÁRIO:** Introdução. 1 Contexto Histórico. 1.1. O surgimento do crime de organização criminosa. 1.2. A Lei Nº 12.720/2012. 1.2.1 Críticas à Lei 12.720/12. 1.2.1.1 A Ementa. 1.2.1.2 Péssima técnica legislativa diante do clamor social. 1.2.1.3 A tipificação dos crimes de milícias privadas e grupos de extermínio. 2. A questão da tipificação dos crimes de organização paramilitar, milícia particular, grupo ou esquadrão, e grupos de extermínio. 3. Contribuições da Doutrina. 3.1. A organização paramilitar. 3.2. A milícia particular. 3.3. As organizações grupo e esquadrão. 3.4 Análise Doutrinária dos tipos penais do art. 288-A do Código Penal. Considerações Finais. Referências.

**RESUMO:** Este artigo pretende problematizar a aplicabilidade da Lei nº 12.720 / 2012 que tipificou os crimes praticados por organizações criminosas, e alterou diversos diplomas legais (como o Código de Processo Penal e o Código Penal) criando alguns dispositivos que já geram acirrada controvérsia em que não deve demorar a ser alvo de ações de inconstitucionalidade, em particular a caracterização das milícias, conhecidas como a Constituição da milícia privada e previstas no artigo 288 do Código Penal. Esta lei sofreu várias críticas porque não define o que seria organização paramilitar, milícia privada ou particular, grupo ou esquadrão e da morte e, além disso, não conseguiu trazer o número mínimo necessário de agentes para caracterizar tais organizações, o que poderá acarretar sua inaplicabilidade. A ausência de tipo penal específico somada aos princípios norteadores do direito público em geral, de do direito penal em particular, não só podem inviabilizar a efetiva aplicação da lei em tela.

**Palavras-Chave:** Milícia privada. Grupos de Extermínio. Eficácia Lei nº 12.720/2012. Artigo 288-A do Código Penal.

**ABSTRACT:** *This article aims to discuss the applicability of Law No. 12,720 / 2012 typified the crimes committed by criminal organizations, and amended several pieces of legislation (such as the Criminal Procedure Code and the Penal Code) creating some devices that have generated fierce controversy that should not take the subject of unconstitutionality, in particular the characterization of the militias, known as the Constitution of private militia and provided for in Article 288 of the Penal Code. This law has undergone several critical because it does not define what would be paramilitary organization, private or private militia, group or squadron and death and, moreover, failed to bring the minimum required number of agents to characterize such organizations, which could result in its inapplicability. The absence of specific criminal offense added to the guiding principles of public law in general, criminal law in particular, can hinder the effective application of the law in question.*

**Keywords:** *Private Militia. Extermination groups. Effectiveness of Law No. 12,720 / 2012. Article 288 of the Criminal Code*

\* Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2002). Atualmente é professor titular da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo e Assistente Mestre da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Teoria Geral do Direito, atuando principalmente nos seguintes temas: direito social, modelo positivista, criança, legitimidade e direitos humanos e Ciência Política e Teoria Geral do Estado

\*\* Mestranda e bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo.

## INTRODUÇÃO

A Edição da Lei nº 12.720 / 2012, que tipificou os crimes praticados por organizações criminosas e alterou diversos diplomas legais (como o Código de Processo Penal e o Código Penal) apresenta alguns aspectos que podem vir a inviabilizar sua efetividade: não define o que seriam os tipos penais: organização paramilitar, milícia privada ou particular, grupo ou esquadrão e da morte e, o que poderá acarretar sua inaplicabilidade. A ausência de tipo penal específico somada aos princípios norteadores do direito constitucional, do direito público em geral e do direito penal em particular, não só podem inviabilizar a efetiva aplicação da lei em tela, mas também revela uma tendência perniciososa de criação que visam atender as expectativas populares insufladas pela mídia, mas que acabam por dificultar a efetiva ação do Estado para punir condutas de fato perniciosas. Uma análise das circunstâncias históricas envolvidas no processo de criação desta legislação aponta que parte do problema da tipificação se deve á uma legislação criada sob à mira de uma mídia alarmista que forjou na opinião pública um “clamor” pela regulamentação destas práticas, o que levou á uma legislação feita às pressas, de afogadilho, com imprecisões técnicas insanáveis, o que poderá acarretar sua ineficácia.

## 1 CONTEXTO HISTÓRICO

Durante décadas o Estado Brasileiro se manteve totalmente ausente na proteção das populações carentes- em particular em uma desordenada ocupação do espaço urbano- o que propiciou o surgimento de grupos criminosos e resultou no enorme crescimento da violência em algumas cidades. Muitos destes grupos, sob o pretexto de promover a segurança das comunidades carentes, assumem feição de um estado paralelo, em particular por serem em grande parte dos casos compostos por agentes estatais agindo ao arrepio da lei e visando obter benefícios econômicos. Tais organizações passaram a ser notadas pela mídia á partir de 2008 após a ampla divulgação sobre essas organizações, conduzindo a opinião pública a exigir uma regulamentação específica que coibisse as práticas destes grupos, até então não previstas em lei específica. Exigência justa, mas o seu atendimento, a forma que seguiu a regulamentação está marcada por falhas indelévels de péssima técnica legislativa o que poderá acarretar a ineficácia do dispositivo legal criado.

### 1.1. O surgimento do crime de organização criminosa

A primeira conceituação utilizada no Brasil para definir a organização criminosa foi a prevista pela Convenção de Palermo, e posteriormente reconhecida pelo Decreto Legislativo em 12 de março de 2004. Como estávamos na esfera dos Tratados Internacionais, a sua aplicação prática não foi possível diante da grave ofensa ao princípio da legalidade, tendo em vista que, como é sabido, o artigo primeiro do Código Penal prevê: “Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”. Como o crime de organização criminosa não era previsto em lei pátria, apenas restava possível a aplicação do previsto pelo artigo 288 do Código Penal para se coibir tais práticas.

Posteriormente, visando solucionar o problema, foi criada a Lei nº 9.034/1995, contudo o problema persistiu uma vez que a mesma mais uma vez não apresentou o conceito de organizações criminosas, o que impossibilitou a sua aplicação prática. Visando solucionar o problema, a Lei nº 12.694/2012 foi criada, trazendo em seu artigo 2.º a definição de organização criminosa como: “Art. 2º Para os efeitos desta Lei, considera-se organização criminosa a associação, de 3 (três) ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional.” Entretanto, a péssima técnica legislativa persistiu, pois a lei deixou de prever a pena para aquele que fizesse parte da organização criminosa.

Foi em agosto de 2013 que a Lei nº 12.850 foi publicada, revogando expressamente a Lei nº 9.034/1995 e trazendo consigo não só uma nova definição para organização criminosa, mas também a previsão de pena ao indivíduo que a integre.

## **1.2. A lei nº 12.720/2012**

A lei nº 12.720/2012 entrou em vigor em 28 de setembro de 2012, data de sua publicação, e trouxe consigo dois casos de aumento de pena: um previsto no artigo 121 e o outro no artigo 129, ambos do Código Penal, bem como um tipo penal novo denominado Constituição de Milícia Privada, previsto no artigo 288-A do Código Penal. Desde sua publicação a lei é alvo de diversas críticas. Este dispositivo legal se originou do projeto de lei nº 370/2007, porém muitas foram as diferenças entre o texto inicial elaborado e o texto aprovado que de fato alterou o Código Penal. O objetivo do projeto de lei era muito mais amplo, tendo em vista que visava combater o extermínio praticado em situações de conflitos éticos, religiosos, políticos ou sociais, e em outras diversas situações, como a intolerância à diversidade de comportamento de minorias, sejam tais práticas consumadas por grupos que se arrogam direitos de fazer justiça ou que se escondem sob outras falsas roupagens de prestação de serviços para angariar certa simpatia junto à sociedade ou a complacência de autoridades públicas. Ora, o extermínio de pessoas não pode ser tolerado em absolutamente nenhuma circunstância!

O deputado Luiz Albuquerque Couto, criador do projeto, para demonstrar a essência e o significado da lei considerou como ocorrências análogas o Massacre do Carandiru ocorrido em 1992, a Chacina da Candelária ocorrida em 1993 e, por fim o Massacre dos trabalhadores sem terra de Eldorado dos Carajás –PA, ocorrido em 1996. Infelizmente o projeto de lei não alcançou o seu intento e o texto de lei aprovado muito se distanciou do objetivo traçado em sua origem. Durante a criação da nova lei diversas modificações foram realizadas a ponto do projeto de lei apresentado ter hoje pouquíssima relação com o texto aprovado e em vigor.

A criação do artigo 288-A notadamente veio atender a necessidade de regulamentação pátria no disposto no item 1º, da Resolução no 44/162, editada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1989, que preceitua 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” .

Mas nem só a regulamentação da Resolução da ONU foi pretendida: uma resposta à população, que via com horror o crescimento da violência parecia imperativo. Nasce neste contexto a Lei 12.720/12.

## **1.2.1 Críticas á Lei 12.720/12**

### **1.2.1.1 A Ementa**

Uma crítica inicial apresentada por Marcelo Rodrigues da Silva se refere à inadequação da Ementa apresentada na Lei 12.720/12: Dispõe sobre o crime de extermínio de seres humanos. Como afirma o A.: “Dentro do contexto da lei, impende salientar que a palavra “extermínio” pode gerar um enquadramento errôneo no juízo de adequação dos fatos à nova lei, tendo em vista que para a caracterização das causas de aumento elencadas nos § 6º do artigo 121 e § 7º do artigo 129, ambos do Código Penal, e do crime de “Constituição de Milícia Privada” (artigo 288-A do Código Penal) não é necessário que o agente pretenda a eliminação ou tentativa de eliminação total de seres humanos ou de grupo nacional, étnico,

racial ou religioso, no todo ou em parte.” A imprecisão do título induz à erro pois o fulcro da Lei não se dirige apenas o homicídio, mas em particular os vários tipos de crimes praticados no contexto da ação das milícias privadas e dos grupos de extermínio. Continua Marcelo Rodrigues da Silva: “Assim, o crime em estudo não se confunde como o crime de genocídio (lei 2.889 de 1º de outubro de 1956), que tem por principal fundamento a intenção do agente, que é eliminar, ainda que parcialmente, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso.” Não se trata tão pouco de genocídio, pois não há um fim de eliminar todo um grupo social ou religioso, mas apenas determinada (s) pessoa (s).

### **1.2.1.2 Péssima técnica legislativa diante do clamor social**

Mas a Lei não veio apenas regulamentar uma legislação internacional. A melhor doutrina na esfera penal aponta que muitas das críticas que a esta se dirige resultam da péssima técnica legislativa, aparentemente oriunda de uma preocupação em legislar em resposta ao clamor social. Este clamor nunca foi um bom conselheiro ao legislador. Prado afirma que “Essa causa de aumento de pena, tal como o artigo 288-A, foi inserida às pressas pelo legislador brasileiro, com a nítida finalidade de dar uma resposta aos anseios sociais devido à expansiva ação exercida pelas milícias, grupos armados, que sob o pretexto de se estar prestando um serviço de segurança ao qual teoricamente teria renunciado o Estado por meio de sua negligência, praticam atos de extorsão e violência, mormente em comunidades carentes das cidades brasileiras.”

### **1.2.1.3 A tipificação dos crimes de milícias privadas e grupos de extermínio**

Mas sem dúvida uma das críticas mais alarmante á Lei e a resultante inclusão do artigo 288-A no Código Penal - e era ao que se pretendia ressaltar no presente artigo- concerne à imprecisão dos tipos penais milícias privadas e grupos de extermínio. Segundo Bitencourt “A tipificação do crime constituição de milícia privada afronta o princípio da legalidade estrita ao não definir “organização paramilitar, milícia particular, grupo ou esquadrão”, dificultando gravemente a segurança exigida em um Estado Democrático de Direito.” A legislação em tela, ao ser imprecisa, inviabiliza o enquadramento dos crimes no tipo legal. Os princípios mais elementares do direito penal não o permitiriam. “Ainda o A.:" Na realidade, o legislador devia ter conceituado e definido o significado dos grupos que elenca, atendendo, assim, o princípio da taxatividade estrita.

Da mesma forma entende Adel El Tasse: ”a total ausência de definição do que constitui grupo ou esquadrão faz com que a parte final do dispositivo do artigo 288-A, do Código Penal, careça de qualquer aplicação, por não atender ao princípio da legalidade em matéria penal, não servindo a salvaguarda da espécie à afirmação de que se trataria de um tipo constituído de elemento normativo empírico, posto que não há nenhum dado extrajurídico no nosso sistema válido a permitir a integração do conceito de grupo ou esquadrão.” A ausência de tipo penal específico somada aos princípios norteadores do direito público em geral, de do direito penal em particular, não só podem inviabilizar a efetiva aplicação da lei em tela.

## **2 A QUESTÃO DA TIPIFICAÇÃO DOS CRIMES DE ORGANIZAÇÃO PARAMILITAR, MILÍCIA PARTICULAR, GRUPO OU ESQUADRÃO, E GRUPOS DE EXTERMÍNIO**

A Lei 12.720/12 instituiu o artigo 288-A do Código Penal da seguinte forma: “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 a 8 anos”. Trata-se de um tipo penal extremamente aberto, pois a lei não conceituou o que vem a ser “ ‘grupo de extermínio’, ‘esquadrão’, ‘milícia privada’, ‘organização paramilitar’, abrindo margem interpretativa para a doutrina”. A questão que se pretende aqui propor é que a falta de enquadramento legal de tais conceitos poderá ensejar a ineficácia do novo tipo penal, fazendo permanecer, na prática, e na melhor das hipóteses, a antiga aplicação do tipo quadrilha ou bando (artigo 288, Código Penal), e não ao novo crime de Constituição de Milícia Privada.

A doutrina não é uniforme com relação à conceituação dos elementos trazidos pelo artigo 288-A do Código Penal. Essa dificuldade foi externada, inclusive, no Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito (Resolução nº 433/2008), da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, presidida pelo Deputado Marcelo Freixo, destinada a investigar a ação dessas novas “milícias”, no âmbito daquele Estado. Ignácio Cano, no Relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito das Milícias no Rio de Janeiro propôs uma definição de milícia que nos parece bastante interessante, posto que fornecesse critérios para interpretação da prática dos diversos grupos milicianos, que atuam de forma diversa nos diversos casos em que se observam tais práticas. Segundo Cano, para que se configure uma milícia privada, devem acontecer simultaneamente: “1. O controle de um território e da população que nele habita por parte de um grupo armado irregular; 2. O caráter em alguma medida coativo desse controle dos moradores do território; 3. O ânimo de lucro individual como motivação principal dos integrantes desses grupos; 4. Um discurso de legitimação referido à proteção dos habitantes e à instauração de uma ordem que, como toda ordem, garante certos direitos e exclui outros, mas permite gerar regras e expectativas de normatização da conduta; 5. A participação ativa e reconhecida de agentes do estado como integrantes dos grupos.”

O controle territorial, a coação e o lucro em nada diferenciam a milícia do narcotráfico ou de outros grupos de crime organizado; no entanto a milícia sempre busca legitimar suas práticas para se impor sobre a população se utilizando do argumento de que ela é uma alternativa melhor do que a dominação das favelas pelo tráfico. Os milicianos divulgam sua condição de agentes públicos responsáveis pela segurança do Estado, os moradores que são obrigados a pagar taxas para obter segurança sentem-se seguros ao crer que a proteção está sendo realizada por indivíduos que tem conhecimento técnico/treinamento para exercer a segurança a que se propõe. Há ainda outros argumentos que favoreceram a instalação das milícias: o primeiro seria a diminuição do risco de um confronto pela dominação do território por parte de traficantes. Some-se ainda o argumento de que dificilmente se instalaria um confronto fratricida entre a polícia e o poder paralelo instalado.

Neste mesmo Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito, concluiu-se por conceituar milícias como: “grupos armados para prática de diversas extorsões e exploração irregular de serviços públicos, controlados por integrantes das instituições de segurança pública e/ou das Forças Armadas, para fins econômicos escusos, não raro com representação direta de parlamentares ou indiretamente na forma de sustentação dessa atividade criminosa, contando, no mínimo, com a tolerância de autoridades de Poderes Executivos (braço político- eleitoral).” Depreende-se que as milícias são grupos formados em sua grande maioria por agentes ligados às forças de segurança do Estado, firmados por uma retórica focada na promessa de paz e afastamento do tráfico de drogas, que visam à exploração privada de serviços públicos com o intuito de obtenção de vantagem econômica.

Se num primeiro momento a presença das milícias nas comunidades pareceu uma boa opção para a população- já que eles afastavam os traficantes e investidas de policiais deixariam de ocorrer com frequência- não demorou muito para os moradores perceberem que a manutenção dessa paz estaria condicionada a determinadas regras de conduta por parte dos moradores.

Ressalte-se que cada grupo de milicianos atua de uma maneira diferenciada. Em algumas comunidades a milícia funciona quase como um serviço de segurança privada, intervindo na vida pessoal dos moradores apenas quando a ordem pública é ameaçada. Entretanto,

em outras comunidades, as milícias impõem diversas regras aos moradores, interferindo diretamente na vida cotidiana da população. Algumas, apesar de utilizarem, não mostram a posse de armas de fogo, enquanto outras ostentam diversas armas. Algumas milícias interferem diretamente no direito de ir e vir dos moradores, impedindo-os de ir para áreas consideradas como território inimigo, o que é um comportamento típico de facções como o narcotráfico.

As milícias detêm um alto grau de organização, o que fica claramente demonstrado pela realização de cadastro de moradores, convocação de reuniões e até mesmo fornecimento de recibos de pagamento das taxas por eles cobradas. A intensidade da coação exercida pelas milícias é variada: dos crimes praticados pelas milícias, as denúncias de extorsão e desvios de conduta são as mais comuns, por estarem diretamente ligada à cobrança de taxas. Segundo Guaracy MINGARDI a “característica mais marcante” do crime organizado justamente “transpor para o crime métodos empresariais”.

Assim, tem-se um primeiro ônus probatório para que possa a acusação contra determinada pessoa deslocar-se do delito de formação de quadrilha ou bando e ingressar no tipo de organização criminosa, qual seja, a efetiva comprovação da hierarquia estrutural assemelhada ao sistema empresarial.

Paradoxalmente, a prática dos crimes por parte da população das favelas é coibida pelas milícias: caso um indivíduo descumpra as regras estabelecidas pelas milícias, o “infrator” é avisado por meio de agressões físicas da impossibilidade de repetir a infração e em caso de reincidência é expulso da favela e, dependendo da gravidade do ato praticado pode até ser punido com pena de morte.

Não raro a pena de morte é prática utilizada pelos milicianos para reforçar seu poder incontestável sob os moradores e, para dificultar o trabalho policial, não é incomum o depósito dos corpos em cemitérios clandestinos.

Assim como ocorre no crime de associação criminosa, o crime de constituição de milícia privada deverá ser aplicado independentemente da punição que couber em virtude do cometimento de outros crimes. As condutas elencadas pelo supracitado artigo devem ter a finalidade 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.

Segundo Greco, o núcleo constituir tem o sentido de criar, trazer à existência. Já, por outro lado, organizar significa colocar em ordem, preparar para o funcionamento. O núcleo integrar diz respeito a juntar-se, reunir-se ao grupo; manter tem o sentido de sustentar e, por fim, custear tem o significado de financiar, arcar com os custos.

Para Sanches o núcleo constituir significa compor a organização. De outro turno, organizar tem o sentido de encontrar a melhor maneira de agir. O núcleo integrar está relacionado a fazer parte. Por derradeiro, manter ou custear significa sustentar, pagar o custo, não apenas financeiramente, mas com o fornecimento de materiais como instrumentos bélicos por exemplo.

Bittencourt ensina que o núcleo constituir se refere a criar, estruturar, dar forma a grupamento criminoso. Organizar diz respeito a ordenar, regularizar sua estrutura. O núcleo integrar, de outra banda, diz respeito a fazer parte, ser um de seus membros, e por fim, manter ou custear tem o sentido de sustentar, arcar com os custos.

Assim, verifica-se que os doutrinadores não se distanciam muito um do outro ao definir os núcleos do tipo penal, tendo como principal diferença a separação de Greco ao descrever os núcleos manter e custear, definindo o primeiro como sustentar e segundo como financiar.

Com relação às organizações previstas pelo tipo penal- organização paramilitar, milícia particular, grupo ou esquadrão, Galvão entende que elas constituem entidades associativas distintas e são espécies de milícia privada.

Já para Coêlho: “o legislador se utilizou das expressões organização paramilitar, milícia particular, grupo ou esquadrão como figuras afins e não para definir quatro espécies distintas de ilícito penal”.

### **3 CONTRIBUIÇÕES DA DOUTRINA**

Analisemos cada uma das organizações previstas pelo tipo penal em comento.

### **3.1 A organização paramilitar**

Prado a define como “uma associação não oficial de pessoas, organizadas segundo uma estrutura paralela à militar, ou seja, que tem as características de uma tropa militar – hierarquizada como o exército, por exemplo, - sem que o seja do ponto de vista formal ou legalmente. Em outras palavras a organização paramilitar assemelha-se às forças militares em estrutura (hierarquização de cargos, armamento, missões, ataques, etc.), sempre à margem da lei.” No mesmo trilhar, Galvão: ”a organização paramilitar é uma associação constituída por civis ou por militares que não atuam representando suas instituições, que utiliza armas para a intimidação de suas vítimas e apresenta estrutura organizacional semelhante à estrutura militar. O adjetivo paramilitar que qualifica a organização miliciana expressa à ideia de que ela é constituída paralelamente às organizações militares, com as características de uma força militar, por exemplo, a estrutura e organização funcional de uma tropa ou exército, sem, contudo, ser uma força institucional militar. A organização paramilitar deve apresentar uma forma rígida de comando, sem, contudo, possuir um dono que contrate os demais integrantes da organização para o atendimento de seus interesses particulares.” .

Em consonância com os demais Sanches: “Paramilitares são associações civis, armadas e com estrutura semelhante à militar. Possuem as características de uma força militar, têm a estrutura e organização de uma tropa ou exército, sem sê-lo”.

Dessa forma, nota-se que uma organização paramilitar é constituída por grupos que atuam ilegal e paralelamente ao Estado com estrutura semelhante às instituições militares.

A nossa Constituição Federal prevê em seu art. 5º, inc. XVII: “é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar”. Vê-se, portanto, que as organizações paramilitares são proibidas expressamente, pois só o Estado pode exercer poder coercitivo sob um indivíduo. É atividade privativa do Estado.

### **3.2 A milícia particular**

Masson entende que milícia particular é “o agrupamento armado e estruturado de civis – inclusive com a participação de militares fora das suas funções – com a pretensa finalidade de restaurar a segurança em locais controlados pela criminalidade, em face da inoperância e desídia do Poder Público. Bitencourt, ao definir a mesma organização vai mais além:” milícia particular tem sido definida como um grupo de pessoas (que podem ser civis e/ou militares), que, alegadamente, pretenderia garantir a segurança de famílias, residências e estabelecimentos comerciais ou industriais. Haveria, aparentemente, a intenção de praticar o bem comum, isto é, trabalhar em prol do bem estar da comunidade, assegurando-lhe sossego, paz e tranquilidade, que foram perdidos em razão da violência urbana. No entanto, essa atividade não decorre da adesão espontânea da comunidade, mas é imposta mediante coação, violência e grave ameaça, podendo resultar, inclusive, em eliminação de eventuais renitentes. “Na realidade, há uma verdadeira ocupação de território, numa espécie de Estado paralelo, com a finalidade de explorar as pessoas carentes.” No mesmo sentido Sanches: ”Grupo de pessoas, civis ou não, tendo como finalidade devolver a segurança retirada das comunidades mais carentes, restaurando a paz. Para tanto, mediante coação, os agentes ocupam determinado espaço territorial. A proteção oferecida nesse espaço ignora o monopólio estatal de controle social, valendo-se de violência e grave ameaça”.

### **3.2 As organizações grupo e esquadrão**

Para Greco, o grupo e esquadrão citados pelo artigo são “aqueles ligados ao extermínio de pessoas, normalmente de justiceiros que buscam eliminar aqueles que, por algum motivo, na visão deles merece morrer, realizando uma verdadeira limpeza social.”. Na mesma seara, define Sanches: “Grupo ou esquadrão (grupo de extermínio) entende-se como tal a reunião de pessoas, matadores, justiceiros que atuam na ausência ou inércia do poder público, tendo como finalidade a matança generalizada, chacina de pessoas supostamente rotuladas como marginais ou perigosas. No mesmo sentido segue Bitencourt: “Grupo ou esquadrão, embora o legislador não tenha dito, está referindo-se aos famosos grupos de extermínios que ganharam espaço, basicamente, no Rio de Janeiro e São Paulo, tanto que o texto utiliza a locução “grupo ou esquadrão”. Curiosamente, no entanto, ao contrário da definição deste crime, na majorante que o mesmo diploma legal acrescentou ao crime de homicídio, refere-se expressamente a “grupo de extermínio”, reforçando nossa interpretação quanto ao sentido da terminologia utilizada na definição da novel infração sub examine. ‘Esquadrão’, por sua vez, ficou conhecido no final do regime militar como “esquadrão da morte”. Ou seja, ambos têm, fundamentalmente, o mesmo significado. Grupo de extermínio, enfim, é a denominação atribuída no Brasil a grupos de matadores que atuam nas classes mais desprivilegiadas de algumas das grandes cidades deste País, normalmente, nos subúrbios ou nas periferias. Esses grupos de extermínio, convém que esclareça, surgem quase sempre na omissão ou inoperância do Poder Público; não raras vezes esses grupos contam com o apoio e simpatia (e até mesmo a contratação) de comerciantes e moradores de comunidades pobres, pois, supostamente, manteriam marginais mais perigosos afastados e, muitas vezes, até os eliminam.

Dessa forma, vê-se que embora o tipo penal não diga expressamente grupo de extermínio, a doutrina vem entendendo dessa maneira, uma vez que no parágrafo sexto do artigo 121 também trazido ao Código Penal pela Lei nº 12.720/2012 o legislador trouxe no texto legal esta denominação. A doutrina vem interpretando grupo de extermínio e esquadrão como similares, sendo ambos constituídos por matadores que atuam no lugar do poder público assassinando quem na visão deles representa perigo à sociedade e por isso merece morrer.

A constituição de milícia privada é crime comum, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao passivo, ou seja, qualquer pessoa poderá ser sujeito ativo do delito em questão e o sujeito passivo é a sociedade.

Não se pode considerar como integrante de uma das organizações previstas pelo delito de constituição de milícia privada o indivíduo que realize alguma atividade abrangida pelos objetivos criminosos do grupo e não tenha consciência de que participa de uma “reunião de pessoas” que tem a finalidade de praticar crimes, é necessário que o indivíduo saiba que está fazendo parte de uma organização, o que não se pode esperar de determinados empregados que apenas cumprem ordem dos integrantes da organização.

### **3.4 Análise Doutrinária dos tipos penais do art. 288-A do Código Penal**

Para a maioria da doutrina o bem jurídico protegido pelo tipo penal é a paz pública. Entretanto, para Bitencourt: “O bem jurídico protegido, na nossa concepção, não é propriamente a “paz pública”. (...) o bem jurídico protegido imediato, de forma específica, é o sentimento coletivo de segurança na ordem e proteção pelo direito, que se vê abalado pela conduta tipificada no art. 288-A, ora sub examine; não é, por certo, uma indemonstrável “paz pública”, pois, na maioria dos casos, a coletividade somente toma conhecimento de ditos crimes após serem debelados pelo aparato repressivo estatal, com a escandalosa divulgação que se tem feito pela ‘mas media’, como vem ocorrendo nos últimos anos. Dessa forma, nota-se que para Bitencourt o bem jurídico imediato tutelado pelo artigo 288-A é o sentimento coletivo de segurança na ordem e proteção pelo direito, ou seja, é a sensação ou o sentimento da população em relação à segurança social.

O crime de constituição de milícia privada também é considerado crime formal, uma vez que não é relevante para a configuração do delito em questão se os crimes para os quais a milícia privada tenha sido constituída para efetuar forem ou não praticados, pois o delito se consuma independente do efetivo cometimento dos outros delitos. O delito pode ser praticado

por qualquer meio que o agente escolher, sendo considerado, portanto, de forma livre. É um crime comissivo, tendo em vista que o núcleo do tipo indica que o delito não pode ser cometido por omissão, apenas pode ser cometido por ação.

Ademais, é um crime considerado permanente, pois sua consumação prolonga-se no tempo, dependendo do agente cessar ou interromper a prática do crime quando quiser. Tal classificação não se confunde com o crime de efeito permanente, pois neste a permanência é em relação ao resultado ou efeito, como, por exemplo, nos crimes de homicídio e furto, e não depende da manutenção da atividade do agente.

Pelo fato de se tratar de crime permanente é permitida a prisão em flagrante por todo período em que o delito estiver sendo praticado e, além disso, o marco inicial da prescrição da pretensão punitiva apenas começa a ser contado da data da cessação da permanência e, por fim, se o território em que o delito tiver sido praticado abranger mais de uma comarca a competência para processar e julgar será definida pelo critério da prevenção.

O delito é classificado como de perigo comum abstrato. Isso porque coloca um número indeterminado de pessoas em perigo e esse perigo é presumido, portanto, abstrato, não precisando colocar de fato alguém em perigo. Dessa forma, a reunião de pessoas para a prática de delitos previstos no Código Penal já tem força suficiente para ofender a paz pública, pois perturba a tranquilidade no âmbito da sociedade.

Frise-se, ainda, que o crime é plurissubjetivo, em razão de trata-se de crime de concurso necessário, que é aquele que por sua estrutura típica exige o concurso de mais de uma pessoa. E, além disso, é uni subsistente, pois é um crime cuja conduta não admite fracionamento.

Para configurar o crime de constituição de milícia privada é necessário haver união estável e permanente. O acordo ilícito realizado pelos agentes não precisa ser perpétuo, mas sim, envolver uma ação duradoura. Deve haver uma atuação em comum visando a prática de crimes indeterminados.

Se não houver esse vínculo associativo, a união de indivíduos para prática de um ou mais crimes apenas caracterizará o concurso de pessoas previsto no artigo 29, “caput”, do Código Penal.

Sobre a finalidade prevista pelo tipo penal nos ensina Greco: “Essa finalidade tem que ser analisada com reservas. (...) Assim, por exemplo, não seria razoável imputar a uma organização paramilitar a prática de delito tipificado no art. 288-A quando a finalidade do grupo era a de praticar, reiteradamente, crimes contra a honra. Para essas infrações penais, se praticadas em quadrilha ou bando, já temos o delito previsto no art. 288 do mesmo diploma repressivo. Opinião é compartilhada por Sanches: “Assim, de acordo com nossa posição, embora a parte final do art. 288-A diga que haverá crime de constituição de milícia particular quando o agente constituir, organizar ou integrar, manter ou custear organização paramilitar, milícia particular, grupo ou esquadrão com a finalidade de praticar qualquer dos crimes previstos no Código Penal de limitar esses crimes àqueles que dizem respeito às atividades normalmente praticadas pelas milícias (...) a exemplo do crime de homicídio, lesão corporal, extorsão, sequestros, ameaças etc.” Note-se, devemos entender como finalidade a prática de crimes comumente praticados por milícias e não qualquer crime previsto no Código Penal. Ademais, o dispositivo somente deve ser aplicado aos crimes dolosos, haja vista a incompatibilidade do propósito de praticar crimes culposos ou preterdolosos, pois nestes o resultado é involuntário.

O tipo não prevê a modalidade culposa, dessa forma, o elemento subjetivo é o dolo. Mas, além do dolo, é necessário que o agente atue com um especial fim de agir, configurado na finalidade de praticar crimes previstos no Código Penal. A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Tendo em vista que a pena cominada ao delito em tela é de quatro a oito anos, o crime é de elevado potencial ofensivo e, assim sendo, incompatível com os benefícios elencados pela Lei nº 9.099/1995.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

É indubitável que o legislador deveria ter sido mais técnico e preciso ao elaborar o texto da Lei 12.720/12. Uma análise mais detida nos leva a concluir que esta foi feita às pressas e com pouco zelo, o que se pode perceber de plano pela ementa a ela dada que dispõe que a lei versa sobre o crime de extermínio de seres humanos, sendo que não é disso que trata a lei. É evidente que também houve falha legislativa ao não se definir as organizações previstas. Os princípios constitucionais e penais não podem ser sacrificados casuisticamente. Estes não permitem a condenação por práticas que não sejam expressas especificamente na Lei, sob pena de ferir o Estado De Direito. *Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*.

Na esfera do Direito Penal, o princípio da legalidade ou da reserva legal torna forçoso afirmar que ao legislador é vedada a criação de leis penais que incidam sobre fatos anteriores à sua vigência, tipificando-os como crimes ou aplicando pena aos agentes. A Constituição atual consagrou o princípio à alçada dos “direitos e garantias fundamentais”, instituindo-o no seu art. 5º, XXXIX. Sobre a função da reserva legal enquanto garantidora de liberdades individuais, constitui uma real limitação ao poder estatal de interferir na esfera das liberdades individuais, assegurando aos indivíduos proteção ante o poder do Estado, ainda que a população no caso em tela pudera ser levada a concluir de forma oposta.

O Direito Penal estabelece a distinção entre a analogia *in malam partem*, em que e autorizaria aplicar dispositivos legais a situações semelhantes, em caso de a lei ser silente; e analogia *in bonam partem*, em que se beneficiaria o réu caso houvesse atenuação de penas ou descriminalização de condutas. O princípio da legalidade no Direito Penal, no Estado de Direito moderno, proíbe categoricamente a analogia *in malam partem*, o que acarretará na indesejável consequência de ser impossível a punibilidade de réus com fulcro na Lei 12.720/12 e na redação que esta trouxe nos tipos penais do art. 288-A.

## REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Constituição da milícia privada**. Disponível em: <<http://cezarbitencourt.jusbrasil.com.br/artigos/121935991/constituicao-de-milicia-privada>>. Acesso em: 20/11/2014.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos; OLIVEIRA; Monique Gonçalves Cossermelli. **Crimes de organização criminosa, de constituição de milícia privada e de associação criminosa e prisão temporária: uma lacuna legal**. Disponível em: <<http://www.direitopenalvirtual.com.br/artigos/crimes-de-organizacao-criminosa-de-constituicao-de-milicia-privada-e-de-associacao-criminosa-e-prisao-temporaria-uma-lacuna-legal>>. Acesso em: 22/05/2015.

CANO, Ignacio Thais Duarte. **‘No sapatinho’: a evolução das milícias no Rio de Janeiro (2008-2011)**. Disponível em: <[http://br.boell.org/sites/default/files/no\\_sapatinho\\_lav\\_hbs1\\_1.pdf](http://br.boell.org/sites/default/files/no_sapatinho_lav_hbs1_1.pdf)>. Acesso em: 10/10/2014.

CHAVES, Michelle Airam da Costa. **Rio das Pedras: Da polícia mineira a milícia**. Disponível em: <[http://www.tempopresente.org/index.php?option=com\\_content&view=article&id=5262:rio-das-pedras-da-policia-mineira-a-milicia&catid=41&Itemid=127](http://www.tempopresente.org/index.php?option=com_content&view=article&id=5262:rio-das-pedras-da-policia-mineira-a-milicia&catid=41&Itemid=127)>. Acesso em: 18/10/2014.

COÊLHO, Yuri Carneiro. **Curso de direito penal didático. volume único**. São Paulo: Atlas, 2014.

CUNHA, Rogério Sanches. **Código Penal para Concursos (CP)**. 8ª ed. rev. ampl. atual. Salvador: Juspodivm, 2015.

FREIXO, Marcelo et al. **Relatório final da comissão parlamentar de inquérito destinada a investigar a ação de milícias no âmbito do Estado do Rio de Janeiro**, p. 35. Disponível em: <[http://www.nepp-dh.ufrj.br/relatorio\\_milicia.pdf](http://www.nepp-dh.ufrj.br/relatorio_milicia.pdf)>. Acesso em: 05/09/2014.  
**G1. Vereador Nadinho de Rio das Pedras é baleado na Zona Oeste, diz PM**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Rio/0,,MUL885575-5606,00-VEREADOR+NADINHO+DE+RIO+DAS+PEDRAS+E+BALEADO+NA+ZONA+OESTE+DIZ+PM.html>>. Acesso em: 10/02/2015.

GRECO FILHO, Vicente. **Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei nº 12.850/13**. São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_. **Código Penal: comentado**. 8ª ed. Niterói: Impetus, 2014.

JESUS, Damásio de. **Código Penal anotado**. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. JUSTIÇA Global. **Segurança, Tráfico e Milícias no Rio de Janeiro**, p. 59. Disponível em: <[http://www.boell-latinoamerica.org/downloads/relatorio\\_Milicias\\_completo.pdf](http://www.boell-latinoamerica.org/downloads/relatorio_Milicias_completo.pdf)>. Acesso em: 10/10/2014.

KREUTZFELD, Jonathan. Favelização: **As Favelas e os Cortiços**. Disponível em: <<http://geografia-ensinareaprender.blogspot.com.br/2014/07/favelizacao-as-favelas-e-os-corticicos.html>>. Acesso em: 12/11/2014.

MASSON, Cleber. **Código Penal comentado**. 2ª ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal. Parte Especial**. Vol. 2. 32ª ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2015.

NÓBREGA JUNIOR, Edson Diniz. **O lugar do pobre na cidade: dos Cortiços à Favela**, p. 19. Disponível em: <[http://www2.dbd.puc-rio.br/pergamum/tesesabertas/0510433\\_07\\_cap\\_02.pdf](http://www2.dbd.puc-rio.br/pergamum/tesesabertas/0510433_07_cap_02.pdf)>. Acesso em: 12/11/2014.  
NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal. Parte Geral e Parte Especial**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

O ESTADO DE SÃO PAULO. **Para eleger vereadora, milícia mata 7 em comunidade do Rio**. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,para-eleger-vereadora-milicia-mata-7-em-comunidade-do-rio,1084789>>. Acesso em: 09/02/2015.

OLIVEIRA, Rosane. **O impacto da ação das milícias em relação às políticas públicas de segurança no Rio de Janeiro**. p. 13. Disponível em: <<http://www.tni.org/files/download/crime4p.pdf>>. Acesso em: 25/11/2014.

PERES, Paulo. **Tipificar milícias como crime precisa ser urgente**. Disponível em: <<http://tribunadainternet.com.br/tipificar-milicias-como-crime-precisa-ser-urgente/>>. Acesso em: 21/11/2014.

ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. **Direito Penal: crimes contra a pessoa**. São Paulo: Saraiva, 2013.

SILVA, Marcelo Rodrigues da. **Milícia privada: uma lei fadada ao fracasso?**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3394, 16 out. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22822>>. Acesso em: 27 set. 2015.

SANTOS, Rogerio Dultra dos. **As “milícias” do Rio de Janeiro (ou a busca de legitimidade da “polícia mineira”)**. Disponível em: <<http://www.cis.puc-rio.br/cedes/banco%20artigos/Direito%20e%20Seguran%20E7a%20P%20FAblica/as%20milicias%20do%20rio%20de%20janeiro.pdf>>. Acesso em: 19/01/2015.

SILVA, Marcelo Rodrigues. **Constituição de Milícia Privada. Artigo 288-a do Código Penal: uma lei fadada ao fracasso?** Comentários à Lei nº 12.720/2012. Disponível em: <<http://marcelorodriguesdasilva56.jusbrasil.com.br/artigos/121942266/constituicao-de-milicia-privada-artigo-288-a-do-codigo-penal-uma-lei-fadada-ao-fracasso-comentarios-a-lei-n-12720-2012>>. Acesso em: 25/05/2015.

TASSE, Adel El. **Nova Lei de Crime Organizado**. <[http://www.lex.com.br/doutrina\\_24840822\\_NOVA\\_LEI\\_DE\\_CRIME\\_ORGANIZADO.asp](http://www.lex.com.br/doutrina_24840822_NOVA_LEI_DE_CRIME_ORGANIZADO.asp)>. Acesso em: 20/05/2015.

TJRJ. Processo N° 0001649-50.2009.8.19.0205. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaProc.do?v=2&FLAGNOME=&back=1&tipoConsulta=publica&numProcesso=2009.205.001646-0>>. Acesso em: 14/02/2015.

ZALUAR, Alba; CONCEIÇÃO, Isabel Siqueira. **Favelas sob o controle das Milícias no Rio de Janeiro**. p. 90. Disponível em: <[http://produtos.seade.gov.br/produtos/spp/v21n02/v21n02\\_08.pdf](http://produtos.seade.gov.br/produtos/spp/v21n02/v21n02_08.pdf)>. Acesso em: 15/10/2014.