

PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA: UMA LEITURA DOGMÁTICA

PARTICIPATION IN CRIMINAL ORGANIZATION: A DOGMATIC READING

Cezar Roberto Bitencourt¹

Resumo

Este trabalho busca, a partir do estudo da Lei 12.850/13, verificar o que, atualmente, o Direito Penal entende por organização criminosa. Para isso, é feita a análise do bem jurídico tutelado no crime de organização criminosa, os sujeitos do crime, o tipo objetivo e subjetivo, as causas especiais de aumento de pena e agravante genérica, dentre outros aspectos pertinentes ao tema.

Palavras-chave: Lei 12.850/13. Organização Criminosa. Associação Criminosa.

Abstract

This work tries to give birth in the study of Law 12.850/13, check what is currently meant by the Criminal Law criminal organization. To do so, the legal analysis of the ward and is made in the crime of criminal organization, the subject of crime, the objective and subjective type, special causes

of increased pen and generic aggravating, among other aspects relevant to the topic.

Keywords: Law 12.850/13. Criminal Organization. Criminal Association.

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

A Lei 12.850/13 que, finalmente, definiu em que consiste uma organização criminosa, no âmbito nacional, aproveitou para redefinir o crime de *quadrilha ou bando*, adotando a terminologia *associação criminosa*, mais adequada e mais consentânea com a própria estrutura tipológica, cujo verbo nuclear *associar-se* identifica a conduta incriminada. Reduz, por outro lado, o mínimo de participantes para três, e atribui *vacatio legis* de 45 dias.

Não vemos, contudo, como mudança significativa a simples alteração terminológica do *nomen juris* do crime de quadrilha ou Bando, trazida pela Lei 12.850/12, sendo, portanto, incorreto afirmar-se que acabou o *crime de quadrilha ou bando*, na medida em que foi

¹ Doutor em Direito Penal. Professor de Direito Penal. Parecerista. Advogado Criminalista.

mantida, basicamente, a sua estrutura típica. Sua alteração mais significativa foi, na verdade, a redução dos seus componentes para apenas três ou mais. O grande ganho foi, acima de tudo, a distinção precisa entre *organização criminosa* e *associação criminosa*, impedindo-se, de uma vez por todas, a condenável confusão intencional que se fazia sobre os dois institutos.

Enfim, em nosso ordenamento jurídico existem, pode-se afirmar, quatro modalidades de *associações*: (a) *organização criminosa* (art. 2º da Lei 12.850/13); b) *associação criminosa* (art. 288 do CP); c) *constituição de milícia privada* (art. 288-A do CP) e (d) *associação para o tráfico de drogas* (art. 35 da Lei 11.343/06), sendo todas *crimes de concurso necessário*, distinto do tradicional *concurso eventual de pessoas* (art. 29 do CP), não raro, indevidamente ignorado pelas autoridades repressoras. Relativamente à quarta modalidade, qual seja, “associação para o tráfico de drogas”, só impropriamente se pode admitir como uma “associação criminosa, na medida em que se trata apenas de um par, isto

é, de uma dupla, afrontando a concepção histórica de *associações criminosas* que exigem um mínimo de três pessoas. Enfim, duas pessoas formam uma coautoria típica, talvez até uma sociedade, mas nunca uma “associação”. Trata-se, a rigor, de mais uma *aporía* de nosso desorganizado direito penal, pelo qual o legislador pátrio tem demonstrado censurável despreço, ao tratá-lo com a mais absoluta falta de técnica legislativa, científica e dogmática.

2. BEM JURÍDICO TUTELADO NO CRIME DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA

Se a definição legal de *organização criminosa*, e, principalmente, sua tipificação penal (art. 2º da Lei 12.850/13) integrassem nosso Código Penal, certamente, fariam parte do Título IX – DOS CRIMES CONTRA A PAZ PÚBLICA, ao lado das figuras penais de *incitação ao crime* (286), *apologia ao crime ou ao criminoso* (287) e *quadrilha ou bando* (288) aos quais a doutrina brasileira atribui, como bem jurídico, “a

paz pública”, com o que nunca estivemos de acordo. Mas, por coerência, devemos começar por aí, a análise do *bem jurídico* relativamente a criminalização das condutas de *participar ou integrar* organização criminosa.

Os códigos italiano e argentino do século passado, relativamente a essas infrações penais, deram maior importância ao *aspecto objetivo* da *ordem pública*, optando, por essa razão, pela terminologia “crimes contra a ordem pública”, contrariamente à orientação seguida pelo ordenamento jurídico brasileiro, que preferiu realçar o seu *aspecto subjetivo*, justificando-se, assim, a escolha do *nomen juris* “crimes contra a paz pública”. Logicamente, essa diversidade terminológica vai além de simples escolha linguística, refletindo-se o fundamento político-criminal na própria definição da natureza do bem jurídico tutelado, por um e outro sistema.

Essa duplicidade sistêmica não foi ignorada pela antiga

doutrina nacional, que, por vezes, posicionou-se em polos opostos, como ocorreu com Magalhães Noronha e Paulo José da Costa Jr. Com efeito, para o primeiro², a denominação utilizada pelo nosso diploma legal é mais adequada, considerando a expressão *ordem pública* excessivamente abrangente e vaga, pois todo crime atenta contra a ordem pública, ferindo a harmonia e estabilidade social, gerando nos cidadãos sentimento de insegurança; o segundo³, considerando que não assiste totalmente razão a Magalhães Noronha, sustenta que as duas denominações são acertadas, “por constituírem o verso e o anverso da mesma medalha. Optar por este ou por aquele *nomen juris* é uma questão de preferir a angulação objetiva, ou a subjetiva.”

A locução “ordem pública”, por vezes substituída por “ordem jurídica”, é utilizada com frequência para referir-se a outras instituições, sejam elas de natureza consti-

² COSTA JR, Paulo José da. *Comentários ao Código Penal*, São Paulo, Saraiva, 1988, p. 874.

³ MAGALHÃES NORONHA. *Direito Penal, Parte Especial...* p.84.

tucional, política ou proces-sual, como ocorre, por exem-plo, com a propriedade pri-vada, a prisão preventiva etc. Na realidade, estes crimes — *incitação, apologia e quadrilha* — e agora também *organização cri-minosa*, atingem a “ordem pú-blica” como qualquer outro (contra a pessoa, contra o pa-trimônio, contra a saúde pú-blica, contra os costumes etc.), sendo incapazes, por isso mesmo, de identificar com precisão qual *bem jurídico* desti-nam-se a proteger.

Por outro lado, não é inco-mum confundir a abrangência alcançada pelos denominados “crimes contra a incolumidade pública”, entre os quais en-contram-se os “crimes de pe-rigo comum” (incêndio, ex-plosão, inundação, desaba-mento etc.), com aquele es-paço bem mais restrito e, de certa forma, abstrato em que estão situados os chamados “crimes contra a paz pública”. Essa é a razão maior para evi-tar a confusão, intencional ou não, com *crimes contra a ordem pública*, por sua injustificada generalização, especialmente

quando se tem um código (1940), como o nosso, que se extremou em preciosismos técnicos, chegando a dividir a sua Parte Especial em onze Títulos distintos.

Ante essas considerações, mostra-se *prudente* que se re-memore o velho magistério de Rocco⁴, quando sustentava que “paz pública” deve ser en-tendida em dois sentidos: ob-jetivo e subjetivo; *objetivamente*, a “paz pública” corresponde-ria a “ordem social”, ou seja, ordem nas relações da vida em sociedade, que resulta das nor-mas jurídicas (particularmente penais), que regulam ditas re-lações, abrangendo, portanto, a paz, a tranquilidade e a segu-rança sociais; *subjetivamente*, corresponderia ao sentimento coletivo de confiança na or-dem jurídica, e, nesse sentido, prevalentemente, o ordena-mento jurídico penal protege a “paz pública”, como bem jurí-dico em si mesmo conside-rado. No entanto, em sentido estrito, a *paz pública* não passa de consequência da *ordem pú-blica*, tal qual já admitiam An-

⁴ ROCCO, Arturo. *L'oggetto del reato*, Roma, 1932, p. 595.

tolisei e Maggiore, sendo, portanto, inconfundíveis, afora o fato de que todos os crimes, ainda que indiretamente, afetam a *ordem pública*, no sentido político; contudo, apenas aqueles que produzem repercussão social refletem-se na “paz pública” propriamente. Quando Paulo José da Costa Jr.⁵ diz que as duas denominações — *ordem pública* e *paz pública* — são acertadas, “por constituírem o verso e o anverso da mesma medalha”, consegue demonstrar exatamente o contrário do que afirma, ou seja, se representassem a mesma coisa ou tivessem o mesmo significado não estariam em lados opostos da medalha, pois, como todos sabem, *cara e coroa* têm significados distintos, assim como distintas são “ordem pública” e “paz pública”, sendo, no mínimo, uma consequência da outra, tal qual reconheciam Antolisei e Maggiore, como também diferente é optar por uma “angulação objetiva ou subjetiva”, já repetidamente demonstrado.

Segundo o magistério de Maggiore⁶,

ordem pública tem dois significados: objetivamente significa a coexistência harmônica e pacífica dos cidadãos sob a soberania do Estado e do Direito; subjetivamente, indica o *sentimento de tranquilidade pública, a convicção de segurança social*, que é a base da vida civil. Nesse sentido, ordem é sinônimo de *paz pública*.

É exatamente nesse segundo sentido, isto é, em seu aspecto *subjetivo*, contrariamente, portanto, à posição adotada pelo Código Penal Rocco, que a lei penal brasileira visa proteger a *paz pública*, considerando como seu conteúdo *a sensação vivenciada e internalizada pela coletividade de segurança e confiança nas instituições públicas*, transformando esse sentimento coletivo no verdadeiro bem jurídico relevante tutelado.

Em síntese, *paz social* como *bem jurídico tutelado* não significa a defesa da “segurança social” propriamente, mas sim *a opinião ou sentimento da população em relação a essa segurança*, ou seja, aquela sensação de bem-estar,

⁵ COSTA JR., Paulo José da. Comentários ao Código Penal... p. 874.

⁶ MAGGIORE, Giuseppe. Derecho Penal... v. 3, p.441.

de proteção e segurança geral, que não deixa de ser, em outros termos, uma espécie de reforço ou fator a mais da própria segurança ou confiança, qual seja o de sentir-se seguro e protegido. Já em meados do século XX, Enrico Contieri⁷ sustentava, nessa linha, que “bem jurídico objeto desses crimes é o sentimento coletivo de segurança de um desenvolvimento regular da vida social, de acordo com as leis”. Sebastian Soler⁸, depois de estabelecer a distinção entre crimes contra a paz pública e *crimes contra a segurança comum*, sustentava que, para o Código Penal argentino, “ordem pública quer dizer simplesmente tranquilidade e confiança social no firme desenvolvimento pacífico da vida civil”.

A rigor, repetindo, todo e qualquer crime sempre abala a *ordem pública*; assim, toda infração penal traz consigo uma ofensa à paz pública independentemente da natureza do fato que a constitui e da espécie de bem jurídico especificamente atingido.

Em síntese, *paz social*

como *bem jurídico tutelado* não significa a defesa da “segurança social” propriamente, mas sim a *opinião ou sentimento da população em relação a essa segurança*, ou seja, aquela sensação de bem-estar, de proteção e segurança geral, que não deixa de ser, em outros termos, uma espécie de reforço ou fator a mais da própria segurança ou confiança, qual seja, o de sentir-se seguro e protegido. A rigor, repetindo, todo e qualquer crime sempre abala a *ordem pública*; assim, toda infração penal traz consigo uma ofensa à *paz pública*, independentemente da natureza do fato que a constitui e da espécie de bem jurídico especificamente atingido.

Enfim, só genericamente se pode afirmar que o objetivo da proteção penal, na tipificação do crime de *integrar organização criminosa*, é a *paz pública*, pois não acarreta um *prejuízo atual* ao direito de outrem, na medida em que não contém nenhuma lesão direta e material, embora, remotamente, possa perturbar a segurança

⁷ CONTIERI, Enrico. *I delitti contro l'ordine pubblico*, Milão, Giuffrè, 1961, p. 12.

⁸ SOLER, Sebastian. *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, Tipográfica Argentina, 1951, v. 4, p. 591.

pública por eventual perigo que difunde.

O *bem jurídico tutelado* pelo tipo penal “participar organização criminosa”, poder-se-ia afirmar, é a *paz pública sob o seu aspecto subjetivo*, qual seja, a *sensação coletiva de segurança e tranquilidade, garantida pela ordem jurídica*, e não sob seu *aspecto objetivo*, como demonstrou Rocco. Na realidade, o bem jurídico protegido não é a “paz pública”, já que nosso ordenamento jurídico prioriza o *aspecto subjetivo*. Um dos bens jurídicos protegidos, de forma específica, é o *sentimento coletivo de segurança e de confiança na ordem e proteção jurídica*, que, em tese, se veem atingidos pela conduta de *organizar-se associativamente para obter vantagem de qualquer natureza mediante a prática de crimes*, e não uma indemonstrável “*paz pública*”, sob o *aspecto objetivo*, pois, geralmente, a coletividade somente toma conhecimento de ditos crimes após serem debelados pelo aparato repressivo estatal, com a escandalosa divulgação que se tem feito pela grande *mídia*, sem ignorar que a possível ofensa é pura *presunção legal*. A bem da verdade, o

que repercute estrondosamente na sociedade não é a prática do crime em si, mas a sua investigação espetaculosamente divulgada na grande mídia.

Na linha do entendimento que adotamos, é interessante observar a seguinte reflexão de Luiz Flavio Gomes sobre o bem jurídico, *verbis*:

os bens jurídicos protegidos no *crime organizado* não se limitam à paz ou à tranquilidade pública, senão a própria intangibilidade e preservação material das instituições. A noção moderna de organização criminosa se desvinculou do seu antigo padrão genético, que era constituído pela quadrilha ou bando. O crime do colarinho branco pode se organizar de forma estruturada (para enganar o erário público, por exemplo; para fraudar licitações, para “comprar” parlamentares etc.). A organização criminosa perdeu aquela noção estrita de perturbação da ordem levada a cabo por algumas pessoas (quadrilheiras) reunidas de forma estável. Aquela velha noção de bandoleiros de estrada, piratas, hoje já não corresponde ao espectro amplo das organizações criminosas, que podem se dedicar somente a crimes fraudulentos, sem o uso de nenhum tipo de violência ou ameaça. O novo conceito de organização criminosa é

muito mais abrangente que o velho crime de quadrilha ou bando⁹.

3. SUJEITOS DO CRIME DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA

3.1 SUJEITO ATIVO

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, em número mínimo de quatro (quatro ou mais), 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.

A doutrina, de um modo geral, tem incluído também no número legal no antigo crime de “quadrilha ou bando” os *inimputáveis*, como, por exemplo, os doentes mentais ou menores de dezoito anos, ou seja, os penalmente irresponsáveis. A despeito desse tema ser mais ou menos pacífico desde a 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 penal 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*, agora em uma *organização criminosa* (o que é ainda mais grave) 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.

Nunca admitimos esse entendimento quando examinamos o antigo crime de *quadrilha ou bando* (agora associação

⁹ GOMES, Luiz Flavio. *Comentários aos artigos 1º e 2º da Lei 12.850/13* -

Criminalidade organizada e crime organizado, (item 30), in Blogdolfg/atualidadesdodireito.com.br (item 44).

criminosa). 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”¹⁰. Portanto, não se trata de fantasia nossa, mas apenas do reconhecimento que inimputáveis não praticam crimes, não respondem por eles; crianças e adolescentes não são criminosos, e tampouco estão sujeitos as consequências do direito penal, mas são destinatários de medidas sócio-protetivas que se encontram no bojo do ECA.

Por fim, *menores* de 18 anos utilizados como “instrumentos” para a prática de crime, independentemente de ser organizado ou desorganizado, não integram o número mínimo para a composição tanto de *organização criminosa* como de *associação criminosa*, indiferentemente. Esses menores

utilizados pelo grupo organizado como “instrumentos” não são considerados para o número mínimo legal (quatro pessoas) e instrumento não é “sujeito ativo” de crime algum.

Aproveitando a oportunidade, é falaciosa a proposta de reduzir para dezesseis anos a imputabilidade penal sob o argumento de que tais menores são usados pelos criminosos maiores para acobertar-se da responsabilidade penal; ou seja, pretende-se transferir a responsabilidade dos criminosos escolados para os *menores*, por que são usados por aqueles. A proposta deve ser outra, isto é, majorar a pena de criminosos que usam ou atribuem a autoria de seus crimes aos menores, criando-se um novo tipo penal ou uma espécie de qualificadora genérica para todas as hipóteses em que tais menores forem usados pelos maiores.

Por outro lado, retomando, não descaracteriza a *organização criminosa* o fato de, por exemplo, num grupo de

¹⁰ SOLER, Sebastian. *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1970, v. 4, p. 604.

quatro pessoas, um dos seus componentes ser, por algum motivo, *impunível* em virtude de alguma *causa pessoal de isenção de pena*. Afastar da composição do número mínimo (quatro ou mais) 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. Por todas essas razões consideramos equivocadamente arbitrário admitir os inimputáveis como integrantes do número mínimo legal de quatro pessoas.

Tampouco *policia infiltrado* pode ser considerado como sujeito ativo ou como integrante do grupamento para complementar o número legal mínimo (4) exigido na definição de organização criminosa. Agente infiltrado não é integrante da *organização*, é um membro espúrio, age contra a *organização*, não é portador do

animus associativo indispensável para agregar-se à organização criminosa. Nessa linha, acertadamente, posicionam-se Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto, afirmando:

Ousamos discordar. O policial infiltrado não pode ser computado, pois não age com o necessário *animus* associativo. A sua finalidade, aliás, é diametralmente oposta, qual seja, dismantelar a sociedade criminosa. A sociedade aparece como vítima¹¹.

No mesmo sentido, manifesta-se Luiz Flávio Gomes:

O agente infiltrado (quando isso ocorrer) não pode ser computado para o número mínimo legal (4 agentes) (concordo com Rogério Sanches/Ronaldo Pinto). Ele não é “sujeito ativo” desse delito. Ele apenas está infiltrado para descobrir o funcionamento e a dinâmica do grupo. Uma coisa é quem pertence ao grupo, outra distinta é quem está fiscalizando o grupo. Andar juntos não significa estar juntos!¹².

3.2 SUJEITO PASSIVO

¹¹ CUNHA, Rogério Sanches & PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado – Comentários à nova lei sobre crime organizado*, Salvador, Editora JusPODIVM, 2013, p. 18

¹² GOMES, Luiz Flavio. *Comentários aos artigos 1º e 2º da Lei 12.850/13 - Criminalidade organizada e crime organizado in Blogdolf/atuaisdadesdodireito.com.br.*

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

4. TIPO OBJETIVO: ADEQUAÇÃO TÍPICA

Curiosamente a Lei 12.850/13, que definiu *organização criminosa*, ao tipificá-la não

utiliza como verbo nuclear “as-sociar-se”, embora a defina como uma “associação” com objetivo de obter *vantagem* de qualquer natureza mediante a prática de crimes. Definiu-a, no dispositivo anterior (art. 1º, § 1º), como

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

Esse, no entanto, é somente o seu *conceito* e não a conduta tipificada propriamente; preocupou-se, nesse dispositivo legal, em definir o fenômeno conhecido como “organização criminosa”. Estabeleceu um marco no Direito Penal brasileiro, e eliminou de uma vez por todas a *lacuna* que pairava sobre nós e era objeto de intermináveis discussões, dificultando, inclusive, a aplicação de inúmeros dispositivos legais que se relacionavam a esse instituto, especialmente o contido na revogada Lei 9.034/98.

No entanto, essa definição legal, é de extrema relevância em nosso ordenamento jurídico, na medida em que impede que se continue praticando, repetidamente, inúmeras injustiças, mormente nas investigações criminais, que são pré-processuais. Com efeito, invocava-se *indevidamente* a existência de “grandes organizações criminosas” para justificar o *emprego abusivo de meios coercitivos excepcionais*, os quais deveriam ser reservados para criminalidade complexa cometida por organizações criminosas, cujo conceito era inexistente, e para a prática do crime de lavagem de capitais. Em síntese, para configurar-se uma *organização criminosa* (art. 2º), ademais, deve, necessariamente, ser estruturalmente ordenada, isto é, deve haver um *mínimo de organização hierárquica* estável e harmônica, com divisão de tarefas, ou seja, com distribuição de funções e obrigações organizativas. Não é outro o entendimento de Adel El Tasse, verbis:

Outro dado importante, que se viu contemplado no conceito legal de criminalidade organizada da Lei 12.850/2013 é a compartimentalização das atividades, expressada na determinação de *que haja divisão de tarefas*, o que, a bem da verdade, serve para fortalecer o sentido de estruturação empresarial que norteia a criminalidade organizada. A atividade delituosa, nessa espécie, é *perfeitamente dividida* a fim de permitir a mais ágil e precisa realização de todos os negócios que o organismo criminoso deve realizar, tais como obter ganhos em diversas frentes, lavar o dinheiro surgido das práticas ilícitas, fugir ao controle das autoridades fazendárias; enfim, há uma atuação que embora hierarquizada divide funções para permitir que os crimes praticados pela quadrilha sejam desenvolvidos por integrantes especializados, garantindo segurança na consecução dos objetivos da associação¹³.

Além disso, são indispensáveis ainda as características específicas da *estabilidade e permanência* identificadoras da *organização criminosa*, que, aliás, deve preexistir a eventual prática de crimes. É insuficiente um simples ajuste de vontades, próprio do concurso

¹³ EL TASSE, Adel. *Primeiras considerações sobre o novo tratamento jurídico ofertado à criminalidade organizada no Brasil*

eventual de pessoas. Na verdade, a característica de *estabilidade* e *permanência* é fundamental para existência de uma organização estruturalmente ordenada e compartimentada com tarefas divididas. Em outros termos, é indispensável que a cooparticipação criminosa assuma um caráter duradouro de situação em comum entre os seus componentes, antes de eventual prática de crimes objetivando a obtenção de vantagem de qualquer natureza. Nessa linha, reconhecem Rogério Sanches e Ronaldo Batista Pinto que:

Partindo da definição de organização criminosa, parece claro que a associação, além da pluralidade de agentes, demanda estabilidade e permanência, com estrutura ordenada e divisão de tarefas¹⁴.

No entanto, não há outra forma de examinar este crime sem fazê-lo conjugadamente com os elementos definidores de *organização criminosa* constante no art. 1º deste diploma

legal, os quais, aliás, já examinamos no capítulo anterior, e, por amor, a brevidade, não repetiremos aqui. Em sentido semelhante, manifesta-se Andrea Flores: “*Ab initio*, precisamos fazer o encontro dos dois dispositivos legais, pois o crime de participação em organização criminosa depende das condutas descritas no art. 2º “promover, constituir, financiar ou integrar” com o conceito de organização criminosa do art. 1º, §1º, da mesma lei. Logo, vê-se que temos uma norma penal em branco homogênea”¹⁵.

Os verbos nucleares utilizados para quem participa determinada organização criminosa são: *promover*, *constituir*, *financiar* ou *integrar*, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa. Contudo, as demais elementares, “extra-típicas” (posto que estão fora do tipo incriminador), mas que integram a concepção de “organização criminosa”, constam do artigo 1º, e

¹⁴ CUNHA, Rogério Sanches e PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado - Comentários à lei do crime organizado...* p. 18.

¹⁵ FLORES, Andrea. *Comentários à Lei do Crime Organizado* (Org. ARRUDA, Rejane Alves de), Rio de Janeiro, *Lumen Juris* (no prelo), 2013, p. 11.

não deste dispositivo que criminaliza a *participação em organização criminosa*. De certa forma, esse diploma legal rompe com a tradição brasileira conceituando um instituto em dispositivo específico, e criminaliza condutas que integram esse instituto em outro dispositivo legal, qual seja, este que estamos examinando. A rigor, para adequarmos nossos comentários ao crime de *participar organização criminosa* precisamos considerar como *elementares implícitas* aquelas constantes em outro dispositivo (art. 1º, § 1º), que não é o que define as condutas típicas. Percebe-se que estamos, inclusive, enfrentando dificuldades para sermos didáticos no exame desse novo instituto, esperando que sigam nosso raciocínio.

Trata-se de um crime de *ação múltipla* ou de conteúdo variado, representado pelos referidos verbos nucleares, quais sejam: (i) *promover* que significa organizar, estruturar, viabilizar, criar condições, dar suporte, levar a efeito, enfim, tornar possível ou efetiva a existência e funcionamento de uma organização criminosa.

Nesse tipo de empreendimento criminoso, pode o *participante* contribuir - pessoalmente ou por interposta pessoa-, inclusive com fornecimento de armamento, de materiais de construção etc. A conduta de *promover* significa, ainda, realizar, impulsionar ou fomentar a criação de organização criminosa estruturalmente ordenada, inclusive com divisão de tarefas;

(ii) *constituir* significa criar, estruturar, formatar, dar forma ao grupamento criminoso, em qualquer das modalidades elencadas. Constituir não deixa de ser, de certa forma, sinônimo de organizar, ordenar, formatar a instituição criminosa, ou, em outras palavras, regularizar sua estrutura, engenharizar o formato adequado para otimizar seu funcionamento, ou, *pensar* sua dinâmica funcional, encontrando a melhor forma de atingir seus objetivos;

(iii) *financiar* significa custear, sustentar, manter, arcar com os custos, ou ao menos compartilhar com os demais participantes, não apenas financeiramente, mas com toda e qualquer ajuda, material,

moral e até psicológica. *Financiar*, finalmente, pode significar também patrocinar o empreendimento criminoso ou *bancá-lo* para que possa ser colocado em prática.

(iiii) *integrar, por sua vez*, é fazer parte, agregar-se, juntar-se, associar-se, ser um de seus membros, fundador ou não do grupo. Em sentido semelhante, sintetiza Luiz Flavio Gomes:

Promover significa estimular, impulsionar, dar força, facilitar, autorizar ou fomentar a organização criminosa. *Constituir* significa criar, abrir, colocar em marcha ou em movimento, compor, estabelecer, dar vida à organização criminosa. *Financiar* significa arcar com seus custos, pagar suas despesas, dar ajuda financeira para a movimentação do grupo. *Integrar* significa fazer parte, associar-se, agregar, juntar-se (à organização criminosa)¹⁶.

5. TIPO SUBJETIVO: ADEQUAÇÃO TÍPICA

Elemento subjetivo é o *dolo*, representado pela *vontade*

consciente de organizar-se estruturalmente ordenados, *associando-se* a outras pessoas com a finalidade de obter *vantagem de qualquer natureza*, mediante a prática de crimes graves (com penas superiores a quatro anos), criando um vínculo associativo entre os participantes. O *animus associativo* caracteriza-se pela vontade e a consciência dos diversos componentes de organizarem-se em associação criminosa, de forma estruturalmente ordenada, inclusive com divisão de tarefas para a prática indiscriminada de crimes graves, como meio para obter vantagem de qualquer natureza. Em outros termos, o *dolo associativo* é a vontade livre e consciente de *associar-se* ou participar de associação já existente, organizada e ordenada estruturalmente, para obter vantagem mediante a prática de crimes. 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, independentemente da natureza ou grave dos crimes*.

¹⁶ GOMES, Luiz Flavio. *Comentários aos artigos 1º e 2º da Lei 12.850/13* -

Criminalidade organizada e crime organizado in Blogdofg/atualidadesdodireito.com.br (item 42).

5.1 ELEMENTO SUBJETIVO ESPECIAL DO TIPO

Exige-se o *elemento subjetivo especial do tipo*, caracterizado pelo *especial fim* de organizar-se em associação estruturalmente ordenada para obter vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes graves (com pena superior a quatro anos), sob pena de não se implementar o tipo subjetivo. A essência medular desta infração penal reside na *finalidade* de obter vantagem de qualquer natureza mediante a prática de crimes que a caracteriza. Trata-se, a rigor, de um *fim coletivo*, e, como tal, tem natureza objetiva em relação a cada um e de todos os participantes.

Mas é indispensável que *cada participante* da organização criminosa tenha conhecimento dessa *finalidade especial*, sob pena de não se aperfeiçoar o aspecto subjetivo desse crime associativo, que se consubstancia em sua homogeneidade subjetiva.

Em síntese, para que determinado indivíduo possa ser

considerado *sujeito ativo* do crime de *organização criminosa*, isto é, para que responda por essa infração penal (art. 2º) é indispensável que tenha *consciência* de que participa de uma “organização” que tem a finalidade de obter vantagem delinqüindo. Ou seja, é insuficiente que, objetivamente, tenha servido ou realizado alguma atividade que possa estar abrangida pelos objetivos criminosos da organização criminosa, como, por exemplo, os laranjas, que são meros instrumentos, além de não responderem pelo crime de organização criminosa (art. 2º) também não integram aquele número mínimo legal de participantes. Não respondem por esse crime, por exemplo, eventuais “laranjas”, que desconhecem a existência ou finalidade da organização criminosa, apenas têm seu nome usado sem qualquer proveito pessoal, ou determinados empregados que apenas cumprem ordem de seus superiores. Pela mesma razão, essas pessoas que são consideradas “meros instrumentos” nas mãos dos criminosos, ou, na linguagem

da *teoria do domínio do fato*, são meros *executores* e não *autores*, não respondem pelo crime. Aliás, essas pessoas não podem ser consideradas para completar aquele número mínimo exigido (quatro ou mais) como *elementar* da tipificação de *organização criminosa*: falta-lhes o *animus associativo*, ou seja, a vontade consciente da conduta de *associar-se para a prática de crimes indeterminados*.

6. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E CONCURSO COM OS CRIMES POR ELA PRATICADOS

O “membro associado” que não participou de algum crime abrangido pelo plano da *organização criminosa* também responderá por ele? Em outros termos, aquele *vínculo associativo* que une os seus membros é suficiente para torná-los igualmente responsáveis por todos os crimes que a *organização* eventualmente praticar, a despeito da consagração da *responsabilidade penal subjetiva*?

A resposta, evidentemente, é negativa. Com efeito,

quando a *organização* 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. 2º da Lei 12.850/13. Os demais membros responderão exclusivamente pelo crime de *organização criminosa*, que é de perigo. O próprio Hungria comentando o antigo crime de quadrilha, que também é um *crime associativo* (qual seja, da mesma natureza), já adotava entendimento semelhante, *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.

Convém deixar claro que uma coisa é *organizar-se* em *associação* para delinquir, de forma estruturalmente ordenada — organização criminosa —, outra, completamente diferente, é *reunir-se*, posteriormente, para a prática de determinado crime — em nome e

por conta da *organização criminosa*. Esta segunda ação — a prática de determinado crime — não depende, necessariamente, daquela primeira (organização criminosa). Essa é uma forma didática de demonstrar a quem tem dificuldade de perceber a diferença: na primeira hipótese, “organizar-se associativamente” para obter vantagem mediante a prática de crimes, de forma indiscriminada, configura *organização criminosa*; “reunir-se”, posteriormente, para a prática de determinado crime ou crimes, em nome e por conta da organização criminosa, configura o similar instituto *concurso eventual de pessoas*, que são coisas ontológica e juridicamente distintas. Integrar *organização criminosa* é crime em si mesmo, consistindo na simples organização *associativa estruturalmente ordenada* para obter vantagem com a prática de crimes graves (com penas superiores a quatro anos).

A prática, no entanto, de qualquer crime objeto da programação da “organização criminosa” não requer a participação de todos, podendo, inclusive, ser praticado por um

só dos integrantes dessa instituição. Nessa hipótese, somente ele (ou aqueles que participarem) responderá por esse crime, em concurso, logicamente, com o de *organização criminosa*. Pelo *crime de organização* respondem todos os integrantes da *associação*; agora, pelos crimes que *esta* (organização) praticar responde somente quem deles tomar parte (concurso de pessoas): uma coisa é a *formação de organização criminosa*, 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.

Dito de outra forma, nem todos os membros da *organização* respondem necessariamente por todos os crimes cometidos por alguns dos seus membros. Por essa razão o *concurso material* entre o crime de integrar organização criminosa e os crimes por ela praticados não constitui *bis in idem*. Com efeito, o crime praticado em concurso (material) não absorve nem exclui o de integrar organização criminosa, 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 organização criminosa não implica a responsabilidade por todos os crimes que esta realizar: também aí a responsabilidade penal continua sendo subjetiva e individual — cada um responde pelos fatos que praticar (direito penal do fato).

7. CAUSAS ESPECIAIS DE AUMENTO DE PENA E AGRAVANTE GENÉRICA

Alguns doutrinadores, a nosso juízo, equivocadamente, não fazem distinção entre as *qualificadoras* e majorantes. No entanto, as *qualificadoras* constituem verdadeiros tipos penais — tipos derivados — com novos limites, mínimo e máximo, enquanto as majorantes e minorantes, como simples *causas modificadoras* da pena, somente estabelecem a sua variação. As majorantes e minorantes são fatores de aumento ou redução da pena, estabelecidos em

quantidades fixas (ex.: metade, dobro, triplo, um terço) ou variáveis (ex.: um a dois terços). Ademais, as majorantes e minorantes funcionam como *causas modificadoras* na terceira fase do cálculo da pena, o que não ocorre com as *qualificadoras*, que estabelecem limites, os mais elevados, dentro dos quais será calculada a pena-base. Na verdade, a *qualificadora* afasta o tipo básico, e a dosimetria da pena passa a ser feita dentro da cominação relativa a figura qualificada. Assim, por exemplo, enquanto a previsão do art. 121, § 2º, caracteriza uma qualificadora, a do art. 155, § 1º, configura uma majorante.

Por outro lado, as majorantes e as minorantes também não se confundem com as agravantes e as atenuantes genéricas, apresentando diferenças fundamentais em, pelo menos, três níveis distintos, a saber: a) *em relação à colocação no Código Penal; em relação ao “quantum” de variação; Em relação ao limite de incidência.*

Em razão de o § 3º descrever uma *agravante legal* em meio a *causas de aumento* (majorantes), analisaremos primeiro a

agravante, e depois as causas de aumento, seguindo a ordem sugerida pelo art. 68 do CP. A majorante descrita no § 2º têm previsão de aumento de até metade da pena; as majorantes constantes do § 4º autorizam o aumento de um sexto a dois terços da pena. Nestas, a possibilidade de majoração é bem mais elástica, vai do mínimo previsto para majorantes (um sexto) até o máximo, qual seja, dois terços. Com efeito, não há em nosso sistema penal nenhuma previsão de majorante inferior a um sexto, e tampouco superior a dois terços.

7.1. ATENUANTE LEGAL ESPECÍFICA: EXERCER CO- MANDO, INDIVI- DUAL OU COLE- TIVO DE ORGANI- ZAÇÃO CRIMINOSA

Pelo sistema adotado em nosso Código Penal as *agravantes* e as *atenuantes* genéricas são relacionadas expressamente em dispositivos legais: por essa razão são denominadas “circunstâncias legais”, distinguindo-se das denominadas *circunstâncias judiciais*, as quais

estão todas elencadas no art. 59 do CP. No entanto, as *agravantes* encontram-se nos arts. 61 e 62, e as *atenuantes* nos arts. 65 e 66, todos do Código Penal.

Neste diploma legal, contudo, com mais uma demonstração de falta de técnica legislativa, o legislador confunde *circunstância agravante* com *causas especiais de aumento*, prevendo-a no mesmo dispositivo legal, sem sequer destacar sua distinção, exigindo do intérprete maior atenção para estabelecer essa diferença.

Em outros termos, tem-se a impressão, à primeira vista, que pode ter havido *esquecimento* do legislador em estabelecer o *quantum* de aumento, contrário do que fez nos demais parágrafos, e, esse “esquecimento” transformou o que deveria ser uma *causa de aumento* em uma simples “agravante”. Enfim, “exercer o comando, individual ou coletivo, da organização criminosa” configura uma agravante legal similar àquela prevista no inciso I do art. 62 do Código Penal, qual seja, quem “promove ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos

demais agentes”.

Por força do art. 12 do Código Penal aplica-se, nesta agravante legal, a mesma disciplina das agravantes e atenuantes do diploma codificado. Nosso Código Penal não estabelece a quantidade de aumento ou de diminuição das *agravantes* e *atenuantes legais*, deixando ao *prudente* arbítrio do juiz, ao contrário do que faz com as majorantes e minorantes, para as quais estabelece os parâmetros de aumento ou de diminuição, a exemplo do que esta lei estabelece nos demais §§ deste art. 2º.

No entanto, sustentamos que a variação dessas circunstâncias (atenuantes e agravantes) não deve chegar até o limite mínimo das majorantes e minorantes, que é fixado em um sexto. Caso contrário, as *agravantes* e as *atenuantes* se equiparariam àquelas *causas modificadoras da pena* que, a nosso juízo, apresentam maior intensidade, situando-se pouco abaixo das qualificadoras (no caso das majorantes). Em outros termos, coerentemente, o nosso Código Penal adota uma escala valorativa para

agravante, majorante e qualificadora, que são distinguidas, umas das outras, exatamente pelo grau de gravidade que representam, valendo o mesmo, no sentido inverso, para as moduladoras favoráveis ao acusado, privilegiadora, minorante e atenuante.

Enfim, na análise das agravantes deve-se observar sempre se não constituem elementares do tipo, qualificadoras, ou causas de aumento ou de diminuição de pena, para se evitar o *bis in idem*.

7.2. CAUSAS DE AUMENTO: SE HOVER O EMPREGO DE ARMA DE FOGO NA ATUAÇÃO DA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA (§ 2º)

O emprego de arma de fogo agrava sobremodo o poderio devastador de uma organização criminosa tornando mais *desvaliosa* a conduta criminosa, razão suficiente para agravar a sanção penal cominada. No entanto, o texto legal é bem claro, isto é, somente *arma de fogo* constitui essa *causa*

de aumento, sendo indiferente, portanto, a eventual existência das denominadas armas brancas.

No entanto, em decorrência do texto legal, não basta que algum integrante da organização criminosa seja portador de *arma de fogo*, fazendo-se necessário que a arma seja efetivamente *utilizada* pela organização criminosa em sua atividade-fim. O texto legal fala expressamente “se na atuação da organização criminosa houver *emprego* de arma de fogo”, mesmo que não resulte apreendida referida arma. Nesse sentido, manifestam-se Rogério Sanches e Ronaldo Batista Pinto, *verbis*: “Seguindo o espírito de outros tipos penais com a mesma (ou semelhante) redação, a jurisprudência dos Tribunais Superiores orienta ser dispensável a apreensão da arma utilizada no crime, desde que sua utilização fique demonstrada por outros meios de prova”. E esse “emprego de arma de fogo” somente poderá ser constatada na “atuação da organização criminosa”, concretamente, no cometimento de algum crime por seus integrantes.

Caso contrário não se configurará esta *causa de aumento*, ainda que se saiba que algum componente da organização seja portador de arma de fogo.

Não é necessário que todos os integrantes da organização utilizem arma de fogo. É suficiente que um deles empregue esse tipo de arma, desde que os demais tenham conhecimento dessa circunstância e concordem com ela, caso contrário, essa majorante não se comunica aos membros que ignorem essa circunstância.

Comprovado o efetivo uso de arma de fogo na atuação de algum membro da organização criminosa a pena aumenta-se até metade. Não há previsão fixa para o aumento, mas variável, ficando a critério do julgador valorar adequadamente o percentual da majoração recomendável *in concreto*.

7.3. OUTRAS CAUSAS DE AUMENTO: DE UM SEXTO A DOIS TERÇOS

O § 4º volta a tratar de *causas de aumento*, majorando a

pena, agora, de um sexto a dois terços, o que poderia, aliás, ter feito no próprio § 2º, apenas dividindo-o em incisos, como acabou fazendo neste §, sem necessidade de desdobrá-los. Mas, enfim, ocorrendo as seguintes circunstâncias, a pena deverá ser *majorada* dentro dos limites mencionados, qual seja, de um sexto a dois terços da pena, fundamentadamente:

- a) se há participação de criança ou adolescente (§ 4º, I)

O legislador aproveitou para acrescer, como majorante, a participação de *criança ou adolescente* em associação criminosa. Deve-se, no entanto, restar comprovado que referido menor tem *efetiva participação* como membro integrante e participativo de dita associação, sendo insuficiente o fato de ser familiar, filhos, sobrinhos ou parentes, de qualquer natureza, de algum membro associado. Essa circunstância que vincule o menor, como atuante de uma associação criminosa, precisa resultar efeti-

vamente comprovada nos autos. Até hoje não temos notícia de que algo semelhante tenha acontecido, por isso, a exigência de redobrado cuidado para não comecem a ser “integrados” menores a associações criminosas, injustificadamente, tão somente por serem familiares de eventuais indiciados ou denunciados desses crimes.

Ademais, como temos afirmado, a *participação de menores* não é suficiente para per fazer o mínimo constitutivo exigido por lei (quatro ou mais), por que são inimputáveis e a eles, conseqüentemente, não pode ser atribuída a prática de crime de nenhuma natureza. Demonstramos esse aspecto quando examinamos quem pode ser sujeito ativo desse crime.

- b) se há concurso de funcionário público, valendo-se a organização criminosa dessa condição para a prática de infração penal (§4º, II)

Dois aspectos merecem destaques especiais, neste tópico: em primeiro lugar, não é necessário que o funcionário público seja integrante ou membro da organização criminosa, sendo suficiente que *a organização aproveite-se*, para a prática de alguma infração penal, *da condição de algum funcionário público*. Ou, em outros termos, que a organização tire proveito de sua condição funcional, facilitando a prática de determinado crime.

Nesses casos, o *funcionário público* não responde pelo *crime autônomo* de participar de organização criminosa, mas tão somente, em concurso eventual, pelo crime específico que a organização criminosa praticar com seu auxílio. Os membros da organização criminosa, por sua vez, que praticarem esse crime responderão em concurso material também pelo crime do art. 2º da Lei 12.850/13.

O segundo aspecto que também merece destaque, refere-se ao fato de que não basta tratar-se de *funcionário público*, mas é necessário que sua *condição funcional* sirva para faci-

litar a prática do crime pela organização criminosa. Em outros termos, exige-se que o funcionário público, nessa condição, atue em benefício da organização criminosa, ou, com sua ação, facilite o êxito criminoso daquela. O texto legal é cristalino, “*valendo-se a organização criminosa dessa condição*”. Esses dois aspectos, logicamente, devem ser devidamente comprovados.

- c) se o produto ou proveito da infração penal destinar-se, no todo ou em parte, ao exterior (§ 4º, III)

A destinação de produto ou proveito do crime (infração penal), quando objetivar o exterior, passou a ser fundamento especial de majoração da pena. É indiferente que o proveito ou resultado seja total ou parcial, e, principalmente, que se trate de produto ou proveito de material lícito (permitido) ou proibido; parece-nos que a relevância dessa destinação reside na maior dificuldade que essa

destinação apresenta para efeitos de localização, avaliação e apreensão.

Na nossa ótica, não basta que o objetivo, não concretizado, seja o exterior, para caracterizar essa majorante, sendo indispensável que essa destinação se torne concreta, ou que, pelo menos, seja surpreendido a caminho do exterior. Em outras palavras, não pode limitar-se a mera subjetividade, ou simples ilação, imaginação ou presunção de que o produto ou proveito destinar-se-ia ao exterior. É indispensável, em outros termos, que a destinação ao exterior resulte comprovada para configurar essa majorante, que, aliás, é bastante grave, qual seja, de um sexto a dois terços da pena aplicada.

Aliás, no últimos tempos, o legislador tem revelado especial preocupação com a destinação do produto do crime, especialmente quando não localizados ou destinados ao exterior. Com efeito, além desta majorante, o § 1º do art. 91 do Código Penal prevê a decretação da perda de bens ou valores equivalentes ao produto ou proveito do crime quando

estes não forem encontrados ou quando se localizarem no exterior. (§ acrescentado pela Lei 12.694/12).

- d) se a organização criminosa mantém conexão com outras organizações criminosas independentes (IV)

Não vemos muita razão de ser desta *causa de aumento*, quando mais não seja, pela dificuldade de apurar, concretamente, essa conexão, além da demonstração de tratar-se de *organizações criminosas independentes*. Mas, enfim, a previsão legal está aí e, constatada sua existência, autoriza a majoração penal de um sexto a dois terços.

Não resta a menor dúvida que a existência de interconexão entre organizações criminosas maximiza o dano social provocado na comunidade, além da maior dificuldade de apurar a dimensão de suas ações. E, como destacam Rogério Sanches e Ronaldo Batista Pinto, “a paz pública, nessa hipótese, é periclitada de forma mais grave, ficando as associações conexas ainda

mais estruturadas, versáteis e poderosas, justificando a majorante”¹⁷.

e) se as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade da organização (§4º, V).

A ânsia punitiva do legislador contemporâneo o tem cegado e levado a repetir-se nas condições, as mais imprevisíveis possíveis, para exasperar as sanções aplicáveis às condutas que decide criminalizar. Independentemente da definição do que deve ser entendido por *transnacionalidade*, deve-se destacar que esse aspecto, é elementar constitutiva da própria figura conceitual de “organização criminosa”, e, por extensão, também é elementar implícita integrante da tipificação autônoma do crime de participar ou integrar “organização criminosa”.

Aliás, em razão dessa *transnacionalidade* é afastada, como exceção, a exigência de

que os crimes praticados, com essa característica, tenham punição superior a quatro anos de prisão (§§ 1º e 2º do art. 2º). Nesse sentido, manifestam-se Rogério Sanches e Ronaldo Batista Pinto, *verbis*: “Esqueceu o legislador que essa circunstância aparece como elementar do tipo, não podendo, ao mesmo tempo, servir como majorante, sob pena de dupla valoração do fato em prejuízo do agente (“*bis in idem*”)”¹⁸. Feitas essas colocações, não há nenhuma dificuldade em concluir-se que essa causa de aumento é inaplicável.

8. AFASTAMENTO CAUTELAR DE FUNCIONÁRIO PÚBLICO INTERDITO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA

O Código Prevê já prevê como penas alternativas a *interdição temporária de direitos*, em seu art. 47, I e II, do CP, mas que só podem ser aplicadas

¹⁷ CUNHA, Rogério Sanches e PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado – Comentários à nova lei sobre crime organizado...* p. 22.

¹⁸ CUNHA, Rogério Sanches e PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado – Comentários à nova lei sobre crime organizado...* p. 22-23

nas hipóteses de crimes praticados *com abuso ou violação dos deveres* inerentes ao cargo, função, profissão, atividade ou ofício. Mas, além de tratar-se de *interdição temporária*, é indispensável que o delito praticado seja diretamente relacionado com o mau uso do direito interdito.

A previsão neste § 5º da Lei 12.850/13, no entanto, há duas diferenças básicas, quais sejam: trata-se somente de uma *medida cautelar* que não se confunde com pena alternativa, e é ressalvada a *manutenção da remuneração* percebida pelo funcionário faltoso. E somente é aplicável quando “a medida se fizer necessária à investigação ou instrução processual”. Essa medida preventiva visa assegurar o êxito de investigação ou instrução processual relativa à *organização criminal*.

Pressuposto básico para aplicação desta cautelar específica prende-se a existência “indícios suficientes de que o funcionário público integra organização criminosa”. Nessa hipótese, poderá o juiz determinar seu *afastamento cautelar* do cargo, emprego ou

função, quando “a medida se fizer necessária à investigação ou instrução processual”.

Embora essa medida cautelar seja parecida com aquela prevista no art. 319, inciso VI, do CPP, com ela não se confunde. Com efeito, a medida prevista no diploma processual, limita-se a hipótese de haver “justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais”. No entanto, a previsão deste § 5º, é aplicável “se houver indícios suficientes de que o funcionário público integra organização criminosa”, que convenhamos são situações distintas. Ademais, na hipótese desta última previsão, o funcionário afastado mantém o direito de manter sua remuneração. Ademais, a cautela do diploma processual abrange a “suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira”, ao passo que na hipótese da lei do crime organizado a previsão é de “afastamento cautelar do cargo, emprego ou função”. Logo, ambos os diplomas legais têm fundamentos e abrangências distintos, não

havendo, *venia concessa*, sobreposição.

Por outro lado, ao contrário da previsão constante do Código de Processo Penal (art. 282), não há previsão de poder ser aplicada isolada ou cumulativamente a cautelar de afastamento de funcionário público

8.1. PERDA DO CARGO, FUNÇÃO, EMPREGO OU MANDATO ELETIVO E INTERDIÇÃO FUNCIONAL

Destacamos que este efeito da condenação - perda do cargo, função, emprego ou mandato eletivo - é previsto pelo Código Penal em seu art. 92, com redação determinada pela Lei n. 9.268/96, menos a perda de emprego, por não se relacionar com a Administração Pública. Além da perda de mandado eletivo, esse art. 92 prevê duas hipóteses de *perda de cargo* ou *função pública*, como efeito específico de condenação criminal: 1^a) *condenação superior a um ano, por crime praticado contra a Administração Pública*; 2^a) *condenação superior a quatro*

anos, por qualquer outro crime. Na primeira hipótese, é indispensável que a infração penal tenha sido praticada *com abuso de poder ou violação de dever* inerente a cargo, função ou atividade pública; na segunda, será suficiente que a condenação seja superior a quatro anos de pena privativa de liberdade, independentemente de qualquer relação com cargo ou função pública exercidos.

A perda de mandato eletivo, nesses crimes de organização criminosa também é efeito da condenação, e não se confunde com a proibição do exercício de mandato, que constitui pena restritiva de direitos (art. 47, I).

Além da perda das atividades mencionadas, o parágrafo *sub examine* acrescenta a “interdição para o exercício de função ou cargo público pelo prazo de 8 (oito) anos”. Referida interdição, ademais, começa a correr após o cumprimento da pena imposta.

Com a previsão constante do § 6º - perda do cargo, função, emprego ou mandato eletivo -, o legislador brasileiro procurou abranger toda e

qualquer atividade desenvolvida por quem usufrua da condição de servidor público, inclusive detentor de mandato eletivo. Trata de incapacidade definitiva, na medida em que somente mais de oito anos após o cumprimento da pena, o reabilitado poderá voltar habilitar a atividade pública. A autoridade superior deverá, no prazo de 24 horas após ter sido cientificada, baixar ato administrativo, a partir do qual começa a execução da pena (art. 154, § 1º, da LEP). Não é necessário, porém, que se trate de crime contra a Administração Pública, mas que se trate de crime praticado no âmbito ou por meio de organização criminosa, independentemente de ter violado os deveres que a qualidade de funcionário público lhe impõe.

9. PARTICIPAÇÃO DE POLICIAL EM CRIMES RELATIVOS À ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA

Este dispositivo legal traz em seu bojo dois aspectos dis-

tingtos: em primeiro lugar assegura que a investigação da “participação de policial nos crimes” definidos na Lei 12.850 é atribuição da própria polícia, através de sua Corregedoria; em segundo lugar, reconhece que, havendo a participação de policial, nesses crimes, a função do Ministério Público limita-se à sua atribuição constitucional de *exercer o controle externo da atividade policial*, nos termos do art. 129, inciso VII, da CF.

A despeito da clareza do texto legal haverá, certamente, interpretações divergentes, com ou sem razão de ser. Rogério Sanches e Ronaldo Batista Pinto, ambos promotores de justiça, sustentam:

O parágrafo em comento é desdobramento lógico do controle externo da polícia exercido pelo Ministério Público, dever constitucionalmente previsto, garantia fundamental do cidadão (art. 129, VII, CF). A atuação da Corregedoria, acompanhada pelo Ministério Público, obviamente não impede que o Promotor de Justiça ou Procurador da República conduza investigação (atribuição exaustivamente debatida e reconhecida como constitucional nos vários fóruns competentes, culminando com a rejeição da PEC 37).

Aliás, um dos cenários mais alarmantes a justificar a investigação conduzida pelo Ministério Público é aquele em que indícios apontam agentes do Estado envolvidos com o crime organizado¹⁹.

No entanto, em sentido diametralmente oposto é o magistério Guilherme Nucci, *verbis*:

Houve expressa opção política pela atribuição investigatória da Corregedoria da Polícia no tocante ao colhimento de dados probatórios contra policial de qualquer escalão, quando envolvido em organização criminosa. Com isso, afasta-se a atividade da Corregedoria de Polícia Judiciária, a cargo do juiz, bem como a atividade investigatória direta do Ministério Público²⁰.

Não desconhecemos, logicamente, a aspiração do Ministério Público de transformar-se em polícia, uma polícia privilegiada, é verdade, ou seja, com o direito de escolher os fatos de grande repercussão midiática, mas polícia. Não ignoramos, igualmente, que esse tema, há longa data, é objeto de demanda perante o Supremo Tribunal Federal, cuja

solução alonga-se no tempo, sem prazo para ser concluída.

No entanto, a previsão desse tão importante diploma legal, que, finalmente, define, dentre outros tópicos, o que é uma *organização criminosa*, bem como estabelece os meios investigatórios, além de outras providências. Esse texto legal poderia ter sido omissivo, deixando sua definição ao Supremo Tribunal Federal, ou então, poderia ter optado por atender aos reclamos do *Parquet*. Contudo, não fez nenhuma coisa nem outra, e, corajosamente, enfrentou a questão e determinou que *quem investiga policial envolvido em organização criminosa é a própria polícia*, por meio de sua corregedoria, independentemente do cargo ou escalão que referido policial ostente. Mais que isso, destacou, igualmente, que a função do Ministério público será exercer o controle externo, determinando que: “a Corregedoria de Polícia instaurará inquérito policial e comunicará ao Ministério Público, que designará

¹⁹ CUNHA, Rogério Sanches e PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado...* p. 24.

²⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização Criminosa – Comentários à Lei 12.850 de 02 de agosto de 2013*, p. 33.

membro para acompanhar o feito até a sua conclusão”.

Ora, essa previsão legal atende textualmente a determinação constitucional, qual seja, que cabe ao Ministério público exercer o controle externo da atividade policial (art. 129, VII). Logo, é absolutamente impossível dar-se a interpretação assumida por Rogério Sanches e Ronaldo Batista Pinto, posto que absolutamente contrário a texto expresso de lei. Ou seja, ao Ministério Público caberá “acompanhar o feito até a sua conclusão”. Acompanhar a investigação não se confunde com *assumir a investigação* e muito menos comandá-la. Na verdade, o Ministério Público tem o dever de acompanhar e exercer efetivamente o controle externo da atividade policial, mas jamais querer assumir o seu papel, substituí-la em sua função, em verdadeira crise de identidade. O Ministério Público é o titular da ação penal, que não se confunde

com investigação preliminar, que é constitucionalmente atribuída à polícia judiciária.

9.1. A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E O EXERCÍCIO DA FUNÇÃO DE POLÍCIA JUDICIÁRIA

Para sustentar os poderes investigatórios do Ministério Público, argumenta-se que no ordenamento jurídico nacional, a Polícia Judiciária não tem a exclusividade da investigação criminal, na medida em que outros órgãos diversos dela podem exercer funções investigatórias²¹. Consta-se tais circunstâncias, por exemplo, em relação às CPIs e aos delitos praticados por membros da Magistratura, que são investigados pela autoridade judiciária, bem como nos delitos atribuídos aos membros do *Parquet*, que são apurados pela própria Instituição. Outros exemplos ainda se podem agregar, como no caso das in-

²¹. SILVA, José Afonso da. "Controle externo da atividade policial como uma das funções institucionais do Ministério Público... p. 19 e ss.: "Argumenta-se que a

Constituição não deferiu à Polícia Judiciária o monopólio da investigação criminal. É verdade, mas as exceções estão expressas na própria Constituição e nenhuma delas contempla o Ministério Público".

investigações realizadas pela Receita Federal ou pelo Banco Central, que investigam irregularidades administrativas ou mesmo financeiro-tributárias, próprias de suas atribuições; quando encontram, contudo, possíveis indícios da existência de crimes, encaminham referidos expedientes ao Ministério Público. Fácil perceber, portanto, que tais órgãos não têm atribuições investigatório-criminais, principalmente acompanhados de poder coercitivo, tanto que o surgimento de indícios da existência de crimes determina o encaminhamento de seus expedientes ao MP, que é o titular da ação penal.

Os exemplos citados, por outro lado, constituem claras exceções à regra geral, substanciada no art. 144 e parágrafos da CF, e no art. 4º, “caput”, do CPP, que é a apuração das infrações penais pela Polícia Judiciária. As exceções à essa regra geral dependem, obrigatoriamente, de expressa

previsão legal, o que não se verifica no caso de poderes investigatórios criminais atribuídos ao Ministério Público, como reconhece José Afonso da Silva²², *in verbis*: “Argumenta-se que a Constituição não deferiu à Polícia Judiciária o monopólio da investigação criminal. É verdade, mas as exceções estão expressas na própria Constituição e nenhuma delas contempla o Ministério Público”. No mesmo sentido, é a orientação adotada por Ada Pellegrini Grinover²³: “A própria Constituição, como é sabido, atribui o poder de investigar a outros órgãos, como as Comissões Parlamentares de Inquérito - CPIs e os tribunais. E também é sabido que não confere expressamente essa função ao MP, sendo oportuno lembrar que as emendas à Constituição de 1988 que pretendiam atribuir funções investigativas penais ao *Parquet* foram rejeitadas, deixando portanto a salvo a estrutura constitucional acima descrita”.

22. SILVA, José Afonso da, *op cit.*

23. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Investigações pelo Ministério Público*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 12, n. 145, p. 4, dezembro de 2004.

Por fim, o fato de ser o inquérito policial *facultativo* e dispensável para o exercício da ação penal por parte do MP não tem extensão que permita sustentar, a partir desse enunciado, o reconhecimento da existência de poderes investigatórios penais atribuídos ao órgão ministerial.

Com o efeito, se o Ministério Público dispuser de elementos probatórios suficientes, poderá propor a ação penal independente de inquérito policial (art. 39, § 5º, CPP). Por isso, não raro depara-se com ações penais fundadas em procedimentos administrativos tributários e previdenciários. No entanto, o fato de dispensar, em situações específicas, a obrigatoriedade do inquérito policial, não significa, que, em decorrência dessa previsão, possa o Ministério Público investigar diretamente. A dispensa de inquérito policial, gize-se, está condicionada a serem oferecidos com a representação, “elementos que o habilitem a promover a ação penal” (art. 39, § 5º, do CPP), devendo oferecer, nesse caso, a denúncia em quinze dias. Alguns aspectos,

nesse contexto, afastam interpretação que leve a admissão da possibilidade de o MP investigar diretamente: primeiramente, o fato de o CPP ter surgido em época em que se desconhecia a importância que o Ministério Público adquiriria no final do século XX; a dispensa do inquérito somente é autorizada se, “com a representação forem oferecidos elementos que o habilitem a promover a ação penal”, significando dizer que a falta de tais elementos não autorizam a proposição da ação penal. E mais: nesses casos, não autorizam nem mesmo que o Ministério Público realize diretamente diligências complementares, além determinar que se abstenha de investigar ele próprio. Aliás, se o desejasse, seria a grande oportunidade para o legislador ter atribuído ao *Parquet* os discutidos “poderes investigatórios”, bastando ter consignado no texto legal o seguinte: “*se com a representação não forem oferecidos elementos que o habilitem a promover a ação penal, o Ministério Público poderá diligenciar para obtê-los*”. No entanto, conscientemente, o legislador não o fez, e deixou de fazê-lo

deliberadamente, por que não achou conveniente atribuir essa atividade a um órgão que é o titular da ação penal e, portanto, *parte acusatória*, para evitar a disparidade de armas entre acusação e defesa na relação processual penal.

Não dispondo dos elementos probatórios necessários, contrariamente ao almejado pelo Ministério Público, a Constituição, em seu art. 129, inciso VIII, autoriza-lhe *requeritar a instauração do inquérito*, que ficará a cargo da Polícia Judiciária. São, como vimos sustentando, coisas completamente distintas. A investigação criminal pelas polícias civis (federal e estaduais), como regra, é imposição do *princípio da legalidade*, sob a ótica administrativa, segundo o qual a Administração Pública somente poderá agir diante de texto de lei que a autorize. Ademais, é direito do cidadão e da sociedade saber, com antecedência, a quem incumbe investigar determinada infração penal, respaldado pela Constituição e pelas leis infraconstitucionais. Esse direito é decorrência natural da segurança jurídica, que deve ser

preservada nos Estados Democráticos de Direito.

Por isso, não há como se afastar a regra geral de apuração das infrações penais pelas polícias, civil e federal, sem norma expressa a respeito, compatível com o texto constitucional.

Finalmente, para concluir esta parte, deixamos claro que essa polêmica sobre a possibilidade de o Ministério Público realizar diretamente investigação criminal não se aplica a hipótese que envolva policial em crime de *organização criminosa*, pois, nesses casos, a Lei 12.850 é expressa sobre a função do Ministério Público, qual seja, repetindo, a de *exercer o controle externo do inquérito instaurado pela respectiva Corregedoria de Polícia* (art. 2º, § 7º).

10. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Consuma-se o crime com a simples *organização de associação criminosa*, com a prática de qualquer das quatro condutas enunciadas no tipo penal, e com a participação de pelo menos quatro componentes,

para a prática de crimes, colocando em risco a paz pública. É desnecessária, para configurar-se, a *prática* de qualquer crime. A *organização criminosa* pode, em outros termos, constituir-se, organizar-se, ter existência real e, a final, extinguir-se sem ter praticado nenhum delito, e, mesmo assim, ter configurado a *organização criminosa*, nos moldes descritos nos arts. 1º e 2º desta Lei 12.850/13. Ademais, “tratando-se de um crime tipicamente permanente, a consumação se protraí até a cessação do estado antijurídico” criado pela *organização criminosa*.

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 (uma exceção à impunibilidade dos *atos preparatórios*), fase anterior ao “início da ação”, que é o elemento objetivo configurador da tentativa.

REFERÊNCIAS

CONTIERI, Enrico. *I delitti contro l'ordine pubblico*, Milão, Giuffrè, 1961.

COSTA JR, Paulo José da. *Comentários ao Código Penal*, São Paulo, Saraiva, 1988.

CUNHA, Rogério Sanches & PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado – Comentários à nova lei sobre crime organizado*, Salvador, Editora JusPODIVM, 2013.

EL TASSE, Adel. *Primeiras considerações sobre o novo tratamento jurídico ofertado à criminalidade organizada no Brasil in Blogdoadeeltasse/atualidadesdodireito.com.br*.

FLORES, Andrea. *Comentários à Lei do Crime Organizado* (Org. ARRUDA, Rejane Alves de), Rio de Janeiro, *Lumen Juris* (no prelo), 2013.

GOMES, Luiz Flavio. *Comentários aos artigos 1º e 2º da Lei 12.850/13 - Criminalidade organizada e crime organizado*, (item 30), in Blogdolfg/atualidadesdodireito.com.br (item 44).

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Investigações pelo Ministério Público*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 12, n. 145, p. 4, dezembro de 204.

MAGALHÃES NORONHA. *Direito Penal, Parte Especial...*

MAGGIORE, Giuseppe. *Derecho Penal...*

NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização Criminosa – Comentários à Lei 12.850 de 02 de agosto de 2013*.

ROCCO, Arturo. *L'oggetto del reato*, Roma, 1932.

SOLER, Sebastian. *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, Tipográfica Argentina, 1951, v. 4.

———. *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1970, v. 4.

GOMES, Luiz Flavio. *Comentários aos artigos 1º e 2º da Lei 12.850/13 - Criminalidade organizada e crime organizado*, (item 30), in Blogdoflg/atualidadesdodireito.com.br (item 44).