

NOSSAS PRIMEIRAS REFLEXÕES SOBRE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA

OUR FIRST THOUGHTS ON CRIMINAL ORGANIZATION

Cezar Roberto Bitencourt¹

Resumo

Trabalhamos neste texto a definição legal no direito brasileiro de “organização criminosa”, enfrentando suas elementares constitutivas que a distingue da antiga “formação e quadrilha. Traçamos um paralelo entre “organização criminosa” e “associação criminosa”, estabelecendo suas distinções. Examinamos ainda a diferença dos crimes praticados pela organização criminosa.

Palavras-chaves: crime organizado; organização criminosa; criminalidade moderna; criminalidade organizada; formação de quadrilha; associação criminosa.

Abstract

We work in this text the legal definition under Brazilian law of "criminal organization" facing its constituent elemental that distinguishes it from the former "gang formation". We draw a parallel between "criminal organization" and "criminal association", establishing their distinctions. WE further examine the difference of the crimes committed by the criminal organizations.

Keywords: organized crime, criminal organization, modern criminality, organized criminality, gang formation, criminal association.

SUMÁRIO: 1. Considerações preliminares. 2. Criminalidade organizada, criminalidade moderna e criminalidade de massa. 3 A definição legal de organização criminosa no Brasil. 3.1. Organização criminosa estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas. 3.2. Com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza. 3.3. Mediante a prática de infrações penais com penas superiores a quatro anos. 3.4. Mediante a prática de infrações penais de caráter transnacional. 4. Conflito entre as Leis 12.694/12 e 12.850/13: haveria dois tipos de organização criminosa. 5. Lavagem de dinheiro e formação de organização criminosa: inaplicabilidade da causa de

¹ Doutor em Direito Penal pela Universidade de Sevilla. Ex-coordenador do Programa de Pós-graduação em Ciências Criminais da PUC/RS. Advogado Criminalista em Brasília. Parecerista.

aumento prevista no § 4º do art. 1º da lei 9.613/98.

1. Considerações preliminares

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

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

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

Finalmente, a Lei 12.850/12 redefine o crime de *quadrilha ou bando*, adotando a terminologia *associação criminosa*, mais adequada com a própria estrutura tipológica, mas reduz o mínimo de participantes para três, com *vacatio legis* de 45 dias.

2. Criminalidade organizada, criminalidade moderna e criminalidade de massa

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

Como se percebe, essa é a anatomia jurídica do antigo e atual crime de quadrilha ou bando, agora denominado simplesmente de *associação criminosa*. Outra coisa é o fenômeno mundial que recebe a denominação de *crime organizado* ou de *organização criminosa*, que até esta Lei 12.850/2013 não se encontrava positivado em nosso ordenamento jurídico. Pois é sobre esse novo diploma legal que discorreremos, sucintamente, em nossas próximas linhas.

3 A definição legal de organização criminosa no Brasil

² Hungria, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, 2ª ed., Rio de Janeiro, 1959, v. 9, p. 175-6.

A concepção teórica do que vem a ser uma *organização criminosa* é objeto de grande desinteligência na doutrina especializada³, tornando-se verdadeira *vexata quaestio*. A essa dificuldade somava-se o fato de que a nossa legislação não definia o que podia ser concebido como uma *organização criminosa*, a despeito de todas as infrações penais envolvendo mais de três pessoas serem atribuídas, pelas autoridades repressoras⁴, a uma “organização criminosa”. Nem mesmo a Lei 9.034/95, que dispunha sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas, desincumbiu-se desse mister.

Nosso referencial normativo anterior, para a delimitação dos casos que envolvessem uma suposta organização criminosa, era a *Convenção das Nações Unidas sobre Crime Organizado*, também conhecida como *Protocolo de Palermo* (reconhecido pelo Decreto nº 5.015/2004), que define *grupo criminoso organizado* como: “*Grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material*”.

Com o advento da Lei 12.694, de 24 de julho de 2012, passou-se a definir em nosso País, finalmente, o fenômeno conhecido mundialmente como *organização criminosa*, nos seguintes termos: “*Para os efeitos desta Lei, considera-se organização criminosa a associação, de 3 (três) ou mais pessoas, estruturalmente ordenada*

³ Confira a esse respeito a coletânea de estudos publicados em Juan Carlos Ferré Olivé e Enrique Anarte Borrallo (Eds.) *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*. Huelva, Universidad de Huelva, 1999. Na doutrina nacional, confira Raúl Cervini e Luis Flávio Gomes, *Crime organizado, enfoques criminológicos, jurídico (Lei 9034/95) e político criminal*, São Paulo, RT, 1995, p. 75 e s.; Wilson Lavorenti e José Geraldo da Silva, *Crime Organizado na atualidade*. Camoinas, Bookseller, 2000, p. 18 e s.; entre outros.

⁴ Polícia Federal e Ministério Público.

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” (Art. 2º).

Essa definição, contudo, não chegou a consolidar-se no âmbito do nosso direito interno, pois o legislador pátrio editou nova lei redefinindo *organização criminosa* com outros contornos e outra abrangência. Referimo-nos à Lei 12.850, de 2 agosto de 2013⁵, que define *organização criminosa* e dispõe sobre a *investigação criminal*, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Código Penal, revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995, e dá outras providências. Com efeito, este último diploma legal traz a seguinte definição de organização criminosa: “*Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional*” (art. 1º, §1º).

Nessa conceituação são trazidos novos elementos estruturais tipológicos definindo, com precisão, o *número mínimo* de integrantes de uma organização criminosa, qual seja, 4 (quatro) ou mais pessoas (o texto revogado tacitamente falava em “três ou mais”), a abrangência das *ações ilícitas* praticadas no âmbito ou por meio de uma *organização criminosa*, que antes se restringia à prática de crimes. Agora pode abranger, em tese, a prática, inclusive, de contravenções, em função do emprego da locução *infrações penais*. Altera, na verdade, somente três aspectos da lei anterior: (i) quatro ou mais pessoas (a lei revogada falava em três ou mais), (ii) prática de infrações penais (a lei anterior falava em crimes) e (iii) pena

⁵ Publicado no DOU de 5.8.2013 - Edição extra

superior a quatro de prisão (a lei anterior falava em pena *igual* ou superior a quatro). O limite de quatro anos de prisão é um número cabalístico em direito penal, exatamente pelas conseqüências que um dia a mais de pena nesse número representa. Com efeito, pena de até quatro pode ter as seguintes conseqüências: a) *pena em regime aberto* (um dia a mais não admite regime aberto); b) *penas alternativas* (um dia a mais não admite penas alternativas); c) *prescrição em oito anos* (um dia a mais eleva a prescrição para 12 anos).

Os demais elementos das duas definições de organização criminosa são exatamente iguais. Um dos *critérios de delimitação da relevância das ações* praticadas por uma *organização criminosa* reside na gravidade da punição das infrações que são objetos de referida organização, qual seja, “*infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos*” (art. 1º, §1º). O texto revogado da lei anterior (12.694/12), repetindo, previa crimes *com pena igual* ou superior a quatro (4) anos” (art. 2º). Na realidade, nessa opção político criminal o legislador brasileiro reconhece o maior *desvalor da ação* em crimes praticados por organização criminosa ante a complexidade oferecida à sua repressão e persecução penal.

Vejam os abaixo, individualizadamente, as elementares normativas constitutivas da atual definição legal de organização criminosa.

3.1. Organização criminosa estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas

A essência da definição de “organização criminosa” reside em uma *associação organizada* de pessoas para obter vantagem de qualquer natureza mediante a prática de crimes graves (com penas superiores a quatro anos), ou que tenham natureza transnacional (art. 2º). O núcleo da definição de *organização criminosa* repousa, portanto, em *associar-se*, que significa unir-se, juntar-se, reunir-se, agrupar-se com o

objetivo de delinquir. É necessária, contudo, a reunião de quatro ou mais pessoas *estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas*, mesmo informalmente, com a finalidade de obter *vantagem de qualquer natureza* mediante a prática de crimes graves (a lei fala em infrações penais). Em outros termos, exigem-se, no mínimo, quatro pessoas reunidas com o propósito de cometer crimes, como meio, para obter *vantagem de qualquer natureza*.

Organização criminosa não é uma simples reunião de pessoas que resolve praticar alguns crimes, e tampouco a ciente e voluntária reunião de algumas pessoas para a prática de determinados crimes, cuja previsão consta de nossos códigos penais, não passando do conhecido *concurso eventual de pessoas* (art. 29 do CP). O Novo texto legal (Lei 12.850) foi expresso e preciso na definição do que constitui *organização criminosa*, qual seja, “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”. Em outros termos, essa “associação criminosa” para se revestir da característica de “organização” necessita ser “estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente”. Pois nessa *estrutura ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas* reside, além de outras, na principal distinção entre “organização criminosa” e “associação criminosa”, conforme demonstraremos adiante.

Para Luiz Flavio Gomes “Não se pode banalizar o conceito de crime organizado que, com frequência, conta com planejamento “empresarial”, embora isso não seja rigorosamente necessário. Não há como confundir esse planejamento com o mero programa delinquential (que está presente em praticamente

todos os crimes dolosos). A presença de itens do planejamento empresarial (controle do custo das atividades necessárias, recrutamento controlado de pessoal, modalidade do pagamento, controle do fluxo de caixa, de pessoal e de “mercadorias” ou “serviços”, planejamento de itinerários, divisão de tarefas, divisão de territórios, contatos com autoridades etc.) constitui forte indício do crime organizado”⁶. Pois ao longo dos últimos vinte anos não tem sido outra nossa constante preocupação, qual seja, a banalização que as instâncias formais de controle têm feito sobre a concepção de crime organizado. Nesse sentido, examinando o antigo crime de *quadrilha ou bando* fizemos o seguinte comentário:

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

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

⁶ Gomes, Luiz Flavio. *Comentários aos artigos 1º e 2ª da Lei 12.850/13 - Criminalidade organizada e crime organizado*, (item 30), in Blogdofg/atualidadesdodireito.com.br.

criminosa, que deve ser duradoura, permanente e estável, cuja finalidade é o cometimento indeterminado de *crimes*⁷.

Agora, mais do que nunca, é inadmissível esses abusos do poder de denunciar contando com a complacência do Judiciário, pois, visando limitar essa prática abusiva, o legislador foi mais contundente da definição do *elemento subjetivo especial do tipo*. Prevê expressamente, nos termos da Lei 12.850/13, o *fim específico* da associação criminosa, *verbis*: “associarem-se 3 (três) ou mais pessoas *para o fim específico de cometer crimes*”! (grifamos). Esse destaque não mais pode ser ignorado, como se fez até então.

Na verdade, *organização criminosa* não é uma *associação* qualquer, não é uma simples reunião de pessoas, ou uma mera *associação* para delinquir, como aquela prevista no art. 288 do CP, caso contrário, não seria necessária uma nova definição para esse badalado instituto jurídico. Certamente, ela não se configura numa reunião de pessoas *legalmente estruturada* para outra finalidade, como para a finalidade comercial, industrial ou empresarial no seio da qual acabem cometendo algum ou vários crimes, ainda que sistematicamente. Em outros termos, a prática de crimes, normalmente econômicos, por empresários mesclados com sua atividade-fim não constitui a figura agora definida pela lei como *organização criminosa*. A “estrutura ordenada” e a natural “divisão de tarefas” existente no seio empresarial não têm o “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”, que constitui a essência da organização criminosa.

⁷ Bitencourt, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*, Parte Especial, 7ª ed., São Paulo, Saraiva, 2013, vol. 4, p. 452.

Em outros termos, “estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas” são elementares constitutivas específicas de uma *organização criminosa*, isto é, de uma *associação ordenada* e estruturada para obter vantagem de qualquer natureza mediante a prática de infrações penais, que não se confunde com uma entidade empresarial, seja comercial ou industrial. Nessas *associações empresariais* (comercial, industrial etc.) a finalidade não é praticar crimes ou obter vantagem de qualquer natureza mediante a prática de infrações penais, mas aquela constante de seu respectivo *contrato social*, ainda que se pratiquem crimes em seu meio. Quando no seio da empresa ocorrer a prática indiscriminada de crimes, poderá, no máximo, caracterizar a tradicional “associação criminosa”, a antiga quadrilha ou bando, desde que satisfaça seus requisitos legais.

Com efeito, a partir da definição conceitual de *organização criminosa* é inadmissível continuar confundindo *organização criminosa*, *associação criminosa* e *concurso de pessoas*. E tampouco será admissível invocar-se as definições internacionais para ampliar a abrangência da concepção brasileira de organização criminosa, pois elas não passarão de meras referências históricas. O conceito de *organização criminosa* não pode ser banalizado, especialmente pela gravidade da sanção que comina, qual seja, reclusão de três a oito anos. Nessa aferição o Ministério Público deverá ter sempre presente que a despeito de ser o titular do *ius puniendi*, é antes de tudo, o fiscal da lei e de sua execução (*custus legis*).

Entende-se por *organização criminosa*, a reunião *estável* e *permanente* (que não significa perpétua), além *ordenada estruturalmente* e que tenha como característica a *divisão de tarefas*, para o fim de perpetrar uma indeterminada série de crimes, como meio, para obtenção de vantagens de qualquer natureza. Nesse sentido, a preciosa lição de Adel El Tasse: “Com efeito, a hierarquia estrutural está ligada diretamente à própria ideia teórica de organização

criminosa, na qual deve existir uma detalhada e persistente cadeia de comando a garantir que as atividades criminosas se desenvolvam de forma eficiente no atingimento dos objetivos do grupo delinquential”⁸. Aliás, é exatamente essa clara divisão de tarefas que lhe atribui a característica de “organização”, e sua finalidade de praticar crimes é que lhe justifica a adjetivação de “criminosa”. Dito de outra forma, são, fundamentalmente, essa *ordenação estrutural* e a precisa e clara *divisão de tarefas*, ainda que informalmente, que lhe caracterizam como “organização criminosa”, distinguindo-se da simples e tradicional “associação criminosa”, até então conhecida como quadrilha ou bando.

A *associação criminosa* não requer a organização estruturalmente ordenada e tampouco se caracteriza pela divisão de tarefas. Essa distinção decorre da precisão conceitual emitida pelo texto da Lei 12.850, que considera: “organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente...” (art. 2º). Essa definição legal obriga a todos nós operadores do direito a sermos exigentemente categóricos e precisos na distinção deste novel instituto e do velho “quadrilha ou bando”, hoje configurado como *associação criminosa*.

Na verdade, a definição até então conhecida de *criminalidade organizada* era extremamente abrangente e vaga, e, em vez de definir um objeto, apontava uma direção. Hassemer⁹ preocupado com a desinteligência sobre a definição de organização criminosa destacou, “A criminalidade organizada não é apenas uma organização bem feita, não é somente uma organização

⁸ Tasse, Adel El. *Primeiras considerações sobre o novo tratamento jurídico ofertado à criminalidade organizada no Brasil* in Blogdoadeeltasse/atualidadesdodireito.com.br.

⁹ Hassemer, Winfried. Três temas de direito penal, Porto Alegre, Publicações Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993, p. 85.

internacional, mas é, em última análise, a corrupção do Legislativo, da Magistratura, do Ministério Público, da polícia, ou seja, a paralisação estatal no combate à criminalidade. Nós conseguimos vencer a máfia russa, a máfia italiana, a máfia chinesa, mas não conseguimos vencer uma Justiça que esteja paralisada pela criminalidade organizada, pela corrupção”. Aliás, nessa linha de Hassemer temos dito, reiteradamente, que as *organizações criminosas*, via de regra, nascem e se estruturam nos porões dos palácios, nos intramuros do Poder Constituído, exteriorizando-se desenvolve suas teias na iniciativa privada, especialmente naqueles segmentos vinculados ao Poder Público, alimentando-se desses recursos escusos.

Agora, sob o império da Lei 12.850/13, a estrutura central da essência do crime de *organização criminosa* (art. 2º) reside na *consciência e vontade* de os agentes *organizarem-se* estruturalmente ordenados e com clara divisão de tarefas, com o *fim especial* de obter vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes graves (pena superior a quatro anos). *Organização criminosa* é crime de perigo comum e abstrato, de concurso necessário e de caráter permanente, inconfundível com o *concurso eventual de pessoas*. É indispensável que os componentes da *organização criminosa, pré-existente*, concertem previamente a específica prática de *crimes indeterminados*, com objetivo de obter vantagem de qualquer natureza. Para a configuração do crime de *organização criminosa*, ademais, deve, necessariamente, haver um *mínimo de organização hierárquica* estável e harmônica, com distribuição de funções e obrigações organizativas, ou, nos termos legais, que constitua uma associação estruturalmente ordenada e com divisão de tarefas. Nessa linha, percucientemente destaca 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 a fortalecer o sentido de estruturação empresarial que norteia a criminalidade organizada”¹⁰.

Luiz Flavio Gomes reconhece que, além da divisão de tarefas e da estrutura ordenada, há a necessidade de *estabilidade* e *permanência* como características de uma *organização criminosa*, ao afirmar: “Associação de forma estável, duradoura, permanente, pois do contrário configura uma mera coautoria (autoria coletiva) para a realização de um determinado delito (...). A permanência e estabilidade do grupo deve ser firmada antes do cometimento dos delitos planejados (se isso ocorrer depois, trata-se de mera coautoria”¹¹. No mesmo sentido, é o magistério de Adel el Tasse, o qual subscrevemos: “Não há, desta feita, como pensar em crime organizado sem o predicado da estabilidade. A estabilização das relações, tanto de hierarquia quanto de objetivos, forma o elemento que mantém unidos os integrantes do organismo, fortalecendo-o enquanto agrupamento paralelo ao Estado, especializado na atividade criminosa”¹².

No entanto, convém que se destaque, desde logo, que essas características constitutivas do instituto jurídico “organização criminosa” não são elementares constitutivas expressas do crime autônomo “organização criminosa” tipificado no art. 2º da Lei 12.850. Na realidade, são efetivas elementares constitutivas do conceito legal de *organização criminosa*, o qual, por exigência pragmática e dogmática, reclamado insistentemente pela doutrina e

¹⁰ Tasse, Adel el. *Primeiras considerações sobre o novo tratamento jurídico ofertado à criminalidade organizada no Brasil* in Blogdoadeleltasse/atualidadesdodireito.com.br.

¹¹ Gomes, Luiz Flávio. *Comentários aos artigos 1º e 2ª da Lei 12.850/13 - Criminalidade organizada e crime organizado*, (item 27), in Blogdofg/atualidadesdodireito.com.br.

¹² Tasse, Adel el. *Primeiras considerações sobre o novo tratamento jurídico ofertado à criminalidade organizada no Brasil* in Blogdoadeleltasse/atualidadesdodireito.com.br.

jurisprudência brasileiras, é objeto do dispositivo legal anterior. Com efeito, revelar-se-ia inadequado, impróprio e desnecessário repetir tais elementares na tipificação do crime autônomo de *participar de organização criminosa* (2º), sem violar o princípio da tipicidade estrita; deve-se, conseqüentemente, reconhecer essas características, constantes do § 1º do art. 1º desta lei, como *elementares implícitas* da definição dessa conduta criminosa. Nessa consideração não há nenhuma interpretação extensiva ou analógica ou mesmo a adoção de analogia, pois sabemos todos que muitos tipos penais têm em sua estrutura elementares constitutivas e elementares implícitas, v. g., o *consentimento implícito* nos crimes de invasão de domicílio (art. 150 do CP), do revogado crime de rapto (art. 219) etc. Nesses crimes, entre outros, a *ausência de consentimento* faz parte da estrutura típica como *característica negativa do tipo*¹³.

Enfim, *estabilidade* e *permanência* são duas características específicas que complementam a definição conceitual de organização criminosa, e são identificadoras dessa modalidade especial de associação criminosa. Com efeito, *ordenação estrutural* e *divisão de tarefas* são elementares expressas, e *estabilidade* e *permanência* são elementares implícitas que completam a concepção de organização criminosa, sendo insuficiente a mera coparticipação criminosa ou um eventual e transitório concerto de vontades para a prática de determinados crimes. Se, por outro lado, a finalidade for a prática de *crimes determinados* ou crimes da mesma espécie, a figura será a do instituto do *concurso eventual de pessoas* (independentemente da quantidade de pessoas envolvidas) e não a atual e legalmente definida organização criminosa

Finalmente, a *divisão de tarefas, isto é, de funções ou atribuições dos*

¹³ Cury Urzúa, Enrique. *Derecho penal* – Parte general, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1982, p. 321.

componentes de uma organização criminosa é uma exigência conceitual legal indispensável para sua configuração, sob pena, não se tratar de uma organização ainda que não deixe de configurar uma associação criminosa. Com efeito, por exigência legal, para configurar uma *organização criminosa* (art. 2º), 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, que é exatamente o que a caracteriza como *organização criminosa*.

3.2. Com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza

Surge aqui na definição de organização criminosa uma certa curiosidade, ou seja, o *fim especial* da organização criminosa não é, como se poderia imaginar, a prática de crimes indeterminados, aliás, como temos repetido insistentemente quando analisamos o antigo crime de *quadriha ou bando*. Com efeito, curiosamente, o *fim especial*, expressamente declarado no texto legal, é “obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza”, e a prática de crimes constitui tão somente o *meio* pelo qual se busca a obtenção de tal *vantagem*.

Afinal, qual é a natureza dessa “vantagem de qualquer natureza”? Será somente *econômica* ou poderá ter outra natureza? Trata-se de tema extremamente relevante definir, enfim, a natureza da vantagem pretendida pela organização criminosa, pois, dependendo dessa definição, poder-se-á, inclusive, afastar a configuração de organização criminosa. Façamos então uma reflexão sobre a natureza dessa “vantagem”, que é o objeto perseguido pela organização que ora analisamos.

Embora discordemos do entendimento que sustentava Heleno Fragoso, convém destacar sua coerência doutrinário-dogmática, mantendo a mesma orientação ao examinar duas elementares semelhantes: *qualquer vantagem* — na extorsão mediante sequestro

(art. 159) — e *vantagem ilícita* — no estelionato (art. 171); para Fragoso, tanto numa quanto noutra hipótese “a vantagem há de ser econômica”. Na primeira, dizia, “embora haja aqui uma certa imprecisão da lei, é evidente que o benefício deve ser de ordem econômica ou patrimonial, pois de outra forma este seria apenas um crime contra a liberdade -individual”¹⁴; na segunda, relativamente ao estelionato, mantendo sua coerência tradicional, pontificava: “por *vantagem ilícita* deve entender-se qualquer utilidade ou proveito de ordem patrimonial, que o agente venha a ter em detrimento do sujeito passivo sem que ocorra justificação legal”¹⁵.

Com efeito, Magalhães Noronha, examinando o crime de “extorsão mediante sequestro”, professava: “O Código fala em *qualquer* vantagem, não podendo o adjetivo referir-se à *natureza* desta, pois ainda aqui, evidentemente, ela há de ser, como no art. 158, *econômica*, sob pena de não haver razão para o delito ser classificado no presente título”¹⁶. No entanto, o mesmo Magalhães Noronha, em sua análise da elementar *vantagem ilícita*, contida no crime de “estelionato”, parece ter esquecido que essa infração penal também está classificada no Título dos Crimes contra o Patrimônio, ao asseverar que: “Essa vantagem pode não ser econômica, e isso é claramente indicado por nossa lei, pois, enquanto que, na extorsão, ela fala em indevida vantagem econômica, aqui menciona apenas a vantagem ilícita. É, aliás, opinião prevalente na doutrina”¹⁷.

Constata-se que, ao contrário de Heleno Fragoso, que manteve interpretação coerente, Magalhães Noronha adotava

¹⁴ Fragoso, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*, Parte Especial, 10ª, Rio de Janeiro, Forense, 1988, v. 1, p. 452.

¹⁵ Fragoso, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*, Parte Especial, 10ª, Rio de Janeiro, Forense, 1988, v. 1, p. 452.

¹⁶ Noronha, Magalhães. *Direito Penal*, 15ª ed., São Paulo, Saraiva, 1979, v. 2, p. 287.

¹⁷ Noronha, Magalhães. *Direito Penal...* p. 390.

entendimento contraditório, na medida em que, em situações semelhantes — “qualquer vantagem” e “vantagem ilícita” —, adota soluções díspares, como acabamos de ver.

Examinando o mesmo tema, no crime de “extorsão mediante sequestro”, neste mesmo volume, fizemos a seguinte afirmação: “Preferimos, contudo, adotar outra orientação, sempre comprometida com a segurança dogmática da tipicidade estrita, naquela linha que o próprio Magalhães Noronha gostava de repetir de que “a lei não contém palavras inúteis”, mas que também não admite — acrescentamos — a inclusão de outras não contidas no texto legal”¹⁸. Coerente, jurídica e tecnicamente correto o velho magistério de Bento de Faria, que pontificava: “A vantagem — exigida para restituição da liberdade ou como preço do resgate, pode consistir em dinheiro ou qualquer outra utilidade, pouco importando a forma da exigência”¹⁹.

Por tudo isso, em coerência com o entendimento que esposamos sobre a locução “qualquer vantagem”, que acabamos de transcrever, sustentamos que *vantagem de qualquer natureza* — elementar do crime de participação em organização criminosa —, pelas mesmas razões, não precisa ser necessariamente de natureza econômica. Na verdade, o legislador preferiu adotar a locução *vantagem de qualquer natureza*, sem adjetivá-la, provavelmente para não restringir seu alcance. Com efeito, a nosso juízo, a *natureza econômica da vantagem* é afastada pela elementar normativa *vantagem de qualquer natureza*, que deixa clara sua abrangência. Quando a lei quer limitar a espécie de *vantagem*, usa o elemento normativo “econômica”, e, no presente caso, pelo contrário, afirmou expressamente, “vantagem de qualquer natureza”,

¹⁸ Bitencourt, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*, Parte Especial, 9ª ed., São Paulo, Saraiva, 2013, v,3, p. 157.

¹⁹ Faria, Bento de. *Código Penal Brasileiro Comentado*, Rio de Janeiro, Record, 1961, v. 5, p. 63.

afastando, por conseguinte, sua restrição à natureza econômica. Não se pode esquecer, por outro lado, que este crime é pluriofensivo, dentre os quais podem-se destacar, como bens jurídicos tutelados, a ordem pública, o sentimento de segurança e tranqüilidade da população, bem como a administração da justiça lato senso.

3.3. Mediante a prática de infrações penais com penas superiores a quatro anos

Ao internalizar o conceito de *organização criminosa* o legislador condicionou que o objeto de sua destinação seja a prática de infrações penais sancionadas com pena superior a quatro anos. No particular, deveria ter sido mais claro e mais preciso, por duas razões básicas: não se pode ignorar que o sistema penal brasileiro trabalha com dois limites penais, um máximo e um mínimo e, em sendo assim, é comum termos penas de quatro cinco anos que partem, no entanto, de um ano. Essas medidas penais possibilitam, naturalmente, a utilização de suspensão condicional do processo e aplicação de penas alternativas (pena não superior a quatro anos). Dito de outra forma, não se trata de crimes que podem ser considerados graves, além de possibilitarem qualquer das duas alternativas antes mencionadas.

E a segunda razão consiste na existência de duas modalidades de pena de prisão, quais sejam, *reclusão* e *detenção*, e ambas têm conseqüências e regimes distintos para seu cumprimento. Relembramos, mais uma vez que, a reclusão é a modalidade de prisão reservada às infrações penais mais graves, e a detenção para as demais. Por isso, teria sido interessante que o legislador tivesse condicionado que referidas infrações penais fossem sancionadas nos limites estabelecidos, mas de reclusão. Tal como está, é indiferente que a prisão cominada seja de reclusão ou de detenção, podendo, inclusive, abranger crimes culposos.

3.4. *Mediante a prática de infrações penais de caráter transnacional*

Por fim, deve-se destacar que o legislador, com este diploma legal, *atenta para os compromissos internacionais* na repressão de crimes praticados por *organizações criminosas internacionais*, dando atenção, finalmente, aos *tratados e convenções internacionais*²⁰ recepcionados por nosso ordenamento jurídico. Nesse sentido, o § 2º do art. 1º desta Lei 12.850 estabelece que se aplique aos seguintes casos, independentemente da quantidade de pena aplicável:

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

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

Trata-se, a rigor, de exceção relativamente à limitação de infrações com penas máximas superiores a quatro anos, justificada pelos compromissos assumidos pelo Brasil via *Tratados e Convenções Internacionais* (inciso I). Na verdade, estende-se o conceito de organização criminosa e, conseqüentemente, a aplicação dos demais dispositivos da Lei 12.850/13, às infrações penais previstas em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente. Em outros termos,

²⁰ Ver, nesse sentido, a extraordinária obra de Valério de Oliveira Mazzuoli. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*, 2ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011.

ocorrendo parte do crime em território nacional, poder-se-á aplicar as prescrições deste diploma legal, desde que se trate de uma *infração penal prevista em tratado ou convenção internacional* de que o Brasil seja signatário.

Basta que sejam crimes ou contravenções que, por tratado ou convenção, o Brasil se obrigou a reprimir, ainda que não tenham sido praticados por mais de quatro agentes.

Aplica-se, igualmente, as previsões da Lei 12.850/13 aos crimes cometidos por *organizações terroristas internacionais*, reconhecidas segundo as normas de direito internacional, por foro do qual o Brasil faça parte, cujos atos de suporte ao terrorismo, bem como os atos preparatórios ou de execução de atos terroristas, ocorram ou possam ocorrer em território nacional.

A redação, contida no art. 1º, § 2º, inciso II, da Lei nº 12.850/13, objetiva estender a aplicação da nova lei aos crimes de terrorismo praticados no Brasil²¹. A despeito de não haver terrorismo em território brasileiro, deve-se observar que o texto legal não fala em crime, mas em atos terroristas, aliás, talvez até pela inexistência de legislação específica sobre o tema. Pelas mesmas razões, relativas às previsões do inciso I, estende-se o conceito de organização criminosa e, conseqüentemente, a aplicação dos demais dispositivos da Lei 12.850/13, aos atos de terrorismo praticados no Brasil

O Decreto nº 3.018, de 6 de abril de 1999, promulgou a Convenção para Prevenir e Punir os Atos de Terrorismo

²¹ O Conselho de Segurança da ONU, na Resolução 1566, de 08 de outubro de 2004, definiu terrorismo como sendo a prática de:
[...] atos criminosos, inclusive contra civis, cometidos com a intenção de causar a morte ou lesões corporais graves ou de tomar reféns com o propósito de provocar um estado de terror na população em geral, em um grupo de pessoas ou em determinada pessoa, intimidar a uma população ou obrigar a um governo ou a uma organização internacional a realizar um ato, ou se abster de realizá-lo. (ONU, 2004).

configurados em Delitos contra a Pessoa e a Extorsão Conexa, quando tiverem eles transcendência Internacional.

4. Conflito entre as Leis 12.694/12 e 12.850/13: haveria dois tipos de organização criminosa

Alguns doutrinadores²², v. g. Rômulo de Andrade Moreira²³, questionam se o nosso ordenamento jurídico admitiria “dois tipos de organização criminosa”: um para efeito de aplicação da Lei 12.694/2012, que disciplina o julgamento colegiado em primeiro grau de crimes praticados por *organizações criminosas*; e outro, para aplicação da Lei 12.850/2013, que define organização criminosa e dispõe sobre sua investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal respectivo.

Trata-se, inegavelmente, de relevante questão sobre *conflito intertemporal de normas penais* que exige detida reflexão, sob pena de usar-se dois pesos e duas medidas. Com efeito, comentando a Lei 12.850, Rômulo Andrade Moreira afirma:

“Perceba-se que esta nova definição de organização criminosa difere, ainda que sutilmente, da primeira (prevista na Lei nº. 12.694/2012) em três aspectos, todos grifados por nós, o que nos leva a afirmar que hoje temos duas definições para organização criminosa: a primeira que permite ao Juiz decidir pela formação de um órgão colegiado de primeiro

²² Como é o caso de Rômulo de Andrade Moreira que suscita o questionamento no artigo *A nova Lei de organização criminosa – lei nº. 12.850/2013. Atualidades do direito*. Editores Alice Bianchini e Luiz Flávio Gomes, 2013. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/romulomoreira/2013/08/12/a-nova-lei-de-organizacao-criminosa-lei-no-12-8502013/>>. Consultado em: 14.08.2013.

²³ Moreira, Rômulo Andrade. *A nova lei de organização criminosa – Lei Nº. 12.850/2013*, 1ª ed., Porto Alegre, Ed. Lex Magister, 2013, p. 30-1 (no prelo)

grau e a segunda (Lei nº. 12.850/2013) que exige uma decisão monocrática. Ademais, o primeiro conceito contenta-se com a associação de três ou mais pessoas, aplicando-se apenas aos crimes (e não às contravenções penais), além de abranger os delitos com pena máxima igual ou superior a quatro anos. A segunda exige a associação de quatro ou mais pessoas (e não três) e a pena deve ser superior a quatro anos (não igual). Ademais, a nova lei é bem mais gravosa para o agente, como veremos a seguir; logo, a distinção existe e deve ser observada”²⁴.

No entanto, na nossa ótica, admitir-se a existência de “dois tipos de organização criminosa” constituiria grave ameaça à segurança jurídica, além de uma discriminação injustificada, propiciando tratamento diferenciado incompatível com um Estado Democrático de Direito, na persecução dos casos que envolvam organizações criminosas. Levando em consideração, por outro lado, o disposto no § 1º do art. 2º da Lei de introdução as normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei 4.657/1942), *lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior*. Nesses termos, pode-se afirmar, com absoluta segurança, que o § 1º do art. 1º da Lei 12.850/2013 revogou, a partir de sua vigência, o art. 2º da Lei 12.694/2012, na medida em que regula inteiramente, e sem ressalvas, o *conceito de organização criminosa*, ao passo que a lei anterior, o definia tão somente para os seus efeitos, ou seja, “para os efeitos desta lei”, qual seja, *criar um colegiado* em primeiro grau. Ademais, a lei posterior disciplina o instituto organização criminosa, de forma mais abrangente, completa e para todos os efeitos.

²⁴ Moreira, Rômulo Andrade. *A nova lei de organização criminosa – Lei N.º 12.850/2013*, 1ª ed., Porto Alegre, Ed. Lex Magister, 2013, p. 30-1 (no prelo)

Assim, o procedimento estabelecido previsto na Lei 12.694/12, contrariando o entendimento respeitável de Rômulo Moreira, com todas as *venias*, deverá levar em consideração a definição de organização criminosa estabelecida na Lei 12.850/13, a qual, como lei posterior, e, redefinindo, completa e integralmente, a concepção de organização criminosa, revoga *tacitamente* a definição anterior.

Por outro lado, o próprio Rômulo Moreira, reconhece, nesse seu respeitável opúsculo sobre a matéria, que “A “grande” novidade trazida pela nova lei (que não revogava a Lei nº. 9.034/95, muito pelo contrário, reafirmava-a) consiste na faculdade do Juiz decidir pela formação de um órgão colegiado de primeiro grau (como o Conselho de Sentença – no Júri, ou o Conselho de Justiça – na Justiça Militar) para a prática de qualquer ato processual em processos ou procedimentos que tenham por objeto crimes praticados por organizações criminosas...”²⁵. Pois essa *grande novidade* continua vigente e válida, para os efeitos daquela lei (12.694/12), sem qualquer prejuízo para os “efeitos a que se propõe”.

Seria um verdadeiro paradoxo, gerando, inclusive, contradição hermeneuticamente insustentável, utilizar um conceito de *organização criminosa* para tipificação e caracterização do referido tipo penal e suas formas equiparadas, e adotar outro conceito ou definição para que o seu processo e julgamento fossem submetidos à órgão colegiado no primeiro grau de jurisdição, nos termos da Lei 12.694/2012. Ademais, a necessidade de reforçar a segurança dos membros do Poder Judiciário na persecução de crimes praticados por *organizações criminosas*, através dessa Lei, certamente deverá estender-se, igualmente, à persecução penal do crime de formação e participação em organização criminosa, tipificado na Lei 12.850/2013, inclusive para as instâncias

²⁵ Moreira, Rômulo de Andrade. *A nova lei de organização criminosa*, cit. p. 20.

superiores. Esse tratamento *assecuratório*, por si só, isto é, por sua própria finalidade já assegura sua aplicação.

Nosso entendimento justifica-se também pelo fato de a nova Lei 12.850/2013 tipificar no seu art. 2º, como crime autônomo, e por primeira vez em nosso ordenamento jurídico, o *crime de formação e participação em organização criminosa*²⁶, cujo texto comentaremos no próximo capítulo. Enfim, *há somente um conceito de organização criminosa* em nosso ordenamento jurídico, qual seja, o definido neste diploma legal.

Por outro lado, resulta claro que *organização criminosa* definida no § 1º do art. 1º desta Lei 12.850 não se confunde com *quadrilha ou bando* (art. 288) tipificada no Código Penal brasileiro, aliás, que acaba de receber, deste mesmo diploma legal, a denominação, a nosso juízo, mais adequada, de “associação criminosa”.

Com efeito, considerando que a Lei 12.850 define de forma distinta *organização criminosa* e *associação criminosa* (antiga quadrilha ou bando), fica sepultada de uma vez por todas a polêmica sobre a semelhança ou identificação entre *organização criminosa* e *associação criminosa*. Isso decorre da clareza dos termos de cada instituto, bem como dos diferentes requisitos legais exigidos para as suas composições típicas, além do mínimo de integrantes em cada espécie de “associação” (quatro na organização, e três na associação), conforme analisamos, sucintamente, em outro tópico.

Constata-se, repetindo, que a Lei 12.850/2013 abandonou a terminologia “quadrilha ou bando”, consagrada pelo nosso Código Penal de 1940, passando a denominá-la *associação criminosa*, nos

²⁶ Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa:

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

seguintes termos: “*Art. 288. Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes: Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos. Parágrafo único. A pena aumenta-se até a metade se a associação é armada ou se houver a participação de criança ou adolescente*”. Como se vê, além de adotar outro *nomen iuris*, alterou, igualmente, o número mínimo de participantes (reduzindo para três), bem como a *causa de aumento* que recebeu nova configuração: “se a associação é armada ou se houver a participação de criança ou adolescente”. Enfim, “a participação de criança ou adolescente” em uma *associação criminosa*, que não se confunde com *organização criminosa*, repetindo, passou a ser também *causa de majoração penal*. No entanto, essa majoração, que antes dobrava a pena, agora determina a elevação somente de metade. E, como lei mais benéfica, no particular, *retroage*, sendo aplicável a casos anteriores à sua vigência, menos no aspecto relativo à participação de criança ou adolescente, que é novidade mais grave.

Ademais, a diversidade dos dois crimes reflete-se diretamente na disparidade de punição de uma e outra infração penal, tanto que a gravidade e complexidade da participação em *organização criminosa* justifica, a cominação de uma pena de três a oito anos, na ótica do legislador, ao passo que a *associação criminosa*, tem pena cominada de um a três anos de reclusão.

Agora, mais do que nunca, é inadmissível esses abusos no poder de denunciar contando com a complacência do Judiciário, pois, visando limitar essa prática abusiva, o legislador foi mais contundente na definição do *elemento subjetivo especial do tipo*. Prevê expressamente, nos termos da Lei 12.850/13, o *fim específico* da associação criminosa, *verbis*: “associarem-se 3 (três) ou mais pessoas *para o fim específico de cometer crimes*”! (grifamos). Esse destaque não mais pode ser ignorado, como se vinha fazendo até então.

Enfim, sintetizando, a aplicação da Lei nº 12.850/2013, relativamente a tipificação de *organizações criminosas*, bem como na habilitação dos meios e métodos excepcionais que elenca, fica vinculada ao atendimento das seguintes exigências: a) formação de grupo de, no mínimo, quatro pessoas; b) prática, por esse grupo, de infração penal cuja pena máxima seja superior a quatro anos de prisão; c) comprovação da existência de organização estruturalmente ordenada; d) comprovação da existência de divisão de tarefas entre os seus integrantes; e) finalidade da organização de obter vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes.

Além das seguintes condições negativas: a) não atuar com característica paramilitar; b) não atuar como milícia, isto é, com controle de território ou de pessoas em um território, mediante coação.

5. Lavagem de dinheiro e formação de organização criminosa: inaplicabilidade da causa de aumento prevista no § 4º do art. 1º da lei 9.613/98

Aproveitamos nossa primeira reflexão para questionar a possibilidade de punição cumulativa do crime de *lavagem de capitais* com o *novo crime de constituição de organização criminosa*, tipificado no art. 2º da 12.850/2013, e, especialmente, a incidência da *causa de aumento de pena*²⁷ (§ 4º o art. 1º da Lei 9.613). Em outras palavras, seria possível punir pelos dois crimes o integrante de uma *organização criminosa*, que pratica o crime de *lavagem de capitais*, e,

²⁷ § 4º A pena será aumentada de um a dois terços, se os crimes definidos nesta Lei forem cometidos de forma reiterada ou por intermédio de organização criminosa. (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012).

principalmente, com a incidência da referida causa de aumento? Não constituiria essa possibilidade uma afronta à proibição do *ne bis in idem*?

A questão é bastante complexa, pois não se trata da mera discussão acadêmica sobre a *admissibilidade da punição*, em concurso material, do crime de *organização criminosa*, com o crime que venha a ser efetivamente executado por membros de dita organização, mas, fundamentalmente, da incidência da majorante do § 4º do art. 1º da Lei 9.613/98. Quanto a possibilidade de qualquer membro de uma organização criminosa responder, cumulativamente, por qualquer outro crime que praticar (inclusive de lavagem de capitais), já demonstramos quando examinamos essa temática relativamente ao crime de quadrilha ou bando²⁸. Quanto a esse aspecto não resta a menor dúvida sobre sua admissibilidade.

Com efeito, o que estamos questionando, neste momento, é se a *participação* em organização criminosa, ainda que por interposta pessoa, pode ser penalizada duas vezes: uma *para incidência da causa de aumento* (§ 4º do art. 1º), quando da realização do *crime de lavagem de capitais*, e outra pela configuração do crime de *organização criminosa* (art. 2º da Lei 12.850/2013). Entendemos que não é admissível essa dupla punição, pois, nessa hipótese particular, estamos diante da valoração do mesmo fato para efeito de ampliação da sua punição que caracterizaria o *ne bis in idem*. De modo que se o agente já é punido mais severamente pelo fato de praticar o crime de lavagem de dinheiro na condição de integrante de organização criminosa, esse mesmo fato, isto é, sua participação em organização criminosa não poderá caracterizar de forma autônoma o novo crime do art. 2º da Lei 12.850/2013. Esse nosso entendimento encontra respaldo no *conflito aparente de normas*,

²⁸ Ver nosso *Tratado de Direito Penal*, Parte Especial, 7ª ed., São Paulo, Saraiva, 2013, vol. 4, p. 455.

sob a ótica do *princípio da especialidade*²⁹, aplicando apenas uma das duas punições, ou seja, somente a *lavagem de capitais* com sua respectiva *causa de aumento* (§ 4º do art. 1º da Lei 9.613), qual seja, cometida “por intermédio de organização criminosa”.

Agora, mais do que nunca, o Supremo Tribunal Federal deverá ficar atento à distinção tipológica entre organização criminosa e associação criminosa (art. 288 do CP), não havendo mais razão e nem desculpa para a eterna confusão que Ministério Público e Polícia Federal têm feito sobre esses dois institutos penais, aliás, passivamente recepcionada pela jurisprudência pátria, especialmente pela gravidade das sanções cominadas.

Haveria uma outra possibilidade, alternativa que nos parece também razoável: responder simplesmente em concurso pelos crimes de lavagem de dinheiro e por integrar determinada organização criminosa, dependendo do caso, sem aplicar a majorante do § 4º, para evitar o *bis in idem*. Em outras palavras, deve-se buscar a situação menos gravosa ao acusado, as circunstâncias fáticas é que poderão determinar a escolha devida. Mas uma coisa é certa: não pode responder pelos dois crimes e ainda cumulados com a majorante, para evitar uma dupla punição por um mesmo fato.

E, finalmente, eventual condenação pelo crime de lavagem de dinheiro, ainda que eventualmente tenha sido cometido por meio de *associação criminosa* (art. 288 do CP), em hipótese alguma autoriza a aplicação da majorante, por que de organização criminosa não se trata, como ficou claro pelos termos da Lei 12.850/13.

Por derradeiro, para concluir, este capítulo, lembramos que reservamos, em livro específico sobre este tema, um capítulo especial para “associação criminosa” e outro para a “constituição

²⁹ Bitencourt, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*, Parte Geral, 19ª ed., São Paulo, Saraiva, 2013, vol. 1, p. 255.

de milícia privada”, pelas semelhanças e dessemelhanças que referidos institutos apresentam com a *organização criminosa*, facilitando ao leitor a sua consulta comparativa. E, logicamente, tratamos em capítulo a parte, do novo crime autônomo de *integrar ou participar de organização criminosa* (art. 2º deste mesmo diploma legal).