

O Crime de organização criminosa (art. 2º da Lei nº 12.850/2013)

Válter Kenji Ishida

I – Introdução:

A Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013 dispôs sobre a organização criminosa. Além de introduzir a desejada tipificação do crime de organização criminosa em seu art. 2º, cuidou no capítulo II, da investigação e dos meios de obtenção da prova, incluindo a colaboração premiada, a ação controlada, a infiltração de agentes, o acesso a registros pelo Delegado de Polícia e pelo Ministério Público, além de tipificar delitos que ocorram durante a investigação e a obtenção de prova.

Interessa-nos neste artigo, cuidar do crime previsto no art. 2º, além de seus efeitos sobre os outros crimes relacionados: o art. 288 e o art. 288-A do Código Penal.

II – Crime de Organização criminosa (art. 2º da Lei nº 12.850/2013):

Tipo legal. O crime de *organização criminosa* está tipificado no art. 2º da Lei nº 12.850/2013: “Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa. Pena – reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas.” Quase um ano depois da instituição do anterior delito de “constituição de milícia” (Lei nº 12.720, de 27 de setembro de 2012), surge o crime de organização criminosa, reclamado pela doutrina em razão do vácuo criado pela Lei nº 9.034/95, expressamente revogada pelo art. 27 desta lei. Quanto à pena, não foi feliz o legislador porquanto sabedor da aplicação da “pena no mínimo legal”, acabou por diminuir de quatro para três anos em confronto com o delito do art. 288-A do CP. Poderia ter colocado no mínimo, uma pena de quatro anos e um mês, obrigando à imposição do regime semiaberto e vedando a substituição por pena restritiva de direitos.

Objetividade jurídica. A paz pública. O crime é formal e de perigo abstrato. Não exige a lei que se evidencie o perigo, de forma a presumi-lo.

Sujeitos do delito. Sujeito ativo: qualquer pessoa. Trata-se de crime plurissubjetivo. Segundo o art. 1º, § 1º da Lei, considera-se a associação de quatro ou mais pessoas. Sujeito passivo: é a coletividade.

Tipo objetivo. O tipo penal é misto alternativo: existem várias condutas, mas praticando mais de uma, responde por um só crime. A lei fala primeiro em “promover” que significa impulsionar. Em segundo lugar, menciona o tipo o verbo “constituir” que significa estruturar, formar, criar a essência. Não se confundem os dois termos. É possível não participar da fundação da organização, mas promove-la posteriormente. O tipo penal também fala em “integrar” a organização que consiste simplesmente em fazer parte da organização. A "integração" pode ser através de atuação direta ou pessoal ou através de interposta pessoa (o chamado "testa de ferro").

O objeto é a ***organização criminosa***: associação estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com o objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza (não necessariamente econômica, podendo ser outra), mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a quatro anos, ou que sejam de caráter transnacional.

O conceito de estabilidade e permanência extraídos do art. 288 do CPP são levados em conta, sendo exigidos na tipificação do delito. Assim, quem promove a organização deve ser punido se ficar caracterizada esta estabilidade e permanência. A vantagem desejada pode ser a econômica ou não e o crime não pode ser de pequeno ou médio potencial ofensivo, devendo ter a pena em abstrato superior a quatro anos (tráfico de drogas, furto qualificado, roubo, homicídio doloso etc). Pode ainda de forma alternativa (ou), ser de caráter transnacional, que envolva além do Brasil, um ou mais países. É exemplo a organização criminosa que explore o narcotráfico Brasil-Bolívia-Colômbia. Tenha-se em conta que deverá prevalecer quanto ao delito de tráfico de drogas, o crime de associação do art. 35 da Lei de Drogas, exceto se houver esse caráter de transnacionalidade, quando prevalecerá o crime de organização criminosa.

Tipo subjetivo. O dolo, consistente na vontade do agente criminoso em promover, constituir, financiar ou integrar organização criminosa. Inclui ainda o elemento subjetivo do tipo consistente em objetivar vantagem de qualquer natureza mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a quatro anos ou de caráter transnacional. Trata-se nesse ponto, de norma penal em branco em sentido lato, sendo o tipo penal complementando pela própria lei 12.850.

Os crimes objetivados podem ser da mesma espécie ou não. O tipo fala em “crimes”, portanto, se a quadrilha objetivar cometer uma contravenção ou ilícito administrativo, o fato é atípico (Cezar Roberto Bitencourt, *Tratado de direito penal*, parte especial, v. 4, p. 283). Também é atípica a conduta de objetivar praticar crimes culposos ou preterdolosos.

Consumação. Tratando-se de crime formal, consuma-se com a simples prática dos verbos (“convergência de vontades”), não sendo necessário que se efetivem os crimes.

A efetiva associação deve ser demonstrada por elementos sensíveis, demonstrando a convergência de vontades, tendo a esta associação estruturação ordenada e divisão de tarefas. Pode haver também consumação naquele que ingressa em organização já formada.

No delito de “constituir”, o agente só responde portanto depois de algum tempo juridicamente relevante. Se participou da constituição, mas a organização não se prolongou minimamente, o fato é atípico eis que a tentativa não é punida. Responde nesse caso, se participou da constituição, a organização se manteve, mas depois o agente deixa tal organização. Isso porque o abandono posterior da organização não configura desistência voluntária, porquanto o crime já estava consumado.

Existe assim, uma necessidade de dupla tipicidade. Basta a prática de um dos verbos, mas exige-se uma mínima consolidação da organização criminosa. A tentativa não existe, vez que a lei tornou o ato preparatório (não punível normalmente) em crime. Dessa forma, ou houve efetiva constituição por exemplo da milícia privada, ou não se pune o delito.

É crime permanente nos verbos promover, constituir ou integrar, permitindo a prisão em flagrante. No caso do verbo financiar, depende. Se houver continuidade no financiamento, poder-se-á falar em permanência. Mas se houver um único aporte de capital, o crime será instantâneo sobre uma organização com estabilidade e permanência.

Conduta equiparada. Incorre nas mesmas penas, aquele que impede ou embaraça a investigação criminal, podendo ser sujeito ativo o policial que obsta essas investigações.

Causa de aumento. Arma de fogo (art. 2º, § 1º). As penas aumentam até 1/2 se na atuação da organização criminosa houver emprego de arma de fogo. Nesse caso, basta que seja apreendida uma arma de fogo, não sendo válido o simulacro de arma e nem arma branca.

Aumento de 1/6 a 2/3 (art. 2º, § 4º). I - participação de criança ou adolescente (equiparando-se a verdadeira corrupção de menores, como ocorre no tráfico de drogas. Todavia, sobre este prevalece o art. 35 da Lei de Drogas). II - concurso de funcionário: nesse caso, deve a organização criminosa se valer dessa condição para a prática da infração. Ex: furto a caixas eletrônicos, sendo as informações repassadas por policiais que ainda dão cobertura à conduta criminosa. Nesse caso, a Corregedoria deverá instaurar inquérito e comunicar ao MP para acompanhamento (art. 2º, § 7º). III - produto ou proveito da infração destinar-se no todo ou em parte ao exterior. IV - se a organização criminosa mantém conexão com outras organizações criminosas independentes. V - se as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade da organização. Nesse último item, nota-se um verdadeiro “bis in idem”, já que o crime de organização criminosa na segunda forma, já prevê a transnacionalidade como “elementar”.

Circunstância agravante. Exercício do comando, individual ou coletivo (art. 2º, § 2º). Nesse trata-se de uma circunstância agravante pois o legislador não estipulou fração. Deve haver punição para o autor que possui o "domínio do fato", que comanda um por um, os integrante (comando individual) ou de forma genérica (comando coletivo). Sem a necessidade de praticar atos de execução nos crimes objetivados pela organização, sendo um partícipe destacado como verdadeiro autor.

III - Impacto sobre os crimes dos artigos 288 e 288-A, ambos do Código Penal.

Quanto ao antigo crime de bando ou quadrilha, duas alterações. A primeira no próprio *nomen iuris* que passou a ser chamado de associação criminosa. A segunda na quantidade mínima de participantes, sendo crime *plurissubjetivo*: passou a exigir apenas três pessoas, sendo que na redação anterior clássica, exigia-se mais de três (quatro). Já quanto ao delito de constituição de milícia privada (art. 288-A), a dúvida quanto ao número de participantes diante da semelhança de tipos e por serem ambos os delitos, com uma formação maior que a

associação criminosa do art. 288, parece estar sanada com o § 1º do art. 1º da Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013 que prevê o número mínimo de quatro pessoas.