

Fernando Abreu
Marcelo Schirmer Albuquerque

DE ENFRENTAMENTO À CRIMINALIDADE ORGANIZADA

ABORDA:

- ✦ Estatuto do Desarmamento (Lei 10.826/03)
- ✦ Lei Antiterrorismo
- ✦ Lei de Drogas
- ✦ Lei de Interceptações Telefônicas
- ✦ Lei de Lavagem de Capitais
- ✦ Lei de Organizações Criminosas
- ✦ Lei dos Crimes Hediondos
- ✦ Lei de Investigação Criminal conduzida pelo Delegado de Polícia
- ✦ Lei de Prisão Temporária
- ✦ Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas
- ✦ Política Institucional de Proteção às Vítimas
- ✦ Procedimento de Investigação Criminal

2025

6

LEI DE ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS (LEI 12.850/13)

6.1 INTRODUÇÃO

O fenômeno da associação de pessoas em entidades coletivas criminosas para a prática de crimes não é recente, podendo ser verificado ao longo de toda a história. Entretanto, sua criminalização autônoma somente passou a ser prevista no início do século XIX, especialmente a partir do Código Penal Francês de 1810.

Especificamente no universo do Direito pátrio, somente em 1940, com publicação do Código Penal vigente, que o assunto recebeu tratamento específico com a previsão típica do atual crime de associação criminosa (art. 288), anteriormente previsto como quadrilha ou bando.

Não obstante, o crime de associação criminosa não se confunde com o delito de organização criminosa, que recebeu tratamento específico na Lei 12.850/13, superando os conflitos anteriores em razão da sucessão legislativa que veremos, de forma breve, na sequência.

6.2 HISTÓRICO LEGAL E CONCEITUAL

A primeira menção legal à expressão organizações criminosas foi trazida pela Lei 9.034/95, que, furtando-se à melhor técnica, supostamente dispunha sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas, mas em seu art. 1º restringia sua aplicação sobre crimes resultantes de “ações de quadrilha ou bando”. Posteriormente, com a edição da Lei 10.217/01, seu objeto foi ampliado,

igualmente sem observância da melhor técnica, para compreender os “ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo”. À época, portanto, o legislador referiu-se à organização criminosa como sinônimo de quadrilha ou bando, haja vista que apesar de trazer um “novo conceito”, olvidou-se de defini-lo, conduzindo à corrente majoritária que preconizava a identidade conceitual.

Ainda no contexto de debate sobre a Lei 9.034/95 e sua alteração promovida pela Lei 10.217/01, o Brasil aprovou a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), realizada dezembro de 2000, por meio do Decreto Legislativo 231, de 30 de maio de 2003, entrando em vigor em 28 de fevereiro de 2004, tendo sua promulgação ocorrida por meio do Decreto 5.015/04, de 12 de março de 2004.

De acordo com a Convenção de Palermo, "Grupo criminoso organizado" foi concebido 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.

Apreciando a nova definição, sustentada por parcela da doutrina com apta a trazer o conceito de organização criminosa para nosso ordenamento jurídico, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RHC nº 121.835/-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 20/11/15, decidiu que conceito de organização criminosa não poderia ser extraído da Convenção de Palermo, em matéria penal:

Em matéria penal, prevalece o dogma da reserva constitucional de lei em sentido formal, pois a Constituição da República somente admite a lei interna como única fonte formal e direta de regras de direito penal, a significar, portanto, que as cláusulas de tipificação e de cominação penais, para efeito de repressão estatal, subsomem-se ao âmbito das normas domésticas de direito penal incriminador, regendo-se, em consequência, pelo postulado da reserva de Parlamento. Doutrina. Precedentes (STF). – As convenções internacionais, como a *Convenção de Palermo*, não se qualificam, constitucionalmente, como fonte formal direta legitimadora da regulação normativa concernente à tipificação de crimes e à cominação de sanções penais.

Dando sequência aos atos legislativos que trataram do assunto organizações criminosas, a Lei 12.694/12 trouxe o regramento sobre o processo e o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas, definindo a organização criminosa como “a associação, de 3 (três) ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e

caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional” (art. 2º).

Pouco mais de um ano após a vigência da Lei 12.694/12, foi editada a Lei 12.850/13, Lei de Organizações Criminosas, que redefiniu o conceito de organização criminosa. Segundo o §1º do art. 1º da Lei 12.850/13: 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.

Analisando a nova definição de forma preliminar, porquanto voltaremos ao dispositivo em tópico próprio, nitidamente podemos verificar a existência de dois supostos conflitos normativos entre a Convenção de Palermo, de cumprimento obrigatório pelo Brasil nos termos do art. 5º da Convenção.

O primeiro pode ser extraído do **número mínimo de pessoas** exigidos para constituição de uma organização criminosa, vez que a Convenção de Palermo, seguida da Lei 12.694/12, exige **três** membros para sua conformação, ao passo que Lei 12.850/13 exige o número mínimo de **quatro** agentes. O segundo conflito, por seu turno, pode ser extraído do fato de que a Convenção de Palermo e a Lei 12.694/12 **consideram infração penal grave** o crime cuja pena máxima seja **igual ou superior** a quatro anos de prisão, ao passo que a Lei 12.850/13 considera graves apenas os crimes com pena máxima **superior** a quatro anos de reclusão.

Diante do referido cenário, firmamos a compreensão de que a Lei 12.850/13 revogou tacitamente o art. 2º da Lei 12.694/12, de sorte que o conceito de organização criminosa a ser observado em nosso ordenamento jurídico é o previsto no §1º do art. 1º da Lei 12.850/13.

6.3 ÂMBITO DE INCIDÊNCIA NORMATIVA

O art. 1º da Lei 12.850/13 esclarece que a lei define as organizações criminosas e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção de provas, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado.

Conforme se extrai do §2º do art. 1º da Lei 12.850/13, referido diploma legal será também aplicável 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 (I) e II – às organizações terroristas, entendidas como aquelas voltadas para a prática dos atos de terrorismo legalmente definidos.

Tem-se, portanto, que o âmbito de incidência normativo avança para alcançar os chamados crimes à distância previstos em tratados e convenções internacionais ratificados pelo Brasil e organizações terroristas.

6.4 DO CRIME DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA

Art. 1º [...]

§ 1º 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. 2º 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.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem impede ou, de qualquer forma, embaraça a investigação de infração penal que envolva organização criminosa.

6.4.1 Introdução

O delito de organização criminosa, previsto no art. 2º, c/c art. 1º, §1º, da Lei 12.850/13, tutela a paz pública, isto é, a tranquilidade pública concebida como o sentimento geral de uma dada sociedade quanto à segurança social. Trata-se de **crime permanente**.

6.4.2 Premissa conceitual – organização criminosa

§ 1º 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.

O conceito de organização criminosa, conforme vimos acima, foi definido pelo §1º do art. 1º da Lei 12.850/13 e pode ser assim sistematizado:

- a) **número de quatro ou mais pessoas:** o critério legal de “no mínimo **quatro pessoas**” é puramente normativo, fruto de uma escolha legislativa praticamente aleatória, fundada, supostamente, em critérios de política criminal. A afirmação decorre do fato de que o número previsto é diverso em outras entidades criminosas coletivas, a exemplo da associação para o tráfico, que pressupõe o número mínimo de dois agentes (art. 35 da Lei de Drogas), e o próprio delito de associação criminosa, que exige o número mínimo de três agentes (art. 288, CP), a exemplo da Convenção de Palermo. A satisfação do número mínimo de quatro agente pode envolver inimputáveis, a exemplo da organização criminosa que conta com a participação efetiva de adolescentes, caracterizando o denominado concurso impróprio.
- b) **permanência e estabilidade:** a união de um grupo de pessoas, especificamente para a prática de uma única infração penal, não é apta a caracterizar o delito de organização criminosa. A despeito da falta de previsão típica expressa, a permanência e a estabilidade decorrem do próprio significado do verbo associar-se, ou seja, são predicados inerentes a uma verdadeira “associação” e denotam um dos marcos de distinção entre uma infração penal praticada em concurso de pessoas e outra, por uma organização criminosa. De tais atributos se extrai a *affectio societatis*, isto é, o *animus associativo*.
- c) **estruturalmente ordenada:** a compreensão de uma organização estruturalmente ordenada exige pluralidade de estruturas funcionais, algum escalonamento (com possibilidade de movimentação horizontal e vertical dos integrantes entre as diferentes estruturas) e hierarquia. Embora este elemento (hierarquia) não conste expressamente do conceito legal, podendo sugerir a existência de organizações planejadas, apenas com divisão de funções sem vértice ou comando, prevalece na Doutrina que a ordenação pressupõe hierarquia, com identificação clara no interior da organização de lideranças e de agentes fungíveis, competindo aos “chefes” a emissão de ordens de atuação, e aos “soldados”, marcados pela fungibilidade, a execução das tarefas. Registre-se que essa fungibilidade se revela pela possibilidade de execução das missões por qualquer um dos integrantes da organização criminosa.
- d) **divisão de tarefas:** a divisão de decorre da própria construção da organização criminosa, de forma que os agentes possuem funções específicas dentro da estrutura criminosa, ainda que não estabelecidas,

naturalmente, sob o aspecto formal. É possível, por analogia, comparar-se uma organização criminosa com uma empresa, voltada para a prática de infrações penais, de forma que, internamente, o próprio desenvolvimento da atividade pressupõe a organização estrutural por divisão de tarefas.

- e) **obtenção de vantagem de qualquer natureza:** o escopo de uma organização criminosa é a obtenção de qualquer espécie de vantagem, em regra, econômica. Ocorre que nem sempre a vantagem direta será econômica, pois pode se materializar de outras formas, gerando o lucro indireto ou vantagens de qualquer natureza, como a obtenção de cargos em entes públicos, acesso “facilitado” aos organismos estatais etc. Melhor seria, em nossa compreensão, que o legislador tivesse se valido do modelo seguido em outros tipos penais, e utilizado as elementares normativas “vantagem ilícita” ou “vantagem indevida”.
- f) **mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos ou de caráter transnacional:** assim como na eleição do número de participantes, o critério previsto quanto à natureza e gravidade das infrações penais é puramente normativo, fruto de uma escolha legislativa sem qualquer explicação racional, fundada, supostamente, em critérios de política criminal. O emprego da expressão “infração penal” amplia o leque normativo para abranger não somente crimes, mas também as contravenções penais. Ocorre que não há, no ordenamento jurídico pátrio, contravenções penais com penas máximas superiores a quatro anos, de forma que a aplicação do dispositivo, na prática, encontra-se com sua normatividade primária restrita à prática de crimes. Somente em casos de transnacionalidade das contravenções penais, a exigir conjugação normativa, será possível a aplicação do dispositivo. Assim, temos, à guisa de exemplo, a possibilidade de configuração de uma organização criminosa voltada para a prática de jogos de azar, como o “jogo do bicho” (art. 50, LCP), quando revelado o caráter transnacional.

6.4.3 Fundamentação tradicional x fundamentação funcionalista sistêmica

Conforme destaca ABREU¹, segundo Jakobs, a consumação é um conceito formal, não se fundando em critérios materiais, de sorte que é inseguro determinar materialmente estados anteriores às lesões de bem jurídicos.

1. ABREU, Fernando. Direito Penal, Parte Geral. 4ª ed. São Paulo: Ed, Juspodivm, 2024.

Assim, em sendo incerto o começo e o fim da lesão material ao bem jurídico, surgem questionamentos acerca da criminalização antecipada dos delitos em que não há efetiva lesão ao bem jurídico. Restringir-nos-emos aos delitos de perigo abstrato e consumação antecipada.

Com efeito, a adoção do critério de exclusiva proteção a bens jurídicos não se mostra adequada à solução do problema, vez que traz ao Direito Penal um caráter invasivo à esfera privada do indivíduo, ou como propugna Jakobs, esfera civil interna².

Há, portanto, que se estabelecer limites à atuação do Estado no tocante a possibilidade desse se imiscuir na esfera individual de seus cidadãos, sob pena de se justificar arbitrariedades e invasões estatais com base na proteção de bens jurídicos.

Haveria ensejo, caso assim fosse, para que o Direito Penal punisse os meros pensamentos, uma vez que esses, dependendo do critério adotado, seriam potenciais agressões a bens jurídicos. Igualmente, abriria margem a um subjetivismo indesejado para atuação do Direito Penal, criando espaços para o retorno da teoria de cegueira jurídica e, conseqüentemente, do Direito Penal de autor.

Como conseqüência, o Direito Penal transformar-se-ia num direito penal de inimigos, contrariando o direito penal de cidadãos.

Nesse contexto, a teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos apresenta-se contraditória ao tratar do tema afeto aos delitos de perigo abstrato e consumação antecipada, senão vejamos.

À guisa de ilustração, tomemos o caso do crime previsto no art. 2º da Lei de Organizações Criminosas. Tratando-se de um delito de perigo abstrato, o legislador entendeu, por critérios de política criminal, antecipar a consumação de aludido crime para ensejar a punição por meros atos preparatórios, sob o argumento de que 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*, representa ameaça de lesão aos bens jurídicos protegidos pelo Estado. Agiu, dessa forma, antecipando a consumação tendo por escopo a tutela da paz social.

2. JAKOBS, Günther. **Fundamentos del derecho penal**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1996. p. 188.

Ocorre que, em sendo um delito ameaçador da sociedade, poucos questionam o fundamento real da punição dos atos preparatórios e suas consequências para a práxis penal.

Pode um Direito Penal de cidadãos punir os meros atos preparatórios? Não estaria o Estado punindo meros pensamentos, invadindo a esfera civil interna de seus súditos?

A resposta a estas indagações seria negativa quando analisadas sob o prisma do Estado de Direito e perspectiva da teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos. Entretanto, referido delito encontra repressão em praticamente toda a legislação penal do mundo moderno. Então, qual o seu fundamento?

O argumento de que referida organização representa perigo para a sociedade não serve como fundamento válido a justificar a punição, pois, ontologicamente, não existe diferença entre pensamentos ilícitos privados de um ou quatro indivíduos em associação. Em ambos os casos há ameaça de lesão a bem jurídico e à norma jurídico-penal.

Tomemos como exemplos dois casos. No primeiro, quatro pessoas combinam por telefone o intuito de adquirir armas para prática de roubos, chegando inclusive a pesquisar a rotina de diversos estabelecimentos bancários. No segundo, Caio, pretendendo matar Tício, adquire uma arma e contrata Mévio para realizar o trabalho. Indaga-se: qual das condutas supra é mais lesiva a bens jurídicos? A primeira que se limita à mera consciência individual compartilhada? Ou a segunda, em que o agente demonstra inequivocamente seu intento de violar bem jurídico?

A resposta, segundo a teoria da exclusiva proteção a bens jurídicos aponta para a primeira, vez que referida conduta encontra-se tipificada na Lei de Organizações Criminosas, ao passo que a segunda é qualificada pela doutrina como mero ato de preparação.

Surge aí, portanto, um problema estrutural, vez que trata dois problemas similares – ambos baseados em meros pensamentos – de forma distinta.

De tal arte, seguir-se o critério puro da exclusiva proteção de bens jurídicos levar-nos-ia a situações de contradição, quebrando a lógica de um sistema que tem pretensões de ser uniforme.

De igual modo, a simples justificativa de critérios político-criminais a ensejar a punição do delito de organização criminosa não condiz com o direito penal de cidadãos, vez que deriva de uma invasão do Estado na esfera privada e, portanto, intangível do indivíduo. Admitir-se a mera justificativa de maior potencialidade de lesão no caso em tela é abrir espaço, em sede de política criminal e legislativa, para a elaboração de outros tipos penais similares,

convertendo o Direito Penal de cidadãos em Direito Penal de inimigos, contrariando os fins do Estado de Direito que prega a legitimação do direito.

Outrossim, o risco de se incriminar uma conduta que futuramente pode ser lesiva a bens jurídicos configura uma excessiva e perigosa subjetivação do Direito Penal, levando-o a uma esfera pouco acessível ao conhecimento humano, gerando zonas de conflito como a da culpa consciente e dolo eventual.

Para Jakobs, o Direito Penal de um Estado de liberdade não tem como objeto o controle dos aspectos internos do indivíduo com inclusão de seus motivos, mas tão somente a externalização dos seus comportamentos.

Assim, justifica a punição do aludido crime com o argumento de que a criminalização pressupõe, desde logo para o cidadão, uma gravosa redução de sua privacidade, ocorrida na passagem do Estado de Natureza para o Estado de Civilização. Todavia, não se vê afetada separação entre seu aspecto interno (pensamentos) e seu aspecto externo (representação social), de sorte que somente se pode incriminar razoavelmente uma conduta que, sem consideração dos seus projetos atuais, não pode ser tolerada³.

De tal arte, o aspecto exterior da conduta não tolerada perturba por si só e não pelo seu aspecto interno e seus objetivos futuros, de sorte que o castigo por fatos futuros – sopesado com estribo nos fins do agente – não dá margem para a exclusão da punição por qualquer pensamento lesivo para o futuro, seja ele coletivo ou individual.

Com efeito, para solucionar a questão, o penalista alemão propõe um fracionamento do bem jurídico, pois, se o comportamento delitivo não pode ser antecipado ante a lesão a um bem, é possível a antecipação da própria lesão à norma a ser protegida. Em tradução livre: pode-se fragmentar o injusto correspondente ao estado de lesão em diversos injustos parciais e, renunciado à completa reunião de todos os injustos parciais, definir o injusto do fato por alguns fragmentos do injusto produzido precocemente, ou mesmo por apenas um deles.

Neste diapasão, a secção dos bens jurídicos origina injustos parciais, onde não se infringem as normas principais – de delitos de lesão – senão as normas de flancos, cuja missão é garantir as condições de vigência das normas principais.

Para Jakobs, uma norma é eficaz e se presta a assegurar expectativas. Desta forma, a vigência da norma não é só uma relação entre norma e autores potenciais, senão também entre as vítimas potenciais.

3. JAKOBS, Günther. **Fundamentos del derecho penal**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1996. p. 215.

Fundamenta, com aludida explicação, a vigência das chamadas normas de flancos, que possuem a missão de formar uma espécie de redoma em torno dos delitos de lesão, protegendo-os de forma indireta não só tentando evitar o dano à norma principal (lesão), mas criando a confiança nas vítimas potenciais, alicerçada em expectativas normativas, de que os eventuais infratores não quebrarão essas expectativas.

Eleva-se, assim, drasticamente o risco desde uma perspectiva da vítima, pois a simples garantia normativa da vigência da norma principal não assegura as expectativas criadas em torno do potencial afetado.

Nessa esteira, age o Estado preventivamente de sorte a assegurar a confiança na norma. Para tanto, basta que, respeitando o princípio da legalidade, tipifique condutas potencialmente lesivas à manutenção das expectativas normativas, antecipando a lesão à norma principal para punir as lesões às normas periféricas que circundam e protegem aquelas.

Abre-se assim, espaço jurídico para a fundamentação dos chamados tipos de perigo abstrato, verdadeiros institutos que tutelam as normas jurídicas principais, segmentando e antecipando os injustos com o fito de se evitar a violação das normas e, por via de consequência, o quebramento das expectativas normativas.

6.4.4 Sujeitos do crime

O crime de organização criminosa é **comum**, pois pode ser praticado por qualquer pessoa. Entretanto, trata-se de **delito plurissubjetivo ou de concurso necessário**, vez que exige a participação de pelo menos quatro agentes. O sujeito passivo do delito é o Estado e a coletividade, em razão da pluriofensividade.

6.4.5 Estrutura do tipo penal

A estrutura típica do crime previsto no art. 2º da Lei 12.850/13 é formada pelo núcleo verbal *promover, constituir, financiar ou integrar*; pela elementar objetiva *pessoalmente ou por interposta pessoa*; e pela elementar normativa *organização criminosa*. Registre-se, por importante, que a compreensão da elementar normativa organização criminosa revela outras elementares típicas, consubstanciadas no §1º do art. 1º da Lei 12.850/13, as quais registramos em itálico no quadro abaixo:

Conduta nuclear

- promover, constituir, financiar ou integrar

Elementares objetivas

- pessoalmente ou por interposta pessoa
- *associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente* (§1º do art. 1º da Lei 12.850/13)

Elementares normativas

- organização criminosa

Elementares subjetivas, especial fim de agir e elementos volitivos

- dolo
- fim especial de agir: *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* (§1º do art. 1º da Lei 12.850/13)

A estrutura, todavia, não se resume aos elementos revelados pela leitura literal, pois também traz a estrutura basilar finalista, composta na sua integridade pela conduta, resultado, nexos de causalidade e tipicidade.

O núcleo típico verbal é formado pelas condutas seguintes condutas: promover, constituir, financiar ou integrar. Havendo a prática de mais de uma conduta, ocorrerá crime único.

Promover significa viabilizar, organizar, estimular, fomentar o funcionamento e a própria existência da organização criminosa e, *constituir*, por sua vez, significa estruturar, fundar, criar a entidade criminosa. *Financiar*, por seu turno, é sustentar, manter, custear a organização criminosa, seja por meio de investimento financeiro direto, seja por intermédio da prestação de serviços ou qualquer espécie de apoio material ou moral. *Integrar*, por fim, significa fazer parte, associar-se, ser um dos membros da organização criminosa.

Conforme destacamos no tópico relacionado à premissa conceitual, o crime de organização criminosa necessita do complemento normativo previsto no §1º do art. 1º, que efetivamente define o que é organização criminosa.

Trata-se, portanto, de **norma penal em branco homogênea homovitelina**, vez que o complemento normativo exigido se encontra no mesmo diploma legal, Lei 12.850/13.

Reforçando em parte do conteúdo acima visto, a “sociedade criminoso” não precisa ser perpétua, mas igualmente não pode ser meramente transitória ou passageira, como na hipótese de um grupo de indivíduos que se reúne uma única vez para praticar delitos de roubo em dia determinado. Não se confunde, portanto, com o mero concurso de agentes, conforme quadro abaixo:

Organização criminosa	Concurso de pessoas
Associação de quatro ou mais pessoas, com estabilidade e permanência, em entidade estruturalmente organizada com divisão de tarefas	União eventual e momentânea entre dois ou mais agentes
Finalidade de obtenção de vantagem de qualquer natureza mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos ou de caráter transnacional	Finalidade de praticar um ou mais delitos de forma esporádica
Consumação antecipada que independe da prática efetiva de outros crimes	Consumação com a realização do comportamento criminoso em concurso de pessoas

A doutrina diverge quanto à possibilidade de participação no crime de organização criminosa.

A primeira corrente aduz que não é possível a participação, ao passo que a segunda sufraga o entendimento que é possível a participação nas hipóteses em que o agente, conhecedor da existência da organização criminosa auxilia materialmente emprestando uma arma para a prática de um delito específico.

Não nos parece possível a participação em organização criminosa de **forma comissiva**, pois ou o agente integra a associação constituída para a prática de delitos ou apenas participa de um delito em especial. A exigência jurisprudencial da estabilidade e permanência da organização não é compatível com a mera contribuição material específica, motivo pelo qual, no exemplo citado, o agente que empresta a arma para a prática de um delito específico não integra a entidade criminosa, mas será partícipe no delito praticado por essa com a citada arma ou autor de seu próprio crime de porte de arma (que traz fornecer, ceder e emprestar entre os verbos típicos), sendo que ter a associação criminosa como destinatária do empréstimo pode (e deve) majorar-lhe a pena na análise das circunstâncias judiciais.

A “participação” do agente pode ser realizada diretamente, de forma pessoal, ou indiretamente, por meio de interposta pessoa, inclusive se valendo da autoria mediata, como na hipótese do agente que induz terceira pessoa erro para financiar organização criminosa.

A configuração da organização criminosa pressupõe a existência do **vínculo normativo atinente à associação**, de forma que a fotografia do crime contemple diversos fatos pretéritos ou a projeção da prática de vários delitos futuros como obra do vínculo estabelecido. E, nesse sentido, é perfeitamente possível que o agente participe de mais de uma entidade associativa criminosa.

O tipo penal pressupõe a participação de pelo menos quatro agentes para a configuração do delito, não sendo relevante a posição de cada um na organização ou mesmo se possuem qualquer contato pessoal, como nas organizações criminosas constituídas por meio da internet. Basta, para a caracterização do delito, que a associação seja estável, permanente e voltada para a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional. Revela-se, nesse particular, o fim especial de agir, que se encontra fora do tipo penal especificamente considerado, em norma de natureza complementar (art. 1º, §1º da Lei 12.850/13). Importante apontar que caracterizado o fim especial de agir, não se exige que os crimes visados sejam, efetivamente, executados.

Ainda no que toca ao fim especial de agir, naturalmente os delitos-alvo devem ser dolosos, não se exigindo, necessariamente, que sejam da mesma espécie.

Conforme destacamos anteriormente, para a configuração da organização criminosa **não se exige que todos os agentes sejam conhecidos ou imputáveis**, de forma que a participação de agentes não identificados ou menores de dezoito anos pode ser computada para a caracterização do número mínimo de quatro agentes.

No que toca à conduta, a figura típica pode ser praticada por **ação ou omissão**, como no caso do delegado de polícia que deixa tomar providências quando descobre a existência da organização criminosa e nada faz para impedir suas ações criminosas porque possui interesse no aumento da criminalidade para tomar a posição de Delegado Regional. O crime pode ser praticado sob a modalidade dolo direto e exige o especial fim de agir marcado pela expressão “para o fim específico de cometer de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional”. O tipo penal não prevê a forma culposa.

O delito de organização criminosa é concebido pela doutrina majoritária como crime formal e consumação antecipada.

A solução do nexo de causalidade pela teoria **da imputação objetiva** não diverge da doutrina tradicional. Os agentes que se associam, em número de quatro, em entidade criminosa estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, com o fim específico de cometerem infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a quatro anos, criam um **risco juridicamente desaprovado** para o bem jurídico paz pública. Por sua vez, **o risco** criado com a violação da norma **materializa-se no resultado** exposição a perigo abstrato, sendo certo que esse se encontra dentro do **alcance do tipo**.

Por fim, a estrutura do tipo penal completa-se com a tipicidade, expressamente consignada no art. 2º, c/c art. 1º, §1º, da Lei 12.850/13.

6.4.6 Figura equiparada

Art. 2º. (...)

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem impede ou, de qualquer forma, embaraça a investigação de infração penal que envolva organização criminosa.

A figura equiparada tem como bem jurídico protegido a Administração da Justiça e se revela, em nossa compreensão, como crime material, vez que o núcleo verbal típico – impedir ou embaraçar – pressupõe a produção de resultado naturalístico, qual seja, o de impedir, atrapalhar ou prejudicar a investigação de infração penal que envolva organização criminosa. Conforme assinalado pelo Superior Tribunal de Justiça:

(...) “o verbo atrai um resultado, ou seja, uma alteração do seu objeto. Na hipótese normativa, o objeto é a investigação que, como já dito, pode se dar na fase de inquérito ou na ação penal. Ou seja, haverá a consumação pelo embaraço à investigação se algum resultado, ainda que momentâneo e reversível, for constatado”⁴.

O embaraçamento pode ser realizado por meio de diversos comportamentos, como a ameaça a testemunhas, destruição de documentos e prática de crimes contra a administração pública, a exemplo da corrupção ativa, entre outras formas.

A expressão “de qualquer forma”, prevista na figura típica, foi declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 5567/DF, DJe 09.02.24:

4. Resp 1817416, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 03.08.21.

A utilização de termos mais abertos pelo legislador foi necessária para amoldar as condutas de "impedir" e "embaraçar" às alterações sociais cada vez mais rápidas, especialmente daqueles que, de qualquer forma, pretendem "obstruir" as investigações que envolvam organizações criminosas (o bem jurídico tutelado é a administração da justiça). O elemento normativo "de qualquer forma", todavia, deverá ser devidamente analisado no caso concreto, seja para eventual instauração de inquérito policial, seja para posterior oferecimento da denúncia. Assim, em razão do tipo penal indicar, de forma clara, a definição do bem jurídico tutelado (administração da justiça), do sujeito ativo da conduta (qualquer pessoa, portanto crime comum), do sujeito passivo da conduta (o Estado) e dos verbos núcleos do tipo (impedir ou embaraçar), tudo com o objetivo de obstruir investigação de infração penal que envolva organização criminosa, a tipificação do crime previsto no §1º, do art. 2º, da Lei n. 12.850/13, não padece de qualquer inconstitucionalidade material.

Não obstante a figura típica tenha se referido à "investigação de infração penal que envolva organização criminosa" como objeto, contemplando inquéritos policiais e procedimentos de investigações criminais pelo Ministério Público, há que se compreender, no seio do objeto, as ações penais em curso. Nesse sentido está o STJ:

(...) A tese de que a investigação criminal descrita no art. 2º, § 1º, da Lei n. 12.850/13 cinge-se à fase do inquérito, não deve prosperar, eis que as investigações se prolongam durante toda a persecução criminal, que abarca tanto o inquérito policial quanto a ação penal deflagrada pelo recebimento da denúncia. Com efeito, não havendo o legislador inserido no tipo a expressão estrita "inquérito policial", compreende-se ter conferido à investigação de infração penal o sentido de persecução penal, até porque carece de razoabilidade punir mais severamente a obstrução das investigações do inquérito do que a obstrução da ação penal. Ademais, sabe-se que muitas diligências realizadas no âmbito policial possuem o contraditório diferido, de tal sorte que não é possível tratar inquérito e ação penal como dois momentos absolutamente independentes da persecução penal. (HC 487.962/SC, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, 5ª Turma, DJe 07/06/19.

6.4.7 Causas de aumento de pena

Art. 2º. [...]

§ 2º As penas aumentam-se até a metade se na atuação da organização criminosa houver emprego de arma de fogo.

§ 3º A pena é agravada para quem exerce o comando, individual ou coletivo, da organização criminosa, ainda que não pratique pessoalmente atos de execução.

§ 4º A pena é aumentada de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços):

I – se há participação de criança ou adolescente;

II – se há concurso de funcionário público, valendo-se a organização criminosa dessa condição para a prática de infração penal;

III – se o produto ou proveito da infração penal 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.

As causas de aumento de pena foram previstas nos §§2º e 4º do art. 2º da Lei 12.850/13, merecendo destaque, contudo, a impropriedade técnica do §3º do mesmo dispositivo.

Ao analisarmos a sistemática penal vigente, é assente na doutrina e jurisprudência pátria que as causas de aumento de pena, que incidem na terceira fase da dosimetria da pena, devem possuir ao menos um patamar de aumento, mínimo ou máximo. De forma objetiva e exemplificativa, o §2º do dispositivo em análise nos mostra que as penas serão aumentadas até a metade se na atuação da organização criminosa houver emprego de arma de fogo. Nítidamente, trata-se de causa de aumento de pena em razão da previsão expressa de patamar de aumento.

O §3º, ao não prever o *quantum* de aumento, seja por omissão, hipótese que acreditamos, ou escolha legislativa, deve receber o tratamento de agravante, a ser aplicada na segunda fase da dosimetria da pena. Ocorre que o art. 62, I, do Código Penal já prevê que a pena será ainda agravada em relação ao agente que promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes, de forma que o magistrado, ao fixar a pena intermediária, não poderá aplicar ambos os dispositivos, sob pena de *bis in idem*.

Superada a questão e fixado o entendimento de que a previsão do §3º se trata de agravante e não causa de aumento de pena, vejamos, separadamente, as causas de aumento previstas nos §§2º e 4º:

- a) **emprego de arma de fogo:** nos termos do §2º, as penas aumentam-se até a metade se na atuação da organização criminosa houver emprego de arma de fogo. A utilização de armas de fogo no seio de uma organização criminosa potencializa o risco das atividades da entidade, merecendo uma sanção mais gravosa pelo desvalor da conduta. O emprego de arma