



Cezar Bitencourt: Não se aplica a majorante em crime de lavagem de dinheiro

A concepção teórica do que vem a ser uma organização criminosa é objeto de grande desinteligência na doutrina especializada^[1], 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 repressoras, a uma “organização criminosa”. Aboliram, nesses crimes, a figura do concurso eventual de pessoas. Nem mesmo na 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 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 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 quatro anos ou que sejam de caráter transnacional” (Artigo 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 2013^[2], 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 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 quatro anos, ou que sejam de caráter transnacional” (artigo 1º, parágrafo 1º).

Nessa conceituação são trazidos novos elementos estruturais tipológicos definindo, com precisão, o número mínimo de integrantes de uma organização criminosa, qual seja, quatro 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. 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, “a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a quatro anos” (artigo 1º, parágrafo 1º).

O texto revogado da lei anterior (12.694/12) previa crimes com pena igual ou superior a quatro anos” (artigo 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.

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^[3] recepcionados por nosso ordenamento jurídico. Nesse sentido, o parágrafo 2º do artigo 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 de reclusão, justificada pelos compromissos assumidos pelo Brasil via Tratados e Convenções Internacionais.

A rigor, a formação ou constituição de organização criminosa para fins de praticar crimes, indiscriminadamente, facilita a quem se reúne de forma estruturada, organizada e dedicada a delinquir, possibilitando a obtenção de maior efetividade no desenvolvimento da ação criminosa; consequentemente, pode assegurar melhores resultados, tornando a prática de crimes uma atividade lucrativa.

Visto sob essa ótica, constata-se que a gravidade da atuação por intermédio de organização criminosa destinada a prática de infrações mais graves é o fundamento do qual se utiliza o legislador contemporâneo para agravar, cada vez mais, a penalização dessas condutas.

Ao internalizar o conceito de organização criminosa, no entanto, o legislador condicionou que a sua finalidade seja a prática de infrações penais sancionadas com reclusão superior a quatro anos. Sob essa perspectiva deve-se reconhecer que a atuação por intermédio de organização criminosa ostenta maior desvalia da ação delituosa, justificando o incremento de sua punição.

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

Alguns doutrinadores^[4], v. g. Rômulo de Andrade Moreira^[5], 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 12.694/2012) em três aspectos, 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 grau e a segunda (Lei 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”[\[6\]](#).

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 parágrafo 1º do artigo 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 parágrafo 1º do artigo 1º da Lei 12.850/2013 revogou, a partir de sua vigência, o artigo 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”. Ademais, a lei posterior disciplina o instituto organização criminosa, de forma mais abrangente, completa e para todos os efeitos. 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 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...”[\[7\]](#). 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 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 artigo 2º, como crime autônomo, e por primeira vez em nosso ordenamento jurídico, o crime de formação e participação em organização criminosa^[8], cujo texto não comentaremos neste espaço, por que não se destina a essa finalidade. No entanto, resulta claro que organização criminosa definida no parágrafo 1º do artigo 1º desta Lei 12.850 não se confunde com quadrilha ou bando (artigo 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”.

Por outro lado, 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 quadrilha ou bando, agora definida como 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, em outros termos, 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 seguintes termos: “Artigo 288. Associarem-se três ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes: Pena – reclusão, de um a 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”. E, 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.

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, na ótica do legislador, a cominação de uma pena de reclusão de três a oito anos, na ótica do legislador, ao passo que a quadrilha ou bando, agora, associação criminosa, tem pena cominada de um a três anos de reclusão.



Lavagem de dinheiro e formação de organização criminosa

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 artigo 2º da Lei 12.850/2013, e, especialmente, a incidência da causa de aumento de pena^[9] (parágrafo 4º do artigo 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, 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 parágrafo 4º do artigo 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 bando^[10]. 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 (parágrafo 4º do artigo 1º), quando da realização do crime de lavagem de capitais, e outra pela configuração do crime de organização criminosa (artigo 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 artigo 2º da Lei 12.850/2013. Esse nosso entendimento encontra respaldo no conflito aparente de normas, sob a ótica do princípio da especialidade^[11], aplicando apenas uma das duas punições, ou seja, somente a lavagem de capitais com sua respectiva causa de aumento (parágrafo 4º do artigo 1º da Lei 9.613), qual seja, cometida “por intermédio de organização criminosa”.



Em outros termos, pode-se concluir, a causa especial de aumento constante do parágrafo 4º, do artigo 1º da Lei 9.613/98, deve ser interpretada da seguinte forma: são puníveis de forma mais rigorosa os atos constitutivos de lavagem de dinheiro, quando feitos por intermédio de organização de 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 quatro anos, ou que sejam de caráter transnacional. Agora, mais do que nunca o Supremo Tribunal Federal deverá ficar atento à distinção tipológica entre organização criminosa e associação criminosa (artigo 288 do Código Penal), 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: responde simplesmente em concurso pelos crimes de lavagem de dinheiro e por integrar determina organização criminosa ou associação criminosa, dependendo do caso, sem aplicar a majorante do parágrafo 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 (artigo 288 do Código Penal), 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 .

[1] Confira a esse respeito a coletânea de estudos publicados em Juan Carlos Ferré Olivé e Enrique Anarte Borrillo (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.

[2] Publicado no DOU de 5.8.2013 – Edição extra

[3] 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.

[4] 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: . Consultado em: 14.08.2013.

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



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

[7] Rômulo de Andrade Moreira. A nova lei de organização criminosa, cit. p. 20.

[8] 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. . (...)

[9] § 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](#))

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

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

Date Created

26/08/2013