



Mário Pedro Martins da Assunção Seixas Meireles

Da Associação Criminosa à Criminalidade Organizada no Ordenamento Jurídico-Penal Português

Tese de Doutoramento em Direito, Ramo Ciências Jurídico-Criminais, orientada pela Professora Doutora Anabela Miranda Rodrigues
e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Junho/2017



UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Dedicatória

Na memória, à minha doce Mãe..., que hoje me faz sentir e saber, como nunca, que somos vida e ausência...

Na minha vida, à Ana e aos nossos maravilhosos filhotes Matilde e João Pedro, a quem pertenço.

No exemplo, a todos os que se não resignam e imaginam e constroem..., e, com o seu esforço, fazem do nosso um Mundo melhor.

Para meu Pai e minha Irmã: estamos mais sós.

*Que homem nunca transgrediu a Tua Lei? Diz-me!
Uma vida sem pecado, que gosto tem? Diz-me!
Se punes com o mal o mal que eu te fiz,
Qual é a diferença entre Tu e eu? Diz-me!*

Omar Khayyam

Resumo

No trabalho que agora apresentamos pretendemos fazer o enquadramento do tipo de crime da associação criminosa e do conceito de criminalidade organizada no ordenamento jurídico português.

Faremos uma abordagem histórico-normativa do tipo de crime da associação criminosa no nosso ordenamento jurídico-penal (antes chamado de associação de malfeitores), aproveitando, nesse caminho, para obter respostas que se revelem relevantes para a sua compreensão nos dias de hoje.

A interligação entre a associação criminosa e a criminalidade organizada surgirá neste estudo como que fruto de uma inevitabilidade, dado que uma é sintoma da outra, muito embora, como veremos, tenham e devam ter uma conceitualização distintas. Essa interligação é desde logo revelada pela análise comparatística que teremos oportunidade de realizar. Uma age no campo da outra, muito embora se deva concluir que ambas actuam em áreas criminológicas divergentes e, portanto, também devem, em consequência, ter áreas normativas não sobreponíveis.

Na busca de um sentido jurídico-penal para o conceito de criminalidade organizada, optamos, como ponto de partida, por abordar a perspectiva de Figueiredo Dias, fazendo a respectiva apreciação crítica e logo em seguida tentaremos discernir o conceito implícito que pode ser colhido na Convenção de Palermo e na Decisão-Quadro 2008/841/JAI, de 24 de Outubro. O conceito de rede criminosa surgirá como um relevante factor de “emancipação” do conceito de criminalidade organizada.

Faremos uma análise do conceito típico da associação criminosa, acentuando a importância do sub-conceito de associação/grupo/organização, que congrega, de forma simultânea, as dimensões objectiva e subjectiva, cuja alusão à fenomenologia criminológica assumirá um relevante papel definidor. De forma a melhor ser apreendido

o conceito de associação criminosa enquanto tipo legal de crime, faremos a sua confrontação com figuras próximas, de natureza diversa entre si, como seja as de participação criminosa, bando, rede criminosa e, repescando o que já entretanto teremos deixado mais claro ao longo do estudo, de criminalidade organizada.

Dedicaremos a nossa atenção ao conceito complexo de “autor” subjacente ao tipo legal de crime da associação criminosa, tentando discernir os diversos níveis que decorrem da redacção típica, sendo certo que a redacção do texto legal parece fazer integrar naquele o conceito de “cúmplice”.

Na última parte do nosso trabalho faremos uma busca pelo sentido constitucional do conceito de criminalidade organizada, a partir da alusão literal que é feita no texto da nossa Constituição; tentaremos encontrar na CRP um critério material de aferição da criminalidade organizada.

Por fim, e partindo da análise detalhada do texto inaugural da corrente doutrinária *Feindstrafrecht* de Jakobs, em 1985, cujo objecto tem no tipo de crime da associação criminosa um dos seus melhores exemplos (se outro motivo não houvesse este seria determinante), apreciaremos tal corrente doutrinária, bem como as críticas que lhe são dirigidas, analisaremos a sua evolução e tentaremos encontrar um sentido útil para o enquadramento da temática que abordamos.

Abstract

This research aims at framing the type of crime of criminal association and the concept of organized crime in the Portuguese legal system.

In terms of methodology, we will utilise a historical and normative approaches in order to characterise the type of crime of criminal association (formerly called the *associação de malfeitores*) in the Portuguese criminal-legal system, taking this route to obtain answers that are relevant to its understanding nowadays.

The interconnection between the criminal association and organized crime will appear in this study as result of an inevitability, since one is a symptom of the other, although, as we shall see, they have and should have different conceptualizations. This interconnection is revealed by the comparative analysis that we will have the opportunity to accomplish. One acts in the field of the other, although it must be concluded that both act in different criminological areas and, therefore, must also have non-overlapping normative areas.

In the search for a juridical-penal sense of the concept of organized crime, we have chosen to approach Figueiredo Dias's perspective as a starting point, making their respective critical appraisal, and then we will try to discern the implicit concept of organized crime that can be gathered in the Convention of Palermo and in the Council Framework Decision 2008/841/JHA of 24 October. The concept of “criminal network” will emerge as a relevant factor for the "emancipation" of the concept of organized crime.

We will analyze the typical concept of criminal association, emphasizing the importance of the sub-concept of association/group/organization, which simultaneously brings together the objective and subjective dimensions, whose allusion to criminological phenomenology will assume an important definitive role. In order to better understand the concept of criminal association as a legal type of crime, we will confront it with

figures close to each other, such as those of criminal co-participation, gang, criminal network and, in the meantime, as it made clear throughout the study, of organized crime.

We will devote our attention to the complex concept of "author" underlying the legal type of crime of the criminal association, trying to discern the different levels that arise from the typical wording, being certain that the wording of the legal text seems to make integrate the concept of “accomplice”.

In the last part of this research we will look at the constitutional sense of the concept of organized crime, as it was put forward in the Portuguese Constitution with the ultimate goal of finding in the Portuguese Constitution a material criteria for measuring organized crime.

Finally, starting from the detailed analysis of the inaugural text of Jakobs's doctrinal current *Feindstrafrecht*, in 1985, whose object has in the criminal association one of its best examples (if there were no other motive, this would be decisive); we will critically review its evolution and will, through it, try to propose a useful meaning for the framing of the thematic that we address in this study.

Da Associação Criminosa à Criminalidade Organizada no Ordenamento Jurídico-Penal Português

Apresentação

I - O direito penal é um ramo do direito cuja função essencial é contribuir, ao prever a punição de certos comportamentos, para o seu desenvolvimento em sociedade, com salvaguarda assim dos bens jurídicos essenciais à convivência social, sempre que outros ramos do direito, através da sua carga impositiva própria, não permitam concretizar tal objectivo.

É a sociedade que exige do direito penal respostas concretas e permanentes no sentido da referida salvaguarda dos bens jurídicos essenciais.

O sentido do desenvolvimento social, económico e cultural ao longo da História é o resultado de uma relação biunívoca entre o *real* e a *ciência*: ambos são factores de desenvolvimento mútuo.

Somos fruto do passado e vivemos permanentemente o futuro: no momento histórico em que escrevemos fixamos a nossa realidade, beneficiando do seu último desenvolvimento. Somos assim beneficiários do futuro, que é sempre passado, pois está sempre a chegar e a partir.

A medida da distância entre passado e futuro é o instante.

O caminho que agora nos propomos fazer terá sempre esta consciência intrínseca: tentamos “agarrar” o presente, o mais próximo possível do futuro que chega, mas com a estrita consciência da nossa inescapável desactualização. Os tempos da leitura, da reflexão e da escrita são demasiado longos para podermos acompanhar a realidade na sua dinâmica; temos essa noção, mas nessa circunstância estamos bem acompanhados... É

este sentimento de comunhão com todos os que reflectem sobre o nosso Mundo, e nos servem de exemplo, que nos permite assim este salto em busca do *devir* permanente da vida, circunscrito embora ao âmbito microscópico do nosso tema.

A temática que escolhemos para nosso estudo traduz, de forma clara, um olhar sobre o presente que se tornou consistente; um presente histórico sempre dinâmico, caracterizado, sob o ponto de vista da fenomenologia criminal, por uma criminalidade que acompanhou esse tal futuro, mas que coexiste com os fenómenos criminosos do passado, bem mais consistentes nos seus contornos dogmáticos.

Será que o direito penal produzido à luz do fenómeno criminal passado permite enquadrar este “futuro”? Será que os quadros teóricos fundamentais relativos aos institutos fulcrais do direito penal – como as noções de *facto*, *autoria*, *comparticipação*, *imputabilidade*, *culpabilidade*, etc. – permitem responder às novidades oferecidas pelo [e ao] ser humano na sua – actual – relação com o Mundo?

A *realidade virtual* é uma tónica vibrante no nosso tempo histórico e promete ser uma constante histórica: veio para ficar, promete intensificar-se e traduz mesmo já «uma nova cultura, a *cultura da realidade virtual*» (CASTELLS).

Quando nos referimos à *realidade virtual* fazemos alusão, de modo naturalmente impreciso, ao mundo sem espaço nem distância, ligado por milésimos de segundo, ao *facto* sem matéria, ao objecto sem tacto, ao mundo de trocas virtuais – mas bem reais! – de informação de natureza e quantidade incomensuráveis.

É de tal modo frenético este futuro vivido no presente que tudo é posto em causa, tudo é discutido e discutível; surge como inevitável tudo pôr em causa à luz desta [nova] realidade.

Estamos, porém, longe de poder permitir a ideia de que tudo seja efectivamente posto em causa; há que abrir a porta ao *pensamento conservador*; este surge, neste nosso

tempo histórico, como “pensamento progressista”: é aparente a contradição. A dinâmica do *dever histórico*, propiciado naturalmente pela tecnologia e por esta potenciado sem aparente limite, pode levar à tentação de querer criar um *novo mundo*, na afirmação de que o “antigo” já não serve. À aldeia mais recôndita chega o *wireless*, mas este, pelo que congrega de simbólico, por muito que propicie aproximar a aldeia do resto do mundo – e a muitos níveis coloca a aldeia no centro do mundo, onde o *eu* que aí vive é tão beneficiário da tecnologia como o cidadão da metrópole mais cosmopolita –, não pode ter o efeito de a “apagar”, de a descentrar de tal modo que surja como uma realidade absolutamente anacrónica: querer manter a aldeia no mundo – real/fático – revela uma vontade conservadora, e de progresso, no sentido em que se quer salvaguardar um fenómeno que os mais optimistas deste *novo mundo* quererão apagar para sempre.

[...]

These are the days of miracle and wonder

This is the long distance call

The way the camera follows us in slo-mo

The way we look to us all

The way we look to a distant constellation

That's dying in the corner of the sky

These are the days of miracle and wonder

And don't cry baby, don't cry

Don't cry

(The boy in the bubble)

Paul Simon

Intrínseco está, a este nosso excuro, um certo sentimento de oposição ao excessivo relativismo dos novos tempos, que vive muito da permanente negação da necessidade das instituições do passado (sociais e familiares), por estarem desadequadas a este futuro avassalador. Mas será assim? Será que vivemos um novo mundo sem passado? Seria aquele possível sem este? A retórica das perguntas, em tom *naive*, permite atingir o argumento limite e óbvio e que passa pela afirmação da inevitável influência do passado neste futuro enunciado no presente e, além disso, permite afirmar a essencialidade desse mesmo passado na definição deste futuro, que se traduz no mundo presente. No essencial é disto que falamos e queremos falar.

Transpondo para o direito penal, tentaremos perceber como é que [ele] pode continuar a responder à tal realidade, cuja definição global nem sequer ousamos buscar, bastando-nos a noção da sua complexidade. E a *complexidade* é a tónica, é o *húmus* condicionador da nossa vida; é esta complexidade que irá dominar o nosso discurso, que no entanto queremos o mais simples possível.

Não que isto signifique ser o Passado algo linear ou um objecto de estudo rudimentar; não que isto signifique uma qualquer consciência redutora das tão difíceis conquistas obtidas ao longo da História.

O Passado foi sempre Futuro.

É certo que tendemos a não sentir tanto o que nos é distante; tais conquistas, uma vez obtidas, neste espírito predador de sempre querer mais e melhor – tão típico da natureza humana –, tornam o objectivo alcançado em objectivo passado. Não queremos e não podemos apagar esse Passado. Mas somos obrigados a olhar o Presente com os olhos no Futuro e só essa motivação justifica a abordagem desta, ousamos a caracterização, *nova complexidade*.

Inevitável é, porque do nada nada pode advir, que venhamos a recorrer a todos os

contributos de que formos capazes para sustentar o que viermos a analisar e concluir. A ponte fica assim assegurada e os seus pilares serão os mais sólidos que pudermos e soubermos construir.

O Passado vive no Futuro e a noção deste só é logicamente possível por recurso ao seu oposto. Para não sermos acusados de um certo delírio discursivo, avancemos no argumento...

II - O estudo da criminalidade organizada, no ordenamento jurídico-penal português tem a sua âncora fundamental, mas longe de ser exclusiva, no tipo de crime de “associação criminosa”.

Iremos abordar este tipo de crime a partir da visão – e com a intencionalidade – de quem pretende narrar a sua implicação com o Direito Penal ou, num sentido mais amplo, com a Ciência Criminal, integrando assim uma apreciação de natureza substantiva, processual, político-criminal e criminológica (sendo, por ora, aleatória a ordem dos factores).

Para se poder chegar a “um sentido proposicional”, tem de se considerar quer a vertente externa – isto é, a realidade que a publicita, que a possibilita, que a exterioriza, portanto, “o fenómeno” –, quer a vertente interna – isto é, as principais orientações doutrinárias que o conformam –, as quais, necessariamente, têm efeitos ao nível das propostas ou conclusões a tirar.

Por outras palavras: neste estudo sobre a “associação criminosa” no seio da “criminalidade organizada” não podemos deixar de fazer – ou, talvez melhor, supor – uma análise externa à Ciência Criminal, embora sem descurar que nos movemos na área da Ciência do Direito e não em outras áreas das ciências humanas ou sociais, como a Sociologia e, portanto, com a [uma] intencionalidade própria de quem quer filtrar a

fenomenologia do crime para, expurgando as suas particularidades factuais, apontar as suas notas/linhas de actuação essenciais, com o desvendar dos seus agentes e das suas vítimas. Será uma análise transversal ao nosso trabalho.

Revelada essa perspectiva – dentro do qual se porão em debate respostas ou enquadramentos doutrinários relativos à análise desses fenómenos, de natureza não exclusivamente jurídica –, faremos a análise das respostas dadas pela doutrina em relação à produção do fenómeno “criminalidade organizada”. Esta vertente da análise doutrinal é muito complexa. A complexidade deriva da circunstância de ser imensa e variada a doutrina produzida estritamente a respeito do fenómeno em estudo, conjugada com a circunstância de vivermos uma crise do direito penal – crise esta afirmada pela mais autorizada doutrina penalista –, para dar resposta, não só à criminalidade organizada, como aos problemas dos [nossos] tempos hodiernos.

Em bom rigor, a crise não é do “direito penal” enquanto produção teórica – repleta de respostas e contra-respostas, numa dialéctica incessante, sinal de vitalidade irrefutável, inabarcável em toda a sua extensão; a crise de que se fala é a do direito penal na sua vertente de resposta concreta – positivada – aos problemas da vida; esta crise atinge um seu limite teórico, a partir do momento [que não é recente] em que se apela ao abolicionismo do direito penal e à sua substituição ou, noutra vertente, embora desembocando na mesma consequência abolicionista, quando se faz uso do direito [penal] legislado como ferramenta – feroz – de combate ao fenómeno criminoso.

Não é a criminalidade organizada a responsável única por esta crise, tanto mais que quem apela ao fim do direito penal o faz com argumentos historicamente já distantes no tempo e contextualizados no âmbito da criminalidade “clássica” comum, a que se associa a própria evolução tecnológica, numa produção de riscos de controlo próximo do insustentável.

Argumentos como a “selectividade arbitrária” do direito penal que assim surge ao serviço da classe dominante contra os mais fracos, em benefício dos mais fortes, sustentam as críticas mais extremadas; o fenómeno da criminalidade organizada, nomeadamente, transnacional, veio hipertrofiar aquelas críticas, embora este fenómeno permita formular apreciações a outro nível, numa primeira linha, não ideologicamente motivadas, e decorrem da simples constatação da inoperatividade relativa do direito penal – enquanto construção dogmática plasmada nas soluções legislativas – para lhe fazer frente.

Esta criminalidade beneficiária da própria da evolução tecnológica explosiva dos últimos anos, se, por um lado, se expandiu no espaço, ameaça perpetuar-se, cimentada numa logística estruturada essencial ao desempenho diversificado da sua actividade criminosa, mas, também, em simultâneo, à sua existência, pois permite a sua permanente mutação, no que surge como uma manobra de “encobrimento” da real actuação, facilitando, noutra perspectiva fulcral, a troca do ilícito pelo lícito: vende-se a droga a 20.000 quilómetros do local onde se aplica o lucro proveniente dessa venda, por exemplo, em investimentos na área do imobiliário, do mercado de capitais, da arte, das actividades desportivas, do jogo, *etc.*, isto é, nas mais variadas áreas da economia global.

Supomos, nesta criminalidade de grandes meios, uma racionalidade na sua actuação, pelo que, *prima facie*, a obtenção do lucro é o seu escopo essencial, a partir do qual se satisfazem outros objectivos sociais de ascensão social e política.

É claro que temos, a par desta – racional – criminalidade organizada, uma outra, de cariz ideológico e religioso, com a sua racionalidade própria, de obediência à sua “política” de afirmação pelo terror, como modo de fazer subjugar os que encara como inimigos; há, todavia, que ter presente que a interconexão de ambos os fenómenos criminosos é cada vez mais evidente.

Se, de um ponto de vista fenomenológico, estas duas dimensões da criminalidade organizada se podem revelar distintos, já de um ponto de vista do seu enquadramento teórico e do seu controlo efectivo, a resposta, por parte das sociedades contemporâneas de raiz democrática, revela-se sensivelmente idêntico, igualmente necessária e imprescindível, sobretudo se devidamente coordenada. Porém, também é verdade que esta fenomenologia não se pode mostrar indiferente perante os quadros conceituais delimitadores da natureza da reacção a produzir nomeadamente no momento concreto da aplicação da pena; é neste quadro global que teremos de, forçosamente, apreender os impulsos internacionais – vastos, aliás – no sentido de tornar possível um seu controlo.

Esta análise legislativa – em si mesma considerada, mas também na sua relação com os ordenamentos de cada Estado – é também ela própria uma outra fonte para podermos fazer uma aproximação ao fenómeno.

Há, noutro sentido, apesar da premente necessidade de obter respostas, que ter presente o sentido “histórico” do problema, sendo, diríamos, surpreendente a actualidade que o tema vem assumindo há mais de um século.

Porque o sentido e a ordem das coisas se colhe, desde logo, na História, será por aqui que iniciaremos este trabalho, ainda que de cariz estritamente normativo, nunca deixando, no entanto, de o ter presente ao longo do percurso.

Focaremos a nossa atenção sobretudo na legislação portuguesa, numa tentativa de obter um panorama geral – ele próprio indicativo dos problemas e das soluções encontradas a cada passo – relativo a uma temática cuja complexidade é inegável, não só em si mesma, mas também quando perspectivada em relação ao próprio sistema, com assinaláveis incoerências, opções discutíveis, mas que, sobretudo, reflectem uma “vontade” político-criminalmente condicionada: de resolver um problema maior, colocado à sociedade, de uma alarmante criminalidade, que foi

impondo/provocando/predispondo soluções legislativas, a cada momento, nem sempre do modo mais correcto ou coerente.

Nesta perspectiva, a análise histórica nacional do modo como foi encarada, sob o ponto de vista da sua construção legal, a associação criminosa, a partir dos diversos tipos legais, diacrónica e sincronicamente em vigor, permitir-nos-á ter o “pano de fundo” sobre o qual faremos a análise dos problemas colocados – e a colocar – sobre o “fenómeno” tal como está em vigor no nosso ordenamento jurídico-penal.

Será assim uma “visão” histórica que está muito longe de se querer bastar a si própria, mas antes tem o intuito de permitir uma visão-de-base ou panorâmica, sob o ponto de vista, sobretudo, da concretização legal, da forma como o problema foi sendo colocado e resolvido.

O alvo da nossa investigação é, essencialmente, neste primeiro momento deste trabalho o direito legislado ao longo do tempo – portanto, o *direito* é assim convolado em *objecto*, que se foi dando a conhecer ao longo dos anos, aparecendo ele próprio como *fenómeno* susceptível de descrição e análise; aproveitaremos, quando os temas se forem “impondo”, para ir sinalizando diversos problemas que tenham uma relação directa com a nossa temática central e, nessa medida, este *momento histórico* não nos inibirá de retirar ilações que consideremos válidas para os dias de hoje. Pretendemos assim uma análise histórica dinâmica, referindo-a, sempre que possível, a um *presente* que tem na *história* a *causa* maior.

Assim, ainda no âmbito do nosso – luso – direito penal sinalizaremos as influências internacionais directas de que foi alvo, quer no âmbito da União Europeia, quer no âmbito mais vasto da Organização das Nações Unidas, que assim se repercutiram em concretas produções legislativas.

Adquirido um sentido histórico-normativo do tipo legal da associação criminosa

mais apurado, num segundo momento do nosso estudo, debruçar-nos-emos com mais pormenor sobre o seu conceito típico-legal e, em simultâneo, fruto de uma inelutável dialéctica, faremos o seu confronto (enquanto conceito em si mesmo, mas também por força da análise dos seus elementos típicos) com o conceito de *criminalidade organizada* o que, por sua vez, nos obrigará a fazer uma análise de direito comparado e, dentro deste, de pendor histórico, até que se imporá responder, de modo positivo, à questão da necessidade da afirmação do *conceito jurídico-penal da criminalidade organizada* que, como veremos, podemos discernir a partir de diversos diplomas legais, nacionais e internacionais.

Desta discussão resultará, por sua vez, a necessidade de nos confrontarmos com a emergência de um fenómeno real/fáctico, cuja existência se impõe ao direito penal enquanto ciência, e o obriga a problematizar: o conceito de rede; este, por si só, implicará a necessidade de questionar os conceitos clássicos subjacentes ao tipo legal de associação criminosa e terá repercussões ao nível do que deva ser assimilado como “conceito jurídico-penal de criminalidade organizada”, assumindo-se como um *critério outro* para a sua concretização.

Nesta discussão abordaremos entretanto a relação dialéctica entre a noção de associação criminosa e a de outros institutos que lhe são próximos (e permitem ou contribuem para a sua densidade conceitual própria) e assim a delimitam, como sejam as noções de comparticipação criminosa, de bando e, num sentido mais estrutural – na linha da conceitualização já adquirida pela doutrina, no âmbito da distinção entre o direito penal individual e o direito penal associativo, de grupo ou organização –, delineando os seus pontos de aproximação e afastamento com o instituto da responsabilidade penal das pessoas colectivas.

No último momento do nosso trajecto tentaremos encontrar na Constituição da

República Portuguesa o/um sentido para o conceito de criminalidade “altamente” organizada enquanto sede por excelência das garantias do Estado de Direito Democrático, partindo das suas referências linguísticas expressas e das *motivações* do legislador constituinte para a sua introdução no texto constitucional. Na sequência desse caminho, propiciar-se-á a busca de sentido – se é que algum sentido podemos discernir nessa corrente doutrinária – relativamente ao Direito Penal do/para/contra o Inimigo, enquanto resposta por si só e, nessa medida, com um sentido proposicional e como fonte inspiradora de um *certo* Direito Penal, e/ou enquanto mera descrição do Direito Penal que temos actualmente [e porventura com refrações mais antigas] nas sociedades democráticas, que se vêem obrigadas a reagir perante formas muito agressivas de cometimento de crimes, com um valor desconstrutivo inegável. Se qualquer crime põe sempre em causa a organização social e a obriga a criar mecanismos de reacção adequados à agressão sofrida, é unânime que, em si mesmos, não podem sacrificar [de forma desproporcionada] os valores protegidos para todos e se mostram devidamente proclamados em todos os textos legislativos fundamentais, internos e internacionais. No entanto, há, no tempo presente da nossa História, uma fenomenologia criminoso com uma dimensão tal, com um papel desequilibrador de tal ordem, que tem obrigado, quer ao nível interno de cada Estado, quer ao nível das diversas organizações internacionais, a incrementar outras formas de acção, outras formas de reacção, as quais, por sua vez, põem inelutavelmente em causa valores defendidos pelas nossas sociedades cuja compatibilização com as suas profundas raízes humanistas entendemos ser o maior desafio teórico que se coloca ao Direito Penal. E essas reacções são já Direito-concretizado e não meramente teorizado. Urge assim fazer uma busca pelo seu sentido.

Apontamento breve sobre o princípio e o objectivo

A fragmentariedade é uma tónica fundamental do Direito Penal.

Este estudo assume, à partida, essa característica inelutável e, por isso, será fragmentário.

A porosidade do seu resultado é intrínseca à matéria que se pretende abordar. O Mundo a que se dirige envolve muitos outros Mundos, relativamente aos quais, se não completa e lamentavelmente ignorados – por força da natureza das coisas! –, poderá sobrar uma referência quase etérea. Outros serão vistos de longe... Os que pudermos ver mais ao perto são os que nos tiverem surgido por *acidente* de percurso. Não os escolhemos. Seremos escolhidos, tal a sua força.

Que o nosso percurso sirva de pretexto para outros percursos...e teremos atingido o nosso objectivo.

«E de todas as sciencias a mais inesgotável é a do próprio homem. É por querer tudo concentrar em si, é por se considerar como a alma e agente de um vasto systema, que consente em lançar sobre os objectos que o cercam um olhar escrutador e profundo. Mas não lhe é dado levantar senão um canto do véu. Novo iniciado nos sublimes mysterios, pára, como o neophyto, ao liminar do templo; ouve a harmonia que se eleva do santuário, mas não pôde juntar-lhe a sua voz. Os seus trabalhos são pouco, a sua vida é fugitiva; mas outros tentarão o que elle não pôde fazer, outros completarão o que elle apenas esboça, a outros mais

*felizes, enfim, será concedido o que o tempo lhe
recusa.*

Vivite felices quibus est fortuna peracta!

Dabit Deus his quoque finem»

Levy Maria Jordão, in *Codigo Penal
Portuguez, Relatório da Comissão*, Tomo I, 1861,
p. 174.

Parte I: Uma perspectiva histórico-normativa da Associação Criminosa.

Capítulo I – Perspectiva histórico-normativa nacional. Secção I – Breve contextualização. Secção II – Nos Códigos Penais. 1. O Código Penal de 1852, aprovado por Decreto de 10 de Dezembro. 2. O Código Penal de 1886, aprovado por Decreto de 16 de Setembro. 2.1 Do Crime Continuado. § 1. Colocação do problema. § 2. Crime continuado e o crime de crime de associação criminosa: sua contradição. 3. O projecto de Código Penal de 1861. 4. O Código Penal de 1982. Secção III – O crime da “associação criminosa” noutros diplomas legais. 1. No âmbito do tráfico de estupefacientes. 1.1 O DL n.º 430/83, de 13 de Dezembro. 1.2 O DL n.º 15/93, de 22 de Janeiro. 1.2.1 Agravação da conduta constante do art. 24.º, al. f) do DL n.º 15/93, de 22 de Janeiro: *actividades criminosas organizadas de âmbito internacional*. 1.2.2 Agravação da conduta constante do art. 24.º, al. j) do DL n.º 15/93, de 22 de Janeiro: o *bando*. 1.2.2.1 O Acórdão do STJ, de 27 de Maio de 2010. 1.3 Breve balanço. 2. No âmbito das Infracções Tributárias. 2.1 O art. 17.º do DL n.º 424/86, de 27 de Dezembro. 2.2 O art. 34.º do DL n.º 376-A/89, de 25 de Outubro (Regime Jurídico das Infracções Fiscais Aduaneiras - RJIFA). 2.3 O art. 89.º da Lei n.º 15/2001, de 5 de Junho. 3. No âmbito da Lei n.º 52/2003, de 22 de Agosto (Lei de Combate ao Terrorismo). 4. No âmbito do regime jurídico relativo à entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros do território nacional. 4.1 O art. 135.º do DL n.º 244/98, de 8 de Agosto. 4.2 O art. 184.º da Lei n.º 23/2007, de 4 de Julho. 5. No âmbito do regime jurídico do Desporto. 5.1 O art. 11.º da Lei n.º 50/2007, de 31 de Agosto. 5.2 O art. 45.º da Lei n.º 27/2009, de 19 de Junho. Secção IV – Outros sinais [processuais-penais] da figura jurídico-penal da associação criminosa. 1. O art. 1.º do Código de Processo Penal, aprovado pelo DL 78/87, de 17 de Fevereiro. 2. A Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro. Capítulo II – Os contributos internacionais para o conceito de associação criminosa. Secção I – Enquadramento problemático. Secção II – No âmbito da União Europeia. 1. A Decisão-Quadro 2008/841/JAI, de 24 de Outubro relativa à luta contra a criminalidade organizada. Secção III – No âmbito da O.N.U. 1. Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional (Convenção de Palermo). Secção IV – Apreciação conclusiva. Abordagem conclusiva à Parte I.

«A legislação não é obra d'um jacto, nem um edificio levantado num solo novo: é o fructo da experiência de muitos séculos: é o resultado de muitos ensaios lentos, de muitas provas difficeis, de muitas applicações pacientes. A humanidade marcha carregada da experiencia dos seculos: cada geração conduz a sua pedra para o edificio da civilisação, e assim se formam as legislações e todas as instituições, do mesmo modo que as alluviões se formam dos grãos d'areia levados pelas correntes. O legislador modifica mais do que inventa, desinvolve mais do que destroe: e se alguma vez se arroja a voos temerarios, bem depressa a experiência o desengana de que se não infringem impunemente os principios, que o tempo tem consagrado, e que o presente é filho do passado e que ha de ser pae do futuro.»

Basílio Alberto de Sousa Pinto, in *Lições de Direito Criminal Portuguez*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1861, págs. 1 e 2.

Parte I

Uma perspectiva histórico-normativa da Associação Criminosa.

Capítulo I

Perspectiva histórico-normativa nacional

Secção I – Breve contextualização

Encetamos este nosso trabalho com o intuito de alcançar o [um] sentido actual do tipo de crime de *associação criminosa*, partindo do pressuposto de que esse sentido só é verdadeiramente alcançável se tivermos o conhecimento necessário sobre a sua história no nosso ordenamento jurídico-penal, sendo que dessa história faz parte integrante a influência internacional, que está desde sempre presente.

Tentaremos que esta análise histórico-normativa seja algo mais do que uma mera descrição da sucessão dos tipos legais vigentes a cada momento; antes queremos aproveitar para, sempre que entendermos haver pertinência, salientarmos os problemas colocados a cada passo e que são pertinentes para a sua compreensão no tempo presente, adiantando mesmo soluções aplicáveis ao regime penal em vigor da associação criminosa. O que se perderá em sistematização cremos que será compensado com a oportunidade da “descoberta” e terá a virtualidade de poder ser retroactivamente ponderada, numa dimensão do tempo que assim terá relevância para a sua ponderação actual.

Será assim uma análise histórico-normativa que se pretende útil para a discussão do nosso tema no tempo presente, e, desta forma, com um olhar inelutável para o futuro.

Secção II – Nos Códigos Penais

1. O Código Penal de 1852, aprovado por Decreto de 10 de Dezembro

É o nosso primeiro código penal na linha europeia de apoio à codificação, que no início do século XIX dividia «o direito nas duas escolas *histórica e philosophica* (...)»¹.

Inserido no Título III, *Dos Crimes Contra a Ordem e Tranquilidade Publica*, no Capítulo IX, *Dos vadios e mendigos, e das associações de malfeitores*, secção 3.^a, surge o artigo 263.º, cuja redacção é a seguinte:

«Todos os indivíduos que fizerem parte de qualquer associação formada para atacar as pessoas, ou as propriedades, e cuja organização se manifeste por convenção, ou por quaesquer outros factos, serão punidos com a pena de prisão maior temporária com trabalho.

§ 1.º Os que forem auctores da associação, ou nella exercerem direcção, ou commando, serão punidos com trabalhos públicos temporários.

§ 2.º São applicáveis as regras sobre a cumplicidade a todo aquelle que, sendo sabedor da associação, der voluntariamente pousada aos associados, ou os acolher, ou lhes fornecer lugar de reunião.»

¹ Cfr. *Codigo Penal Portuguez, Relatório da Comissão*, Tomo I, Lisboa, Imprensa Nacional, 1861, p. 10, colhendo-se, a fls. 11, uma citação de ODILON BARROT: *Examen du traitè du droit penal de M. Rossi*, Paris, 1856, págs. 143-155, do seguinte teor: «Se os códigos têm o defeito de parecerem tratados, de tenderem a tudo systematisar e definir, não é possível dissimular as vantagens d'esse complexo, d'essa symetria: servem pelo menos para tornar a lei mais comprehensivel a todas as intelligencias, para melhor harmonisar as suas differentes partes, impressionar os espíritos, e vulgarisar nas massas o pensamento do legislador, tornando-o mais familiar aos que devem obedecer-lhe; e quando esta fôra a única vantagem da codificação deveria ser tomada em grande consideração».

«A respeito deste crime a lei não é só repressiva, porque não se limita a punir um acto já por si immoral, é também preventiva; pois tende a prevenir os terríveis efeitos que á sociedade podem resultar desta organização de reuniões de criminosos.²»

Esta norma foi colher a sua inspiração directa nos arts. 265.º a 268.º do Código Penal francês³.

LEVY MARIA JORDÃO, no seu comentário ao Código Penal Português de 1852, analisa o tipo legal, decompondo-o em três elementos essenciais.

O primeiro dos elementos traduz-se na existência de uma associação formada ou organizada, isto é, cuja existência se revele nalgum acto exterior, «para não se punir a simples intenção»⁴; segundo o autor, a *organização* é a essência do crime, dado ser o que lhe dá existência, porque é «o acto externo, que manifesta o perigo de que a sociedade se acha ameaçada.»⁵; na linha de CHAUVEAU, em comentário ao art. 265.º do Código

² Cfr. LEVY MARIA JORDÃO, *Commentário ao Código Penal Portuguez*, Tomo III, Lisboa, 1854, p. 58.

³ «N'este movimento europeu de codificação (consequencia do movimento de reforma, em que tanto influiu a Italia, d'onde partiram as vozes eloquentes de Filangieri e Beccaria) cabe a maior parte á França, a primeira que produziu um modelo de codificação simples e popular, na lingua mais commun e quasi universal, e que nos acontecimentos, que seguiram a sua grande revolução, estendeu a sua acção e poder sobre grande parte dos estados europeus.», assim, *Código Penal Portuguez, Relatório da Comissão*, Tomo I..., cit., págs. 7 e 8; este relatório, cfr. p. 10, n. 1, dá-nos ainda conta do movimento europeu de codificação penal a partir de 1830, nomeadamente, «da Grécia (1833), da Rússia (1833), de Zurich (1835), das ilhas Jónias (1837), de Saxe (1837), de Berne (1839), do Wurtemberg (1839), da Sardenha (1839), do Hanover (1840), de Hesse (1841), de Baden (1845), de Cobourg (1850), da Prússia (1851), de Saxe-Coburg-Gotha (1852), de Áustria (1852), de Portugal (1852), da Toscana (1853) e de Modena (1855).», tendo, em texto, este mesmo relatório, dado conta do Código da Baviera, de 1813, «molde em que foram vasados os da maior parte dos estados allemães», afirmando-se que o «progresso da sciencia tem patenteado os defeitos d'estes dois typos exclusivos, que symbolisam as tendências contrarias, a utilitária e a espiritualista exageradas, mas que tendem a fundir-se n'uma unidade que inspire e anime a nova legislação criminal da Europa», cfr. *ob. cit.*, p. 8.

⁴ Cfr. LEVY MARIA JORDÃO, *Commentário...*, *loc. cit.*

⁵ Cfr. LEVY MARIA JORDÃO, *Commentário...*, *loc. cit.*

francês, a organização existirá quando os seus membros, obrando para um fim comum, se acharem ligados por uma disciplina, com um comando que lhes dê um sentido. À semelhança da previsão francesa, também o legislador português nada refere quanto ao número de indivíduos necessário para a constituição da associação, sendo antes matéria a discutir em julgamento, se os «*indivíduos que compõem a sociedade são ou não em sufficiente numero para constituir a associação de malfeitores, attendendo ao seu fim e ao perigo que della podia resultar ao Estado.*»⁶ «[F]ormula banal, que devia ser banida de uma lei” é declarar que a “*prova [da existência da organização] se faz por meio de convenção ou outros quaesquer factos*»⁷.

Como segundo elemento para caracterizar a “associação de malfeitores” é que esta tenha sido formada para atacar *pessoas* ou *propriedades*, restringindo assim a tais crimes tal conceito e deixando de fora os crimes perpetrados, por exemplo, contra o Estado, o que, já à data, carecia de justificação cabal, merecendo por isso críticas.⁸

⁶ Cfr. LEVY MARIA JORDÃO, *Commentário...*, cit., p. 60; o autor citado dá ainda conta que no art. 441.º da legislação da Sardenha se fixou o número mínimo de cinco elementos como condição essencial para se concluir pela existência da associação.

⁷ BELEZA DOS SANTOS dá conta desta mesma crítica, enquadrando historicamente o problema, e salientando que, de modo a acautelar a própria liberdade de reunião, que o critério legal visava tornar clara a dimensão “activa” da associação, ainda que não necessariamente organizada a ponto de se auto revelar sem dissimulação, antes supondo, naturalmente, o [seu] cuidado em “ofuscar” a sua existência, cfr. “O Crime de Associação de Malfeitores”, in *RLJ*, Ano 70, n.º 2593, n. 1, p. 99.

⁸ É com compreensível perplexidade que LEVY MARIA JORDÃO encara esta limitação do tipo legal, que foi igualmente buscar a sua inspiração à fórmula francesa, assente na lição de CHAUVEAU, autor da *Theoria do Código Penal*: cfr. *Commentário...*, cit., pp. 59 e 60; tendemos, no entanto, a considerar que a circunstância de, no Código de 1852, se prever, como crime, no seu art. 177.º, a realização de reuniões formadas para cometer “*violentamente algum crime*”, ainda que exigindo mais de três indivíduos, permitiria, no espírito do legislador da época, colmatar a lacuna detectada com a restrição do tipo legal do art. 263.º; claro está que os conceitos, logo para a época, de “reunião criminosa” e de “associação de malfeitores” não são coincidentes, e que o factor “permanência” que caracteriza esta última distingue-a da primeira figura, que se caracteriza pela sua “*agregação casual ou momentânea*” – cfr., a este propósito,

Como terceiro elemento, surge a exigência de que o criminoso faça parte da associação, o que não merece, aparentemente, qualquer esclarecimento; há, no entanto, numa análise aos arts. 197.º e 198.º do Código de 1852, uma distinção a fazer no que diz respeito ao que seja o conceito de “malfeitor”; com efeito, o “malfeitor”, para o art. 263.º – portanto, aquele que integra a respectiva associação ou organização – torna-se “criminoso” por força dessa sua integração, que assim se reúne para “*mal fazer*”⁹ e não já por ter sofrido qualquer condenação anterior, tal como o supõem os referidos arts. 197.º e 198.º, os quais, saliente-se, até alargam o conceito de “*malfeitor*” aos que praticarem crimes, não só contra as pessoas ou contra as propriedades, mas também os que tiverem cometido crimes «*contra a segurança do Estado, ou contra a tranquillidade ou ordem pública*»¹⁰.

com referência bibliográfica expressa, BELEZA DOS SANTOS, “O Crime...”, *ob. cit.*, p. 98, n. 1; o que queremos com esta observação somente dizer é que a concentração de diversas pessoas, no caso de mais de três, com o objectivo de perpetrar crimes, que não sejam somente contra as pessoas ou contra as propriedades, merecia, com a criminalização das reuniões para tal efeito, a sua devida atenção, ainda para mais sem o mesmo grau de exigência necessário para se concluir pela existência de “associações de malfeitores”; cfr. a este respeito, SILVA FERRÃO, *Theoria do Direito Penal aplicada ao Código Penal Portuguez, Comparado*, vol. V, Lisboa, Imprensa Nacional, 1857, pp. 5. e ss., em anotação aos arts. 177.º e 178.º, com uma muito interessante abordagem das legislações do Brasil, França, Sardenha, Duas Sicílias e Baviera.

⁹ Cfr. LEVY MARIA JORDÃO, *Commentário...*, cit., p. 60, que alerta, precisamente, para a necessidade de ser feita a distinção entre o conceito de “malfeitor”, para efeitos do art. 263.º - que não supõe a prática de qualquer crime anterior – e o que resulta do art. 197.º, que supõe essa prática e, aliás, está mais de acordo com o sentido linguístico da própria expressão.

¹⁰ Cfr. § único do art. 198.º do Código Penal de 1852; curiosa é a circunstância, neste artigo, de se prever a condenação daqueles que tiverem acolhido “malfeitores”, fornecendo-lhes lugar de reunião, como cúmplices dos crimes que «*posteriormente ao seu primeiro facto de acolhimento esses malfeitores cometerem*», no que torna muito complexa a sua relação com o crime de “associação de malfeitores”, pois caberia perguntar se, quem permite a reunião de malfeitores, que tiverem criado uma associação ou organização para a prática de crimes contra “as pessoas” ou contra “as propriedades”, podia ser punida simultaneamente pelo art. 198.º e pelo art. 263.º, § 2; para a análise de jurisprudência relativa ao crime de

SILVA FERRÃO, em análise ao crime previsto no art. 263.º do Código Penal de 1852, afirma serem quatro os elementos constitutivos da incriminação: «1.º, que exista o facto da associação; 2.º, que seja organizada; 3.º, que tenha por fim atacar pessoas ou as propriedades; 4.º, que seja composta de malfeitores, isto é, de homens habituados ao mal.»¹¹ Segundo narra o autor, este artigo decorre da circunstância de se ter

“associação de malfeitores”, com muito interesse, *vide*: ANTÓNIO LUIZ DE SOUSA HENRIQUES SECCO, *Código Penal Portuguez anotado*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1881, 6.ª edição, pp. 142 e 143, n. 1, com referência a três acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 2 de Julho de 1861 – neste debate-se a necessidade de constituição prévia da associação, não bastando que tenha havido uma reunião poucas horas antes de ser perpetrado um roubo -, de 18 de Julho de 1862 e de 16 de Novembro de 1877 – nestes debate-se o âmbito material do próprio tipo criminal, em situações que não atentam, segundo os arestos, expressamente contra pessoas ou propriedades e, por isso, mereceram a decisão de absolvição. Mas não há dúvida que é a epígrafe do art. 263.º, e não o seu próprio teor, que origina a colocação deste problema; com efeito, a epígrafe do artigo designa como “associação de malfeitores” ao que, em rigor, pode ser uma associação de pessoas que nunca cometeram quaisquer crimes, induzindo assim uma ideia contrária ao que o artigo visa, que é, numa tutela antecipada, evitar a perpetração de crimes, contra “pessoas” ou “propriedades”, criando o crime prévio: precisamente, a correspondente associação criminosa; em bom rigor, só poderia ser considerado “malfeitor” quem intervisse na associação após a sua condenação pela prática de um crime, pois só assim poderia ser afirmada, de modo formal, esse “estatuto” de malfeitor, isto é, aquele que havia obtido o crivo de uma condenação anterior; há, assim, desde logo, um problema de “*nomen iuris*” que tem implicações ao nível da análise do próprio tipo legal, as quais, logo à data, foram, sob o ponto de vista interpretativo, como vimos *supra* n. 9, correctamente superadas; ou, noutro sentido, a atribuição do qualificativo decorre da constatação de que quem quer integrar uma associação criminosa se impõe, à partida, por força dessa sua vontade de praticar crimes, a qualificação de malfeitor (*infra* abordaremos esta questão relativa “à vontade” subjacente à prática deste crime – e dos crimes que decorrem da sua prática - e das suas repercussões visíveis no ordenamento jurídico-penal, no que diz respeito aos regimes de “excepção” existentes, quer ao nível do direito penal substantivo, quer do direito penal processual).

¹¹ Cfr. SILVA FERRÃO, *Theoria...*, vol. V, cit., pp. 346 e ss.; este autor faz uma análise muito interessante de problemas essenciais que se colocam com este tipo legal; sobretudo, a propósito da severidade da punição para os elementos da associação, no caso de ainda não ter(em) sido levado(s) à prática qualquer (ou quaisquer) crime(s) ou quando apenas se começaram a executar actos preparatórios relativos à constituição da própria organização, temas de actualidade indiscutível (aborda os problemas da consumação, do que sejam os actos preparatórios, das figuras do crime frustrado e da desistência voluntária); afirma o seguinte,

considerado – desde logo pelo Código Francês, no seu art. 265.º – que «*estas associações pelo simples facto da sua organização se tornavam altamente immoraes, e perturbavam a paz publica, e que reprimidas na sua origem poderiam evitar-se grandes crimes.*»¹² Este artigo 263.º merece, para este Autor, uma crítica muito forte, e pertinente, no que diz respeito ao seu conceito de “autor”, por força da articulação da redacção do art. 263.º, com o seu § 1 e a sua relação com os arts. 25.º e 26.º¹³, que definem as noções de “auctores” e de “cumplices”, concluindo que se terá de se conciliar o art. com o § 1, «*entendendo-se que os auctores da associação se não devem confundir com os auctores do crime da associação. Estes são todos os que fizerem parte d’ella; aquelles os que lhe deram primeira origem na concepção, proposta, instigação ou conselhos. Em outros*

p. 349: «[O]s malfeitores formaram a sua associação, prestaram-lhe a sua adhesão ou consentimento, nomearam ou concertaram qual ou quaes d’entre si haviam de ser os chefes ou directores, mas não chegaram a dar um passo. Por desistência voluntaria ou por obstáculos que encontraram, vigilância das auctoridades, temor das leis penaes, ou na consideração dos perigos a que se expunham, suspenderam a execução do seu pacto ilícito. Com que justiça hão de elles ser punidos, com uma pena de tanta gravidade, se nenhum damno, se alarma serio se seguiu da convenção?». Esta citação concentra muitos dos problemas ainda hoje relevantes no tipo de crime da associação criminosa, nomeadamente, a questão do bem jurídico atingido – quando o autor afirma que não houve qualquer dano, por força da constituição – concretizada – da associação, que ainda não levou à prática qualquer crime, será mesmo assim? –, do momento da consumação do ilícito e da questão relativa ao concurso de crimes, entre o de associação e os que vierem, no seu âmbito, a ser praticados. Mas a severidade que o Autor critica é ainda revelado a um outro nível, igualmente actual e da maior relevância, e diz respeito, por comparação com o art. 156.º do Código das Duas Sicílias, que cita, e diz respeito à conveniência de prometer a impunidade aos arrependidos ou desistentes ou da redução das penas a quem contribua para que o mal anunciado não se venha a realizar; cfr. n. 1, p. 349.

¹² SILVA FERRÃO, *Theoria...*, vol. V, cit., p. 347; a p. 346, afirma ainda o mesmo Autor: «Não se trata [a associação de malfeitores] de um facto positivo de damno social, mas de um crime *moral, o pacto illicito, em rasão do perigo social*; esse pacto é então um acto *preparatório* de malefícios incriminado por excepção à regra estabelecida no art. 10.º».

¹³ Cfr. SILVA FERRÃO, *Theoria do Direito Penal*, vol. I, Lisboa, 1856, pp. 237 e ss., em anotação aos arts. 24.º e 25.º do CP 1852.

termos, o art. trata dos agentes immediatos do crime; este § trata dos provocadores: mas em todo o caso, se a palavra auctores é uma expressão genérica que comprehende uns e outros, como se vê do art. 25.º, a palavra “auctores” não devia ser aqui empregada, mas a de “provocadores” ou outra equivalente que restringisse a disposição da lei á intenção do legislador.[...] Na falta pois de antinomia assim eliminada ou conciliada fica sempre um gravíssimo defeito de redacção e confusão, que tantas vezes apparece no Cod. sobre a significação precisa de auctores e cúmplices.»¹⁴

Seguindo ainda a lição de SILVA FERRÃO é ainda de destacar, no que diz respeito ao que seja a própria “associação de malfeitores”, a crítica por si feita à redacção excessivamente ampla e vaga do tipo legal português quando comparado com o tipo legal que lhe serviu de inspiração, precisamente, o art. 266.º do Código francês; com efeito, no âmbito deste Código, o «corpo do delicto constitue-se de tres modos, inclusiva ou exclusivamente: 1.º, pela prova da existencia do bando ou quadrilha organizada; 2.º, pela apprehensão e producção de correspondencias entre os co-associados e seus chefes ou commandantes; 3.º, pela convenção sobre a partilha ou distribuição dos despojos resultantes dos malefícios commetidos, como prova indirecta da associação preexistente.»; razão por que, no âmbito de tal legislação, continua o Autor «...a convenção *em projecto* não póde servir como prova da existencia d’este crime. A razão é obvia: porque offenderia as regras da imputação moral o perseguir e punir os membros d’essa associação, sem que se provasse que todos elles n’ella consentiram, e lhe prestaram adhesão.[...] Assim a apparição de uma quadrilha em ordem, obedecendo a um

¹⁴ Cfr. SILVA FERRÃO, *Theoria...*, vol. V, cit., p. 352, que, a seguir, assinala a coerência a este respeito do Cod. da Sardenha, cujo art. 444.º «igualou, para os effeitos da pena, os indivíduos que fazem parte da associação aos cúmplices de que trata o nosso §, punindo uns e outros com a reclusão ou com a prisão, segundo a qualidade dos malfeitores e objecto da associação; assim como no art. 443.º aos chefes ou directores igualou os auctores, distinguindo os auctores do bando dos membros do bando.»

commandante, e as correspondencias e convenções de deve e há de haver, sobre os despojos do crime, supõem necessariamente, segundo o Cod. Fr., a *preexistencia* da associação completamente organizada. Assim o entendeu Chaveau, Carnot, Sulpici e outros commentadores.» Daí, continua, que o artigo 263.º do nosso Código não deva ser interpretado, no que diz respeito ao segmento “*cuja organização se manifeste por convenção ou por quaesquer outros factos*”, de «forma que ellas se refiram ao *pacto* formado, sem que a *organização*, que é facto posterior ao mesmo pacto, se *manifeste*, ou por prova directa ou indirecta de delicto *frustrado* ou *consumado* ou *tentativa* ou *começo de execução de um ou mais crimes*, ou pelo menos de *actos preparatórios* inteiramente ligados com essa execução, vindo-se sempre á conclusão de que a palavra «*convenção*» aqui empregada em geral, e não restrictamente como no Cod. Fr., se não refere nem póde referir-se sem absurdo á prova da associação *em projecto*.»¹⁵

Coloca SILVA FERRÃO, assim, uma das questões mais relevantes no que a este crime diz respeito nos nossos tempos: precisamente, a extrema dificuldade de traçar a fronteira entre o “puramente intencional”, restrito ao “livre pensar”, que não pode ou não deve ser jurídico-penalmente censurado e o que, partindo dessa liberdade interior de cada um, já perpassa para uma fase de exteriorização tal que o “eu”, juntamente com o “outro”, formam uma “ideia” que os transcende e ganha uma “vida própria”, capaz, por si só, alicerçado em “algo” externo, de pôr em causa a tranquilidade e paz públicas. Neste

¹⁵ SILVA FERRÃO, *Theoria...*, vol. V, cit., p. 347 e 348; sendo que, em jeito de explicitação, o Autor esclarece: «os juízes devem aplicar a pena entre máximo e mínimo, segundo as gradações de actos preparatorios: *tentativa*, e esta mais remota, ou mais próxima; crime frustrado; e crime consummado. A malta ou quadrilha póde dissolver-se ou ser perseguida, quando ainda apenas havia começado a munir-se de armas, de chaves falsas, ou de outros objectos e instrumentos adequados ao objecto malefico da sua empreza, ou póde ter logar essa dissolução ou processo depois de haver a quadrilha ou bando excitado, pela sua presença, tentativas ou estragos, o clamor publico.», cfr. n. 1, p. 348.

sentido, a construção descritiva da fórmula francesa, que SILVA FERRÃO indica como preferível à versão portuguesa, permite essa objectivação e, desse modo, superar a dificuldade que a norma portuguesa contém ínsita.

2. O Código Penal de 1886, aprovado por Decreto de 16 de Setembro

É a seguinte a redacção do art. 263.º do Código Penal de 1886, intitulado de *associação de malfeitores*:

«Aqueles que fizerem parte de qualquer associação formada para cometer crimes e cuja organização ou existência se manifeste por convenção ou por quaisquer outros factos, serão condenados à pena de prisão maior celular de dois a oito anos ou, em alternativa, à pena de degredo temporário, salvo se forem autores da associação ou nela exercerem direcção ou comando, aos quais será aplicada a pena de dois a oito anos de prisão maior celular, ou, em alternativa, a de prisão maior temporária.

§ único. Serão punidos como cúmplices, os que a estas associações ou a quaesquer divisões d'ellas fornecerem sciente e voluntariamente armas, munições, instrumentos do crime, guarida ou logar para reunião.»

BELEZA DOS SANTOS faz uma análise dos elementos típicos da infracção, salientando as duas diferenças fundamentais relativamente à redacção do art. 263.º do Código Penal de 1852: por um lado, alargou-se o âmbito típico de modo a que é punível por este crime quem fizer parte de uma associação que vise cometer crimes (e não já somente contra as “pessoas” ou “propriedades”, superando assim as críticas que logo lhe foram colocadas, como *supra* já vimos) e, por outro lado, permitindo que se possa concluir pela existência da associação criminosa, desde que a sua organização ou

existência – e aqui reside a alteração relevante – seja feita por convenção ou quaisquer factos, não se exigindo assim que a organização surja totalmente definida, mas que somente revele a sua “*existência*”, mesmo sem se poderem constatar todos os seus contornos exactos¹⁶; isto é: ao acrescentar-se o termo “*existência*”, permitia-se vislumbrar a existência da “*associação*”, mesmo que só tenuemente se pudesse apreender a sua organização, numa percepção muito clara de que, por natureza, tais entidades se ocultam o mais possível.

A nova redacção do art. 263.º do nosso código de 1886 assumiu assim a mais recente evolução doutrinária relativa ao conceito de associação criminosa, que não é sinónimo de organização rígida, de contornos estanques, papéis estritamente definidos, é antes um conceito maleável, susceptível de se adaptar às diversas circunstâncias que a realidade criminosa impõe; o legislador luso compreendeu que a associação criminosa, num impulso elementar de sobrevivência, quer ser o mais indetectável que lhe for possível, disfarçando assim todos os seus contornos¹⁷.

¹⁶ Cfr. “O Crime...”, cit., in *RLJ*, n.º 2594, pp. 114 e ss.; BELEZA DOS SANTOS dá-nos conta da evolução europeia contra o sentido inicialmente tomado pelo Código napoleónico de 1810, de modo a punir a associação que tivesse sido constituída para a prática de crimes que não só os contra as pessoas ou propriedades; assim, revela como exemplos dessa opção, que o nosso Código Penal de 1886 veio a tomar, o Código Penal espanhol de 1870 (art. 198.º), o Código Penal holandês de 1881 (art. 140.º), os Códigos penais italianos de 1889 (arts. 248.º a 251.º) e 1930 (arts. 416.º e 417.º), o Código Penal norueguês (art. 159.º e 330.º) e o Código Penal polaco (arts. 166.º e 167.º); a lei de 18 de Dezembro de 1893, veio a modificar a redacção do art. 265.º do Código francês, punindo «*tôda a associação, qualquer que seja a sua duração e o número dos seus membros*», sendo assim muito lata quanto à *forma* da associação, mantendo, no entanto, a mesma restrição no que diz respeito à finalidade criminosa (portanto, a conduta só é punível se se pertencer a uma associação que tenha sido constituída para a prática de crimes contra as pessoas ou propriedades).

¹⁷ BELEZA DOS SANTOS cita, a este exacto propósito, in “O Crime...”, cit., p. 115, MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano, secondo il codice del 1930*, vol. 6.º, p. 158, que afirma «a forma da associação concretamente revista é indiferente; não se exige (como elemento do crime) *uma organização que não seja*

«Por isso, basta demonstrar a *existência da associação*, como elemento do crime (...) e, portanto, que há *um acordo de vontades de duas ou mais pessoas para a consecução de fins criminosos uma certa estabilidade ou permanência ou, ao menos, o propósito de ter essa estabilidade*. (...) Na verdade, o nosso Código exige que a associação se tenha formado e não que tenha durado. (...)» Dado que «o vínculo associativo [se] forma-se quando há um propósito de cooperação permanente e não apenas quando exista uma *permanência efectiva*.»¹⁸ Assim, não foi o conceito de associação enquanto elemento típico que foi alterado, já que os seus critérios definidores permaneceram intocados, antes se colocando o enfoque na menor exigência quanto à sua “exteriorização formal”, que assim ultrapassa os contornos típicos constantes da redacção do art. 263.º do CP de 1852, que impunham a “organização” como elemento típico fulcral.

«Deixou, é certo, de se fazer depender a verificação da factualidade típica da circunstância de a associação revelar a sua estrutura organizatória. Mas continuou a perspectivar-se a associação como uma realidade *autónoma e transcendente* perante os indivíduos que a integrem. Uma realidade que não carece de exhibir uma dada estrutura hierarquizada de direcção ou comando, mas que continua a apresentar-se como susceptível de tal estrutura, como bem prova o facto de se continuar a punir de forma agravada os que “nela exercem direcção ou comando.”»¹⁹

Também é certo que esta evolução, do Código Penal de 1852 para o de 1886, se deu

a rudimentar inerente à convenção criminosa.»; «[A]s sociedades hierarquizadas tornaram-se uma concepção e uma espécie de sobrevivência romântica. Em realidade, os bandos de malfeitores das cidades preparam e realizam os ataques nocturnos, formam-se com laços mais frouxos e menos desmontáveis.», E.GARÇON, *Code penal annoté*, I, Paris, Sirey, p. 636, *apud* FIGUEIREDO DIAS, *As «Associações Criminosas» no Código Penal Português de 1982 (arts. 287.º e 288.º)*, Coimbra Editora, 1988, p. 21.

¹⁸ Cfr. BELEZA DOS SANTOS, “O Crime...”, *loc. cit.*

¹⁹ Cfr. FIGUEIREDO DIAS, *As Associações...*, *cit.*, p. 22.

mais pela via, sobretudo, mas não exclusivamente, da interpretação, do que por via directa da letra da lei pois não são, diríamos, contudentes as suas alterações típicas, mas somente as duas que ficaram assinaladas²⁰.

«A história jurídico-penal do conceito de associação é, assim, a história da afirmação da sua autonomia como elemento da factualidade típica. O que tornou notoriamente mais complexa a tarefa do intérprete e do aplicador do direito. Eles deixaram, com efeito, de ter à mão as conotações criminológicas, mais ou menos estereotipadas, que lhes permitiam referenciar com facilidade e segurança o elemento *associação*. E tornou-se cada vez mais instante o apelo a elementos *normativos* e *teleológicos*, bem como a propósitos e a exigências *político-criminais*.»²¹

Já no fim da vigência do CP de 1886, a redacção do art. 263.º veio a ser alterada por força da Lei n.º 24/81, de 20 de Agosto^{22 23}, que alterou substancial e radicalmente o seu

²⁰ Notando igualmente que não se deve pensar que «o legislador de 1884 havia operado uma inflexão fundamental na teleologia, na estrutura interna e no âmbito da tutela do preceito em questão» relativamente à versão originária constante do art. 263.º do CP de 1852, muito embora se pudesse observar uma «progressiva mudança de tónica na colocação dos crimes de associação dentro da epígrafe a que no código se subordinavam: de tipos legais concebidos prevalentemente como crimes contra a *tranquilidade* pública [...] a tónica passou a ser posta no elemento *ordem* – e, portanto, da “paz” político-social, na sua mais ampla acepção.» cfr. FIGUEIREDO DIAS, *As Associações...*, cit., págs. 17 a 19. Há, todavia, a notar, por parte do Autor, a afirmação de que o sentido da alteração, subtil, ser, não obstante, num sentido político-criminal mais restritivo, já que afirma o seguinte, *ob. loc. cit.*: «Assim se tornava muito mais fácil dar relevância ao puro dissentimento ideológico, por mais criticável que isso fosse, e prevenir, a partir de uma linha mais avançada, as actividades lesivas ou perigosas para a segurança do Estado. O que de resto constitui uma manifestação mais da circunstância de, com o apogeu da ideologia liberal, se ter revelado concomitantemente a profunda crise dos instrumentos jurídicos do liberalismo, à qual se não conseguiu manter imune a própria função garantística do direito penal.»

²¹ Cfr. FIGUEIREDO DIAS, *As Associações...*, cit., p. 23.

²² A sua redacção passou a ser a seguinte: “Quem fundar ou dirigir grupo, organização ou associação que se proponha ou cuja actividade seja dirigida à prática de crimes será condenado na pena de prisão maior de dois a oito anos. § 1.º Quem promover, fundar ou dirigir grupo, organização ou associação terrorista será

condenado na pena de prisão maior de doze a dezasseis anos. § 2.º Considera-se grupo, organização ou associação terrorista todo o agrupamento de duas ou mais pessoas que, actuando concertadamente, visem prejudicar a integridade e a independência nacionais ou impedir, alterar ou subverter o funcionamento das instituições do Estado previstas na Constituição ou forçar a autoridade pública à prática de um acto, a abster-se de o praticar ou a tolerar que se pratique ou ainda a intimidar certas pessoas, grupos de pessoas ou a população em geral, mediante a prática de quaisquer crimes: *a)* Contra a vida, a integridade física ou a liberdade das pessoas; *b)* Contra a segurança dos transportes, vias ou meios de comunicação, incluindo as comunicações telegráficas, telefónicas, de radiodifusão ou de televisão; *c)* Contra a segurança da aviação civil; *d)* Que impliquem o emprego de bombas, granadas, armas de fogo, substâncias ou engenhos explosivos, meios incendiários de qualquer natureza, encomendas ou cartas armadilhadas; *e)* Que impliquem o emprego de substâncias venenosas, corrosivas, tóxicas ou asfixiantes ou a contaminação de alimentos e águas destinados a consumo humano, por forma a criarem perigo para a vida ou de grave lesão para a saúde ou integridade física e psíquica de outrem. § 3.º Nas mesmas penas incorrerá aquele que aderir ao grupo, organização ou associação, com eles colaborar de modo directo, seguir as suas instruções ou conscientemente facilitar as suas actividades, subsidiando-as, ou fazendo a sua propaganda ou apologia ou dando guarida aos seus membros. § 4.º Quando o grupo, organização ou associação, ou as pessoas referidas no corpo do artigo e no parágrafo anterior possuam qualquer dos meios indicados nas alíneas *d)* e *e)* do § 2.º destinados a concretização dos seus propósitos criminosos, a pena será agravada de um quarto. § 5.º Os actos preparatórios da constituição de um grupo, organização ou associação terrorista serão punidos com a pena de prisão maior de dois a oito anos.”

²³ Cfr. MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, dá-nos notícia desta lei, embora por lapso seja indicada como Lei 20/81, de 20 de Agosto, in *Direito Penal Português*, Parte Geral, II, Verbo, 1982, p. 187; o Autor faz a sua análise a propósito da “criminalidade colectiva e organizações criminosas”, sem abordar concretamente os elementos típicos da mesma – e tal nem sequer era exigível tratando-se de uma temática inserida num volume dedicado à parte geral do Código Penal – e sem preocupação de exaustão, aborda alguns dos seus problemas fundamentais, numa óptica, sobretudo, de cariz político-criminal, cfr. *ob. cit.*, págs. 186 a 190; não resistimos à tentação de transcrever uma das questões por si abordada, de actualidade indesmentível, quando afirma o seguinte, *ob. cit.*, p. 189, «[A] maior dificuldade, ainda presentemente não superada ou até insuperável, verifica-se quando a organização criminosa se confunde com o próprio Estado, ou de um ou de vários Estados recebe apoio e assistência.(...) A dificuldade da sua repressão resulta de que é o próprio Estado que, devendo ser servidor do direito, atraiçoa a sua função e actua criminosamente através dos seus órgãos ou instituições.», sendo que a solução que cabe ao direito penal, continua o Autor, *ob. cit.*, p. 190, consiste em «buscar as formas apropriadas de acomodar à realidade dos factos não só a repressão efectiva de tais actividades como a maneira de repartir a responsabilidade dos participantes de modo conforme com a organização do poder que as dirige e comanda efectivamente»; a análise feita por Cavaleiro de Ferreira é, desde logo, contextualizada pelo próprio no âmbito, ainda assim, de um certo tipo

teor, congregando o que, com o Código Penal de 1982, viriam a ser dois tipos de crime distintos, embora interligados, o de “associação criminosa” e o de “organizações terroristas”; por outro lado, foi criado o art. 263.º-A, cuja ligação umbilical ao art. 263.º é só aparente; com efeito, neste punem-se os crimes – previstos nas alíneas *a)* a *c)* ou com o emprego dos meios referidos nas alíneas *d)* e *e)* do § 2.º do art. 263.º – praticados com a intenção de prejudicar a integridade e a independência nacionais, ou destruir, alterar ou subverter o funcionamento das instituições do Estado previstas na Constituição ou para forçar a autoridade pública à prática de um acto, a abster-se de o praticar, ou a tolerar que se pratique ou para intimidar certas pessoas, grupos de pessoas ou a população em geral; quer dizer, trata-se da previsão da punição pela prática de certo tipo de crimes enunciados no tipo legal da associação de malfeitores prevista no art. 263.º; há ainda a realçar que o § único do art. 263.º-A prevê, de forma impressiva, o seguinte: “A cumplicidade e a tentativa são respectivamente equiparadas à autoria e à consumação.”; esta muito significativa “elevação” [um sintomático *up grade*] de teor dogmático veio a ficar igualmente concretizada na evolução legislativa seguinte na redacção do tipo legal da associação criminosa [dada a sua forma descritiva], prescindindo da referência expressa aos respectivos conceitos.

de criminalidade que como “obriga” à participação do Estado ou à sua conivência, porém, não podemos deixar de referir, e nem sequer se pode afirmar que o Autor exclua da sua abordagem tal vertente, que podemos falar da mesma implicação do Estado relativamente a outras actividades não política ou ideologicamente alicerçadas, mas que convivem com a criminalidade comum.

2.1 Do Crime Continuado

§ 1. Colocação do problema

No âmbito do art. 263.º do CP de 1886 é de assinalar, como vimos, «como elemento essencial da *infracção criminal*» que a «*associação tenha em vista a prática de crimes*».

Numa concretização do que se possa entender por “crimes”, em reforço do que antes dissera, BELEZA DOS SANTOS coloca o problema da figura do crime continuado.

Entende o ilustre Autor que a existência do crime continuado não deve ser considerado um óbice à existência da associação criminosa, no âmbito da qual o mesmo foi cometido. Supondo o crime continuado, desde logo, a existência de plúrimas resoluções criminosas, dir-se-ia que tal integração seria pacífica, pois que assim estamos perante a prática, em rigor, de diversos crimes, os quais são tratados como um único crime por força de uma opção (à data da publicação, somente doutrinal, e desde o Código Penal de 1982, também legislativa), cujo fundamento é complexo, mas que, de modo simplista, poderíamos resumir, para já, a razões de ordem pragmática.

O insigne professor, depois de frisar o carácter “permanente” como essencial para a definição da “associação”, em contraponto à «união de diferentes pessoas apenas [...] para a realização de um ou mais crimes determinados» – no que, dessa forma, se permite fazer, de modo claro, a distinção entre “associação” e “comparticipação criminosa” –, alicerça o fundamento da necessidade de punição da associação criminosa, no caso de se concluir pela existência de um crime continuado, na circunstância deste ser «constituído por uma pluralidade de infracções que, por necessidades de ordem prática, se olha, para determinados efeitos, como *unidade jurídica*», e de, também nessas circunstâncias, subsistir a razão de ser da punibilidade da associação criminosa, dado que esta, formada

para praticar crimes, é assim punida por ofender a tranquilidade pública e, simultaneamente, ser uma fonte de perigo da sua prática futura, dada a sua composição por indivíduos que cooperam para esse efeito, com uma «certa estabilidade e permanência»²⁴.

Também FIGUEIREDO DIAS, embora de modo menos desenvolvido e com menor assertividade, admite a possibilidade de «um único crime continuado» integrar o tipo objectivo do ilícito de associação criminosa, na vertente do “escopo criminoso” que a mesma visa; afirma o insigne Autor, a este respeito, que «uma resposta afirmativa só estará justificada quando os factos integrantes da continuação se apresentem, *a um modo de consideração fáctico e natural*, como uma pluralidade de comportamentos autónomos. Quando assim suceda não se vê que a unificação normativa das diversas condutas que está no cerne do crime continuado deva só por si obstar – sobretudo num direito como o nosso em que aquela figura não supõe, bem ao contrário, a “unidade de desígnio criminoso” [...] – à afirmação do escopo criminoso da associação.»²⁵

²⁴ Cfr. BELEZA DOS SANTOS, “O Crime...”, cit., p. 130.

²⁵ Cfr. *Associações...*, p. 40 e *Comentário...*, págs. 1163 e 1164; podia considerar-se que esta breve alusão do Autor diria respeito apenas à ponderação da figura do crime continuado relativamente ao próprio crime da associação criminosa e não já relativamente aos crimes cometidos no seu seio e, nesse sentido, a sua *aproximação* ao tema teria outro significado, que não estamos a debater, muito embora tenhamos muitas dúvidas que tal se possa verificar noutra plano que não no do debate teórico: não conhecemos qualquer decisão que tenha alguma vez tratado da questão relativa à prática do crime de associação criminosa na forma continuada, além de que consideramos ser muito difícil, mesmo no mero plano das hipóteses, que possamos estar perante uma pluralidade de resoluções criminosas relativamente ao crime de associação; todavia, a perspectiva de Figueiredo Dias diz exactamente respeito à possibilidade de podermos considerar o crime continuado como resultado dos crimes perpetrados pela associação criminosa, na medida em que a sua análise é feita depois de ter discutido que o escopo criminoso da associação criminosa não pode ser limitado a um só crime (assim o exigia o tipo legal de crime à data da elaboração do comentário) mas a mais do que um e, nessa medida, dado que o crime continuado supõe uma pluralidade de resoluções criminosas, segundo o autor, é compatível com a associação criminosa.

§ 2. Crime continuado e o crime de associação criminosa: a sua contradição

Esta questão relativa à possibilidade de se poder concluir pela existência da associação criminosa, quando esta vise cometer crimes, na forma continuada, por si só, e colocada nestes exactos termos, parece-nos algo paradoxal.

Por um lado, a intencionalidade subjacente a quem se reúne e organiza para que, da sua actividade permanente conspirativa, resulte a prática de crimes, torna desde logo muito problemático que esteja na “ideia” dos seus elementos a prática de crimes, na forma continuada, entendida, claro está, na sua rigorosa concepção: tal suporia uma noção do conceito de “crime continuado” por parte dos seus elementos – e perguntar-se-ia, se de todos, se só de alguns – que, atenta a sua dimensão teórica, se revela uma mera hipótese abstracta, acessível somente aos iniciados das questões jurídico-penais e de prova muito difícil²⁶.

²⁶ É claro que esta nossa asserção pode parecer, numa primeira análise, também ela, algo paradoxal, pois a conclusão, numa determinada situação concreta, pela existência de um crime continuado, não supõe qualquer consciência prévia do autor dos crimes de que os está a cometer na forma continuada; a asserção é, porém, cremos nós, explicável, desde logo, pela forma como a questão é colocada pelo Prof. Beleza dos Santos, porventura, de modo inadvertido, mas que pode ser susceptível de ter esta abordagem, dado que coloca a questão a partir da redacção do tipo legal, donde decorre que a associação é formada para cometer crimes, portanto, com uma intencionalidade prévia que parece supor também que, *a priori*, também seja ponderada a forma continuada do seu cometimento; o que fazemos é, portanto, fazer a análise do problema colocado pelo Autor, a partir da análise literal do texto legal e o modo como consequentemente o problema é por si colocado; seria por exemplo menos equívoco, se o insigne Professor tivesse colocado a questão – e, cremos poderia ser essa a sua intenção – no sentido inverso: será possível que, tendo o intérprete concluído existir no caso concreto um crime continuado, este pode ter sido praticado no seio de uma associação criminosa? A alteração da óptica do problema, no nosso modo de ver, não altera o sentido da resposta; evitaria, no entanto, o sentido da abordagem que colocamos; enunciar, como fazemos em texto, a questão, somente significa elevar a um limite da abordagem lógica a insustentabilidade de se poder considerar a

Por outro lado – e de modo decisivo, cremos nós –, elemento essencial da figura em questão é uma diminuição consideravelmente relevante da culpa, por força de uma *solicitação exterior*, que *facilitou* a prática dos crimes; ora, dificilmente se entenderá que os elementos de uma associação criminosa, que levam à prática a concretização de um plano criminoso gizado no seu âmbito possam beneficiar desta figura, já que a sua actuação se mostra pré-enquadrada por uma resolução criminosa – a da associação criminosa enquanto tal – que se concretiza, por força dessa resolução inicial, em múltiplas resoluções criminosas concretas, as quais tornam, por um lado, concreto e evidente o perigo subjacente à existência – prévia – da associação e, por outro lado, deslegitimam uma diminuição da culpa dos seus elementos na sua actuação concreta; mesmo que haja uma solicitação exterior que “facilite” a prática dos diversos crimes, a existência prévia da “associação criminosa” deverá impedir que se atribua a essa “facilitação” a continuação criminosa, pois é a própria “associação” que enquadra todo o comportamento criminoso, ainda que este veja facilitado o seu caminho, pelas circunstâncias próprias da sua própria concretização; por outras palavras: o caminho *típico* traçado pela associação criminosa é desde logo facilitado pela sua própria existência.²⁷; ou seja: a mera existência da associação traduz, em si mesmo, uma *solicitação exterior* que facilita e impele à prática dos crimes por parte da associação criminosa, a que naturalmente se poderá juntar uma *solicitação exterior* derivada da

prática, na forma continuada, de crimes, quem o faz no âmbito de um plano criminoso, que concretiza o fim da criação e existência da própria associação criminosa.

²⁷ «Os membros das organizações criminosas actuam numa pragmática específica, têm atrás de si um aparelho mais ou menos sofisticado, capaz de os proteger, desde logo, face às entidades com competência em matéria de investigação dos crimes por si cometidos e, assim, lhes garantir a impunidade, e de criar uma imagem de facilitação da actividade criminosa (sublinhado nosso) [...]», cfr. MARIA LEONOR ASSUNÇÃO, “Do lugar onde o sol se levanta, um olhar sobre a criminalidade organizada”, in *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra editora, p. 96.

própria concretização concreta dos factos criminosos, mas que não deve – sob pena de uma elementar contradição nos termos – permitir concluir por qualquer diminuição da culpa por parte dos elementos que os praticam.

A colocação do problema, tal como faz o Prof. Beza dos Santos, tem subjacente um seu conceito do que seja o crime continuado que não coincide com o actualmente plasmado na nossa lei, nem porventura com aquele que veio a expor, em momento posterior, em trabalho publicado na Revista de Legislação e Jurisprudência, nos anos 75 e 76²⁸; diz-nos o insigne Professor «[...] o *crime continuado* é na realidade constituído por

²⁸ «Porque se formou essa concepção corrente, adoptada pelo direito? Que razão prática está na sua base? Parece-nos que esta razão está essencialmente em que existe uma diferença marcada de gravidade entre a prática de diferentes acções [...] e a acumulação de crimes que não estão relacionados entre si do mesmo modo que aquelas acções, ou porque representam o aproveitamento das mesmas ocasiões, ou porque uma delas impele o agente à prática das outras. Neste segundo caso – do crime continuado – há na realidade uma *continuação*. A atracção, a sugestão exercida pela identidade das circunstâncias, ou a pressão resultante da prática da primeira acção criminosa conduzem o agente à realização dos subsequentes. Há nesta hipótese como que um *prolongamento* da primeira falta, o qual normalmente não revela uma energia, uma insistência criminosa igual à traduzida na prática de crimes inteiramente distintos sem aquelas relações que os aproximam. No caso da *continuação*, se pode existir uma gravidade maior que a do crime simples, há, em regra, uma gravidade inferior à *acumulação de crimes*, porque a *culpa, ceteris paribus*, é menor no crime continuado, em virtude da solicitação ou pressão resultante das circunstâncias em que se realizam as acções ou omissões que o constituem.», assim, BELEZA DOS SANTOS, “Um caso de crime continuado”, *RLJ*, Ano 75, n.º 2738, p. 339, que coloca, no nosso entender, a questão precisamente na vertente fulcral da diminuição da culpa e que justifica, desde logo, no nosso entender, a impossibilidade de no seio de uma associação criminosa poder haver a prática de crimes, na forma continuada; porém, logo a seguir, no mesmo estudo, e na indagação de outras razões práticas que conduziram à construção jurídica do crime continuado, o Autor parece “voltar” ao sentido *pragmático* como o determinante para a sua criação, se não vejamos: «Muitos dos crimes a que nos temos referido realizam-se por uma série de actos sucessivos, que podem ser tão numerosos que se tornaria impraticável fazer uma indagação relativa a cada um, de per si. É o caso do adultério, da subtracção de água, gás ou energia eléctrica por meio de aparelho que impede o contador de acusar certa parte do consumo, etc. Se tivermos de considerar esta pluralidade de factos como uma acumulação de crimes, além da necessidade de investigar cada um, haveria sempre a de instaurar novos processos, de fazer novos julgamentos, quando se verificasse que algum deles não fôra judicialmente

uma pluralidade de infracções que, por necessidades de ordem prática, se olha, para certos efeitos, como *unidade jurídica*. Trata-se de um simples expediente técnico para certos efeitos, e até segundo alguns autores, de uma ficção jurídica, mas que, de facto, implica uma *pluralidade natural* de *acções criminosas* e que deve, para efeitos da infracção que estamos analisando, equiparar-se a uma *pluralidade de crimes*.»²⁹, «[a] concepção do *crime continuado*, que nos leva a considerar um só crime uma série de acções ou omissões no tempo e no espaço e que, se fossem isoladamente consideradas, constituiriam uma pluralidade de crimes, proveio de diferentes razões práticas»³⁰.

Entendendo-se por crime continuado o sentido dado pelo Autor na transcrição feita, então, como ele, concordaríamos na compatibilidade afirmada, na medida em que não alude à questão fulcral relativa à “diminuição da culpa”, como requisito do instituto em causa e que deste faz parte integrante e porventura está mesmo na sua génese³¹; efectivamente, partindo da noção dada pelo próprio Autor, a “continuidade” criminosa é imposta somente por critérios práticos, uma “unidade jurídica” a que assim são alheias também considerações como a repetida violação do mesmo bem jurídico e a diminuição da culpa, em bom rigor descaracterizando a figura jurídico-penal tal como hoje a conhecemos e, diga-se, há muito que é entendida entre nós³².

apreciado. Por isso, a única solução prática é considerar essa pluralidade como um *todo* e apreciar as diferentes acções em conjunto referido ao decurso do tempo a que se refere a investigação e julgamento. Daqui resultou que a doutrina e a jurisprudência fizeram a construção do *crime continuado*, mesmo sem lei que expressamente o permitisse, obedecendo a necessidades práticas que a impunham, sob pena de caírem em contrasensos e iniquidades que dever supor-se repugnar ao legislador.», *passim*.

²⁹ Cfr. BELEZA DOS SANTOS, “O Crime...”, cit., p. 130.

³⁰ Assim, BELEZA DOS SANTOS, “Um caso...”, cit., p. 338.

³¹ Cfr. *infra* n. seguinte, sobretudo, *in fine*.

³² Com efeito, EDUARDO CORREIA, explana na sua *Teoria do Concurso em Direito Criminal*, Almedina, 1963, pp. 160 a 291, de modo aprofundado, o conceito de crime continuado, que encontrou consagração legislativa no Código Penal da Baviera de 1813, por força da construção do seu redactor, FEUERBACH,

construção essa, como veremos *infra* nesta nota, deu origem a uma discussão na doutrina alemã, que veio tornar mais claro e preciso o conceito, o qual, na sua consagração legislativa, não correspondia ao sentido doutrinário que entretanto veio a assumir; nesta obra, Eduardo Correia faz um detalhado relato relativo à história do instituto, desde o direito romano - que não obstante numa fase inicial se considerar ter aí sido criado, veio a ser reconhecido, maioritariamente, sobretudo pela mão dos “práticos” italianos, dos séculos XV e XVI, que ainda não o conhecia (cfr. *ibidem*, págs. 160 e 161) -, passando pelo percurso doutrinário sinuoso de diversos países da Europa, *maxime*, em Itália, que, em bom rigor, nunca “acertou” quanto ao conceito, sobretudo devido à herança dos *praxistas* (cfr. *ob. cit.* págs. 166 a 172), em França (que não fornece qualquer «contribuição apreciável sobre o estudo do crime continuado» (cfr. *ibidem*, p. 172.), sendo destacada a dimensão do estudo levado a cabo na Alemanha (cfr. *ob. cit.*, pp. 177 e ss.), muito embora não se deva pensar que «para encontrar a solução líquida e incontroversa do problema do crime continuado» baste «que nos debrucemos sobre a literatura alemã», dado que «até hoje a doutrina não encontrou forma de chegar a entendimento e os autores dividem-se irreconciliavelmente na indicação dos elementos essenciais do conceito [...] E tudo é ainda, a despeito da longa curva da evolução doutrinal, tão pouco claro, poderá mesmo dizer-se tão caótico, que hoje, como dantes, se levantam as vozes denegando utilidade e legitimidade ao problema», (cfr. *ibidem.*, p. 178); explica Eduardo Correia que, à semelhança dos seus contemporâneos, Feuerbach, começava por estabelecer a diferença entre concurso real objectivo e subjectivo, conforme as diversas acções violavam diferentes preceitos ou apenas um só, depois inserindo, no concurso real subjectivo uma outra distinção, consoante as diversas condutas incidissem sobre o mesmo objecto ou objectos diferentes, sendo que no «primeiro caso, estava-se em frente de um delito repetido (*delictum reiteratum sive repetitum, wiederholtes Verbrechen*), que praticamente nada apresentava de especial em face do concurso real objectivo; no segundo caso, figurava-se precisamente a hipótese do crime continuado (*delictum continuatum, fortgesetz Verbrechen*), que devia considerar-se como um só facto e como tal ser punido com uma só pena.» (cfr. *ibidem*, págs. 179 e 180), alicerçando teoricamente tal concepção numa passagem do direito romano, o que suscitou a crítica de MITTERMAIER, o qual demonstra que a referida transcrição nada tem a ver com o problema do crime continuado (*passim*), concluindo, depois de dar sugestivos exemplos, ser acertada a sua afirmação, no sentido «de que a teoria de FEUERBACH faz chamar o acaso a presidir à determinação do *como* da punição, conduzindo a soluções que, em vez de terem em conta a *gravidade penal* de cada caso, abertamente a contrariam», sendo que, por outro lado, a sua teoria «afasta do âmbito do crime continuado muitas hipóteses que precisamente tudo aconselha e indica que como tal sejam de considerar. Assim, a hipótese do comerciante que se serve de pesos falsos, do taberneiro que vende vinho aguado, do burlão que passa moeda falsa, etc. [E]m todos estes casos, em que a continuação é inegável, os criminosos exercem as suas actividades durante largo período de tempo e contra centenas de pessoas, mal se descobrindo em que possa consistir a identidade do objecto de todas elas, mal se descobrindo em que possa consistir a identidade do objecto de todas elas, indispensável para a existência de um crime continuado nos termos daquela teoria.» (cfr. *ibidem*, p. 182); ainda muito

A colocação de um “problema” pode tornar mais claro o afirmado paradoxo: podem os membros de uma associação criminosa – esta que, em si mesma, traduz uma “resolução criminosa” geral para a prática de diversos crimes; portanto, a sua existência traduz um reforço intencional para a prática de crimes, que, no momento da concretização destes, reforça a intencionalidade subjacente à prática de cada um – que concretizam cada um dos crimes, obter o benefício, a jusante, de um júízo que possa concluir pela diminuição da sua culpa? É claro que aqui tocamos numa temática, aliciante e complexa, e está relacionada com as noções de unidade e pluralidade criminosas e,

interessante é a análise que o Autor que vimos acompanhando faz relativamente às razões que levaram a que fosse precisamente na Alemanha que se iniciasse, de forma mais aguda, a discussão da figura, na sequência da doutrina apoiada por Feuerbach, no sentido de «reagir contra o princípio da absorção e defendeu a regra da acumulação das penas como sistema de punição do concurso de crimes (*quot criminal tot poenae*) [...] imediatamente a doutrina se via forçada a reflectir sobre se tal conceito não vinha a abranger certos casos que, no ponto de vista da respectiva gravidade penal, se distinguiam muito profundamente de outros nele também contidos, e se por isso era mister desenvolver um esforço destinado a furtá-los do seu âmbito. E logo naturalmente se voltaram os olhos para certas hipóteses de pluralidade de infracções mantendo entre si uma conexão que tão profundamente lhes modificava e diminuía a gravidade penal, que um sentimento de justiça elementar prementemente impunha roubá-las ao conceito e tratamento do concurso de crimes e considerá-las como um só delito: em vez de inculcar a existência de uma pluralidade de infracções, a sua estrutura revelava-as, antes, como um único crime, como um crime continuado.» e conclui, o Autor, numa citação que não resistimos a continuar a fazer, pela clareza da génese problemática do instituto em causa - e, logo por esta abordagem, se pode perceber, diríamos, intuitivamente, mas salvaguardando naturalmente a opinião respeitável do distinto Prof. Beleza dos Santos, a sua incompatibilidade com o crime que estudamos - «Quer dizer: as novas regras sobre a punição do concurso real vieram forçar os juristas a dar atenção à diversa gravidade do conteúdo criminal dos diferentes casos abrangidos por tal conceito, e estimular a doutrina a procurar estabelecer aquele *quid* que, explicando a menor gravidade penal de alguns deles, permitiria criar um grupo à parte, que melhor seria tratar como um só crime; isto é, vieram obrigar a doutrina a determinar a essência e os pressupostos do crime continuado.» (cfr. *ibidem*, págs. 184 e 185); quer isto assim dizer que, na génese do instituto, tal como veio a ficar cristalizado, há uma ponderação que decorre de uma ideia de justiça e se traduz na necessidade de marcar com uma nota de menor gravidade o que é efectivamente menos grave e, caso não houvesse a figura do crime continuado, teria o mesmo tratamento jurídico-penal.

também, com a própria noção de culpa no âmbito das associações criminosas³³.

No fundo a questão que se poderá, *in extremis*, colocar é: será que a resolução criminosa subjacente a cada um dos elementos que compõem a respectiva associação, permite abarcar toda a prática futura dos crimes a cometer e, assim, estarmos, no momento da sua prática, ainda no âmbito de uma única resolução criminosa, com a assimilação assim dos crimes cometidos, ao abrigo daquela genérica vontade?³⁴ Ou, pelo contrário, a existência da associação criminosa supõe, antes do mais, uma resolução criminosa fundadora – colectiva –, que depois exige, para ser concretizada, a sua renovação em simultâneo com as concretas resoluções típicas de cada um dos crimes cometidos? Surge como evidente a resposta afirmativa à segunda das perguntas, embora, se assim é, também se afigure incompatível a figura do crime continuado nestas circunstâncias. É certo que os requisitos objectivos poderão estar todos presentes – a prática de diversos crimes e que estes atinjam sensivelmente o mesmo bem jurídico –,

³³ «Não há, em princípio, problemas de *culpa* que devam ser tratados e resolvidos em moldes especiais relativamente ao crime de associações criminosas», FIGUEIREDO DIAS, *As Associações...*, cit., p. 64.

³⁴ A pergunta que colocamos parece ter sido respondida de forma positiva no Ac. do STJ de 14 de Dezembro de 1994, relatado por Amado Gomes, no processo 27/94 do T.J. de Santa Maria da Feira, in www.dgsi.pt, consultado e imprimido em 16 de Março de 2013, na medida em que aí se afirma o seguinte no ponto VII do seu sumário: “Para a integração do crime de associação criminosa não é necessário que venha a ser praticado qualquer crime; basta que se verifique a possibilidade, o perigo da prática de actos criminosos. Mas se a prática de alguns actos criminosos vier a provar-se, tais crimes não têm autonomia, funcionando na averiguação desse crime como meio de prova da associação.”; utilizámos no início desta nota o verbo “parece”, dado que nos parágrafos V e VI do sumário do mesmo acórdão se afirma o seguinte: “V – O crime de associação criminosa é um crime de perigo abstracto que se preenche com a manifestação desse perigo, independentemente da prática de crimes concretos dentro da prossecução do objectivo e vontade comuns. VI – Estes crimes têm autonomia em relação ao crime de associação criminosa e estão em concurso real com este.”; vislumbramos, com efeito, uma aparente contradição entre os parágrafos que transcrevemos, na medida em que se faz apelo a duas figuras, a de “crimes” e a de “actos criminosos” que consubstanciam crimes, os quais, por sua vez, funcionam como meio de prova da associação.

mas certamente não se conceberá, pelo menos com facilidade, a existência de uma qualquer atenuação da culpa, quando subjacente à sua prática – portanto, quando se dão as sucessivas renovações da resolução criminosa, mesmo que, no caso concreto, também ditadas pela facilitação “exterior” – há uma outra, genérica e global, resolução criminosa fundante da própria associação, ao abrigo da qual se praticaram os crimes.

«Ponhamos um exemplo. Dois criminosos praticam ao mesmo tempo um número igual de violações dos mesmos preceitos criminais. Sucede, todavia, que um se deixou arrastar à prática da primeira infracção por uma oportunidade altamente favorável. Não pensou então, de maneira nenhuma, em voltar a repetir tal procedimento e fez-se até a si próprio as mais vivas censuras, tomando a resolução de se pôr em guarda contra futuras tentações. No entanto, tempo depois, de novo a oportunidade favorável volta a oferecer-se-lhe e, apesar de uma forte luta moral, as coisas conjugam-se por tal maneira que ele volta a prevaricar. A situação repete-se várias vezes. O outro, pelo contrário, tomou firmemente de uma só vez a resolução de praticar aqueles mesmos crimes a cuja o primeiro só foi arrastado através de uma verdadeira conspiração dos acontecimentos, e, sem qualquer luta interior, numa fidelidade inquebrantável à decisão tomada, vai-os executando sucessivamente. [] Pergunta-se: qual destes dois delinquentes merecerá um tratamento criminal mais severo? O primeiro, a quem só um momento particularmente asado arrastou à repetição do delito? Ou o último, portador de uma tal força de vontade dirigida para o crime, que no espaço de tempo mais ou menos largo por que decorreu a execução das diversas actividades, nunca o quadro do mal produzido acordou nele o arrependimento e o forçou, ao menos momentaneamente, a abandonar a resolução tomada? Ninguém seguramente duvidará de que seja o segundo.»³⁵

³⁵ Cfr. EDUARDO CORREIA, *A Teoria ...*, cit., p. 197.

Ora, no exemplo enunciado por EDUARDO CORREIA, podemos colocar perfeitamente o segundo dos criminosos, na hipótese dada, como pertencendo a uma “associação criminosa” e tornar nítida a incompatibilidade da figura do crime continuado como integradora do recorte típico “prática de crimes” constante do tipo legal “associação de malfeitores”³⁶.

O STJ tem vindo a admitir a compatibilidade da figura do crime continuado no enquadramento dos crimes praticados no seio de uma associação criminosa, no nosso entendimento, pelas razões expostas, de modo incorrecto: no Ac. do STJ de 26 de Fevereiro de 1986, relatado por Manso Preto³⁷, lê-se no seu sumário: “A associação criminosa, com o seu específico propósito de delinquir, não é incompatível com a figura do crime continuado em que se aglutinam ou verificam as plúrimas acções criminosas dos associados.”; no Ac. do STJ de 4 de Maio de 1995, relatado por Ferreira Rocha³⁸ afirma-se expressamente no seu sumário: “Não há incompatibilidade entre a figura do

³⁶ E podemos ir buscar precisamente a Beleza dos Santos a argumentação que está em linha precisamente com o sentido que pugnamos em texto, vejamos: «Consideremos o exemplo clássico das criadas infieis que frequentemente desviam, em proveito próprio, parte do dinheiro que lhes é confiado para compras. É evidente que é mais *culpada* e *mais perigosa* a que inicialmente formou o projecto de se apoderar todos os dias, ou durante certo tempo em que estiver ao serviço da casa, de certa quantia, do que aquela que uma vez desviou o dinheiro e depois, em dias subsequentes, se deixou vencer – sem plano preconcebido – pela tentação que novamente a assaltou, porque se repetiu a situação que estimulava o primeiro impulso criminoso. O mesmo no caso do adultério, de subtrações sucessivas de gás ou de energia eléctrica [...] De um lado temos delinquentes que planeiam uma série de acções criminosas e persistem na sua resolução de delinquir, realizando o plano ilícito preestabelecido e, do outro, pessoas que, em face da identidade ou semelhança de situações favoráveis, repetem o delito, cedendo à solicitação do momento, que a própria repetição e impunidade tornou cada vez maior. Em certos casos acontecerá até que os segundos se *arrependam* e de novo recaiam. Ora não pode afirmar-se que estes, sendo as demais condições idênticas, tenham tido necessariamente uma conduta *mais reprovável* do que os primeiros e até é razoável considerá-los, em regra, *menos culpados* do que eles», cfr. “Um caso..., cit., Ano 2755, págs. 193 e 194.

³⁷ Cfr. Processo 038085, consultado e imprimido em 16 de Março de 2013, in www.dgsi.pt.

³⁸ Cfr. Processo n.º 046282, consultado e imprimido em 10 de Março de 2013, in www.dgsi.pt.

crime continuado e a associação criminosa.”; no Ac. do STJ de 30 de Junho de 1994, relatado por Sousa Guedes³⁹, afirma-se na sua fundamentação no âmbito da discussão concreta das questões colocadas pelos recorrentes, e em nosso modo de ver permitindo alcançar ainda melhor a *contradição* da figura do crime continuado no âmbito dos crimes praticados no seio de uma associação criminosa, o seguinte: “Não exorbita do substrato factual provado a conclusão de que aqueles arguidos “violaram reiteradamente os tipos de crime de furto qualificado e de burla agravada, ofendendo o mesmo bem jurídico, por forma homogénea e perante uma situação exterior – a existência de um conjunto de meios de execução cada vez mais apurados – que facilitou as diversas resoluções criminosas, justificando um menor juízo de censura.”; neste acórdão faz-se a alusão às circunstâncias exteriores como o *conjunto de meios de execução cada vez mais apurados*, para se retirar daí *um menor juízo de censura*, quando, a nosso ver, salvo o devido respeito, deveria ter sido retirada precisamente a conclusão contrária, na medida em que os meios de execução cada vez mais apurados são precisamente fruto da *profissionalização* subjacente à prática dos factos criminosos por parte de quem pertence à *associação criminosa* que os engendrou.

Todavia, no Ac. do STJ de 17 de Abril de 2013, relatado por Henriques Gaspar, podemos encontrar um enquadramento de natureza dogmática que, *mutatis mutandis*, pode ser perfeitamente aplicável à prática de crimes no seio de uma associação criminosa, e cuja formulação permite afastar a possibilidade do *crime continuado* relativamente aos crimes cometidos no seu âmbito, na medida em que, no âmbito da associação criminosa se pode afirmar existir “uma pluralidade de resoluções, que exprimem uma vontade sucessivamente renovada, perante situações distintas que o recorrente directa e

³⁹ Cfr. Processo n.º 045271, consultado e imprimido em 10 de Março de 2013, in www.dgsi.pt.

deliberadamente procurou; embora decorrendo numa composição e num ambiente preparados pelo recorrente, as expressões de comportamentos sucessivamente renovados em relação a cada um dos ofendidos afastam a natureza exógena (situação externa favorável) das circunstâncias; bem diversamente, as condições em que o recorrente agiu não foram construídas nem se lhe apresentaram externamente, mas cada uma foi directamente criada pelo recorrente com a finalidade e intenção de praticar cada um do conjunto de actos [...]”⁴⁰: ora isto é precisamente o que sucede com a prática dos crimes no seio de uma da associação criminosa, cuja concretização é igualmente a afirmação, através da alteração da realidade, da própria entidade criminosa que constitui a associação.

Questão diferente da que temos vindo a desenvolver é a da colocação da possibilidade de se concluir pela existência de um único crime continuado entre os crimes de associação criminosa e os crimes praticados no seu seio: é de recusar esta possibilidade pela singela razão, independentemente dos crimes concretamente praticados, de serem distintos os bens jurídicos protegidos no crime *de* associação criminosa e nos crimes *da* associação criminosa; neste exacto sentido, a título de exemplo, na jurisprudência do STJ, pode ler-se que “[o] crime de associação de associação criminosa e os crimes de furto qualificado e de receptação, praticados pelos arguidos, não podem unificar-se num crime continuado porque os respectivos tipos não protegem

⁴⁰ Aresto proferido autos de processo n.º 700/01.8JFLSB.C1.S1, consultado e imprimido em 13 de Março de 2015, in www.dgsi.pt; “[O] primeiro acto ilícito do bando já é qualificado por esse facto e deve-se excluir do conceito a pluralidade de acções que constituam *crime continuado*.”, cfr. FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, “Aspectos da Tutela Penal do Património após a Revisão do Código Penal”, in *Jornadas de Direito Criminal Jornadas de Direito Criminal*, CEJ, 1998, vol. II, págs. 489 e 490, numa citação de LACKNER, a que regressaremos *infra* n. 77: ainda que a propósito da figura do *bando* cremos poder, com as devidas adaptações e com argumento “por maioria de razão” aplicar à figura da associação criminosa e aos seus crimes.

fundamentalmente o mesmo bem jurídico, mas sim bens jurídicos distintos (a paz pública, no primeiro, e o património, nos restantes).”⁴¹.

3. O Projecto de Código Penal de 1861

Em nosso entender tem muito interesse a análise do projecto de código penal elaborado por uma comissão presidida por ANTÓNIO DE AZEVEDO MELLO E CARVALHO – nomeado por D. Pedro V, em Maio de 1861, par do Reino – e que tinha como secretário e redactor LEVY MARIA JORDÃO⁴².

A sua análise permite concluir pela alteração substancial do regime jurídico do crime de que nos ocupamos, que teria sido designado por “*Associações ilícitas*”, integrado num capítulo autónomo (arts. 370.º e 371.º, do Capítulo III, do Título IV, dedicado aos crimes contra a ordem pública, os quais por sua vez se inseriam na Parte II, *Crimes e delictos contra o direito social*)⁴³.

⁴¹ Cfr. Parágrafo VI do sumário do Ac. do STJ de 30 de Outubro de 2001, relatado por Armando Leandro, processo n.º 01P2630, consultado e imprimido em 10 de Março de 2013, in www.dgsi.pt.

⁴² Cujo resultado se mostra publicado in *Código Penal Portuguez, Projecto da Comissão*, Tomo II, Lisboa, Imprensa Nacional, 1861 (publicado mais concretamente, em Dezembro, um mês após o falecimento do Rei D. Pedro V).

⁴³ É a seguinte a redacção do que seria o art. 370.º: “São Associações Ilícitas, por abuso da liberdade de associação: 1.º As constituídas com o fim, manifesto ou oculto, de commeter qualquer infracção. 2.º As constituídas com fim immoral. 3.º As que, apesar de constituídas com fim legitimo, d’elle degenerarem para commeter infracções, ou se tornarem immoraes. 4.º As que impozerem a seus membros a obrigação de occultar á auctoridade publica os seus estatutos, o seu fim ou a sua organização interior. § único. Toda a associação, que não esteja nos precisos termos d’este artigo, é permitida, sem restricção; mas deve, antes da sua primeira reunião, participar ao governo a sua criação, e a epocha e local das suas reuniões, e remetter-lhe copia de seus estatutos logoque seja formados, a fim de que, pela assistência de qualquer funcionario administrativo a essas reuniões, ou por outro qualquer meio, se possa verificar se a associação é ou vem a tornar-se illicita. A infracção d’este dever será punida com a reclusão de 2.ª classe, alem da

Na sequência do que se analisou sobre a evolução – positiva, como vimos – entre o CP 1852 e o CP 1886, é de notar que este projecto, no que diz respeito à prova da existência da “associação criminosa” era bastante mais claro, pois no art. 371.º previa-se que esta se poderia apreender, quer a partir da correspondência entre os seus membros, quer da partilha convencionada dos frutos do crime cometido, quer dos actos preparatórios do crime a cometer, no que, não colidindo com a redacção do art. 263.º do CP 1886, tornava ainda mais clara a inexigência de uma organização formal, embora se pudesse dizer que, no corpo da norma do art. 370.º, no entanto, e um tanto ou quanto paradoxalmente, estivesse contida uma noção formal de associação, contraditória com os fins que se pretendiam atingir; aliás, este regime, constante do projecto de 1861, contém outra particularidade e diz respeito ao próprio anunciar da responsabilidade da própria associação, prevendo uma sanção – aplicada pelo governo – de dissolução da associação (cfr. § único do art. 370.º, *in fine*), no que, por sua vez, traduz uma clara aproximação à ideia de responsabilidade da entidade criada pelas pessoas humanas que a compõem⁴⁴; também é muito interessante constatar que, se, por um lado, a letra da lei afirma frontalmente a liberdade de associação, por outro, o seu regime jurídico é limitativo dessa mesma liberdade, dados os requisitos de controlo que, nesta lei de natureza criminal, são

dissolução que o governo possa decretar.” O art. 371.º, do mesmo projecto, que completa o regime punitivo das associações ilícitas, está redigido do seguinte modo: “As associações ilícitas serão punidas com a reclusão de 1.ª classe. § 1. A associação que cometer qualquer infracção considera-se organizada, alem da prova directa da organização, logoque a sua existência se manifeste pela correspondência entre os associados, pela convenção sobre a partilha ou distribuição de efeitos resultantes das infracções já cometidas, ou por quaesquer actos preparatórios da infracção a cometer. “. O § 2 deste art. 371.º remete para o disposto no § único n.º 2 do art. 328.º, que previa “Eximem de responsabilidade aos respectivos participantes: 2. A revelação da conjuração á auctoridade publica, antes que a mesma conjuração tenha praticado actos de execução do crime ou delicto a que for destinada.”

⁴⁴ Portanto, o (pré) anunciar da responsabilidade penal das pessoas colectivas.

impostos a todas as associações, com a obrigatoriedade de participação – ainda assim, sem exigir a sua autorização prévia – ao governo da sua criação, antes da sua primeira reunião, de ter de enviar os seus estatutos, com a imposição da possibilidade de um funcionário administrativo assistir às suas reuniões, de modo a melhor poder fiscalizar os seus fins⁴⁵. A redacção relativa ao tipo de crime de que nos ocupamos, tornaria, desde logo, pelo modo descritivo como estava desenhado, ultrapassar as críticas que, como vimos, SILVA FERRÃO deixou à redacção do art. 263.º do CP de 1852, numa

⁴⁵ Curiosa é a circunstância de o Código Penal espanhol designar o crime que ora nos ocupa por, precisamente, “Asociaciones Ilícitas” [com a reforma penal de 2010, como veremos *infra* na Parte II, Cap. I Sec. II, 9 foi criada também a figura da organização criminosa], tal como, já em 1861, propunha o projecto que analisamos; teremos oportunidade *infra* de analisar com mais pormenor o seu regime jurídico; cumpre, porém, desde já, não só sinalizar a coincidência da designação, mas também salientar o facto de o regime constante do Código Penal espanhol ter um recorte típico que se poderá designar como próximo do que consta do projecto português de 1861; este projecto, de modo a complementar, e a título de exemplo, a ideia que aqui exploramos sobre o seu carácter inovador, previa um âmbito de aplicação jurisdicional penal pessoal lato para a época, no que diz respeito aos cidadãos portugueses, por crimes cometidos no estrangeiro e desde que não tivessem aí sido condenados, é o que resulta do art. 4.º desse projecto; em justificação desta opção, cfr. *Código Penal Portuguez, Relatório...*, Tomo I, págs. 27 e ss., com a explanação do contexto legislativo e doutrinal europeu e das razões pela opção, afirmando-se, p. 29, em jeito de conclusão, «[a] lei portuguesa que sanciona os deveres dos cidadão será *territorial* estendendo o seu império sobre todos os indivíduos existentes no seu território, mas não deixará de ser *pessoal* para punir os crimes ou delictos commettidos por *portuguezes* em paiz estrangeiro, uma vez que lá não tenham sido punidos.»; cfr., ainda, com muito interesse, no que diz respeito a este projecto de Código Penal de 1861, revelando o papel de destaque de Levy Maria Jordão, e que, embora nunca tivesse entrado em vigor, veio a ser fundamental, na reforma do Código Penal de 1852, quer pela Lei de 1 de Julho de 1867, quer pela Lei de 14 de Junho de 1884 (esta última que daria origem, pela sua profundidade, ao Código Penal de 1886), CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições de Direito Penal*, vol. I, Verbo, 1992, p. 46; também FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I, Coimbra Editora, 2004, págs. 66 e 67, faz referência ao projecto de 1861, que surge, desde logo, como consequência de críticas muito fortes ao Código Penal de 1852, o qual, no que diz respeito ao seu posicionamento sobre os fins das penas, veio dar prevalência clara aos fins da prevenção especial, com uma substancial suavização das penas e erigindo-se um sistema penitenciário baseado no sistema de Filadélfia, o que veio aliás a ser consagrado em lei e vigoraria no sistema português até 1913.

aproximação à redacção do art. 266.º do Código francês, que assim serviu de inspiração⁴⁶.

4. O Código Penal de 1982

Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de Setembro, o Código Penal de 1982, entrou em vigor a 1 de Janeiro de 1983 e, no Capítulo V, dedicado aos “Crimes contra a ordem e a tranquilidade públicas”, inserido na secção II, respeitante aos “Crimes contra a paz pública”, previu, no seu art. 287.º, o crime “Associações criminosas”, cuja redacção era a seguinte:

“1- Quem fundar grupo, organização ou associação cuja actividade seja dirigida à prática de crimes será punido com prisão de 6 meses a 6 anos. 2- Na mesma pena incorre quem fizer parte de tais grupos, organizações ou associações ou quem os apoiar, nomeadamente fornecendo armas, munições, instrumentos de crime, guarda ou locais para as reuniões, ou qualquer auxílio para que se recrutem novos elementos. 3- Na pena de prisão de 2 a 8 anos incorre quem chefiar ou dirigir os grupos, organizações ou associações referidos nos números anteriores. 4- As penas referidas podem ser livremente atenuadas, ou deixar mesmo de ser aplicadas, se o agente impedir a continuação dos grupos, organizações ou associações ou comunicar à autoridade a sua existência a tempo de esta poder evitar a prática de crimes.”

Com as alterações introduzidas ao Código Penal de 1982 pelo Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março, promoveu-se uma renumeração do artigo que prevê o crime “associação

⁴⁶ “*Este crime existe pelo simples facto da organização de bandos ou da correspondência entre eles e os seus chefes, ou comandantes, ou de convenções tendentes a dar contas, ou a fazer a distribuição ou partilha do produto do crime.*”, é a redacção do art. 266.º do Código Penal francês, *apud* BELEZA DOS SANTOS, “O Crime...”, cit., n.º 2593, p. 98; aliás, o mesmo artigo é citado por FIGUEIREDO DIAS, *As «Associações...», cit., p. 16.*

criminosa”, que passou a ser o art. 299.º, mantendo a mesma inserção sistemática, introduzindo-se as seguintes alterações: no n.º 1 do art. acrescentou-se o verbo “promover”, antes do já existente “fundar” e, além da “actividade”, acrescentou-se a “finalidade” dirigida à prática de crimes; o n.º 2 manteve a mesma redacção; o n.º 3 alterou a sua redacção, mas com efeitos meramente estilísticos, sem qualquer repercussão no seu conteúdo; o n.º 4 surge com uma nova redacção, com uma clara intenção de o melhorar, sob o ponto de vista dogmático, substituindo a expressão “livremente atenuadas” por “especialmente atenuadas”, em relação às penas previstas nos números anteriores, sendo menos exigente para que o agente pudesse beneficiar da atenuação ou da ausência da pena, acrescentando ao “impedir”, “se esforçar seriamente por impedir a continuação”, deixando, assim, de exigir um resultado, antes colocando a análise sobre a actividade do próprio agente, no sentido de evidenciar, pela sua conduta, uma tentativa séria de impedir a continuação da actividade da associação, grupo ou organização.

Com implicações indirectas no regime das associações criminosas, por ter retirado do Código Penal o subtipo especializado do crime e que lhe servia como vector interpretativo, nomeadamente, quanto ao número mínimo necessário para que se pudesse concluir pela existência da “associação”, surge a Lei n.º 52/2003, de 22 de Agosto, que revogou o art. 300.º do Código Penal, que previa o crime “organizações criminosas”⁴⁷.

⁴⁷ Na sequência da análise ao conceito de “associação” e no que diz respeito ao problema do número necessário de pessoas para a constituírem, era precisamente o tipo de crime “organização terrorista”, que previa o número mínimo de duas pessoas, e permitia assim sustentar o mesmo número para a “associação criminosa”, cfr., neste sentido, FIGUEIREDO DIAS, no âmbito da versão originária do CP 1982, *As Associações...*, cit., pp. 35 e 36, e já após as alterações impostas pelo DL 48/95, de 15 de Março, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte Especial, Tomo II, Coimbra Editora, p. 1161, dando conta, neste último trabalho, de uma evolução no seu pensamento no sentido da reversibilidade do argumento «...o art. 300.º, relativo a organizações terroristas, basta-se com a existência de 2 pessoas. Mas o argumento que daqui se pode retirar é reversível: tanto pode concluir-se que, sendo o crime do art. 300.º,

Por força da Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro, o art. 299.º do CP sofreu relevantes alterações nos seus números 1 e 4; o n.º 1 passou a prever que o fim da “associação” possa ser dirigido à prática de um único crime⁴⁸, no que traduz uma ruptura com todo o

como é na verdade, apenas uma hipótese qualificada do art. 299.º, também quanto a este 2 pessoas devem bastar (...); como inversamente, que, se o legislador quis expressamente mencionar o número de 2 pessoas no caso das organizações terroristas e não fez o mesmo no preceito anterior é porque entendeu que, relativamente a este, deveria valer a exigência mais normal e razoável de um mínimo de 3 pessoas. A nossa tendência vai hoje neste último sentido».

⁴⁸ Uma consequência desta possibilidade consagrada agora expressamente na lei seria, caso se concordasse com tal entendimento, o que não é o caso – considerando a forma apodíctica e genérica como é afirmado -, que quem integrasse a “associação criminosa” para o cometimento de um único crime, não seria punido em concurso real pela prática deste e pela sua integração naquela, ao contrário do que sucede se a “associação” tiver sido constituída para a prática de mais do que um crime; é este o entendimento de PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal, à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2.ª edição actualizada, Universidade Católica Editora, 2010, p. 840, com base na afirmação, sem precisar se se trata “do” argumento para tal entendimento ou se é a razão da solução “óbvia”, que assim não carece de outro “olhar” crítico, de que, com a prática do crime, se esgota a «finalidade da associação extinguindo-se a estrutura organizativa depois da execução desse crime. Neste caso, há concurso aparente (subsidiariedade) entre o crime de associação criminosa e o crime-fim da associação criminosa.» Cremos, ressaltando, naturalmente, o devido respeito, que a *opinio* emitida está longe de ser pacífica, pois tal entendimento, repetimos, atento o modo absoluto como está expresso, pode colidir com todo o sentido da punição das “associações criminosas”, na perspectiva do bem jurídico protegido e das motivações político-criminais subjacentes à necessidade de tal punição; não pode ser a circunstância de se ter em vista a prática de um só crime que torna inócua, sob o ponto de vista da necessidade da reacção do ordenamento jurídico-penal, a punição pelo crime da “associação criminosa”; a entender-se como faz o Autor, teríamos um problema sério, por exemplo, no que diz respeito ao concurso real entre o crime de associação criminosa previsto no art. 28.º do DL n.º 15/93 e a prática do crime de tráfico de estupefacientes praticado no seu seio. Muito diferente é o modo como FIGUEIREDO DIAS coloca o problema, in *Associações...*, cit., págs. 73 e 74: «Já a ocorrência entre o crime *de* organização e os crimes *da* organização constituirá, em princípio, um concurso efectivo, verdadeiro ou puro (...). Excepções a esta regra são pensáveis no caso em que a acção de apoio se traduz tão-só e exactamente na prática de um crime que realiza o escopo criminoso da associação – caso em que fica próxima a afirmação, à luz de uma consideração *concreta*, de uma relação de *subsidiariedade* (ou de *consunção*) entre as normas legais aplicáveis ao caso. Como pode ainda, porventura, pensar-se numa excepção à pluralidade de crimes (...) no caso em que alguém adquire a qualidade de membro de uma associação unicamente na intenção de cometer

passado do tipo de crime vigente em Portugal, embora repescando o que já a este propósito se previa no analisado Projecto de 1861; com efeito, como vimos, em tal projecto impunha-se a punição da “associação ilícita” constituída para a prática de “qualquer infracção”, portanto, permitiria, caso tivesse sido aprovado, a sua punição quando constituída para a prática de uma única infracção; no n.º 4 passou a exigir-se que o grupo, organização ou associação seja constituído pelo número mínimo de três pessoas ao arpejo da tradição portuguesa, com a virtude no entanto de, pela sua opção, terminar com a dúvida antes existente, mas que maioritariamente admitia o número mínimo de duas pessoas⁴⁹.

Mas as alterações ao CP, com relevância para a punição das associações criminosas, não se ficaram pela nova redacção do art. 299.º; com implicação directa no seu regime surge o novo art. 11.º, do qual resulta a expressa responsabilidade criminal das pessoas colectivas e entidades equiparadas, com excepção do Estado, de outras pessoas colectivas públicas e de organizações internacionais de direito público, pela prática do crime previsto no art. 299.º.⁵⁰ Esta previsão acrescenta muita complexidade à complexidade que já de si o crime de associação criminosa implica, razão por que iremos tratar do assunto em momento posterior⁵¹.

certos crimes correspondentes ao seu escopo.», muito embora, logo o Autor divulgue, cfr. p. 74, n. 97, nesta última situação, que para a «hipótese análoga à do texto, a solução de *concurso ideal*» é defendida por LENCKNER, in SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 22.ª edição, München: Beck, 1985, § 129 RN. 1.

⁴⁹ Cfr. *infra* Parte I, Cap. II, Sec. II, 1 e Sec. III, 1, quanto à influência internacional que poderá ter justificado esta opção legislativa.

⁵⁰ Cfr. o que tivemos oportunidade de afirmar e criticar a este preciso respeito, in “A responsabilidade penal das pessoas colectivas ou entidades equiparadas na recente alteração ao Código Penal ditada pela Lei 59/2007, de 4 de Setembro: Algumas notas”, in *Revista Julgar*, n.º 5, Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2008, págs. 124 a 127.

⁵¹ Cfr. Parte II, Cap. IV, Sec. V, 1 a 1.4.

Secção III - O crime da “associação criminosa” noutros diplomas legais

O crime de associação criminosa – antes do CP de 1982 designado como “Associação de Malfeitores” e que era monopólio dos Códigos Penais de 1852 e 1886 – passou a estar previsto noutros diplomas que não o CP, deixando, portanto, de ser privativo deste. Por outro lado, a referência à “criminalidade organizada” passou a ser comum em diversos e dispersos diplomas legislativos nacionais, fenómeno legislativo que merecerá igualmente, atenta a sua íntima ligação com a figura da “associação criminosa”, a nossa atenção.

1. No âmbito do tráfico de estupefacientes

1.1 DL n.º 430/83, de 13 de Dezembro

Este diploma surge na sequência da ratificação, pelo Estado português, em Dezembro de 1971, da Convenção Única de 1961 sobre Estupefacientes⁵², e da adesão, em 1979, à Convenção sobre as Substâncias Psicotrópicas, de 1971.⁵³

Por força do DL n.º 430/83, de 13 de Dezembro, foi criado no âmbito do *combate ao*

⁵² Cfr. *BMJ*, 200, págs. 348 a 401; esta Convenção foi aprovada para ratificação pelo DL n.º 435/70, de 12 de Setembro.

⁵³ Por força dos artigos 35.º e 36.º da Convenção Única e do art. 22.º da Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas e, quanto ao crime de associação de delinquentes, por força do que se dispunha no art. 36.º, n.º 2, *a)*, *ii)* – embora de modo pouco expreso – do primeiro diploma e art. 22.º, n.º 2, *a)*, *ii)*, do segundo, embora aqui com referências mais precisas, como seja a criminalização da “participação intencional, a conspiração ou as tentativas de cometer tais delitos, bem como actos preparatórios e operações financeiras relacionadas com os delitos mencionados (...)”.

tráfico de droga, o art. 28.º, intitulado “Associações de delinquentes”, cuja previsão era a seguinte: “Quem promover, fundar ou financiar grupo, organização ou associação de duas ou mais pessoas que, actuando concertadamente, vise praticar algum dos crimes previstos no art. 23.º será punido com pena de 10 a 16 anos de prisão e multa de 50 000\$ a 20 000 000\$. 2 – Quem prestar colaboração, directa ou indirectamente, aderir ou apoiar os grupos, organizações ou associações referidos no número anterior será punido com pena de 8 a 14 anos de prisão e multa de 50 000\$ a 10 000 000\$. 3 – Incorre na pena de 12 a 18 anos de prisão quem chefiar ou ocupar lugares de direcção de grupo, organização ou associação referidos no n.º 1.”

Alterou-se, desde logo, na epígrafe, a designação do crime, tornando, num movimento de regresso à tradição portuguesa do século XIX, a dar o enfoque, não na associação, mas nos seus elementos, designados, não já por *malfeitores*, mas por *delinquentes*; terá sido, porventura, o primeiro sinal da intenção político-criminal subjacente, no sentido de repercutir, com penas muito mais severas, nos *delinquentes* que a integravam, um sentido punitivo exemplar, hipertrofiando assim o rigor da punição: não deixa de ser um retrocesso “nominativo” quando comparado com o CP de 1982, que havia entrado em vigor a 1 de Janeiro de 1983.

Comparando o seu regime, com o constante do CP de 1982, deparamo-nos, além da já salientada alteração da moldura penal, com alterações típicas relevantes.

Logo no n.º 1 do artigo alarga-se o âmbito do ilícito-típico, com o aditamento dos verbos “promover” e “financiar” como actividades puníveis, vindo o verbo “promover” a ser igualmente transposto para o CP, com a reforma de 1995; no n.º 2 da norma prevê-se a punição pela prática do crime com recurso à descrição típica coincidente com a figura da

cumplicidade⁵⁴, tal como esta se mostra legalmente prevista no art. 27.º do CP de 1982, já que se traduz a conduta típica num “auxílio material ou moral” à prática do crime.

Ainda de relevo foi a previsão precisa do número mínimo de pessoas necessárias para que se pudesse concluir pela existência da “associação de delinquentes”, com o estabelecer do número de duas pessoas, no que, à data, era coerente com a previsão já constante no CP de 1982, quanto ao crime de “organizações terroristas”, previsto no art. 288.º, n.º 2 e servindo para reforçar o mesmo sentido interpretativo para efeitos do disposto no art. 287.º, como aliás vimos *supra* na Sec. anterior, em 4.⁵⁵

O art. 28.º do diploma em apreço, por outro lado, não exigia, para que a “associação” fosse punida, que se visasse a prática de diversos crimes, bastando tão só que houvesse o escopo de praticar qualquer um dos dois crimes fundamentais previstos no art. 23.º.

⁵⁴ Neste exacto sentido, cfr. JESUS ROQUE, *Infracções contra a Economia e contra a Saúde Pública, Lei da Droga – Tabagismo*, Comentado e Anotado, Rei dos Livros, 1985, p. 373, ainda que não fique claro, neste trabalho, qual a precisa ideia do Autor ao afirmar, após referir que o n.º 2 do art. 28.º prevê a situação de cumplicidade na prática do crime de “associação de delinquentes”, que a «cumplicidade é punível nos termos gerais do preceituado no art. 27.º do Cód. Penal», já que, prevendo a norma, no seu recorte típico, no seu n.º 1, a figura da “autoria” e no n.º 2 a figura da “cumplicidade”, como afirma o Autor, então caberá perguntar a que título poderá ser aplicável a figura da cumplicidade prevista no Código Penal, já que, a ser assim, estaríamos perante uma “cumplicidade da cumplicidade”; cremos que a forma sucinta como é apresentada a anotação ao artigo em questão não permitiu ao Autor expressar a sua ideia de modo completo.

⁵⁵ Cfr. *infra* em 3. desta Sec., quanto à análise do crime de organizações terroristas previsto pela Lei n.º 52/2003, de 22 de Agosto, diploma este que, por força do seu art. 11.º, revogou os arts. 300.º (organizações terroristas) e 301.º (terrorismo) do Código Penal.

1.2 O DL n.º 15/93, de 22 de Janeiro

Em paralelo com a trajectória internacional, o ordenamento jurídico-penal nacional sentiu a necessidade de criar um novo diploma que regulasse as complexas matérias relativas ao tráfico e consumo de estupefacientes, sendo aliás logo assumido no primeiro parágrafo do preâmbulo do DL em epígrafe que o mesmo é consequência directa da aprovação da Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e de Substâncias Psicotrópicas de 1988⁵⁶ – Convenção de Viena –, desenvolvendo nos seus parágrafos iniciais, precisamente os três objectivos fundamentais de tal instrumento de direito [penal] internacional público.

Foi ainda um diploma que pretendeu, por um lado, adaptar-se ao CPP de 1987 e, por outro lado, antecipar o que viriam a ser os princípios conformadores da reforma penal que estava em curso, nomeadamente, quanto ao fim da pena de multa cumulativa com a pena de prisão.

Neste DL 15/93, de 22 de Janeiro, o “crime de organização” que estudamos foi intitulado por “Associações criminosas”, retomando deste modo a designação que havia sido dada pelo CP de 1982, afastando-se assim, de modo definitivo, da designação anterior.

É a seguinte a redacção do art. 28.º: “1 - Quem promover, fundar ou financiar grupo, organização ou associação de duas ou mais pessoas que, actuando concertadamente, vise praticar algum dos crimes previstos nos arts. 21.º e 22.º é punido com pena de 10 a 20 anos de prisão. 2 – Quem prestar colaboração, directa ou indirecta, aderir ou apoiar o grupo, organização ou associação referidos no número anterior é punido com pena de

⁵⁶ Cfr. Resolução da Assembleia da República n.º 29/91 e Decreto do Presidente da República n.º 45/91, com publicação no Diário da República, de 6 de Setembro de 1991.

prisão de 5 a 15 anos. 3 – Incorre na pena de 12 a 20 anos de prisão quem chefiar ou dirigir grupo, organização ou associação referidos no n.º 1. 4 – Se o grupo, organização ou associação tiver como finalidade ou actividade à conversão, transferência, dissimulação ou receptação de bens ou produtos dos crimes previstos nos arts. 21.º e 22.º, o agente é punido: a) Nos casos dos n.ºs 1 e 3, com pena de prisão de 2 a 10 anos; b) No caso do n.º 2, com pena de prisão de um a oito anos.”

Relativamente ao tipo de crime previsto no DL n.º 430/83, de 13/12 constata-se, desde logo, quanto aos seus primeiros três números, existir similitude no recorte do tipo-de-ilícito, com a descrição da mesma conduta típica, mantendo-se o número de duas pessoas como mínimo para se poder afirmar estar perante uma “associação”.

Constata-se, nos n.ºs 1 e 3 da norma, um assinalável reforço da severidade da punição, com a extensão, respectivamente, de 16 para 20 anos e de 16 para 18 anos, do máximo de prisão aplicável, mantendo-se a mesma moldura para as condutas previstas no n.º 2, sendo ainda relevante a circunstância de ter sido eliminada a pena de multa cumulativa. A moldura penal destes n.ºs 1 e 3, nos seus limites máximos, por força das alterações impostas pela Lei n.º 45/96, de 3 de Setembro, viriam a ser ainda mais reforçados, passando, ambos os n.ºs a prever o máximo de 25 anos de prisão.

Novidade absoluta é a previsão do n.º 4 – a par do art. 23.^{o57} –, que assim criou uma

⁵⁷ Norma revogada pelo art. 55.º da Lei n.º 11/2004, de 27 de Março, diploma este que, por sua vez, pelo seu art. 53.º, procedeu ao aditamento do art. 368.º-A ao Código Penal, com a epígrafe “Branqueamento”, artigo este entretanto alterado pela Lei 59/2007, de 4 de Setembro; cfr. JORGE GODINHO, *Do Crime de «branqueamento de capitais», Introdução e Tipicidade*, Almedina, 2001, p. 17, n. 7, numa referência expressa ao n.º 4 do art. 28.º do DL 15/93, com considerações relativas ao sentido da punição da associação criminosa constituída para a prática de crimes de branqueamento de capitais, detectando, neste âmbito, ao contrário do que sucede com o crime previsto no Código Penal, não uma antecipação da punição, mas de uma punição «pós-delito», com discutível eficácia preventiva; sendo verdade que o “branqueamento de capitais” supõe a existência da criminalidade prévia, nada na lei impõe, antes sugere o contrário, que o

“autor” do crime previsto no art. 28.º, n.º 4 DL 15/93, tenha, ele próprio, praticado crimes anteriores; com efeito, a criminalização prevista na norma referida é perfeitamente compatível com a figura da antecipação da tutela penal comum ao crime de “associação criminosa” do art. 299.º do CP; o problema colocado pelo Autor, no fundo, nada difere da própria razão-de-ser da criminalização do crime de “branqueamento de capitais” [...], cuja noção tem intrínseca a prática sempre de um crime prévio; em bom rigor, do que se trata, com o crime de “branqueamento de capitais”, é de transmitir a ideia de que o crime não compensa, pelo que, não obstante se tratar de um crime que supõe uma certa criminalidade prévia, o seu sentido é precisamente o de evitar a prática criminosa, enquanto tal e, nessa medida, comunga do efeito preventivo inerente à existência de qualquer tipo de crime; com interesse ainda, o mesmo Autor, a propósito do “crime de branqueamento” – este como resultado da constatação da sua “associação” à criminalidade organizada e assim como uma criminalização ditada, logo à partida, pela exigência de tentar retirar estímulos àquela, cujo lucro urge detectar e combater –, partindo da constatação da não coincidência conceitual entre “criminalidade organizada” – este designado como conceito criminológico –, “associação criminosa” – este designado como conceito de direito penal - muito embora aquela suponha sempre esta - e “terrorismo, criminalidade violenta e criminalidade altamente organizada” – este, conceito de direito processual penal -, cfr. *ob. cit.*, págs. 32 e ss.

Para uma análise da génese da criminalização do “branqueamento de capitais” como necessidade de resposta à “criminalidade organizada”, com referências históricas - empírico-criminológicas - cfr. JORGE MANUEL VAZ MONTEIRO DIAS DUARTE, *Branqueamento de capitais, O regime do D. L. 15/93, de 22 de Janeiro, e a normativa internacional*, Publicações Universidade Católica, Porto, 2002, págs. 15 a 31; na mesma linha de abordagem, cfr. JOSÉ MANUEL SANTOS PAIS, «Cooperação Internacional – Perspectivas», in *Polícia e Justiça*, 2004, III Série, Número Especial Temático, Coimbra Editora, págs. 30 e ss.

Para uma análise do “problema” da criminalização do “branqueamento de capitais”, nas suas motivações político-criminais, sobretudo por força do crime de tráfico de droga – mas também abordando, de modo muito expressivo, o problema fenomenológico associado à “criminalidade organizada”, com a complexidade da actividade e das suas personagens, em permanente mutação, num “jogo de máscaras” auto-protector da organização e dos seus “criadores” – dos seus efeitos e da incapacidade, por parte das sociedades contemporâneas de o controlarem, dado que tal actividade ilícita detém «uma tal disponibilidade de bens e de dinheiro que o reinvestimento de tais somas, provenientes de actividades criminosas e onde impera uma total liquidez, faz nascer desvios e condicionamentos no mercado financeiro, na medida em que pode levar ao controlo de um inteiro sector ou segmento da economia. Não se está, por conseguinte, perante um caso isolado de apropriação ilícita de capital; está-se defronte de uma estrutura poderosamente organizada que se infiltra aos mais diversos níveis da realidade social e que age, em qualquer circunstância, dentro dos pressupostos de uma forte cadeia hierárquica cujo fito é sempre o de conseguir uma maior acumulação de capital para, desse jeito, directa ou indirectamente, aumentar também

nova conduta típica, que mais tarde seria, no ordenamento jurídico português, designada por branqueamento de capitais e teria, aliás, um regime próprio⁵⁸, aqui praticado no âmbito temático do tráfico da droga⁵⁹, acrescentando-se a protecção de um bem jurídico distinto dos tutelados pela norma principal⁶⁰; trata-se, portanto, de uma norma que congrega duas relações de “especialidade”, uma relativamente ao crime de “associações

o poder da organização. Uma estrutura deste tipo, que se anicha dentro do próprio Estado, define-se, necessariamente, através de formas intersticiais, o que não diminui, antes pelo contrário, a sua eficácia na prossecução das finalidades ilícitas e tende a ser, devido às suas características, algo que o Estado controla com dificuldade acrescida porque se não conhece, ou dificilmente se sabe, quem são as personagens de uma tal trama; e, ainda que se conheçam ou identifiquem, surgem, mesmo assim, os maiores obstáculos, se não a impossibilidade, quanto a perceber que papéis representam tais personagens no jogo da actuação criminosa. De certa maneira, e utilizando uma linguagem teatral, dir-se-á que a peça existe, é real e até nos toca ou fere sensitivamente. Contudo, quando olhamos para o palco, as personagens dificilmente se distinguem umas das outras – não têm individualidade – e se, por acaso ou interesse do “autor” da obra, nos surge, sob as luzes da boca de cena, uma personagem bem recortada que nos dá a satisfação de percebermos quem é, o que faz, ou, pelo menos, o que representa, rapidamente também nos apercebemos do logro dessa amostragem cénica, já que, de súbito, tal como Pigmaleão, o “autor” transforma aquela personagem em uma outra, num constante jogo de mutações, em que nos perdemos, porque nada dominamos, nem sequer o final, o qual, aliás, por abstracção, desejo inconfessado do autor e razão de ser da própria peça, não existe», cfr. JOSÉ DE FARIA COSTA, *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXVIII, “O Branqueamento de Capitais (algumas reflexões à luz do direito penal e da política criminal), Coimbra, 1992, págs. 66 e 67.

⁵⁸ Cfr. Decreto-Lei n.º 325/95, de 2 de Dezembro, Lei n.º 65/98, de 2 de Setembro, Lei n.º 11/2004, de 27 de Março e Lei n.º 25/2008, de 5 de Junho.

⁵⁹ No que é um sinal claro da preocupação de adequação do legislador português ao movimento internacional plasmado na Convenção da Nações Unidas de 1988, no seu art. 3.º, n.º 1, al. c), iv), que determina às Partes a adopção de medidas necessárias a tipificar como infracções a “participação na prática de uma das infracções estabelecidas de acordo com o presente artigo, ou a associação ou conspiração, a tentativa e a prestação de auxílio, a facilitação ou o aconselhamento relativamente à prática dessas infracções.”

⁶⁰ Referimo-nos no plural, dado que a previsão da “associação criminosa”, no âmbito da lei da droga visa também proteger a saúde pública, além da protecção da paz ou tranquilidade públicas, sempre subjacente na punição.

criminosas” previsto no art. 287.º e depois, com a revisão de 1995, no art. 299.º do CP⁶¹, outra relativamente ao crime previsto, num primeiro momento, no regime jurídico do “branqueamento de capitais”⁶² e, depois, por força da Lei n.º 11/2004, de 27 de Março – que revogou o art. 23.º do DL n.º 15/93, de 22 de Janeiro – no art. 368.º-A do CP.

⁶¹ Neste caso, atento o agravamento da moldura penal, podemos designar por “especialidade qualificada”; já quanto à sua relação com o crime de branqueamento também podemos afirmar existir um fenómeno semelhante, mas indirecto, já que se trata de punir o que, sem a previsão especial no âmbito do DL 15/93, sempre ficaria abrangido pelo crime de associação criminosa previsto no Código Penal. Afirmando a situação homóloga de especialidade qualificada deste crime previsto no DL 15/93 relativamente ao crime de “associação criminosa” previsto no CP, com o crime de “associações terroristas” relativamente a tal crime, cfr. A.G. LOURENÇO MARTINS, *Droga e Direito, Legislação, Jurisprudência, Direito Comparado, Comentários*, Aequitas, Editorial Notícias, 1994, p. 168; muito interessante é a afirmação deste Autor, depois de concluir que as associações criminosas talhadas para o tráfico e as dedicadas ao terrorismo estão «numa relação de especialidade para com as associações criminosas em geral», escreve que «[n]ão é de excluir, todavia, a possibilidade de uma associação criminosa de finalidade *mista*, incluindo nesta a prática do tráfico de estupefacientes (...) Neste caso funcionarão as regras do concurso real ou ideal de infracções (...).»; na linha da sua ideia, quem fizesse parte uma associação criminosa que se dedicasse à prática de crimes diversos previstos no CP e de tráfico deveria ser punido, em concurso real, pelo crime de “associação criminosa” previsto no CP e pelo crime de “associação criminosa” previsto no DL 15/93, além, claro, mas nisso sem a mesma polémica, de deverem ser punidos em concurso real com os crimes concretamente cometidos; a possibilidade colocada pelo Autor relativamente à possibilidade de poder haver concurso real entre dois crimes de associação criminosa, um no âmbito do tráfico de estupefacientes e outro por força do tipo de crime previsto no CP pode ser sustentável ainda, conforme se afirma na nota imediatamente anterior, pela circunstância de o bem jurídico protegido poder não coincidir totalmente.

⁶² Quanto a este tratou-se de uma relação de especialidade *a posteriori* e que, pelas sucessivas alterações aos respectivos diplomas, se manteve.

1.2.1 Agravação da conduta constante do art. 24.º, al. f) do DL n.º 15/93, de 22 de Janeiro: *actividades criminosas organizadas de âmbito internacional*

Uma referência ainda a *actividades criminosas organizadas* – embora de rigor jurídico-penal discutível, por se tratar de uma categoria, embora “típica” por força da sua consagração legal, não devidamente sedimentada no nosso ordenamento jurídico, nem à data da sua criação, nem hoje, cuja existência enquanto “fenómeno” é incontestada, mas sem que seja, com o mínimo rigor e certeza, transponível para um correspondente “quadro conceitual” prévio – resulta da agravação da conduta típica prevista no art. 24.º, al. f) do DL 15/93, nos termos do qual, as penas previstas nos arts. 21.º, 22.º e 23.º são aumentadas de um quarto⁶³ nos seus limites mínimos e máximos se o agente “participar em outras actividades criminosas organizadas de âmbito internacional.”

Esta agravação contém, no nosso entender, problemas agudos de definição do tipo criminal; desde logo, cumpre saber como aferir da “participação” do agente no processo em que estiver a ser julgado; será preciso que haja uma condenação judicial prévia que qualifique tal “participação em actividade criminosa organizada internacional”? Ou será, pelo contrário, que tal “participação em actividade criminosa organizada internacional” pode ser analisada no âmbito do processo em que o agente estiver a ser julgado pela prática de algum dos crimes previstos nos arts. 21.º a 23.º do DL 15/93? Entendendo-se, como é o nosso caso, que não é exigível uma condenação judicial prévia que faça a qualificação em causa, tem essa actividade do agente de ser anterior aos factos relativos

⁶³ Esta agravação de “um quarto” nos limites mínimos e máximos foi elevada pelas alterações provocadas pela Lei n.º 45/96, de 3 de Setembro para “um terço”, mas que a Lei n.º 11/2004, de 27 de Março, repôs nos seus limites originários.

ao crime de tráfico de droga? Ou pode ser contemporânea ou mesmo posterior ao início da actividade de tráfico de estupefacientes? E o que se deve entender por “actividades criminosas organizadas de âmbito internacional”? Será que tal actividade tem de passar pelo crivo das exigências típicas do crime de “associação criminosa” previsto no DL 15/93 ou no CP? Ou poder-se-á fazer o recurso a uma indefinida figura criminológica para caracterizar tal actividade “criminosa organizada de âmbito internacional”? E qual será o âmbito internacional dessa actividade? Bastará ter lugar somente num outro país ou terá de ser multinacional? E teriam todas as actividades criminosas de ser praticadas no estrangeiro ou só parte delas?

A primeira das questões *supra* colocada, isto é, se é exigível uma qualificação prévia jurisprudencial da *actividade criminosa organizada de âmbito internacional*⁶⁴ para que a

⁶⁴ Para uma muito detalhada análise dos diversos instrumentos normativos criados no âmbito da União Europeia, mas não exclusivamente, com o estímulo de *combater* a criminalidade organizada, cfr. ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *O Direito Penal Europeu Emergente*, Coimbra Editora, 2008, p. 176 e ss., *maxime*, n. 412; instrumentos estes, no dizer da Autora, que são consequência da circunstância de esta «nova criminalidade utiliza[r] as lógicas e as potencialidades da globalização para a organização do crime [...] O crime adquiriu uma enorme capacidade de diversificação, organizando-se estrutural e economicamente para explorar campos tão diferentes quanto o jogo, a proxenetismo e a prostituição, o tráfico de pessoas, de droga, de armas e de veículos ou o furto de obras de arte, aparecendo invariavelmente o branqueamento de capitais como complemento natural dessas actividades. [...] [É] evidente que os sistemas penais, individualmente considerados são inoperantes para responder ao desafio da criminalidade. Torna-se cada vez mais imperioso recorrer, no âmbito punitivo, à *cooperação internacional*. [...] Não é mais possível conservar intactas as fronteiras jurídicas entre os Estados, quando, em muitos casos, os controles das fronteiras físicas desapareceram. A criação de grandes mercados económicos e a construção de espaços abertos entre Estados, com a livre circulação de mercadorias, de capitais e de serviços e, naturalmente, também de pessoas, são, sem mais, condições “óptimas” de desenvolvimento e expansão de um criminalidade cujas características principais são exactamente a organização, o poder económico e a internacionalização. Depois da criação de grandes mercados, a criminalidade já não pode ser tratada exclusivamente ao nível nacional. O terrorismo, o tráfico de seres humanos e os crimes contra as crianças, o tráfico ilícito de droga e o tráfico ilícito de armas, a corrupção e a fraude são problemas que afectam todos os Estados. É contra esta criminalidade que os Estados não estão em condições de lutar isoladamente

agravação possa operar, que já mereceu resposta positiva expressa⁶⁵, deve ser respondida negativamente.

A fundamentação para a resposta positiva, baseada no argumento de que só uma condenação judicial [prévia] é susceptível de qualificar uma actividade criminosa organizada de âmbito internacional, sem qualquer reforço retórico-argumentativo, peca por escassa: por um lado, do que se trata, propriamente, é de congregar determinados *factos* num conceito típico-legal, que por muito impreciso que seja não pode carecer, para se verificar, de uma *prévia* qualificação jurisprudencial; a não ser assim, isto é, exigindo-se que a agravante em análise do crime em causa seja previamente confirmada⁶⁶ por condenação judicial que assim a *qualifique* – sem que seja a própria lei a prevê-lo⁶⁷ – originará uma “confusão” entre poderes soberanos, que pode colidir com o princípio da

e devem conjugar esforços para a controlar.», *ob. cit.*, págs. 174 a 176.

⁶⁵ Afirmando que «(...) [n]a formulação da al. f) poderia ser desnecessária uma efectiva condenação. No entanto, só uma condenação judicial é susceptível de qualificar uma actividade em criminosa», cfr. JOÃO LUÍS MORAES ROCHA, *Droga – Regime Jurídico (Legislação Nacional-anotada/Diplomas internacionais*, Livraria Petrony, 1994, p. 83, entendimento este reproduzido, sem qualquer aditamento argumentativo, em anotação ao art. em análise, PEDRO PATTO, in *Comentário das Leis Penais Extravagantes*, ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, BRANCO, José (Org), volume 2, Universidade Católica Editora, 2011, p. 504; estas duas frases do Autor, que não se mostra complementada por qualquer outro desenvolvimento do seu pensamento, parece-nos algo equívoca; pensamos que coloca bem a questão relativa a saber se a “participação em outras actividades criminosas organizadas de âmbito internacional” pode ser aferida sem uma condenação judicial anterior; porém, quando, a seguir, afirma que tem de existir tal condenação, justifica tal juízo com a circunstância de só uma “condenação judicial [prévia] [ser] susceptível de qualificar uma actividade em criminosa”; ora, o problema do artigo vai muito além de saber se a “actividade” é criminosa, exige que seja organizada e de cariz internacional, pelo que a sua justificação, se quis abranger esta dimensão típica da alínea que anota, quedou-se por um sintetismo que terá prejudicado a expressão do seu pensamento.

⁶⁶ Ou mesmo *prevista*.

⁶⁷ Como, por exemplo, sucede para que o tribunal possa condenar alguém como reincidente.

separação de poderes⁶⁸, na medida em que a lei não prevendo expressamente qualquer necessidade de uma prévia qualificação judicial, não pode carecer dela para poder subsistir com toda a sua força vinculativa, por tal ser uma decorrência directa da *vontade* do legislador; tal entendimento também colocará dúvidas quanto ao princípio da legalidade⁶⁹ subjacente a toda a previsão de normas de natureza penal, pois a previsão

⁶⁸ Entendido o princípio da separação de poderes enquanto «separação como constitucionalização, ordenação e organização do poder do Estado tendente a decisões funcionalmente eficazes e materialmente justas [...] Duas ideias básicas continuam a estar subjacentes à *separação funcional* dos órgãos constitucionais. Uma, é a **ordenação de funções** através de uma ajustada atribuição de competências expressa na fixação clara de regras processuais e na vinculação à *forma jurídica* dos poderes a quem é feita essa atribuição [...] O que importa num estado constitucional de direito não será tanto saber se o que legislador, o governo ou o juiz fazem são actos legislativos, executivos ou jurisdicionais, mas se o que eles fazem *pode ser feito* e é feito de *forma legítima*. [...] A sobreposição das linhas divisórias de funções não justifica, por si só, que se fale de “rupturas de divisão de poderes”. Estas rupturas ou *desvios do princípio da divisão de poderes* só são, porém, legítimos se e na medida em que não interfiram com o núcleo essencial [*Kernbereich*] da ordenação constitucional de poderes.», cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª edição, Almedina, págs. 250 a 252.

⁶⁹ E não atendemos ao princípio da legalidade somente na sua «intenção normativa originária e iluminista (iluminístico-positivista)», em que a «lei oferece em si uma formal e absoluta pré-determinação do jurídico, a realização do direito reduz-se à *aplicação* da lei (aplicação lógico-substantiva ou dedutivamente necessária), etc. O acrítico optimismo ideológico-político do Iluminismo e o ingénuo radicalismo normativo-jurídico do seu legalismo (ou melhor, do legalismo positivista que ele possibilitou e lhe foi consequente) estão decerto na nossa condicionante herança cultural, mas [que] não identificam já as dimensões verdadeiramente constitutivas do nosso presente ...», mas supondo já que «aqueles pressupostos iluministas vão superados na recuperada distinção entre lei e o direito: na actual recompreensão do problema das fontes, no reconhecimento da transcensão da mera legalidade por uma juridicidade material ou de abertura daquela e esta e bem assim da insuficiência normativa do critério formal da lei para assumir a juridicidade concreta, no carácter normativo e de mediação concretamente constitutiva da realização do direito, etc. Pelo que o princípio da legalidade criminal só pode significar hoje o que, numa irrecusável exigência de integrante congruência que o próprio direito como sistema não dispensa, for compatível com o diferente sentido da juridicidade, e igualmente da juridicidade criminal, implicado por esta mutação da compreensão do direito e da sua realização. [...] Não obstante, continua o princípio a ter por *objecto* todo o âmbito material já da *incriminação* (dos pressupostos quer positivos e negativos, quer normativamente gerais e tipificadamente especiais da incriminação e bem assim da sua *agravação*), já da sua *punição* (da

definição e determinação das penas e de quaisquer outras sanções criminais) – ou seja, todo o direito criminal que possa dizer-se constitutivo *in malam partem*. Assim como deverá dizer-se, sejam quais forem as alterações da sua normativa intencionalidade específica e as implicações tanto normativo-jurídicas como jurídico-dogmáticas dessas alterações, que persiste nele o sentido funcional de uma garantia jurídica. É a primeira função do princípio *nullum crimen* decerto uma *função de garantia*, exigida pela ideia do Estado-de-Direito, contra o exercício já ilegítimo [...], já incontrolável [...] do *ius puniendi* estadual.»; neste sentido, se actualmente não se queda o princípio da legalidade pela descrita «negativa função formal de garantia», antes assumindo um «sentido normativamente material e positivo, ao pretender-se ver-se nele, já a manifestação da justiça material ou pelo menos da justiça jurídica do direito penal, seja a expressão da própria juridicidade do sistema criminal, seja inclusivamente um inferência do valor último da dignidade humana», no que é «esta uma nova dimensão do princípio que, apesar dos já relevantes contributos oferecidos pelo actual pensamento jurídico, não logrou ainda afirmar-se como a generalidade e o expresso reconhecimento que a sua essencial importância justifica.», assim, ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, “O Princípio da legalidade criminal, O seu problema jurídico e o seu critério dogmático”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, Coimbra, 1984, págs. 308 a 313; mas a evolução da concepção do princípio da legalidade não supõe que «não haja de dizer-se, com W. HASSEMER, que se a “forma escrita das fontes do direito, a possibilidade de serem lidas por quem quer que seja, é (para a filosofia político-jurídica da *Auffklärung*) um pressuposto necessário par ao discurso geral sobre os limites da liberdade (ainda que não uma condição suficiente), este *ethos* é também para nós evidente e importante: a invocação de fundamentos jurídico-consuetudinários [e ousaríamos acrescentar também jurisprudenciais, como sucederia na interpretação que analisamos, embora, claro, entendamos que são planos distintos e, nesta situação, menos *problemática*] seria em direito penal como meter a mão numa *black box*, numa caixa mágica, em que ninguém, salvo o mago, sabe muito bem o que está lá dentro”», cfr. *ob. cit.*, págs. 315 e 316; mas quando assumimos aditar na citação *supra* os “fundamentos jurisprudenciais”, não estamos a querer negar o fundamento para o «recurso [...] a critérios dogmático-jurisprudenciais “não escritos” ou extratextuais», indiscutivelmente aceites, a par dos «critérios normativo-jurídicos translegais – desde logo a princípios normativos [...] para a integração, o autónomo desenvolvimento e mesmo correcção *in bonam partem* do direito criminal legalmente positivo e de que resulta a também translegal objectivação dogmático-institucional de uma não pequena parte do direito criminal vigente», cfr. *ob. cit.*, p. 316, mas antes a recusar que seja a decisão jurisprudencial *a dar corpo*, de modo prévio ao conceito plasmado na previsão legal, para assim esta poder ser aplicada ao [a um outro] caso concreto; o debate que aqui provocamos está ainda relacionado com o problema de «saber se a exigência da legalidade no plano da fonte deverá abranger só a lei penal *sensu stricto* ou ainda também a lei extra-penal, na medida em que esta venha a ser chamada pela lei penal à fundamentação ou agravação da responsabilidade criminal», cfr. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal...*, cit., p. 172, não tanto no sentido de a lei penal se servir «de *procedimentos de reenvio* para ordenamentos jurídicos não penais [...], nas chamadas normas penais em

legal deve ser *materialmente auto-suficiente* sem necessidade de carecer de uma prévia conformação por força de uma decisão judicial, sempre contingente, porque destinada a um caso concreto e, portanto, sem a garantia da correcta e justa subsunção à situação *sub iudice*, que assim seria integrada pela *conceitualização* jurisprudencial prévia.

Entendemos, neste sentido, que a resposta deve ser negativa e que a exigência relatada⁷⁰, salvo o devido respeito, carece de cabal sentido; consideramos assim que tal qualificação pode – por muito que o conceito legal seja impreciso⁷¹ – ser feita no processo onde se discute um determinado caso concreto, a qual, naturalmente, só poderá resultar do confronto contraditório e público que caracteriza toda a produção de prova em audiência de discussão e julgamento, pois é esse, cremos, o sentido *exclusivo* da previsão legal.

Obviamente, que a relevância de uma qualificação judicial prévia, por força de uma anterior decisão condenatória, não deve ser rejeitada e pode, portanto, ser um elemento – probatório – importante para que se conclua pela verificação da agravante; ainda assim, a existir tal condenação que faça tal qualificação da actividade como criminosa, organizada e internacional, entendemos que não pode implicar a sua aplicação automática. Há, por exemplo, que aferir do tempo decorrido entre tal condenação que qualificou a actividade do arguido como criminosa-organizada-internacional e o momento em que está a ser julgado pelo respectivo tráfico agravado, por tal razão; há que saber de que país provém

branco», mas no sentido em que o próprio conteúdo do conceito legal, a adoptar-se o entendimento que criticamos em texto, carecer da decisão condenatória prévia, num *subrogação* do legislador no tribunal de uma competência que não é deste e o legislador, cremos nós, não pretendeu.

⁷⁰ Cfr. *supra* n. 65.

⁷¹ E, neste sentido, o que pode ser questionado é, noutro sentido, o mesmo princípio da legalidade criminal, agora na óptica da *determinabilidade do tipo legal*, porventura o problema que mais fragiliza a normatividade criminal; cfr., para uma análise detalhada deste problema fulcral, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal...*, cit., págs. 173 e ss.

tal condenação e ao abrigo de que normas foi a mesma produzida e, nessa medida, aferir da natureza da concreta criminalidade praticada pelo arguido, se susceptível, no nosso ordenamento jurídico, de ser praticada, nomeadamente, por uma, punível, associação criminosa, o que, em regra, não poderá ocorrer, por exemplo, se tiver sido no âmbito de crimes cuja natureza é próxima ou afim do direito penal secundário⁷².

Na sequência deste sentido argumentativo, entendemos que os concretos *factos* que justificam a confirmação da agravação em análise podem ser anteriores, contemporâneos ou posteriores – posteriores, bem entendido, ao início da actividade de tráfico de estupefacientes, que surge como objecto do julgamento, e, portanto, sempre obviamente anteriores a este julgamento, pelo que não há, assim, qualquer ilogicidade nesta nossa asserção, ao contrário do que numa primeira aproximação pudesse aparentar; por outro lado, para *caracterizar* tal actividade, antes ainda de concluirmos que tem carácter internacional, como *criminosa* e *organizada*, há que a fazer passar pelas exigências do nosso ordenamento jurídico-penal, isto é, pelos critérios orientadores (mas não determinadores, pois o sentido normativo incute uma realidade diversa, embora de natureza próxima) que decorrem do conceito legal tal como consta do art. 28.º do mesmo diploma, supondo, naturalmente, que no processo em concreto, a entidade acusadora entendeu não existirem *razões* para deduzir acusação autónoma pela prática do crime de associação criminosa (caindo, nesse caso, necessariamente, a agravação). O carácter *internacional* de tal actividade decorrerá da circunstância de pelo menos parte da mesma ter ocorrido fora do nosso território.

Resta, por último, saber se as “*outras*” actividades criminosas organizadas internacionais têm de assumir natureza diversa da actividade de tráfico analisada em

⁷² Cfr. *infra* n. 93.

determinado processo. Se, numa primeira aproximação, parece que o *pronome* indicará um sentido adversativo, dando a entender que a actividade deverá ter *outra* natureza, cremos que o seu sentido se bastará com *outra* actividade, distinta – no espaço e, porventura, no tempo – da que se discute no processo em concreto, mesmo que assuma idêntica natureza, nada impedindo que seja, portanto, uma actividade paralela à discutida no processo alvo de julgamento.

1.2.2 Agravação da conduta constante do art. 24.º, al. j) do DL n.º 15/93, de 22 de Janeiro: o bando

Permite a agravação da pena aplicada a quem praticar um crime de tráfico de estupefacientes, a circunstância de o agente “actuar como membro de bando destinado à prática reiterada dos crimes previstos nos arts. 21.º e 22.º, com a colaboração de, pelo menos, outro membro do bando.”: esta norma introduziu pela primeira vez no ordenamento jurídico-penal português a noção de *bando*.

No âmbito do DL n.º 430/83, de 13 de Dezembro, consistia uma agravação às penas previstas nos seus arts. 23.º e 24.º, a circunstância de ter “havido concurso de duas ou mais pessoas”, no que se constata ser uma norma muito menos exigente do que as que vieram a ser criadas no âmbito do DL 15/93 quanto ao grau de (com)participação na prática criminosa.

Com efeito, interpretando o “concurso de duas ou mais pessoas” como sinónimo de co-autoria na prática do crime – como sabemos, o termo “concurso”, num sentido técnico-jurídico rigoroso no nosso ordenamento jurídico⁷³, é empregado por referência à

⁷³ Embora tal fórmula, como ensina MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições de Direito Penal, Parte Geral*, Editorial Verbo, 1992, p. 444, fosse usada no Código Penal italiano de 1930 e no Código

prática de crimes e não já por referência ao número de pessoas participantes – temos de concluir que o DL 430/83 exigia muito “menos” para que se pudesse estar perante uma agravação das condutas de tráfico de estupefacientes.

Mas não basta, para agravar a conduta, que o agente faça parte de um “bando” constituído para a prática reiterada dos crimes previstos nos arts. 21.º e 22.º, é preciso que, na situação concreta, tenha agido, não somente com outro agente, mas com alguém que seja igualmente membro desse “bando”; há, portanto, dois requisitos cumulativos: o primeiro, que o agente pertença a um “bando constituído para a prática dos crimes previstos nos arts. 21.º e 22.º – portanto, não basta integrar um “bando” que vise a prática de outros crimes; o segundo, subdividido em dois requisitos, que o agente actue, no caso concreto, com, pelo menos, outro elemento e que este pertença ao “mesmo bando”⁷⁴.

A figura jurídico-penal de “bando”, a par da figura dogmática da comparticipação criminosa, surge como conceito-fronteira relativamente ao crime de “associação criminosa”, na medida em que podemos estar perante uma actividade organizada, mas sem o cariz “transcendental” ou de “transpersonalidade”, inerente [assim considerada quase unanimemente] àquela⁷⁵.

Penal brasileiro, com as alterações produzidas por força da Lei n.º 7209, de 11 de Julho de 1984.

⁷⁴ “Exige o princípio da legalidade que, para a verificação da circunstância agravante contida na alínea j) do art. 24.º do Decreto-Lei 15/93, o agente actue como membro do bando destinado à prática reiterada dos crimes previstos nos arts. 21.º e 22.º, com a colaboração de, pelo menos, outro membro do bando.”, cfr. Ac. STJ de 7 de Novembro de 1996, relatado por Sousa Guedes, proferido no processo 366/94, in www.dgsi.pt, consultado e imprimido em 16 de Março de 2013. “O furto cometido por membro de bando destinado à prática de crimes contra o património, com a colaboração de, pelo menos, outro membro, expõe o agente à pena de 2 a 8 anos de prisão. Bastará qualquer forma de participação, mas uma acção isolada de um dos membros do bando não é suficiente ... para a qualificação.”, cfr. sumário, ponto V. do Ac. STJ de 9 de Dezembro de 2007, relatado por Armindo Monteiro, processo 07P22605, in www.dgsi.pt, consultado e imprimido em 16 de Março de 2013.

⁷⁵ É vasta a jurisprudência nacional, *maxime*, do Supremo Tribunal de Justiça, relativa à distinção entre os

Se transversalmente a todo o ordenamento jurídico-penal se pode problematizar, em cada caso concreto, se estamos perante uma “associação criminosa” ou perante uma situação de mera “comparticipação”, pela simples razão de que esta última figura consta da parte geral do CP e, por esta singela razão é “operativa” relativamente a qualquer crime, já quanto à figura do “bando” tal debate, neste âmbito, coloca-se com total acuidade, na medida em que é uma causa específica de agravação pela prática do crime de tráfico de estupefacientes; paralelamente, também pode ser feito o mesmo debate perante alguém acusado da prática do crime de associação criminosa, constituída para a prática de crimes de furto, roubo e extorsão⁷⁶ e que pode ver ser feito o “downgrade” para a qualificativa prevista no art. 204.º, n.º 2, al. g)⁷⁷ do CP e cuja redacção é

conceitos de “associação criminosa”, “comparticipação criminosa” e “bando”; no Acórdão do STJ, de 27 de Maio de 2010, proferido no processo 18/07.2GAAMT.P1.S1, relatado por Raul Borges, disponível in www.dgsi.pt, consultado e imprimido em 10 de Março de 2012, e cuja análise problemática fazemos em texto imediatamente *infra* nesta Sec., 1.2.2.1, faz-se uma muito detalhada abordagem da questão, quer doutrinal, quer jurisprudencial (cfr. fls. 71 a 80, a exaustiva referência a Acórdãos do STJ onde se abordam os principais problemas na configuração da “associação [como] criminosa” e da sua requalificação como “comparticipação criminosa” ou “bando”); cfr., ainda, Acórdão do STJ de 15 de Dezembro de 2011, proferido no processo 17/09.0TELSB.L1.S1, relatado por Raul Borges, disponível in www.dgsi.pt, consultado e imprimido em 22/4/2012, que se debruça mais especificamente sobre a noção de *bando*, na medida em que aprecia a alteração da qualificação jurídica feita logo em primeira instância da inicial imputação do crime de associação criminosa para a existência da figura agravante do tipo de crime de tráfico de estupefacientes, que constitui o seu cometimento no âmbito de um *bando*; faremos noutro momento (*infra* Parte II, Cap. III., Sec. IV, 4 e Sec. V) uma alusão mais pormenorizada à *transpersonalidade* ou *transcendência* como requisito – ou não – de aferição de uma associação criminosa.

⁷⁶ Por força da remissão constante dos arts. 210.º, n.º 2, al. b) e 222.º, n.º 3, al. a) ambos do CP.

⁷⁷ Cfr. JOSÉ DE FARIA COSTA, in *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial*, Tomo II, Coimbra Editora, 1999, págs. 81 e 82, faz uma abordagem crítica sobre a “oportunidade” da introdução do conceito de *bando* no ordenamento jurídico-penal português, cuja «importação [...] talvez não tenha sido filtrada convenientemente pela crítica da adequação ao real social nacional. Não nos parece que a realidade que nos envolve – sobretudo tendo em linha de conta que já o intérprete, para as situações de plúrima participação, já era senhor de toda a doutrina da participação e ainda da figura da associação

exactamente igual à que agora abordamos, apenas com a diferença de a finalidade da “associação” ser a prática reiterada de crimes contra o património.

A propósito desta figura dogmática e da sua repercussão na *praxis* judiciária, atentemos ao caso concreto abordado imediatamente *infra* no Acórdão do STJ de 27 de Maio de 2010, onde a questão é debatida.

1.2.2.1 O Acórdão do STJ, de 27 de Maio de 2010

No Acórdão assinalado, decidiu-se a requalificação do enquadramento jurídico-penal de “associação criminosa” para “bando”.

Um dos arguidos que havia sido condenado, na primeira instância, com confirmação pelo Tribunal da Relação do Porto, por Acórdão de 24 de Julho de 2009, entre outros crimes, pela prática de um crime de fundação e chefia de associação criminosa, previsto e punido pelo art. 28.º, n.ºs 1 e 3 do DL n.º 15/93, de 22 de Janeiro e art. 299.º, n.ºs 1 e 3 do

criminosa – exigisse ou exija o reforço da benfeitoria conceptual da noção de bando.»; «[a]s dificuldades centram-se no conceito de bando. Ora, bando significa uma cooperação duradoura entre várias pessoas. É um conceito menos exigente que o de associação criminosa (cfr. art. 299.º), pois que, diferentemente desta, não pressupõe uma estrutura organizacional. Mas também não se basta com uma mera associação conjuntural (ocasional) de pessoas», assim, AMÉRICO A. TAIPA DE CARVALHO, in *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial*, Tomo II, Coimbra Editora, 1999, págs. 352 e 353; “[t]al como a lei alemã, o Código Penal não define o que seja **um bando** [...]. Na Comissão Revisora [...] Figueiredo Dias afirmou que o *bando é uma forma especial de co-autoria. Uma associação criminosa pode, obviamente, cometer roubos, mas nem todo o conluio se transforma em associação criminosa* [cfr. *Actas*, 1993, p. 330]. Dos elementos históricos infere-se [...] que o bando é uma espécie de co-autoria estável e com finalidades específicas. [...] A jurisprudência alemã tem construído um conceito de bando para efeitos do § 244 do *StGB*, que, seguindo, LACKNER, assenta nos seguintes elementos: trata-se de *um conjunto de pessoas que por acordo, expresse ou tácito, e que com alguma duração antecipadamente combinada visam praticar crimes contra o património.*”, cfr. FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, “Aspectos da Tutela Penal do Património...”, cit., págs. 489 e 490.

Código Penal, viu a sua situação jurídico-penal definitivamente resolvida, com a sua condenação pela prática do crime de tráfico de estupefacientes agravado, por força da alínea j) do art. 24.º, isto é, por se concluir pertencer a um bando.

Esta decisão problematiza algumas das questões essenciais que envolvem o conceito de “associação criminosa”.

Cabe neste momento do nosso estudo tratar do concreto problema relativo à requalificação jurídica, para “bando”, do que antes havia sido considerado, pela primeira e segunda instâncias, como “associação criminosa”.

Uma dificuldade inicial decorre desde logo da circunstância de a lei não definir o que seja “bando”⁷⁸, pelo que podemos obter o seu conteúdo, a partir, por um lado, da noção de “comparticipação criminosa” – no seu “limite inferior” – e, por outro lado, da noção de “associação criminosa” – no seu “limite superior”. Portanto, a sua delimitação conceitual pode ser feita deste modo *negativo*, isto é, *bando* será uma figura jurídico-penal que não se pode confundir com as noções de participação criminosa e de associação criminosa; quer dizer, o fenómeno colectivo em que necessariamente se traduz o *bando* tem de ser algo mais do que a figura da participação e algo menos do que a figura da associação criminosa. Mas em que vector delimitativo reside, verdadeiramente, o problema? Na fronteira delimitativa inferior ou na superior?

⁷⁸ «O conceito de *bando* não está definido pela lei, o que a nosso ver é insuportável lesão do princípio da legalidade incriminatória, ao estar o legislador a usar para a sua descrição incriminatória um conceito com contornos tão fluidos como este», assim, JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS, in *Crimes contra o património*, Universidade Lusíada, 1996, p. 70, que para ilustrar o que afirma quanto à «ambiguidade» e imprecisão da figura, cita Leal Henriques e Simas Santos (*Código Penal*, 2.º Volume, p. 444), que afirmam abranger «...o grupo inorgânico de indivíduos que se dedique à prática reiterada de crimes contra o património, que tem um ou mais pontos habituais de encontro em que se organizam com vista às actuações concretas [...] uma participação um pouco mais exigente do que a mera co-autoria pontual, mas muito longe da existência imposta na associação criminosa do art. 299.º», cfr. *ob. loc. cit.*

Que a figura do *bando* tem que ser algo menos do que a associação criminosa é algo evidente, desde logo, pela singela circunstância de não ter sido erigida a crime autónomo no ordenamento jurídico-penal, tal como sucedeu com a associação criminosa; logo por esta razão se pode perceber que o “algo menos” que o bando é, tem de ser substancial em relação à figura de *crime de organização* com o qual agora contrapomos. Há assim como que uma diferença *ontológica* – numa *verdade existencial* vertida na dimensão da sua concretização legal – entre ambas as categorias que é decisiva para as destrinçar.

Que o *bando* tem de ser “algo mais” do que a figura da comparticipação, se é evidente, por um lado, por outro, já é algo que decorre menos da *natureza das coisas*, pois muitas das suas dimensões se sobrepõem, necessariamente, de tal modo que a comparticipação, como vimos, no DL n.º 430/83, de 13 de Dezembro, estava erigida como causa de agravação do crime de tráfico⁷⁹.

Na medida em que a sedimentação doutrinária do instituto da comparticipação criminosa é incomparavelmente mais consistente do que a feita relativamente à figura da associação criminosa, cremos que é maior a complexidade (por força da menor sedimentação dogmática) na destrinça a fazer entre bando e associação criminosa.

Um dos problemas analisados neste acórdão, com implicações argumentativas na requalificação decidida, diz respeito à circunstância de a “dinâmica criminosa” estar presente muito antes de aparecer qualquer forma de associação entre os arguidos que até aí dela prescindiram”; porém, a dado passo, essa “dinâmica”, promovida pela “associação” passou a existir e então coloca-se a questão de saber se tal fenómeno

⁷⁹ A corroborar este entendimento afirma FIGUEIREDO DIAS que «o bando é uma forma de comparticipação», sendo que «[e]xiste, por certo, diferença entre esse conceito [bando] e o de associação criminosa», cfr. *Código Penal, Actas e Projecto da Comissão de Revisão*, Ministério da Justiça, 1993, p. 329.

superveniente relativo ao surgimento da associação entre os indivíduos pode ser qualificada como “associação criminosa”. Quer dizer: o fenómeno relativo à congregação de diversas pessoas, cuja intencionalidade subjectiva criminosa inter-relacionada e interdependente origina uma “vontade do grupo”, distinta de cada uma das vontades individuais e que potencia a prática de crimes por parte desse conjunto de pessoas, cuja génese põe em causa a paz e tranquilidade públicas, deve ser existencialmente prévio à prática de qualquer crime? Ou, noutro sentido, pode ser superveniente à prática dos crimes por parte dos seus elementos, num momento em que apenas actuam no âmbito de uma mera comparticipação criminosa ou como *bando*, sem portanto uma *vontade colectiva* diferenciada de cada uma das vontades individuais dos seus elementos? Ou mesmo contemporânea da prática de tais crimes?

A norma legal não resolve esta questão directamente; o enquadramento dogmático do conceito de *associação criminosa* pode facilitar a obtenção da solução mais adequada. A este respeito, atentemos ao que se decidiu no acórdão em apreço.

Resultou provado o seguinte: pelo menos, a partir de 29 de Novembro de 2007 o arguido AA, um outro indivíduo cuja identidade não foi possível apurar, conceberam um plano, com vista à venda, a troco de dinheiro e com fins lucrativos, de heroína e cocaína (facto provado A) e, para a execução de tal plano criminoso o arguido AA e o indivíduo cuja identidade completa não foi de todo possível apurar organizaram uma estrutura humana e logística com vista à guarda dos produtos estupefacientes e embalagens destes, ao transporte de tais produtos e das pessoas que viessem a fazer parte da referida estrutura humana e logística, bem como a aquisição de meios de telecomunicações, a selecção dos locais de venda, a celeridade nos contactos e entregas de heroína e cocaína à clientela, a organização da contabilidade, a supervisão das referidas pessoas que viessem a fazer parte da estrutura humana e logística, nomeadamente, distribuidores/vendedores e,

por fim, a fiscalização e centralização do grosso das receitas, tendo estas como destino final a entrega ao indivíduo AA e ao indivíduo cuja identidade completa não foi de todo possível apurar (facto B) e que, com mais CC e DD, constituíram uma estrutura humana estável e hierarquizada, com distinção de tarefas, de responsabilidade e ganhos, no âmbito da qual desenvolveram actividades ligadas à venda lucrativa de heroína e cocaína de forma intensa e ininterrupta (facto provado C); a factualidade provada faz depois referência a termos como a “organização” ou “estrutura”, “clientes da organização”, podendo permitir afirmar assim a existência de uma entidade autónoma e distinta dos seus elementos individuais (é o caso dos factos provados AK, AQ, AT, AU, AV, BQ, CE). A data exacta da «concepção do plano e acordo ajustado» não foi apurada, muito embora tivesse fixado que tal ocorreu «pelo menos, desde 29 de Novembro de 2007»⁸⁰, pressupondo deste jeito que implicitamente as condutas criminosas poderiam ser anteriores à concepção desse plano; é essencialmente nesta pressuposição que assenta o fundamento maior para que o STJ, no acórdão referido, tenha operado a desqualificação da associação criminosa para bando. Todavia, no acórdão da Relação do Porto, que havia confirmado a decisão da primeira instância, a propósito desta particular questão, que abordou directamente, diz-se que «posto não tenha logrado a exactidão do dia da *fundação*, inquestionavelmente *não confundiu* e, daí não deixou de separar *onto-historicamente o acto da concepção/instituição, dos actos da organização* em exercício de actividade. Obviamente a significar que, em factos histórico-concretos, aquele precedeu a prática destes (sublinhados do acórdão citado).»

O acórdão do STJ enuncia como primeiro problema «na análise da associação é o da cisão da actividade dos arguidos, patente nos acórdãos, distinguindo-se um período inicial

⁸⁰ Cfr. Acompanhamos de perto o teor do Acórdão do STJ em análise no texto, pertencendo ao mesmo as citações que a seguir se fazem sem qualquer outra referência.

de tráfico em comparticipação e a subsequente fundação da associação a partir [“pelo menos”, conforme a matéria provada] de 29 de Novembro de 2007», sendo que a factualidade provada permitia afirmar a existência de factos criminosos desde «26 de Setembro de 2007 e a prisão dos arguidos [...] em 7 de Janeiro de 2008». Após fazer uma pormenorizada análise da matéria de facto provada, reencontrando o *problema*, afirma, nesta parte supondo já a noção dogmático-legal de *associação criminosa*, que «o grupo, a organização ou associação é uma entidade necessariamente prévia à prática de crimes – os crimes **da** associação – o que constitui o seu objectivo, o seu desígnio, o seu fim abstracto, o seu escopo, colocando-se num estágio anterior, numa congregação de vontades, na criação de uma entidade pré-ordenada ao cometimento de crimes. Aliás, é o que resulta da própria literalidade de todos os preceitos que ao longo dos tempos prevêm o crime associativo em questão [...] ao referirem “associação formada para cometer crimes”; “associação cuja finalidade ou actividade seja dirigida à prática de crimes”; “associação que vise praticar crimes”, o mesmo se verificando com o art. 184.º da Lei n.º 23/2007, de 5 de Novembro (associação de auxílio à imigração ilegal), quando refere associação dirigida à prática de crimes.» e, seguindo a sua argumentação nesta linha, com citação diversa doutrinal e jurisprudencial, conclui que no caso concreto «a dinâmica criminosa estava presente muito antes de aparecer qualquer forma de associação e até aí os arguidos dela prescindiram; a dinâmica criminosa já estava adquirida, em marcha, não foi fornecida pela associação», pelo que afasta, com esta construção, após novo *regresso* à factualidade provada, a figura da associação criminosa, para a requalificar a relação existente entre os diversos arguidos, como integrando um *bando*⁸¹.

⁸¹ Cfr. Ac. STJ de 16/05/1990, *BMJ*, n.º 397, p. 190; Ac. STJ de 10/05/2001, *CJSTJ*, 2001, Tomo 2, p. 198; Ac. STJ de 18/12/2002, processo n.º 3217/02, 3.ª secção (02P3217, n.º doc. SJ200212180032173), in. www.dgsi.pt, consultado e imprimido em 29/04/2012, relatado por Lourenço Martins em que, no seu

Não é decisivo para a análise que fazemos pôr em causa ou discutir o acerto da decisão final proferida pelo acórdão do STJ; este é somente um pretexto para *problematizar*.

Por ora, podemos afirmar que a *associação criminosa* é produto ou fruto de uma *vontade criminosa colectiva*, “qualificada” pela densidade dessa mesma *vontade*, que surge como *critério* estruturante e primeiro para a criação da *entidade espiritual*⁸² que transcende a *vontade individual* de cada um dos elementos/membros que a compõem, cuja soma é assim aritmética e substancialmente diferente do número daqueles. É o nascimento desta *vontade colectiva* dirigida para a prática de crimes que dá origem à existência da *associação criminosa* (obviamente encarada como pressuposto sem o qual não tem qualquer interesse aferir de quaisquer meios, instrumentos ou estrutura que permita sustentar tais pessoas).

Todavia, mesmo assim se entendendo – como aliás historicamente se mostra sedimentado na doutrina nacional – não podemos excluir a possibilidade de uma mera *participação criminosa* derivar para uma *associação criminosa*; quer dizer: se é essencial que essa *vontade colectiva* seja tão consistente que seja eleita/elevada a *ente* distinto das diversas *vontades* individuais por que é composta, nada pode, sob o ponto de

sumário se colhe: «No caso dos autos, a constituição do grupo teria provindo não de um acordo ou pacto prévio ao cometimento dos crimes mas como algo nascido *a posterior* [...]», onde, precisamente, se constata que o argumento invocado, como tentámos revelar em texto, se revela inócuo sob o ponto de vista do que seja uma “associação criminosa”, mas é aí afirmado como decisivo, sem qualquer complemento argumentativo factual, para negar a sua existência; é que a inexistência de um acordo ou pacto prévio não impossibilita que o mesmo venha a existir, fruto, precisamente, da “experiência” criminosa passada e, assim, tornar consistente o pacto para a sua prática futura, num enquadramento colectivo com consistência suficiente para poder preencher todos os requisitos do que deva considerar-se associação criminosa e suportado por uma experiência que o sustenta de forma mais sólida.

⁸² Designação que iremos problematizar *infra* Parte II, Cap. III, Sec III, quando fizermos a análise do conceito de *associação* e perguntarmos se efectivamente se tem de traduzir sempre num *ser-outro* (no sentido de transcendente) relativamente aos elementos que a compõem.

vista da lógica das coisas, negar que essa mesma *vontade colectiva* se forme a partir da experiência concreta que se traduz na prática dos crimes; podemos perfeitamente compaginar a gênese dessa *vontade colectiva* com o êxito da prática criminosa iniciada em mera participação, que estimula a sua repetição no futuro, fazendo com que a partilha dessa experiência permita aos seus diversos participantes ganharem a expectativa de se organizarem de modo a sistematizarem essa mesma prática e assim potenciarem o êxito da sua actividade: será precisamente dessa *consciência ou intencionalidade colectiva* que derivará a própria *associação criminosa*.

Numa espécie de *inversão lógica* podemos chamar aqui à discussão a figura do crime continuado, a que aliás já recorreremos noutro momento deste estudo⁸³, no sentido em que esta figura faz apelo a uma “mesma solicitação exterior” que, não justificando a conduta, a *possibilita*, pela *facilidade* na concretização da actividade criminosa; ora, para a formação da *vontade colectiva* que caracteriza a *associação criminosa* não podemos recusar o papel que uma actividade criminosa prévia conjunta pode ter na gênese dessa *vontade colectiva*, funcionando como a prova da capacidade do *agir colectivo*, cujo êxito é assim *potenciado e perpetuado*, estimulando a existência de uma *organização e estrutura* que a une e vivifica, mas que não deve depender sequer de qualquer pacto expresso entre os seus elementos, mas que surge como *entidade que os transcende* e, por força dessa transcendência, esse “*outro*” que constitui a *associação criminosa* nasce sem carecer da intencionalidade *objectiva* para esse nascimento por parte do elementos individuais que o compõem; estes somente entendem que se devem associar, reunir, organizar no sentido de praticarem crimes, mas o espírito – *geist* – que dessa reunião nasce já não carece da sua autorização ou sequer de uma total e definida consciência; o

⁸³ Cfr. *supra* Cap. I, Sec. II, 2.1.

“outro” formado pela *associação, grupo ou organização*, por ser entendido como um *outro distinto* relativamente a cada *eu* por que é composto, não tem de ser especificamente concretizado, enquanto tal, por cada um destes.

Naturalmente é muito sensível o problema que colocamos, já que a «consciência do ilícito da associação criminosa como tal tem, pois, de ser autonomamente comprovada, como sucede relativamente a qualquer outro crime, não podendo sem mais ser deduzida ou presumida a partir da consciência do ilícito dos factos integrantes do escopo associativo, ou de algum ou alguns deles⁸⁴»; temos de ter presente ainda assim que sendo a associação criminosa um ente distinto dos membros que a compõem, por força de uma “espiritualidade” própria, portanto, de natureza etérea, há que recorrer a elementos objectivos onde a mesma se revele, donde se inferirá, por sua vez, através do grau de participação de cada membro, o grau de intencionalidade subjacente a cada um na actuação concreta. «...[D]e uma decisão *consciente* da vontade pelo ilícito só poderá falar-se quando aquela se formou e executou no conhecimento de que a realização intencionada se dirigia contra o direito [...]» e o que «há de essencial é o carácter *conscientemente* mau e censurável da vontade que se exprime, a circunstância de o agente ter querido, com a sua decisão, violar o direito quando podia ter querido respeitá-lo. Por conseguinte *toda a culpa supõe no agente a consciência da ilicitude*; e não de uma qualquer consciência mas uma consciência efectiva e real no momento da decisão – uma consciência *actual* da ilicitude –, pois que só ela permitirá afirmar que o agente se decidiu conscientemente contra o direito e configurar, deste modo, o elemento decisivo de toda a culpa da vontade⁸⁵». Ora, o *facto* a que se tem de reconduzir a *culpa jurídico-penal*,⁸⁶

⁸⁴ Cfr. FIGUEIREDO DIAS, *As Associações...*, cit., p. 65.

⁸⁵ Cfr. FIGUEIREDO DIAS, *O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal*, 4.^a edição, Coimbra Editora, 1995, p. 206.

quando referido à *associação criminosa* passa precisamente, embora não de forma exclusiva, pela sua descrita característica *etérea*, que obriga à formulação de um juízo muito cauteloso relativo ao que deve ser exigido para se concluir que determinado agente *tinha a consciência que praticava o crime* [de associação criminosa].

Creemos assim que a exigência da prévia constituição da associação, nos termos em que é feito no aresto em análise, relativamente à prática dos crimes praticados por força da sua existência, se aparentemente, numa aproximação mais superficial, faz sentido, colide com uma mais cuidada, mas não necessariamente profunda, apreciação do conceito, sobretudo atendendo à particular e especial *precariedade* objectiva do seu elemento intelectual, mas que, simultaneamente, não carece sequer de qualquer *concretização criminosa efectiva* para se poder concluir como verificado, tal como é unanimemente aceite pela doutrina e jurisprudência e já assim era, como vimos, na análise da figura no âmbito dos códigos penais de 1852 e 1886⁸⁷.

⁸⁶ Cfr. FIGUEIREDO DIAS, *O Problema...*, cit., págs. 199 e ss.; «[Q]uando se aceita a liberdade como pressuposto necessário de toda a culpa, toma-se geralmente aquela, num seu sentido especializado, como “*liberum arbitrium indifferentiae*”, como “liberdade (psicológica) da vontade” [...] Onde, porém, um tal entendimento da liberdade aparenta ganhar a sua definitiva cidadania como fundamento da culpa é no acentuar-se que só por esta via se obtém o ingrediente *ético* que – com razão – se pensa consubstancialmente àquele conceito. Eticamente só parece poder censurar-se alguém por aquilo que, do ponto de vista da vontade, fez culposamente: tudo o resto, tudo aquilo contra o que o agente *nada podia* do ponto de vista da sua vontade, pode ser lamentado ou objectivamente desaprovado, mas não lhe pode ser imputado como culpa. *Culpa é censurabilidade do comportamento humano, por o culpado ter querido actuar contra o dever quando podia ter querido actuar de acordo com ele*. Nisto reside justamente o seu livre-arbítrio [...]. Eis a tese do *indeterminismo psicológico* indefectivelmente ligada a uma concepção *ética* da culpa – diríamos mesmo, à única concepção eticamente possível da culpa. [...] De uma ou de outra forma, na súmula “culpa é poder agir de outra maneira relativamente ao ilícito cometido” parecem estar contidas todas as implicações, de ordem psicológica e de ordem ética, da aceitação da *liberdade da vontade* como fundamento de toda a culpa.», cfr. FIGUEIREDO DIAS, *Liberdade, Culpa, Direito Penal*, Coimbra Editora, 1976, págs. 19 e ss.

⁸⁷ Cfr. *supra* Cap. I, Sec. II, 1 e 2, sendo que na passagem do CP de 1852 para o CP 1886 o art. 263.º se

Podemos deste jeito concluir pela existência da associação criminosa, mesmo que antes tenham sido cometidos crimes pelos seus elementos, mas sem que ainda estivessem presentes todos os requisitos⁸⁸ – sobretudo de natureza *subjectiva* - para se concluir, em momento posterior, pela sua existência e sem que, sequer, no seu âmbito, já com tal elemento *subjectivo* adquirido, tenham sido sequer cometidos crimes. Por outras palavras: *a prática criminosa coordenada anterior* servirá como importante elemento *objectivo* de prova para se poder concluir pela formação e existência da *associação criminosa*, ainda que [e mesmo que] no âmbito desta se não tenham [ainda] produzido quaisquer crimes. Aliás, a contribuir para esta mesma conclusão podemos socorrer-nos da redacção típica do crime, na medida em que se mostra previsto [no art. 299.º, n.º 2, *in fine* do CP] o recrutamento de novos elementos como actividade típica característica de um membro da associação criminosa e, nessa medida, ao permitir a adesão de um agente, está precisamente a admitir essa *posterior* participação de alguém (que antes poderá ter tido alguma intervenção ou não com a prática criminosa da associação) no cometimento do crime.

Mas o inverso é igualmente susceptível de ser afirmado, ou seja, o *processo de regressão da vontade colectiva* enquanto tal, para a mera existência de múltiplas *vontades individuais*; se para o nascimento da *associação criminosa* não é exigível qualquer acto formal que a publicite, que a funde, também se tem de admitir que a sua diluição seja feita sem a ocorrência de qualquer *acto externo* que o comprove, como por exemplo sucederá por força de uma *ruptura* provocada pela sua descoberta por parte das entidades

tornou, como vimos, menos exigente no que diz respeito à *exteriorização* da associação criminosa, por força da desnecessidade na *exteriorização* da *organização*, bastando revelar a sua *existência*.

⁸⁸ Cfr. *infra* Parte II., *maxime*, Cap. III, Sec. IV, onde analisaremos de modo *intenso* os elementos *objectivos* e *subjectivos* da *associação criminosa*.

formais de controlo; aliás, se é certo que esta *descoberta* pode pôr um fim à *associação criminosa*, sob o ponto de vista da lógica do *ser aí* que ela constitui, não podemos atribuir um efeito automático de extinção a tal acontecimento; com efeito, temos de admitir que o *espírito colectivo criminoso* subsista não obstante os obstáculos criados pela sua descoberta; tratando-se de um *crime permanente espiritual* temos de admitir, não obstante por exemplo a prisão dos seus elementos e o confisco dos seus objectos, que o mesmo persista, com o seu *potencial criminoso*, neste residindo um vector determinante da sua existência, pois é esse potencial que atinge o bem jurídico que se quer proteger.

A *ductilidade* do conceito de *associação criminosa* deve ser ponderada, em cada caso concreto, daí se devendo retirar as devidas consequências. Discutiremos em outro momento com mais pormenor questões que esta ductilidade coloca, nomeadamente, quando abordarmos o subconceito de *associação* e da relação complexa entre os seus contornos objectivos e subjectivos.

Há, assim, no acórdão em análise, uma desqualificação da actividade criminosa por parte dos arguidos de associação criminosa para bando, sem que, no entanto, se debatam as características objectivas e subjectivas distintivas entre ambos os *institutos*; o Ac. em referência alicerça a destrinça com base essencialmente no *momento* da constituição do *colectivo* ou *agrupamento* criminoso, eliminando a possibilidade de se estar perante uma *associação criminosa*, não devido às características intrínsecas de tal *colectivo* ou *agrupamento*, mas devido ao facto de se ter constituído após o início da prática criminosa por parte dos seus elementos concretos. E isto motiva uma pergunta: será o *momento* da constituição do agrupamento um elemento típico do tipo de crime de associação criminosa, ainda que implícito? Cremos, pelo que já dissemos, que não. Neste acórdão conclui-se pela existência de um *bando* e não já da *associação criminosa*, não porque houvesse alguma diferença entre ambas as realidades, mas porque, partindo-se de um

[aparente] pressuposto lógico, se afirma que o tipo de crime de associação criminosa exige uma sua constituição prévia [a quaisquer actos], o que não podemos deixar de discordar, pelos fundamentos que já aduzimos.

1.3 Breve balanço

Podemos constatar que o crime de associação criminosa no domínio do tráfico de estupefacientes, em comparação com o regime das “associações criminosas” previsto no Código Penal, sofre um reforço muito sério da punição, com limites mínimos e máximos muitíssimo mais elevados.

Numa primeira aproximação, tender-se-ia a considerar justificada tal agravação atenta a natureza dos crimes previstos no diploma em apreço, que atentam contra bens jurídicos muito relevantes no nosso ordenamento jurídico e simultaneamente supõem ou implicam a prática de muitos outros crimes, portanto, com consequências sociais muito graves; porém, cumpre pôr desde logo em destaque que também no Código Penal estão previstos crimes de muita gravidade, que atentam contra os bens jurídicos mais valiosos da sociedade e as associações criminosas constituídas para a sua prática não são tão severamente punidas; basta imaginar uma “associação criminosa” que tenha sido constituída para a prática de crimes de homicídio e, nessa hipótese, não se entende por que motivo há-de ser menos punida do que a constituída para a prática de crimes de tráfico de estupefacientes.

Sob o ponto de vista da obtenção da coerência sistemática do ordenamento jurídico-penal português, numa apreciação [para já] axiologicamente neutra⁸⁹, duas

⁸⁹ Mas não podendo deixar de reconhecer muita pertinência ao pensamento de MONTESQUIEU, na máxima «Qu'on examine la cause de tous les relâchements, on vera qu'elle vient de l'impunité des crimes

soluções essenciais podem ser encontradas, no sentido de ser encontrado um *justo* equilíbrio: ou se elevam os limites máximos da pena aplicável pela prática do crime de “associação criminosa” previsto no Código Penal de modo a equipará-los aos previstos no art. 28.º do DL 15/93, de forma a permitir que, perante crimes muito graves, haja a possibilidade de aplicar penas, pelo menos, de igual gravidade ou, em alternativa, tem de se diminuir o limite máximo aplicável pela prática do crime no âmbito do DL 15/93, como forma de atenuar a desproporcionalidade⁹⁰ da sua moldura abstracta relativamente ao crime de associação criminosa previsto no CP.

Pela ausência há a assinalar a circunstância de o legislador nacional não ter previsto

et non de la modération des peines», *apud* EDUARDO CORREIA, “As grandes linhas da reforma penal”, *Para uma nova justiça penal*, Almedina, 1983, p. 19 ou ao do próprio Autor, *ibidem*, p. 24, quando diz que «a aceleração da história corresponde a uma aceleração do conteúdo do tempo. A privação ou limitação das vivências de um só dia são seguramente maiores hoje do que eram ontem. O homem dilata-se como nunca em cada momento, pelo que a sua carga psicológica e concreta de cada hora será mais larga e múltipla. Daí também que a perda de um só dia corresponde à de muitos no passado.»

⁹⁰ Supondo na “proporcionalidade” uma regra de razoabilidade – *rule of reasonableness* – e encarando o seu sentido enquanto «princípio da proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismässigkeit*) entendido como princípio da “justa medida”», muito embora seja reconhecido que ao legislador «é reconhecido um considerável espaço de conformação (liberdade de conformação)» sendo que esta [liberdade de conformação] «tem especial relevância aos discutir-se os requisitos da *adequação* dos meios e da *proporcionalidade* em sentido estrito. Isto significa que, perante o espaço de conformação do legislador, os tribunais se limitem a examinar se a regulação legislativa é *manifestamente* inadequada ou se existe um *erro manifesto* de apreciação por parte do legislador.» cfr., para uma detalhada análise do princípio em referência, GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, págs. 266 e ss. e, no excerto citado, cfr. p. 272; ainda que seja reconhecida esta ampla *liberdade de conformação* por parte do legislador – ousaríamos mesmo apelidá-la de *auto-liberdade de conformação* – há que ter presente o horizonte da discussão problemática relativa ao *princípio da insindicabilidade da não contraditoriedade, razoabilidade e congruência do legislador*, ainda que se tenha de correr o «risco de transformar o juízo da constitucionalidade em juízo de mérito da lei», residindo precisamente aqui as «questões mais difíceis relacionadas com o controlo da constitucionalidade – desde logo, porque colocam o problema dos limites funcionais da jurisdição constitucional – [...]» em contraposição com os clássicos vícios materiais e formais: cfr. GOMES CANOTILHO, *ob. cit.*, págs. 1317 e ss.

a punição, no âmbito do tráfico de estupefacientes, das pessoas colectivas e equiparadas, o que surge como uma actuação, por omissão, em contra-ciclo com a tendência revelada, quer no Código Penal, quer em legislação avulsa, como veremos nos tópicos seguintes.

2. No âmbito das Infracções Tributárias

2.1 O art. 17.º do DL n.º 424/86, de 27 de Dezembro

A punição da “associação criminosa” no âmbito dos crimes tributários foi introduzida no nosso ordenamento jurídico pelo art. 17.º do DL n.º 424/86, de 27 de Dezembro, cuja redacção era a seguinte: “1- Quem fundar grupo, organização ou associação cuja actividade seja dirigida à prática de crimes previstos no presente diploma será punido com prisão de 6 meses a 4 anos. 2- Na mesma pena incorre quem fizer parte de tais grupos, organizações ou associações ou quem as apoiar, fornecendo armas, munições, instrumentos de crime, guarda ou locais para as reuniões ou qualquer auxílio para que se recrutem novos elementos. 3- Quem chefiar ou dirigir os grupos, organizações ou associações referidos no n.º 1 será punido com a pena de prisão de dois a seis anos. 4- As penas referidas podem ser livremente atenuadas, ou deixar mesmo de ser aplicadas, se o agente impedir a continuação dos grupos, organizações ou associações ou comunicar à autoridade a sua existência a tempo de esta poder evitar a prática de crimes.”

Este diploma – que à semelhança do DL n.º 187/83, de 13 de Maio, viu muitas das suas normas declaradas inconstitucionais – veio a ser revogado por força do art. 3.º do DL n.º 376-A/89, de 25 de Outubro.

2.2 O art. 34.º do DL n.º 376-A/89, de 25 de Outubro (Regime Jurídico das Infracções Fiscais Aduaneiras - RJIFA)

Neste último diploma, manteve-se a punição da “associação criminosa”, prevendo-se no art. 34.º o seguinte: “1- Quem fundar grupo, organização ou associação cuja actividade principal ou acessória seja dirigida à prática de infracções fiscais aduaneiras previstas no presente Regime Jurídico será punido com prisão de um a seis anos e multa de 150 a 200 dias, se outra pena mais grave não lhe for aplicável nos termos do Código Penal. 2- Na mesma pena incorre quem fizer parte de tais grupos, organizações ou associações ou quem as apoiar, fornecendo armas, munições, instrumentos de infracção fiscal aduaneira, armazenagem ou locais para as reuniões ou qualquer auxílio para que se recrutem novos elementos. 3- Quem chefiar ou dirigir os grupos, organizações ou associações referidos nos números anteriores será punido com a pena de prisão de dois a seis anos e multa de 150 a 200 dias. 4- As penas referidas podem ser livremente atenuadas, ou ser decretada a isenção da pena, se o agente impedir a continuação dos grupos, organizações ou associações ou comunicar à autoridade a sua existência a tempo de esta poder evitar a prática de infracções fiscais aduaneiras.”

Trata-se, neste artigo, da punição de quem, cuja actividade principal ou acessória, relativamente à “associação criminosa”, fundar, apoiar, fornecer armas, munições, instrumentos de infracção fiscal aduaneira, armazenagem ou locais para as reuniões ou qualquer auxílio para que se recrutem novos elementos ou, com a elevação do mínimo da pena para dois anos, quem a chefiar ou a dirigir, relativamente aos crimes previstos nos seus artigos 21.º a 33.º.

Se analisarmos cada um dos tipos de crime que permitem enquadrar a actividade da “associação criminosa” enquanto tal, constatamos que o máximo de pena aplicável é de

três anos de prisão⁹¹ e a maior parte é punida com pena máxima de dois anos ou menos de prisão ou simplesmente com multa.⁹²

É simples concluir que a punição pela prática do crime previsto no art. 34.º citado é muito mais gravosa do que a punição pela prática de um dos concretos crimes previstos no RJFA, no que, no mínimo, permite questionar a proporcionalidade de tal punição, ainda para mais quando a “associação criminosa” prevista no CP punia a sua prática com penas equivalentes; revela-se mais equilibrado, a este respeito, o regime constante do art. 17.º do DL n.º 424/86, de 27 de Dezembro, não obstante, também aqui, a punição pela prática do crime de “associação criminosa” ser punível com uma pena de prisão máxima superior a qualquer dos crimes aí previstos.

Antes da previsão legal deste crime de “associação criminosa” no âmbito das infracções fiscais aduaneiras, era muito discutível se alguém poderia ser condenado por pertencer a uma “associação”, “grupo” ou “organização” que se dedicasse a tal prática.⁹³

⁹¹ O que sucede nos crimes de contrabando qualificado (cfr. art. 23.º, n.º 1), contrabando de mercadorias de circulação condicionada em embarcações qualificado (cfr. art. 27.º, n.º 2) e de receptação de mercadorias objecto de infracção fiscal aduaneira, quando o agente fizer disso modo de vida ou a praticar com habitualidade (cfr. art. 32.º, n.º 3).

⁹² Cfr. arts. 21.º, n.º 1 (dois anos de prisão e multa até 200 dias), 22.º, n.º 1 (dois anos de prisão e multa até 200 dias), 24.º, n.ºs 1 e 2 (respectivamente, multa até 100 ou 50 dias), 26.º (dois anos de prisão e multa até 200 dias), 27.º, n.º 1 (dois anos de prisão e multa até 200 dias), 28.º, n.º 1 (dois anos de prisão e multa até 200 dias), 29.º (dois anos de prisão e multa até 120 dias), 30.º, n.ºs 1 e 2 (respectivamente, um ano de prisão e multa até 100 dias e prisão até seis meses e multa até 100 dias), 31.º, n.º 1 (dois anos de prisão e multa até 100 dias), 32.º, n.º 1 (dois anos de prisão e multa até 100 dias) e n.º 2 (multa), 33.º, n.º 1 (dezoito meses e multa até 100 dias) e n.º 2 (multa).

⁹³ Exactamente a este propósito, cfr. FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE, in “Associações criminosas, art. 287.º do Código Penal”, *Colectânea de Jurisprudência*, Ano X, Tomo IV, 1985, Coimbra, *maxime*, págs. 16 a 19, em parecer que se debruçou sobre o regime das infracções aduaneiras previsto no DL n.º 187/83, de 13 de Maio, onde não estava expressamente previsto o crime de “associação criminosa”; questionava-se, assim, no caso concreto, além de outros aspectos relativos à existência de factos que permitissem integrar o tipo legal de crime de “associação criminosa”, se o crime de contrabando poderia ou

2.3 O art. 89.º da Lei n.º 15/2001, de 5 de Junho

A Lei n.º 15/2001, de 5 de Junho, que reuniu, num único diploma, o que antes eram os regimes jurídico das infracções fiscais aduaneiras e não aduaneiras (RJIFA e RJIFNA), veio, no seu art. 89.º, prever o crime de “associações criminosas”.

É a seguinte a redacção do art. 89.º, versão originária: “1- Quem promover ou fundar grupo, organização ou associação cuja finalidade ou actividade seja dirigida à prática de crimes tributários é punido com pena de prisão de um a cinco anos, se pena mais grave não lhe couber, nos termos de outra lei penal. 2- Na mesma pena incorre quem fizer parte de tais grupos, organizações ou associações ou que os apoiar, nomeadamente fornecendo armas, munições, instrumentos de crime, armazenagem, guarda ou locais para as reuniões, ou qualquer auxílio para que se recrutem novos elementos. 3- Quem chefiar ou dirigir os grupos, organizações ou associações referidos nos números anteriores é punido com pena de prisão de dois a oito anos, se pena mais grave não lhe couber, nos termos de outra lei penal. 4- As penas referidas podem ser especialmente atenuadas ou não ter lugar a punição se o agente impedir ou se esforçar seriamente para impedir a continuação dos

não figurar como “crime” para efeitos do n.º 1 do art. 287.º do CP; os Autores entenderam, por um lado, em reforço da argumentação já expandida por CARLOS DIAS COELHO (in *A Illicitude Fiscal Aduaneira*, Lisboa, 1984) e pelo Acórdão da Relação de Évora de 31 de Janeiro de 1985), que o art. 1.º do DL 187/83, que previa a regra da subsidiariedade do Código Penal, não era aplicável relativamente à Parte Especial do CP, pois que o legislador quis excluir tal possibilidade, prevendo um «sistema fechado e completo de infracções, não se abrindo, assim, qualquer lacuna (...)» (cfr. *ob. cit.*, p. 16) e, por outro lado, salvaguardadas as excepções expressamente previstas na lei, estaria excluído todo o direito penal secundário – com base nas suas características próprias, que o distinguem do direito penal de justiça, aquele, visando «proteger a sua [do homem] esfera de actuação *social* e que se conforma em princípio através dos seus direitos e deveres económicos, sociais e culturais», este, que «visa proteger a esfera de actuação esfera especificamente pessoal (embora não necessariamente “individual”) do homem e que em primeira linha se conforma através dos seus direitos fundamentais» cfr. *ob. cit.*, p. 17.

grupos, organizações ou associações, ou comunicar à autoridade a sua existência, de modo a esta poder evitar a prática de crimes tributários.”

Por força da Lei n.º 64-B/2011, de 30 de Dezembro, o artigo 89.º transcrito foi alterado, no seu n.º 2, tendo-se retirado o segmento “ou que os apoiar”, e o n.º 3 viu ser aditado o segmento “ou fizer parte dos” após “dirigir”⁹⁴.

A opção legal – político-criminal – de criar a *associação criminosa* no âmbito da criminalidade não pertencente por natureza ao *direito penal de justiça* pode ser discutível⁹⁵; neste momento, somente chamamos a atenção para um aparente paradoxo: a natureza destes crimes pertencentes ao chamado *direito penal secundário*, por definição (ainda que tenhamos de reconhecer existir um processo dinâmico, por força da evolução

⁹⁴ Os n.ºs 2 e 3 do art. 89.º têm a seguinte redacção: “2- Na mesma pena incorre quem fizer parte de tais grupos, organizações ou associações, nomeadamente fornecendo armas, munições, instrumentos de crime, armazenagem, guarda ou locais para as reuniões, ou qualquer auxílio para que se recrutem novos elementos. 3- Quem chefiar ou dirigir ou fizer parte dos grupos, organizações ou associações referidos nos números anteriores é punido com pena de prisão de dois a oito anos, se pena mais grave não lhe couber, nos termos de outra lei penal.”; não podemos deixar de criticar a circunstância de uma lei que aprova o Orçamento do Estado (no caso para o ano de 2012) conter normas que nada têm a ver com o seu propósito directo, como sucede com a que analisamos, numa *praxis* legislativa infelizmente muito comum no nosso País e que em nada contribui para a correcta publicitação de normas penais: antes incrementa a sua proliferação de forma avulsa, sem a devida justificação, desde logo quanto à sua oportunidade; a título de exemplo, constata-se a alteração determinada pelo art. 60.º da Lei n.º 60-A/2005, de 30 de Dezembro (relativa ao Orçamento de Estado para o ano de 2006) feita ao art. 103.º, n.º 2 do RGIT, que, sem justificação expressa, elevou para o dobro (de 7500 euros para 15000 euros) o montante dentro do qual a vantagem patrimonial obtida por força da fraude fiscal deixava de ser punível.

⁹⁵ No entanto, “[...] como de todos os lados se reconhece, radica na assunção pelo Estado de direito social da *Fürsorge*, o alfa e ómega da legitimação do *direito penal secundário* e do seu particular capital de bens jurídicos. Todos eles, em maior ou menor medida, produtos da capacidade poética do direito penal. É o que acontece, por exemplo, com o próprio património fiscal que, em rigor, só detém a dignidade penal que recebeu da *Fürsorge* do Estado de direito social [...]”, cfr. MANUEL DA COSTA ANDRADE, “A Fraude fiscal – Dez anos depois, ainda um “crime de resultado”?”, in *DPEE*, vol. III, Coimbra Editora, 2009, p. 271.

das sociedades, que permite considerar como bens jurídicos essenciais o que antes não o era, desempenhando a iniciativa da *criminalização*, em si mesma, um papel muito relevante nessa mesma *transmutação valorativa*⁹⁶; nessa medida, poderá sustentar-se que

⁹⁶ “Vale inteiramente aqui a afirmação de HABERMAS de que «os conteúdos morais, quando são traduzidos para o código jurídico, experimentam uma mudança sistemática do seu significado, que lhes é imposto pela forma jurídica». Assimilados pelo código jurídico-penal, os princípios morais e as normas éticas sofrem uma transformação de sentido, dotados que são de um outro modo de validade. Por isso, a relação entre a validade jurídico-penal, a vida ética e a moral universal, sendo estreita, já que se estabelece entre diferentes domínios do universo prático que concorrem no plano de orientação da acção (concorrência essa que confere frequentemente às normas jurídico-penais uma forte pretensão de validade), não é, contudo, necessária, no duplo sentido em que o desvalor ético ou moral de um comportamento não determina ou implica imediatamente a sua tipificação como crime e em que, quando conteúdos éticos ou morais recebem conformação típica, não se dá uma sobreposição integral, pois a amplitude e os termos daquela conformação estão subordinados ao código jurídico-penal que opera numa sociedade complexa e altamente diferenciada.”, cfr. AUGUSTO SILVA DIAS, «*Delicta in Se*» e «*Delicta Mere Prohibita*», *Uma análise das Descontinuidades do Ilícito Penal Moderno à Luz da Reconstrução de uma Distinção Clássica*, Coimbra Editora, 2008, págs. 390 e 391.

Creemos que, nesta matéria relativa à punição dos comportamentos no âmbito das normas tributárias, a nossa (sociedade ocidental) “mundivisão” está muito longe de acolher de forma unânime, ou sequer generalizada, a ideia decorrente, por exemplo, do “ensinamento da própria Teologia Moral da Idade Média, filiada no pensamento de S. Tomás de Aquino, segundo o qual as normas tributárias não obrigam em consciência, mas são tão só objecto da coacção externa do Estado” e que, nessa medida, seja matéria entendida pela “maioria dos cidadãos, e incluindo homens capazes de sacrificar a vida pela sua pátria e que cumprem com alto espírito as suas obrigações familiares e profissionais”, mas que “[desprezam] os seus deveres fiscais, considerando as respectivas normas como cadeias, que moralmente, é sempre lícito tentar partir.”, na medida em que “[...] nas obrigações fiscais, ao pagamento do imposto [se] contrapõe uma actividade por parte de uma entidade abstracta, anónima, como é o Estado, que se traduz em realizações que o contribuinte só abstractamente representa e que nem sempre pode dizer-se que realizem o bem-comum. [...] A esta luz, a honestidade em matéria fiscal seria, como escreve WEIT, equivalente a estupidez. A própria injustiça dos sistemas fiscais, com a arbitrariedade dos seus critérios na distribuição de impostos, só robusteceria tal ideia. Tudo assim conduziria à necessidade de desligar o direito penal tributário dos ingredientes da ética e da moral.”, cfr. EDUARDO CORREIA, “Os artigos 10.º do Decreto-Lei n.º 27 153 e 4.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 28 221”, in *DPEE*, vol. II, Coimbra Editora, 1999, págs. 23 a 25. Com efeito, “[l]onge vai o tempo em que o Estado, a fim de arrecadar o máximo de receitas, recorria a sistemas fiscais de duvidosa justiça que procurava impor através de penas severas ou, mais

a temática relativa aos impostos – por deles depender o cumprimento, em primeira linha,

complacientemente, de sanções parapenais [...] que contribuíssem para manter viva a imagem de um ilícito globalmente destituído de relevância ética. [...] Nesta linha de progresso se inscreve a Constituição (artigo 106.º, n.º 1) ao estruturar o sistema de impostos com base numa finalidade estritamente fiscal – a satisfação das necessidades financeiras do Estado – e numa finalidade extrafiscal fundamental – a repartição justa dos rendimentos e da riqueza – que confere ao Estado a tarefa de elevação dos níveis de bem-estar da população, em particular dos mais desfavorecidos, e a cujo cumprimento se deve subordinar todo o sistema tributário. [...] Embora a [...] eticização do sistema tributário não seja uma questão pacífica [...] ela tem todo o sentido em face do modelo constitucional entre nós adoptado [...].”, cfr. AUGUSTO SILVA DIAS, “O novo Direito Penal Fiscal Não Aduaneiro (Decreto-Lei n.º 20-A/90, de 15 de Janeiro). Considerações Dogmáticas e Político-Criminais”, in *DPEE*, vol. II, Coimbra Editora, 1999, págs. 241 e 242. Neste sentido, “[é] hoje um dado adquirido a *eticização do direito penal fiscal*, uma vez que o sistema fiscal não visa apenas arrecadar receitas, mas também a realização de objectivos de justiça distributiva, tendo em conta as necessidades de financiamento das actividades sociais do Estado. Com efeito, alterou-se significativamente o quadro em que a fuga ilegítima ao Fisco configurava um mero delito de luvas brancas ou um *Kavaliersdelikte* que, mais do que censura social, despertava sentimentos de admiração e respeito. *É através da cobrança de impostos que o Estado realiza em grande parte os objectivos de justiça social que a sua dimensão democrática lhe impõe.*” e, neste sentido, “[e]ste fundamento ético do imposto, legitimando a expansão do direito penal a um domínio tradicionalmente alheio a esta dignificação, *está contido claramente na Constituição* (arts. 103.º e 104.º), que aponta ao sistema fiscal uma finalidade de «repartição justa dos rendimentos e da riqueza», a «diminuição das desigualdades», a «igualdade dos cidadãos» e a «justiça social» [...] Com isto, é inequivocamente o critério político-criminal da *necessidade* que se reconhece como critério decisivo legitimador da criminalização de comportamentos que implicam fuga ilegítima ao Fisco. Que, entretanto, implica que *a decisão criminalizadora* não se baste com a pura *dignidade constitucional* dos valores a proteger, mas obedeça a razões de *subsidiariedade e eficácia*.”, justificando e exigindo que “[à] *dignidade penal* indiscutível *dos comportamentos* de fuga ilegítima ao Fisco deve corresponder a *dignidade das penas a aplicar*. [...] Tanto basta para que, no plano legal, *não se justifique* que se utilize apenas a multa como pena principal. Só uma degradação das infracções penais fiscais em confronto com as infracções penais gerais pode explicar a *não inclusão* no elenco das penas principais da pena de prisão.”, cfr. ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “Contributo para a fundamentação de um discurso punitivo em matéria penal fiscal”, in *DPEE*, vol. II, Coimbra Editora, 1999, págs. 481 e 482. Podemos assim dizer que “[e]stá hoje mais longínquo o tempo em que a fuga aos deveres fiscais era considerada ética e moralmente neutra e a fraude fiscal vista como uma espécie de legítima defesa contra o Estado.”, cfr. SUSANA AIRES DE SOUSA, “Sobre o bem jurídico-penal protegido nas incriminações fiscais”, in *DPEE*, vol. III, Coimbra Editora, 2009, p. 293.

e desde logo, de responsabilidades do Estado para com os seus concidadãos – se trata de matéria que pode e deve ser considerada como fundamental e, nessa medida, como matéria a ser integrada justamente pelo direito penal de justiça⁹⁷), não colide directamente com bens jurídicos essenciais à sobrevivência social ou, pelo menos, a sua protecção não exige do direito penal uma intervenção semelhante à feita no âmbito do *direito penal de justiça*⁹⁸, mas para os quais se quer fazer *uso* de uma figura cuja vocação, não podemos ter dúvidas, é a da prevenção e da protecção social relativamente à violação de bens jurídicos consolidados. Só com tal discussão é possível ponderar e eventualmente dissipar – dada a natureza *preventiva* do crime em causa, cuja antecipação da tutela penal se justifica pela gravidade do grau de violação dos bens jurídicos a proteger – dúvidas relativas à (des)proporcionalidade do seu regime.

Como posição de princípio diremos o seguinte: a criminalização de comportamentos que atentam contra bens jurídicos considerados dignos de protecção pelo Direito Penal de

⁹⁷ “O bem jurídico tutelado pelos crimes tributários é o *sistema tributário*, entendido numa perspectiva funcional, como o conjunto de actividades a desenvolver pelo Estado e outros entes públicos para a obtenção de recursos financeiros e para a aplicação destes na satisfação das necessidades públicas que lhes cumpre realizar. [...] O legislador penal tutela a função do tributo no quadro de um Estado Social e Democrático de Direito.”, cfr. GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Penal Tributário, Sobre as responsabilidades das sociedades e dos seus administradores conexas com o crime tributário*, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2009, p. 92; cfr., ainda, a este respeito, a nossa nota imediatamente anterior.

⁹⁸ O que vimos afirmando não escamoteia uma realidade normativa outra: a circunstância de a sede por excelência do apelidado *Direito penal de justiça* – o Código Penal – consagrar tipos de crimes típicos de um *Direito penal secundário*, o que, por si só, revela uma *permeabilização* conceitual legal de infeliz inspiração e é fruto de um voluntarismo político-criminal que não ajuda a dar coerência ao sistema penal como um todo, contribuindo, noutra sentido, para a própria dificuldade em distinguir o que seja Direito penal de justiça e Direito penal secundário, desnivelando ou nivelando, total ou parcialmente, consoante o caso, um à categoria do outro, o que não é, a mais das vezes, justificado pela evolução axiológica inexorável da sociedade.

Justiça deve ter a sua sede por excelência no Código Penal, não só porque esse é o palco privilegiado de publicitação da punição (num reforço de consciencialização por parte da comunidade), como a circunstância de se quedar por legislação avulsa ser sinónimo de maior vulnerabilidade a alterações pouco criteriosas, sistematicamente desintegradas e incoerentes.

O art. 7.º prevê que as “pessoas colectivas, sociedades, ainda que irregularmente constituídas, e outras entidades fiscalmente equiparadas são responsáveis pelas infracções previstas na presente lei, quando cometidas pelos seus órgãos ou representantes, em seu nome e no interesse colectivo.”. Daqui decorre, à falta da previsão de uma excepção, que tais entidades colectivas podem assim praticar o crime de associação criminosa previsto no art. 89.⁹⁹; todavia, trata-se de um crime sem pena principal aplicável a tais entidades, na medida que a única prevista é a de prisão e esta, por natureza, é inaplicável a uma pessoa colectiva ou equiparada; ora isto revela alguma falta de cuidado do legislador em garantir a coerência do sistema jurídico-penal, pois não é muito compreensível que prevendo o art. 7.º expressamente a punição das entidades colectivas pelos crimes previstos no mesmo diploma depois não preveja a aplicação de consequências próprias para tais entidades no que diz respeito a um desses tipos de crimes, como é o de associação criminosa.

Por força do que se dispõe no art. 16.º desta Lei n.º 15/2001 são “aplicáveis, cumulativamente, aos agentes dos crimes tributários” diversas penas acessórias, as quais, pela sua natureza, podem perfeitamente ser adequáveis às entidades colectivas¹⁰⁰; porém

⁹⁹ Não concordamos, salvo o devido respeito, com a interpretação de GERMANO MARQUES DA SILVA ao entender que na expressão “salvo disposição em contrário” se deve englobar o crime de associação criminosa previsto no art. 89.º do RGIT “por nele não estar prevista a pena aplicável às pessoas colectivas”, in *Direito Penal Tributário...*, cit., p. 107, n. 55.

¹⁰⁰ E destacamos como uma das penas acessórias aplicáveis, precisamente, a “dissolução da pessoa

falta a “pena principal” potencialmente cumulável com tais penas, sendo certo que uma dessas penas, a de dissolução da pessoa colectiva, é, no âmbito do Código Penal, precisamente, uma pena principal (cfr. arts. 90.º-A, n.º 1 e 90.º-F do CP).

Esta circunstância legislativa de não previsão de uma pena principal aplicável a uma entidade colectiva pela prática do crime de associação criminosa no âmbito dos crimes tributários é tanto mais incompreensível quanto, por exemplo, num determinado caso concreto estiverem reunidos todos os pressupostos materiais de aplicação da pena de dissolução, tal como se mostram descritos no art. 17.º, al. g) do RGIT.

Há, todavia, a possibilidade de nos socorrermos de argumentos suficientes para resolver tal – aparente – incoerência por parte do legislador.

Decorre do disposto no art. 90.º-B, n.º 1 do CP que os limites mínimo e máximo da pena de multa aplicável às pessoas colectivas e entidades equiparadas são determinados tendo por referência a pena de prisão prevista para as pessoas singulares e, no n.º 2 do mesmo artigo, “[u]m mês de prisão corresponde, para as pessoas colectivas ou equiparadas, a 10 dias de multa.”. Ora, constando do CP – diploma central penal por excelência do ordenamento jurídico e para o qual se remete, por exemplo, no art. 17.º, n.º 1 da Lei n.º 15/2001 –, de forma expressa, o critério geral de correspondência entre a pena de prisão aplicável às pessoas humanas e a pena de multa aplicável às entidades colectivas¹⁰¹, sendo que por cada mês de prisão correspondem 10 dias de multa, pode-se

colectiva”, cfr. al. h) do art. 16.º. A propósito da natureza das penas acessórias já tivemos oportunidade de afirmar que “[s]ob o ponto de vista das suas consequências [as consideramos] como autênticas penas, derivando a sua acessoriedade somente da sua necessária cumulação com uma pena principal e não porque em si mesmas tenham um efeito secundário quando comparadas com a pena principal que é aplicada; pelo contrário: estas penas acessórias são potencialmente as mais adequadas [...] à realidade colectiva detectada a praticar factos punidos pela lei penal [...]”, cfr. *Pessoas Colectivas e Sanções Criminais: Juízos de Adequação*, 2006, Coimbra Editora, p. 85.

¹⁰¹ Relativamente à expressão “entidades colectivas”, cfr. o que tivemos oportunidade de desenvolver, in

sustentar que, em face da pena de prisão prevista no art. 89.º, n.º 1 do RGIT tal corresponderá à moldura da pena de multa aplicável às pessoas colectivas ou equiparadas entre os 120 dias no mínimo e os 600 dias no máximo.

Em reforço da possibilidade desta solução, embora com outro fundamento, surge a parte final dos n.ºs 1 e 3 do art. 89.º da Lei n.º 15/2001, que prevê a possibilidade de ser aplicável, pela prática do crime de associação criminosa no âmbito dos crimes tributários uma pena mais grave nos termos de outra lei penal, o que significa a assunção por parte do legislador da não aplicação exclusiva do regime penal previsto em tal diploma para o crime de associação criminosa.

Significa isto que o “crime de associação criminosa tributária concorrerá frequentemente com o crime de associação criminosa previsto no Código Penal. Dada a ressalva da parte final do n.º 1 do art. 89.º, entendemos que neste caso, por expressa disposição legal, estaremos perante um caso de concurso aparente, subsidiariedade expressa, sendo o agente punido apenas com a pena aplicada a um dos crimes.”¹⁰² Ora,

Pessoas Colectivas..., cit., págs. 24 e ss. e 31 a 40.

¹⁰² Cfr. GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Penal Tributário...*, cit., p. 199; o Autor, breves momentos antes, afirma que no “âmbito do RGIT as associações criminosas para a prática de crimes tributários só podem ter como seus agentes pessoas físicas porque o art. 89.º não comina qualquer pena aplicável às pessoas colectivas”, esclarecendo logo a seguir que no “anteprojecto nem sequer se contemplava o crime de associação criminosa para a prática de crimes tributários, por se ter entendido que o crime de associação criminosa p.p. pelo Código Penal era aplicável qualquer que fosse o crime ou crimes prosseguidos pela associação.” (cfr. *ob. cit.*, p. 198). Quer isto dizer que por força do aditamento feito pelo legislador, segundo o Autor citado, se produziu um efeito completamente oposto ao que sucederia pela pura e simples omissão à referência ao tipo de crime de *associação criminosa* no âmbito do próprio RGIT, pois sempre seria punível por força da aplicação do regime previsto no Código Penal. Deste modo não conseguimos perceber os fundamentos aduzidos pelo ilustre Autor para afirmar que “as pessoas colectivas não são responsáveis pelo crime do art. 89.º do RGIT, em razão da especialidade do regime” na medida que se constata que tal “especialidade de regime” é, pura e simplesmente, fruto de uma evidente técnica legislativa deficiente, tanto mais que o próprio Autor afirma logo a seguir: “Cremos tratar-se de omissão

colocando-se a possibilidade de ser aplicável o regime previsto no Código Penal dúvidas não pode haver que, nessa sede, é punível a prática do crime de associação criminosa por parte de uma pessoa colectiva ou equiparada no âmbito dos crimes tributários; quer dizer: a possibilidade da aplicação de uma pena mais grave por força da aplicação do regime do Código Penal terá como implicação a possibilidade de punição da entidade colectiva o que, no âmbito do RGIT, se não mostraria viável; em bom rigor, atenta a “porta aberta” deixada pelo RGIT para aplicação de outras lei penais mais graves no caso da associação criminosa, dada a total ausência – aparente, se não nos socorrermos do critério *supra* referido da equivalência entre as penas de prisão e de multa previsto no art. 90.º-B, n.º 1 do CP – aí de previsão de pena aplicável, será sempre punível a entidade colectiva no quadro da previsão do Código Penal, pois o exercício de severidade entre ambos é simples de fazer, dada a ausência de pena no RGIT.

Em suma, estamos sem dúvida perante um regime punitivo que pode ser clarificado pelo legislador.

Da nossa parte, tentámos um exercício de integração com o qual cremos poder afirmar uma harmonização sistemática por força da *dedução* de uma pena de multa que se não mostra expressamente prevista no art. 89.º (mas a que podemos chegar socorrendo-nos de critérios legais claros a partir do regime constante do Código Penal) ou, por outra via, em face da total ausência de pena prevista no âmbito do referido art. 89.º, mas por força da remissão expressa aí admitida, pura e simplesmente, aplicar o regime jurídico-penal constante do Código Penal no seu art. 90.º-B¹⁰³.

não propositada do legislador.” (*idem*). Ora, se se trata de uma, nas palavras do Autor, “omissão não propositada”, portanto, involuntária, entendemos que tal se mostra pouco compatível com a afirmação de uma “especialidade do regime” nos termos por si afirmados.

¹⁰³ No âmbito da Lei n.º 50/2007, de 31 de Agosto, em cujo artigo 11.º se prevê precisamente o crime de associação criminosa, sem que do mesmo resulte, à semelhança do que sucede com o art. 89.º do RGIT,

Não podemos, em complemento, e reforço, do que vimos expondo, deixar de fazer referência ao que dispõe o art. 8.º do Código Penal, que tem por epígrafe “Aplicação subsidiária do Código Penal”, cuja redacção é a seguinte: “As disposições deste diploma são aplicáveis aos factos puníveis pelo direito penal militar e da marinha mercante e pela restante legislação de carácter especial, salvo disposição em contrário.”¹⁰⁴.

de forma expressa, a aplicação de uma pena às pessoas colectivas ou equiparadas, JORGE GONÇALVES, in *Comentário das Leis Penais Extravagantes*, ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de/BRANCO, José (org), volume 2, Universidade Católica Editora, 2011, p. 723, sem recurso a qualquer construção dogmática, mas somente por recurso às normas de remissão constantes em tal diploma para o Código Penal, defende é “[...] aplicável o regime contido nos artigos 11.º, 90.º-A a 90.º-M (do Código Penal)”, na medida em que “[...] o crime de associação criminosa é um dos crimes que integram o elenco previsto no n.º 2 do artigo 2.º, relativo à responsabilidade penal de pessoas colectivas e entidades equiparadas.”; como veremos imediatamente *infra* em texto, a propósito da previsão da punição das pessoas colectivas no âmbito da Lei de combate ao terrorismo, também não se mostram previstas penas específicas aplicáveis.

¹⁰⁴ Referência feita, igualmente, por JOSÉ DE FARIA COSTA, “O Direito Penal Económico e as causas implícitas de exclusão da ilicitude”, in *DPEE*, vol. I, Coimbra Editora, 1998, p. 414, que em nota (4) complementa tal referência aludindo à diferença entre a redacção típica do art. 8.º e o teor da proposta constante do projecto de 1963, como art. 6.º, sendo que o “cerne do art. 8.º atira-nos para uma compreensão na qual o direito penal (precipitado positivamente no «código») é o centro e o ordenamento-regra para toda a arquitectura do sistema penal português”, pois “[n]ão era assim na proposta de 1963. Aí propugnava-se a autonomia do direito penal comum face, p. ex., ao direito penal militar. Fáceis são de compreender as razões que subjaziam a uma tal visão das coisas. O que indiscutivelmente se não pode é dizer que a actual norma corresponde ao art. 6.º do projecto de 1963, apesar da versão *aprovada por maioria*, na Comissão Revisora, estar muito próxima da que é hoje lei.” Do que se trata, com esta norma do art. 8.º do Código Penal, em face da norma de remissão por sua vez constante do diploma que analisamos é de uma situação em que “a norma especial remete para a norma geral que, por seu turno, já se aplicaria às normas especiais. Tal círculo de reenvio é uma afirmação normativa inequívoca quanto ao facto de se estar perante uma intencionalidade que formalmente assenta na mais extrema completude.”, numa subsidiariedade que, todavia, “não surge assim, como consequência directa da problemática da teoria da integração das leis, mas é, ao invés, efeito da debilidade do próprio sistema que se quer integrar [...]”, cfr. JOSÉ DE FARIA COSTA, *passim*.

3. No âmbito da Lei n.º 52/2003, de 22 de Agosto (Lei de combate ao terrorismo)

A Lei n.º 52/2003, de 22 de Agosto, por força do seu art. 11.º, revogou os arts. 300.º (organizações terroristas) e 301.º (terrorismo) do Código Penal.

Passou, assim, em sede de legislação especial, a estar previsto o regime jurídico relativo ao “combate” ao terrorismo, em cumprimento da Decisão Quadro n.º 2002/475/JAI, do Conselho, de 13 de Junho¹⁰⁵.

A merecer atenção especial, por razões de coerência de explanação, surge o art. 2.º do diploma em apreço, que prevê o crime de “organizações terroristas”.

Prevê a norma, no § do n.º 1 que se considera “grupo, organização ou associação terrorista todo o agrupamento de duas ou mais pessoas que, actuando concertadamente, visem prejudicar a integridade e a independência nacionais, impedir, alterar ou subverter o funcionamento das instituições do Estado previstas na Constituição, forçar a autoridade pública a praticar um acto, a abster-se de o praticar ou a tolerar que se pratique, ou ainda a intimidar certas pessoas, grupos de pessoas ou a população em geral [...]”; a restante norma, que contém cinco números tem a seguinte redacção: “ 2 - Quem promover ou fundar grupo, organização ou associação terrorista, a eles aderir ou os apoiar, nomeadamente através do fornecimento de informações ou meios materiais é punido com pena de prisão de 8 a 15 anos¹⁰⁶. 3 - “Quem chefiar ou dirigir grupo, organização ou associação terrorista é punido com pena de prisão de 15 a 20 anos. 4 – Quem praticar

¹⁰⁵ Cfr. JOCE, L 164 de 22 de Junho de 2002.

¹⁰⁶ A Lei n.º 25/2008, de 6 de Junho eliminou nesta norma o segmento originalmente existente após “meios materiais” e antes de “é punido”, donde constava “ou através de qualquer forma de financiamento das suas actividades”.

actos preparatórios da constituição de grupo, organização ou associação terrorista é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos. 5 – A pena pode ser especialmente atenuada ou não ter lugar a punição se o agente abandonar voluntariamente a sua actividade, afastar ou fizer diminuir consideravelmente o perigo por ela provocado ou auxiliar concretamente na recolha das provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis.”

O art. 3.º do diploma em referência, com a epígrafe “Outras organizações terroristas” faz uma extensão do conceito exposto no art. 2.º, equiparando, no seu n.º 1, aos “grupos, organizações e associações terroristas [...] os agrupamentos de duas ou mais pessoas que, actuando concertadamente, visem, mediante a prática dos factos aí descritos [no art. 2.º], prejudicar a integridade ou a independência de um Estado, impedir, alterar ou subverter o funcionamento das instituições desse Estado ou de uma organização pública internacional, forçar as respectivas autoridades a praticar um acto, a abster-se de o praticar ou a tolerar que se pratique, ou ainda intimidar certos grupos de pessoas ou populações.”; no n.º 2 do art. 3.º prevê-se que “É correspondentemente aplicável o disposto nos n.ºs 2 a 5 do artigo anterior”.

No nosso ordenamento jurídico-penal este crime surgiu como um *crime qualificado* relativamente ao crime de associação criminosa, numa *relação de especialidade*, «[o] que desde logo significa que as notas típicas fundamentais, que servem para caracterizar o crime de associações criminosas, hão-de encontrar-se também presentes, com o mesmo sentido e extensão, no crime de organizações terroristas; e que, para além daquelas notas, hão-de intervir outras adicionais que individualizam e especializam este tipo legal¹⁰⁷» e decorrem do *fim* perseguido por tais entes.

¹⁰⁷ Cfr. FIGUEIREDO DIAS, *As Associações...*, cit., págs. 76 e 77.

De relevante neste novo regime do crime de associações terroristas é a circunstância de se ter criado uma entidade que, não sendo uma associação, grupo ou organização, é a estas equiparado, a figura de “agrupamento” de duas ou mais pessoas; com efeito, o art. 3.º eleger a conceito equiparado a grupo, organizações e associações, o que no art. 2.º surge como elemento descritivo precisamente de tais conceitos, ou seja, o “agrupamento de duas ou mais pessoas”, no que se constata ser uma discutível técnica legislativa; no art. 2.º “o agrupamento” serve para factualizar a soma de duas ou mais pessoas, enquanto nota objectiva necessária para podermos concluir estar perante o “grupo”, “organização” ou “associação”; no art. 3.º o agrupamento de duas ou mais pessoas é alvo de uma autonomização, precisamente, por identidade com tais conceitos.

Por força da Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro, o art. 299.º, n.º 4 do CP passou a prever que o grupo, organização ou associação seja constituído pelo número mínimo de três pessoas, pelo que passa a haver uma clara separação, a este respeito, entre os dois institutos, no que permite concluir pela confirmação da intencionalidade punitiva reforçada por parte do legislador relativamente ao crime de associação criminosa praticada no âmbito da temática do terrorismo – o que já antes sucedia, embora revelado pelo incremento das penas aplicáveis –; noutra perspectiva, também permite concluir pela criação de um *fosso* conceitual entre ambas as “associações” – isto é, a constante do Código Penal e a constante na lei em epígrafe – que carece de alguma racionalidade: como explicar ser possível vislumbrar a existência de um *outro* entre dois membros de uma organização terrorista, que assim os transcende e é precisamente a pedra angular da *perigosidade* que justifica a existência do próprio tipo de crime e não vislumbrar como possível a existência desse mesmo *outro* entre esse mesmo número de membros de uma associação criminosa comum.

Esta diferença de tratamento motivará para alguns, no limite, uma conclusão não

muito benigna, e mais radical, que poderá até pôr em causa a própria existência da figura da associação criminosa, enquanto ente com uma natureza própria a justificar o seu tratamento autónomo: do que se trata, poder-se-á afirmar, com a criação do crime “associação criminosa”, é de uma pura decisão legislativa, que depois é justificada, de modo artificial, pela doutrinal, que surgirá como “entidade” legitimadora de tal opção, pelo que essa *vontade colectiva* distinta e autónoma dos elementos individuais que a compõem é uma mera ficção, tanto mais fácil de afirmar, enquanto ficção legislativa e doutrinariamente imposta, quanto é certo que a sua existência assumirá sempre uma natureza incorpórea.

Com efeito, é difícil sustentar, no plano da mera *lógica das coisas*, que esse *outro* é susceptível de ser afirmado entre dois membros num caso – de terrorismo (e também como já vimos no âmbito do DL n.º 15/93, de 22/01) – e já não no outro caso, no âmbito da criminalidade comum prevista no CP.

É um tratamento legislativo desigual entre as duas figuras abrangidas – que antes deveria pressupor o mesmo conceito *base* –, numa *manipulação* que pode permitir afirmar que estamos perante um conceito algo indefinido, de tal maneira que poderá levar a concluir que é um conceito que decorre de uma pura “decisão” do legislador – político-criminal condicionada –, sem consistência dogmática intrínseca, cuja existência assume assim carácter arbitrário.

Infra neste trabalho teremos oportunidade de pôr precisamente em causa a exigência doutrinária, repercutida na jurisprudência, de exigir esse tal *outro* para que se possa conceber estarmos em presença do elemento típico *associação, grupo ou organização*, o que terá desde logo uma consequência relevante, aproveitamos para adiantar: atenuará o efeito manipulatório referido que decorre da decisão do legislador em exigir um certo

número mínimo de elementos para que se possa concluir pela sua existência¹⁰⁸.

Com muita relevância surge o art. 6.º do diploma em análise, no qual se prevê a expressa responsabilidade criminal das pessoas colectivas e equiparadas pela prática do crime previsto nos arts. 2.º a 5.º “quando cometidos em seu nome e no interesse colectivo pelos seus órgãos ou representantes, ou por uma pessoa sob a autoridade destes quando o cometimento do crime se tenha tornado possível em virtude de uma violação dolosa dos deveres de vigilância ou controlo que lhes incumbem” (n.º 1), sendo, adianta o n.º 2, que a “responsabilidade das entidades referidas no número anterior não exclui a responsabilidade individual dos respectivos agentes.”¹⁰⁹

A aplicação prática desta norma, permitindo uma efectiva punição das pessoas colectivas ou entidades equiparadas, na medida em que não estão previstas penas principais que lhes sejam adequadas (somente se prevêem penas de prisão), deve ser feita de acordo com as possibilidades que imediatamente *supra* adiantámos relativamente ao art. 89.º do RGIT.

4. No âmbito do regime jurídico relativo à entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros do território nacional

4.1 O art. 135.º do DL n.º 244/98, de 8 de Agosto

Este diploma previa no art. 135.º a punição da “Associação de auxílio à imigração

¹⁰⁸ Cfr. Parte II, Cap. III, Sec. III.

¹⁰⁹ Para uma análise global deste diploma, cfr. FIGUEIREDO DIAS/PEDRO CAEIRO, “A Lei de Combate ao Terrorismo (Lei n.º 52/2003, de 22 de Agosto)”, *RLJ*, 135, n.º 3935 (2005), págs. 70 e ss.

ilegal”, com a seguinte redacção: “1- Quem fundar grupo, organização ou associação cuja actividade seja dirigida à prática do crime previsto no artigo anterior é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos. 2- Incorre na mesma pena quem fizer parte de tais grupos, organizações ou associações. 3- Quem chefiar os grupos, organizações ou associações mencionados no n.º 1 é punido com pena de prisão de 2 a 8 anos. 4- A tentativa é punível.”

Por força do DL 34/2003, de 25 de Fevereiro, o diploma em epígrafe foi substancialmente alterado: por um lado, foi alterada a moldura abstracta do art. 135.º, que passou a prever a aplicação de uma pena de prisão de 1 a 6 anos e, por outro lado, passou a prever-se a responsabilidade penal das pessoas colectivas ou equiparadas, que assim passaram a ser susceptíveis de punição pela prática, não só do crime de auxílio à imigração (cfr. art. 134.º-A), como também, de forma expressa, pela prática do crime de “associação de auxílio à imigração ilegal” (cfr. o novo art. 134.º, n.º 5).

4.2 O art. 184.º da Lei n.º 23/2007, de 4 de Julho¹¹⁰

O artigo 184.º deste diploma prevê o crime de “Associação de auxílio à imigração ilegal”, cuja redacção é a seguinte: “1- Quem fundar grupo, organização ou associação cuja actividade seja dirigida à prática dos crimes previstos no artigo anterior é punido com pena de prisão de 1 a 6 anos. 2- Incorre na mesma pena quem fizer parte de tais grupos, organizações ou associações. 3- Quem chefiar os grupos, organizações ou associações mencionados no n.º 1 é punido com pena de prisão de 2 a 8 anos. 4- A tentativa é punível. 5. As penas aplicáveis às entidades referidas no n.º 1 do art. 182.º são

¹¹⁰ Este diploma veio revogar o regime jurídico relativo à entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros do território nacional constante do DL 244/98, de 8 de Agosto, entretanto alterado, substancialmente, pelo DL 34/2003, de 25 de Fevereiro, nos termos brevemente analisados em texto.

as de multa, cujos limites mínimo e máximo são elevados ao dobro, ou de interdição do exercício da actividade de um a cinco anos.”

Trata-se da criminalização de grupos, organizações ou associações que tenham sido criados para a prática de algum dos crimes previstos no art. 183.º, n.ºs 1 e 2 no mesmo diploma, isto é, para favorecer ou facilitar, por qualquer forma, a entrada ou o trânsito ilegais de cidadão estrangeiro em território nacional, com ou sem intenção lucrativa.

É mais um exemplo, à semelhança do que já resultava do art. 135.º do DL 244/98, de 8/8, no nosso ordenamento jurídico da punição de uma associação [criminosa] que se tenha constituído para a prática de um só dos crimes previstos no referido art. 183.º, n.ºs 1 e 2 – e não já necessariamente de diversos crimes –, à semelhança do que veio o CP a consagrar na sua última alteração, como vimos.

Em face da alteração promovida ao conceito de “associação criminosa” que decorre do CP poderão surgir dúvidas quanto ao número mínimo de pessoas necessárias para que se possa, estando reunidos todos os demais pressupostos, concluir pela existência da “associação criminosa”, na medida em que a norma não prevê o número mínimo de pessoas necessário para a sua existência. Entendemos que, não estando expressamente previsto tal requisito, continua a ser possível concluir pela existência da associação, mesmo que somente duas pessoas nela participem, quer porque a decisão legislativa materializada nas alterações ao CP somente se restringem expressamente a tal diploma, quer porque as suas alterações são posteriores à entrada em vigor do diploma em que agora focamos a nossa breve atenção; não deixa, todavia, de a nova percepção do legislador poder ser um argumento relevante para exigir o número mínimo de três pessoas para que se conclua pela existência da associação de auxílio à imigração ilegal; todavia, em sentido contrário, podemos colher do mesmo legislador a mensagem que decorre do facto de manter, para efeitos do crime de associação criminosa no âmbito do tráfico de

estupefacientes e no âmbito das organizações terroristas, o número mínimo de duas pessoas como requisito para a existência da “associação”¹¹¹.

Este diploma prevê a responsabilidade penal das pessoas colectivas no seu art. 182.º, n.º 1, pelo que “As pessoas colectivas e entidades equiparadas são responsáveis, nos termos gerais, pelos crimes previstos na presente lei”, prevendo o n.º 3, o seguinte: “À responsabilidade criminal pela prática dos crimes previstos nos arts. 183.º, 184.º e 185.º, acresce a responsabilidade civil pelo pagamento de todas as despesas inerentes à estada e afastamento dos cidadãos estrangeiros envolvidos.”; está assim expressamente previsto que as pessoas colectivas e equiparadas podem praticar o crime previsto no art. 184.º.

Por último, não podemos deixar de chamar a atenção para a circunstância – de muito duvidos correcção – de estar prevista a punição da tentativa (à semelhança do que sucedia com o art. 135.º do DL n.º 244/98), na medida em que a antecipação da tutela penal imanente a este tipo de crime torna muito difícil, se não mesmo incorrecto, configurar a sua possibilidade (constatação que terá levado, como vimos *supra* a propósito das alterações promovidas pela Lei n.º 24/81,

¹¹¹ Defendendo que o número mínimo de pessoas exigido é de três para se poder concluir estarmos perante uma associação criminosa no âmbito destes crimes relacionados com o auxílio à imigração ilegal, por força do dever de interpretação das disposições nacionais em conformidade com os instrumentos comunitários, cfr. ALBANO PINTO, in *Comentário das Leis Penais Extravagantes*, ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de/BRANCO, José (org), volume 1, Universidade Católica Editora, 2011, págs. 106 e 107; no entanto, defendendo-se que o número de duas pessoas é o bastante para se poder estar perante uma *associação criminosa*, por ser uma *compreensão* ou *interpretação* que assim é mais abrangente por parte do legislador português, e, portanto, penalmente mais rigorosa pode-se entender ser igualmente admitida expressamente pela legislação comunitária, nomeadamente, quanto à Acção Comum 98/733/JAI, que prevê no seu art. 5.º, n.º 2, que «[n]ada [...] impedirá os Estados-membros de tornar passíveis de sanções comportamentos ligados a organizações criminosas de âmbito mais lato do que o definido no n.º 1 do artigo 2.º», o que atenta a remissão que neste artigo se faz para o art. 1.º (cfr. ambas as alíneas do n.º 1 do art. 2.º), se pode admitir se poder referir ao conceito em si mesmo do que seja a própria *associação criminosa*; a ser assim, no caso português, será mais *fácil* podermos concluir estarmos perante uma associação criminosa, dado que bastarão para tal duas pessoas.

de 20 de Agosto ao CP de 1886, no seu art. 263.º-A, a equiparar de forma expressa, a tentativa à consumação).

5. No âmbito do regime jurídico do Desporto

5.1 O art. 11.º da Lei n.º 50/2007, de 31 de Agosto

A Lei em referência (nos seus arts. 8.º a 13.º) veio estabelecer um novo regime de responsabilidade penal por comportamentos antidesportivos, contrários aos valores da verdade, da lealdade e da correcção e susceptíveis de alterarem fraudulentamente os resultados da competição (cfr. o seu art. 1.º).

Concretamente o art. 11.º da Lei indicada prevê o crime de “Associação criminosa”, nos seguintes termos: “1. Quem promover, fundar, participar ou apoiar grupo, organização ou associação cuja finalidade ou actividade seja dirigida à prática de um ou mais crimes previstos na presente lei é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos. 2. Quem chefiar ou dirigir os grupos, organizações ou associações referidos no número anterior é punido com a pena nele prevista agravada de um terço nos seus limites mínimo e máximo. 3. Para os efeitos do presente artigo, considera-se que existe grupo, organização ou associação quando esteja em causa um conjunto de, pelo menos, três pessoas actuando concertadamente durante um certo período de tempo.”

No âmbito desta Lei¹¹² estão previstos os crimes de corrupção passiva, punível com

¹¹² Cfr. alteração imposta pela Lei n.º 30/2015, de 22 de Abril, que alterou somente o art. 13.º (atenuação especial e dispensa da pena), nas suas alíneas *a*) e *b*) do n.º 1, com a substituição do verbo “é” (na redacção originária) pelo verbo “pode”, deixando de ser assim automática, nas condições descritas, tal atenuação ou dispensa de pena. Para uma breve resenha do processo legislativo e dos seus antecedentes, cfr. JORGE GONÇALVES, in *Comentário das Leis Penais Extravagantes*, ALBUQUERQUE, Paulo Pinto

uma pena de 1 a 5 anos (art. 8.º), de corrupção activa, punível com uma pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa (art. 9.º) e o crime de tráfico de influência, punível com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa (na sua vertente passiva, cfr. n.º 1, do art. 10.º) ou com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias (na sua vertente activa, cfr. n.º 2, do art. 10.º); são estes os crimes susceptíveis de serem “objecto”/“pretexto” para a prática do crime de associação criminosa, cuja gravidade – revelável desde logo pela moldura penal abstracta – torna pelo menos polémica a sua possibilidade, à luz dos argumentos já *supra* expostos relativos à ideia de proporcionalidade na perseguição penal por um crime cujo objecto se traduz na prática de outros crimes de gravidade menor – não obstante os conceitos legais vigentes os qualifiquem de outra forma¹¹³ –, mas são materialmente muito mais próximos do que seja o Direito penal secundário do que Direito penal de justiça¹¹⁴.

Neste regime legal relativo à punição do crime de associação criminosa podemos constatar que o legislador optou por adoptar, de forma expressa, o conceito que decorre do regime do CP, na medida em que se exige o número mínimo de três pessoas, as quais devem actuar “concertadamente durante um certo período de tempo”, o que permite evitar dificuldades interpretativas como sucede, como vimos, a propósito da associação criminosa noutros diplomas, como seja no âmbito das infracções tributárias ou com o regime legal relativo à entrada e saída de estrangeiros do território nacional. Curiosamente, a redacção típica desta norma revela-se mais sintética do que a constante do CP, na medida em que o n.º 1 do art. 45.º congrega, além dos verbos “promover” ou

de/BRANCO, José (org), volume 2, Universidade Católica Editora, 2011, págs. 713 e ss.

¹¹³ Cfr. *infra* Parte III, Cap. I.

¹¹⁴ Trata-se aqui de um simbólico fenómeno de utilização de tipos de crime que por definição constam do catálogo do que deve ser considerado Direito penal de justiça numa área temática típica do Direito penal secundário.

“fundar” (à semelhança do n.º 1 art. 299.º do CP), os verbos “participar” e “apoiar” (que no âmbito do art. 299.º surge no n.º 2, com as fórmulas “fizer parte” e “quem os apoiar”, a que adita “auxílio” para o recrutamento de novos elementos, que não consta da norma em análise, mas se pode considerar ser um sinónimo do verbo “apoiar”), o que no nosso entender não implica qualquer retrocesso, pelo contrário, na clareza típica da norma, até porque a descrição típica do n.º 2 art. 299.º do CP não tem qualquer repercussão na moldura da pena abstracta aplicável.

A pena prevista para a prática do crime de associação criminosa no âmbito desta Lei é idêntica à constante do CP, com excepção da agravação que decorre dos agentes que assumam uma posição de chefia ou direcção, que vê no âmbito do CP uma agravação da moldura abstracta substancialmente mais alta (de dois a oito anos), ao passo que no âmbito da norma em referência tal agravação queda-se pelo aumento em 1/3 dos limites mínimo e máximo: será este o sinal (ténue) dado por parte do legislador penal português da diferente natureza dos âmbitos de intervenção visados pelo tipo de crime associação criminosa numa área que não pertence ao Direito penal de justiça, embora não tenha resistido a enquadrar no seu âmbito um tipo de crime típico deste último.

Este diploma prevê a punição das pessoas colectivas, muito embora, no que diz respeito à prática do crime de associação criminosa, não indique, de forma expressa, qual a pena aplicável. Valem a este respeito as considerações que tecemos a propósito do art. 89.º do RGIT onde ocorre situação semelhante.

5.2 O art. 45.º da Lei n.º 27/2009, de 19 de Junho

A Lei em referência veio estabelecer o regime jurídico da luta contra a dopagem no desporto e, no seu artigo 45.º, prevê, precisamente, o crime de associação criminosa, cuja

redacção é a seguinte: “1. Quem promover, fundar, participar ou apoiar grupo, organização ou associação cuja finalidade ou actividade seja dirigida à prática de um ou mais crimes previstos na presente lei é punido com pena de prisão de 6 meses a 5 anos. 2. Quem chefiar ou dirigir os grupos, organizações ou associações referidos no número anterior é punido com a pena nele prevista agravada de um terço nos seus limites mínimo e máximo. 3. Para os efeitos do presente artigo, considera-se que existe grupo, organização ou associação quando esteja em causa um conjunto de, pelo menos, três pessoas actuando concertadamente durante um certo período de tempo. 4. A pena pode ser especialmente atenuada ou não ter lugar a punição, se o agente impedir ou se esforçar seriamente por impedir a continuação dos grupos, organizações ou associações ou comunicar à autoridade a sua existência de modo a esta poder evitar a prática de crimes.”

O *objecto* a associação criminosa no âmbito desta lei deve traduzir-se na prática de um ou mais crimes aí previstos, ou seja, a prática dos crimes consagrados nos artigos 43.º (Tráfico de substâncias e métodos proibidos, punível com uma pena de prisão de 6 meses a 5 anos) e 44.º (Administração de substâncias e métodos proibidos, punível com pena de prisão de 6 meses a 3 anos ou agravada para o dobro nos seus limites mínimo e máximo, nas circunstâncias descritas no seu n.º 2).

Duas diferenças se observam entre a redacção típica da norma acabada de citar com a do 11.º da Lei n.º 50/2007, de 31 de Agosto imediatamente *supra* analisado, só se justificando, portanto, abordar tais diferenças, no mais dando aqui por reproduzidas as considerações tecidas a seu propósito para este artigo 45.º.

A primeira diferença significativa diz respeito à moldura penal, em cujo limite mínimo se observa a redução para metade da pena prevista, isto é, para 6 meses (numa opção político-criminal algo discutível sobretudo pela ausência de justificação para tal

tratamento diferenciado, embora se possa admitir que se trata de um sinal implícito que permite a afirmação de uma *menor gravidade* deste crime neste âmbito do regime jurídico do desporto).

A segunda alteração relativamente ao artigo 11.º da Lei n.º 50/2007 diz respeito à previsão do n.º 4 que reproduz o n.º 4 do artigo 299.º do CP onde enuncia as circunstâncias de atenuação especial ou justificativas de isenção de punição, o que, no âmbito da Lei n.º 50/2007, é tratado de forma autónoma, embora com redacção em tudo idêntica, no n.º 2 do art. 13.º.

Secção IV - Outros sinais [processuais-penais] da figura jurídico-penal da associação criminosa

1. O art. 1.º do Código de Processo Penal, aprovado pelo DL 78/87, de 17 de Fevereiro

Esta norma contém um «quadro de definições legais [que] constitui [uma] novidade nas leis penais portuguesas¹¹⁵».

O art. 1.º do CPP de 1987 – portanto, na versão originária – no seu n.º 2.º veio prever que “Para efeitos do disposto no presente Código, apenas podem considerar-se como casos de *terrorismo*, *criminalidade violenta* ou *altamente organizada* as condutas que: a) Integrarem os crimes previstos nos arts. 287.º, 288.º ou 289.º do Código Penal; ou b) Dolosamente se dirigirem contra a vida, a integridade física ou a liberdade das pessoas e forem puníveis com pena de prisão de máximo igual ou superior a cinco anos.”

¹¹⁵ Assim, MAIA GONÇALVES, *Código de Processo Penal anotado*, 7.ª edição, 1996, Almedina, p. 56.

Nesta redacção originária, o conceito jurídico-penal de “associação criminosa” estava delimitado pelas três figuras eleitas pelo legislador processual penal.

Muito embora fosse enquadrável no extracto conceitual de *criminalidade altamente organizada*, havia a possibilidade de, perante a sua manifestação concreta, poder igualmente integrar, simultaneamente, o conceito de criminalidade violenta, pelo que se tinha de reconhecer existir uma porosidade conceitual, não necessariamente negativa antes fonte de maleabilidade conceitual; com efeito, «o legislador de 1987 não se propôs referenciar de forma abstracta e fechada a extensão do conceito de “*terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada*”. Não quis, noutros termos, determinar aquela extensão por mera remissão para o universo de incriminações a que, no seu conjunto, se reportavam as alíneas *a*) e *b*) do n.º 2. No sentido de se poder dizer que todas aquelas incriminações configuravam um caso de “*terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada*”; e, inversa e reflexamente, só aquelas incriminações podiam valer como tais. [...] Aquele universo determinava apenas o *limite externo* do conceito, não a *medida da sua extensão*. Circunscrevia o campo fenomenológico dentro do qual o conceito podia – *mas não tinha de* – actualizar-se. O conceito estava limitado àquele universo: não podia transcendê-lo, *mas não tinha de preenché-lo integralmente, não tinha que o esgotar*. A correspondência seria naturalmente óbvia se em causa estivesse um crime concreto de *terrorismo*, mas já não seria [...] necessariamente [...] assim, se em causa estivessem incriminações referenciadas na alínea *b*). [...] [N]a determinação do conceito de “*terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada*”, o legislador de 1987 seguiu um procedimento análogo à chamada técnica dos *exemplos-padrão*. Só que aqui com alcance “cortado” ou de sentido unilateral: *nem sempre* um crime do “catálogo” (alíneas *a*) e *b*) do n.º 2) configurava um crime de “*terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada*”; mas, inversamente, *só* os crimes do “catálogo”

poderiam corresponder a esta categoria e, estar, por isso, sujeitos ao seu regime. [...] O n.º 2 do artigo 1.º da versão originária do Código de Processo Penal não oferecia, assim, uma *definição* em sentido lógico-epistemológico, menos ainda identificava o conceito em sentido normativo [...] [T]inha no plano normativo-funcional a inestimável vantagem da plasticidade e da abertura às singularidades da coisas da vida real»¹¹⁶

A norma em destaque foi objecto de sucessivas actualizações¹¹⁷ até que por força da Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto veio a conhecer uma relevante alteração à sua redacção, com a eliminação do n.º 2, sendo acrescentadas, em substituição, quatro alíneas, cujo objectivo foi o de concretizar o que antes se mostrava publicitado na fórmula *supra* citada do n.º 2, cuja redacção, na parte directamente relevante para a nossa discussão, é a seguinte: “Para efeitos do disposto no presente Código considera-se [...] *m*) ‘Criminalidade altamente organizada’ as condutas que integrem crimes de associação criminosa, tráfico de pessoas, tráfico de armas, tráfico de estupefacientes ou de substâncias psicotrópicas, corrupção, tráfico de influência ou branqueamento.”¹¹⁸.

¹¹⁶ Assim, MANUEL DA COSTA ANDRADE, “*Bruscamente no Verão Passado*”, a reforma do Código de Processo Penal, Coimbra Editora, 2009, págs. 51 e 52.

¹¹⁷ Promovidas pelo DL 317/95, de 28 de Novembro (que reenumerou a remissão feita, numa adaptação à redacção do CP de 1995, pela Lei 52/2003, de 22 de Agosto, e subsequente Rectificação n.º 16/2003, de 29 de Outubro, de modo a adaptar a remissão para o novo regime relativo aos crimes de terrorismo, que deixaram de estar tipificados no CP) e, por fim, pela Lei 48/2007, de 29 de Agosto.

¹¹⁸ Pronunciando-se pela inconstitucionalidade da alínea *m*) do art. 1.º do CPP, por ir além do conceito condensado na Constituição Portuguesa, na revisão de 2001, por incluir os conceitos de corrupção e tráfico de influência, que não estiveram no espírito do legislador constitucional, cfr. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal*, Universidade Católica Editora, 3.ª edição, págs. 42 e 43; com efeito, da discussão publicitada pelo Diário da Assembleia da República, relativo à reunião plenária de 4 de Outubro de 2001, publicado no dia 6 de Outubro de 2001, I Série, número 9, da VIII Legislatura, na 3.ª Sessão Legislativa, não se vislumbra, das intervenções feitas pelos Srs. Deputados (devidamente identificados no sumário do DAR), qualquer referência directa aos concretos crimes de corrupção e de tráfico de influência, nem sequer o de “participação económica em negócio” – integrado na

Esta norma, por sua vez, por força da Lei n.º 26/2010, de 30 de Agosto, viu ser aditado ao conceito de “criminalidade altamente organizada” o crime de “participação económica em negócio”.

Este art. 1.º, al. m) do CPP veio fixar, perante o nosso ordenamento, o crime de “associação criminosa” como um dos crimes pelos quais é manifestado e manifestável o conceito – criminológico, desde logo – de “criminalidade altamente organizada”, portanto, pelo menos sob o ponto de vista linguístico, algo mais do que a criminalidade organizada, mas que já se mostrava contido na versão originária do CPP, associado ao terrorismo e à criminalidade violenta.

alínea m) do art. 1.º do CPP, por força da Lei 26/2010, de 30/8 – como integradores do conceito de “criminalidade altamente organizada”; temos, no entanto, muitas dúvidas se tal *ausência* no debate em plenário motivará, por si só, a conclusão imediata de que há violação do conceito material constitucional de criminalidade altamente organizada por ir além do espírito do legislador (*mens legislatoris*) e se isso não supõe uma excessiva valoração das *palavras* ou *expressões*, sob o ponto de vista da sua literalidade, utilizadas dos *trabalhos preparatórios* enquanto elemento interpretativo; por outro lado, será o espírito do legislador constitucional conformável directa e exclusivamente pelas intervenções em plenário dos senhores deputados e, se sim, somente dos que votaram favoravelmente a norma? A revisão extraordinária da Constituição de 2001 teve um pressuposto determinante – o da adequação do nosso ordenamento jurídico à criação do Tribunal Penal Internacional (cfr. a este propósito a intervenção inicial do Presidente da Comissão Eventual de Revisão Constitucional) – que viu, nas alterações produzidas à CRP, uma ida além daquele pressuposto (esta é aliás a tónica essencial da intervenção, na sessão do plenário referida, dos senhores deputados que pertenciam aos partidos que votaram contra a alteração constitucional). Na linha de raciocínio do ilustre Autor será igualmente inconstitucional, por exemplo, a previsão no art. 1.º da Lei 5/2002, de 11 de Janeiro – que estabelece medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira – dos crimes de corrupção, tráfico de influência, mas também de participação económica em negócio, peculato, etc.? Cfr., para uma abordagem mais aprofundada sobre esta matéria, *infra* Parte III, Cap. I, Sec. III, 1.2 e n. 528 onde, podemos acrescentar, com o óbvio respeito pela opinião sustentada, não perfilhamos minimamente deste entendimento do Autor, dado que nos parece muito clara a intencionalidade do *legislador constituinte* em criar uma norma aberta conformável – embora não livremente, na medida em que a própria CRP remeteu para os conceitos plasmados nessa sede, assim os constitucionalizando, pelo legislador ordinário.

A conformação jurídico-processual-penal permitiu integrar, no âmbito do nosso sistema jurídico, o crime de associação criminosa como um tipo de criminalidade caracterizada como “criminalidade altamente organizada”¹¹⁹; esta conformação legislativa processual-penal é factor relevante na conceitualização da “associação criminosa”, muito embora seja pouco discernível, quer em si mesmo, quer sob o ponto de vista do nosso sistema jurídico-processual-penal, qual o verdadeiro sentido do advérbio *altamente*, se não terá apenas um cunho estético, sem qualquer efeito prático e dando origem a aparentes incongruências, como seja a circunstância de o tráfico de pessoas constituir «um caso de criminalidade altamente organizada, mas não de criminalidade organizada (apenas o é o tráfico de menores).»¹²⁰

¹¹⁹ Muito embora esta sub-conceitualização possa não ser completamente rigorosa, à luz da redacção originária da norma (que deixava uma margem mais ampla de conformação concreta do “real” ao “conceitual”), consoante a natureza que pudesse assumir a manifestação concreta da associação criminosa, apesar de esta, sendo punível independentemente dos crimes cometidos efectivamente, seja sempre etiquetável, doravante, e de modo exclusivo, como “criminalidade altamente organizada”; quer dizer, de acordo com a redacção originária, caso a associação criminosa se manifestasse pela prática dos crimes previstos na alínea *b*) do art. 1.º, n.º 2 do CPP poderia ser possível afirmar a presença cumulativa, a par da “criminalidade organizada”, da natureza “violenta”; neste sentido, é pertinente a “plasticidade” que decorria do conceito tripartido constante do n.º 2 do art. 1 do CPP constante da versão originária e a que se refere como vimos *supra* Costa Andrade, n. 116 e respectiva citação em texto.

¹²⁰ Cfr. AUGUSTO SILVA DIAS, “Criminalidade organizada e combate ao lucro ilícito”, in *ASFIC-PJ e IDPCC-FDUL, 2.º Congresso de Investigação Criminal*, Coordenação Científica: Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias e Paulo de Sousa Mendes, Almedina, 2010, p. 24; este Autor, aliás, aponta diversos exemplos dos quais se pode concluir pela inconsistência da distinção entre *criminalidade organizada* e *criminalidade altamente organizada*, na comparação entre o que se dispõe no art. 1.º, al. *m*) do CPP e a definição de criminalidade organizada constante do art. 1.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro, originando «um quadro [...que] não pode deixar de causar insegurança jurídica se tivermos presente que a definição do que é criminalidade organizada funciona como pressuposto da aplicação de um regime processual e sancionatório mais severo, consistente em medidas fortemente restritivas de direitos e liberdades.», cfr. *idem*, p. 25; o legislador veio corrigir esta contradição por força das alterações impostas pela Lei n.º 60/2013, de 23 de Agosto à Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro, que aditou, precisamente, o crime de tráfico de

Ainda assim, analisando cada uma *novas* alíneas, podemos, por um lado, concluir que o legislador define, por referência aos crimes do catálogo, “criminalidade altamente organizada”, depreendendo-se que este conceito não supõe portanto *crimes de organização* (do catálogo somente consta como tal o crime de associação criminosa) e, por outro lado, observa-se que no conceito da alínea *i*) de “Terrorismo” se prevê um *crime de organização*, o crime de *organização terrorista*, mas que por sua vez não integra o conceito de “criminalidade altamente organizada”, muito embora, como veremos imediatamente *infra* é considerado como integrando o conceito de “criminalidade organizada”.

Por outro lado, observando-se o que o legislador define como “criminalidade violenta e especialmente violenta”, na alínea *j*), por referência a uma multiplicidade de bens jurídicos atingidos e às penas máximas aplicáveis, percebemos que em tal conceito cabem crimes que estão descritos nos conceitos de “terrorismo” e de criminalidade altamente organizada”. Quer dizer: a porosidade que antes existia, para usar as palavras citadas de Costa Andrade, afinal, persiste com as alterações introduzidas, pelo que o resultado da “conceitualização” é afinal um logro.

Esta conclusão é por exemplo confirmada pela circunstância de o legislador manter a anterior referência conjunta a *terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada* em diversas disposições, como sejam as relativas às revistas e buscas, no art. 174.º, n.º 5, al. *a*) ou no art. 177.º, n.º 2, al. *a*) (embora aqui tenha aditado o advérbio “especialmente”, portanto, excluindo a possibilidade das buscas domiciliárias a realizar entre as 21h e as 7h quanto à “criminalidade violenta”), quanto à admissibilidade de escutas telefónicas, no art. 187.º, n.º 2, al. *a*), quanto à aplicação da prisão preventiva,

peçoas (e também os crimes de lenocínio e lenocínio de menores).

muito embora aqui por referência a duas alíneas, no art. 202.º, n.º 1, als. *b) e c)* ou quanto aos prazos de duração máxima da prisão preventiva, no art. 215.º, n.º 2, todos do CPP.

2. A Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro

Com o título “Medidas de Combate à criminalidade organizada” foi aprovada a Lei 5/2002, de 11 de Janeiro¹²¹.

O artigo 1.º desta lei nomeia os tipos de crimes a que é aplicável, o que traduz uma relevante contribuição legislativa para qualificar o que seja, no nosso ordenamento jurídico-penal, “criminalidade organizada”¹²².

Este diploma revela uma clara intenção político-criminal do legislador nacional de querer criar ferramentas que diminuam os estímulos à prática dos crimes que elenca no seu catálogo e com os quais se visa, no essencial, a obtenção de elevados lucros¹²³. Os

¹²¹ Entretanto alterada pela Lei 19/2008, de 21 de Abril, pelos Decretos-lei n.ºs 317/2009, de 30 de Outubro e 242/2012, de 7 de Novembro, e pelas Leis n.ºs 60/2013, de 23 de Agosto e 55/2015, de 23 de Junho.

¹²² São os seguintes os tipos de crime previstos no art. 1.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro: a) Tráfico de estupefacientes, nos termos dos artigos 21.º a 23.º e 28.º do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro; b) Terrorismo, organizações terroristas, terrorismo internacional e financiamento do terrorismo; c) Tráfico de armas; d) Tráfico de influência; e) Corrupção activa e passiva; f) Peculato; g) Participação económica em negócio; h) Branqueamento de capitais; i) Associação criminosa; j) Contrabando; l) Tráfico e viciação de veículos furtados; m) Lenocínio e lenocínio de menores; n) Tráfico de pessoas; o) Contrafacção de moeda e de títulos equiparados a moeda, sendo que, esta lei somente se aplica aos crimes previstos nas alíneas *j) a o)* se os mesmos forem praticados de *forma organizada*, é o que prevê o n.º 2 do art. 1.º.

¹²³ Para uma explanação do seu regime jurídico, e sobretudo, no que diz respeito à “perda de bens a favor do Estado”, ou, com mais rigor, como alerta o Autor, dado que se «visa atingir o património de um agente, quando este, condenado por um dos crimes previstos no art. 1.º [...] detenha um conjunto de bens patrimoniais cuja proveniência criminosa parece altamente provável, mas sem que esses bens possam, directa ou indirectamente, ser imputados como vantagens ao(s) concreto(s) crime(s) que faz(em) objecto do processo e por que o agente é condenado (caso fossem vantagens do ilícito-típico praticado, existiria já um regime consagrado no CP e em legislação específica).», cfr. JOSÉ M. DAMIÃO DA CUNHA, *Perda de*

crimes enunciados no diploma em apreço integram assim o conceito legal de “criminalidade organizada” e, também, “económico-financeira”.

Na exposição de motivos do projecto-lei¹²⁴ pode ler-se, logo no seu início, que os «crimes aos quais se aplica este regime [...] são incluídos apenas se forem praticados de forma organizada, dado que só assim eles são abrangidos pela *ratio* desta proposta, que não visa a pequena criminalidade.» Há assim uma nota objectiva relativa à intenção do legislador no sentido de associar os “crimes praticados de forma organizada” à criminalidade grave, em contraponto com a criminalidade de menor gravidade, a que apelida de “pequena gravidade”.

O crime de associação criminosa é, de forma expectável, um dos crimes abrangidos e logo com dupla referência expressa: uma na alínea *a*), ao art. 28.º do DL 15/93, de 22 de Janeiro e outra na alínea *j*), ao crime de “associação criminosa”.

Esta dupla referência permite desde logo perguntar pela sua razão de ser, dado que a previsão constante da alínea *j*), dado que não especifica que se trata do tipo de crime constante do CP, por si só, permitiria concluir que o crime de associação criminosa previsto no art. 28.º do DL 15/93 estivesse incluído.

Coloca-se, assim, desde logo, a questão de saber se tal dupla referência não tem implícita a intenção legislativa de limitar a aplicação do seu regime jurídico, que estabelece regras especiais relativas à recolha de prova, à quebra do segredo profissional e à perda de bens a favor do Estado, somente aos tipos de crime de associação criminosa previstos no art. 28.º do DL 15/93 e art. 299.º do CP; mas se assim é não se compreende por que motivo na alínea *j*) se não faz expressa referência ao art. 299.º do CP, e tão-só se

bens a favor do Estado, Centro de Estudos Judiciários, 2002, págs. 9 e ss.

¹²⁴ Cfr. Proposta de Lei n.º 94/VIII, in DAR II Série A, n.º 76/VIII/2 Supl. 18/07/2001, aprovada por unanimidade.

prevê “Associação criminosa”. Esta referência, sem qualquer recorte limitativo, permitirá a extensão da aplicação do seu regime a todos os crimes de associação criminosa que se mostram previstos noutros diplomas – como já tivemos oportunidade *supra* de analisar – no que, a ser assim, torna então desnecessária a previsão do art. 28.º, constante na alínea *a*).

Adoptando ainda a técnica da remissão, a Lei n.º 5/2002 prevê que o regime previsto nos capítulos II (relativo ao segredo profissional) e III (relativo a outros meios de produção de prova previstos no artigo 6.º, único deste capítulo, e dizem respeito ao registo de voz e imagem, por qualquer meio, sem o consentimento do visado) é aplicável aos crimes previstos no n.º 1 do art. 1.º da Lei n.º 36/94, de 29 de Setembro – a Lei intitulada de «medidas de combate à corrupção e criminalidade económica e financeira» –, isto é, os crimes de corrupção, peculato e participação económica em negócio, administração danosa em unidade económica do sector público, fraude na obtenção ou desvio de subsídio, subvenção ou crédito e infracções económico-financeiras cometidas de forma organizada, com recurso à tecnologia informática e infracções económico-financeiras de dimensão internacional ou transnacional; esta lei traduz, assim, [mais] uma contribuição para a concretização legal – processual penal – do conceito de criminalidade organizada.

Capítulo II

Os contributos internacionais para o conceito de associação criminosa

Secção I – Enquadramento problemático

São praticamente inabarcáveis¹²⁵ os “estímulos” internacionais no que diz respeito

¹²⁵ Só a título de exemplo, no âmbito mais restrito do terrorismo, tenham-se em consideração, além das «[...] Resoluções do Conselho de Segurança das NU n.ºs 1368 e 1373, [...] as Convenções Internacionais: Convenção sobre Prevenção e Repressão de Crimes contra Pessoas Gozando de Protecção Internacional, incluindo Agentes Diplomáticos de 14 de Dezembro de 1973, a Convenção Contra a Tomada de Reféns de 17 de Dezembro de 1979, a Convenção sobre a Protecção Física dos Materiais Nucleares, de 26 de Março de 1980, Convenção sobre a Marcação dos Explosivos de Plástico para efeitos de Detecção, de 1 de Março de 1991, a Convenção para a Repressão de Atentados Terroristas à Bomba de 15 de Dezembro de 1997, a Convenção Internacional para a Supressão do financiamento ao Terrorismo de 9 de Dezembro de 1999 entrada em vigor em 10 de Abril de 2002 e o Projecto Indiano de Convenção Contra o Terrorismo, em negociações na Sexta Comissão das Nações Unidas. [...] No âmbito da União Europeia, avultam a Decisão-Quadro do Conselho de 13 de Junho de 2002 Relativa à Luta Contra o Terrorismo (2002/475/JAI) [...], a Decisão do Conselho de 28 de Novembro de 2002 [...] (2002/996/JAI). [...] No plano regional, para além da Convenção Europeia para a Supressão do Terrorismo de 27 de Janeiro de 1977, refiram-se a Convenção Árabe para a Supressão do Terrorismo de 22 de Abril de 1988, a Convenção da Organização da Conferência Islâmica sobre o Combate ao Terrorismo Internacional, de 1 de Julho de 1999, a Convenção da Organização dos Estados Americanos para a Prevenção dos Actos de Terrorismo sob a forma de Crimes contra as Pessoas e Extorsão com relevância internacional de 2 de Fevereiro de 1971, Convenção dos Estados Africanos para a Prevenção e Combate ao Terrorismo de 14 de Julho de 1999, Convenção da SAARS (South Asian Association for Regional Cooperation) para a Supressão do Terrorismo de 4 de Novembro de 1997, Tratado sobre a Cooperação entre os Estados Membros da CIS (Commonwealth of Independent States) no Combate ao Terrorismo de 4 de Junho de 1999, a Convenção de Xangai entre o Cazaquistão, a China, o Quirguistão, a Rússia, o Tajiquistão e o Uzbequistão, para a Cooperação Recíproca no Combate ao Terrorismo, ao Separatismo e ao Extremismo, de 15 de Junho de 2001 [...]», cfr. MARIA LEONOR ASSUNÇÃO, “Do lugar...”, cit., págs. 90 e 91, n. 20; cfr., ainda, agora no âmbito mais restrito da União Europeia, a Resolução do Parlamento Europeu de 25 de Outubro de 2011 sobre o crime organizado (JO 2013/C 131 E/08) que enumera os diversos textos legislativos (do Tratado da União

ao sentido e alcance do conceito de associação criminosa, sobretudo no âmbito do conceito mais abrangente da criminalidade organizada.

Ater-nos-emos, sobretudo, às [duas] iniciativas mais relevantes sob o ponto de vista da sua força vinculativa *actual* ou *última*.

A criminalidade subjacente ao tipo de crime que estudamos é caracterizada também pela sua revelação multi-espacial, quer interna, quer externa e, nesta última medida, a análise dos contributos internacionais – que, como veremos, têm força vinculativa no nosso ordenamento jurídico – fruto dos “espaços” internacionais onde se descortinam tendências, acções, influências e se produzem normas, revela-se essencial para a compreensão cabal do *problema*; veremos que esta influência *externa* tem sido decisiva para o nosso legislador.

Esta análise *supranacional* gera, noutra perspectiva, um sentimento de auto-consciência do que é actualmente o direito penal, enquanto ramo do Direito que deixou de ser um pilar exclusivo da soberania dos Estados, na medida em que a sua produção deixou de lhes ser exclusiva para passar a ser também externa às suas fronteiras.

Esta *tendência* é desde logo a resposta à realidade criminosa – pujante – que se traduz na criminalidade organizada transnacional, tornando-se «evidente que os sistemas penais, individualmente considerados, são inoperantes para responder ao desafio [dessa] criminalidade», surgindo a «globalização [como] o novo paradigma da política criminal: frente à internacionalização do crime, urge responder com a internacionalização da

Europeia e do Tratado do Funcionamento da União Europeia, além de diversas decisões-quadro) e de outra natureza (por exemplo, o Programa de Estocolmo (COM (2010)0171) sobre liberdade, segurança e justiça) numa exaustiva enumeração de elementos de múltipla natureza que contribuem para o debate sobre o problema do crime organizado e redundam em relevantes propostas para o futuro, de que destacamos a importância que é dada ao estudo rigoroso do fenómeno criminoso (cfr. JO/C 131 E/73).

política de combate ao crime», sendo a «União Europeia [...] um exemplo desse processo [...], não [...] [sendo] mais possível conservar intactas as fronteiras jurídicas entre os Estados-Membros, quando os controlos das fronteiras físicas desapareceram. [...] Depois da criação de um grande mercado europeu, a criminalidade já não pode ser tratada exclusivamente ao nível nacional. O “terrorismo, o tráfico de seres humanos e os crimes contra as crianças, o tráfico ilícito de droga e o tráfico ilícito de armas, a corrupção e a fraude” (art. 29.º TUE) são problemas que afectam todos os Estados-Membros da União», até porque, noutra muitíssimo relevante sentido, talvez mesmo preponderante, são «também as expectativas dos cidadãos que, deste modo, se levam em conta: “Eles não aceitam mais as violações repetidas da lei penal, que permitem a um pequeno número enriquecer descaradamente e não dar importância aos sistemas repressivos. Não é possível continuar a responder com cada vez mais intervenção penal nos subúrbios sensíveis das cidades e não fazer nada para combater a criminalidade internacional”(J.P. Zanoto).»¹²⁶; convém ter presente que «a lei penal é a que tradicionalmente encarna de forma mais imediata os valores e a cultura jurídica de um povo, e, por isso, continua a pertencer ao núcleo duro da sua soberania. Neste plano, a matéria penal é extremamente sensível.»¹²⁷

A *pressão* deste movimento inexorável de internacionalização do direito penal pode assumir quatro vias¹²⁸: 1) intensificação da cooperação policial e judicial, que gera

¹²⁶ Cfr. ANABELA RODRIGUES/LOPES DA MOTA, *Para uma Política Criminal Europeia, Quadro e instrumentos jurídicos da cooperação judiciária em matéria penal no espaço da União Europeia*, Coimbra Editora, 2002, págs. 14 a 16.

¹²⁷ Cfr. ANABELA RODRIGUES/LOPES DA MOTA, *Para uma Política...*, cit., p. 18.

¹²⁸ Seguimos de muito perto no texto MANUEL CANCIO MELIÁ, “Internacionalización del derecho penal y de la política criminal: algunas reflexiones sobre la *lucha* jurídico-penal *contra el terrorismo*”, *BFD, Svdia Iuridica*, 94, Colloquia – 17, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 206 e 207.

relaxamento no princípio da territorialidade, com sinais que vão desde a extradição ao reconhecimento de sentenças judiciais produzidas em países estrangeiros; 2) a harmonização formal dos ordenamentos nacionais feita através de tratados de Direito Internacional, embora nem sempre feito de forma clara e evidente, antes assumindo figuras opacas, como no caso da União Europeia, que levam a que se perca o sentido da *origem* das normas transpostas; 3) o processo supranacional que tem lugar na União Europeia, que oscila entre a harmonização e a afirmação de uma competência própria da União, poderá vir a ser replicado noutros contextos geográficos; 4) intensificação do Direito Penal internacional em sentido estrito, que origina a reflexão a propósito da verdadeira densidade deste “novo” Direito penal global”, num novo ciclo evolutivo.

E à falta de um Direito Penal Global têm-se observado sobretudo duas vias através das quais os diversos instrumentos internacionais se impõem aos Estados: a via da harmonização e a via da assimilação, tendo ambas por objectivo conseguir um maior grau de homogeneização entre os diversos ordenamentos jurídicos¹²⁹.

De forma fundante e transversal a estas vias de internacionalização do direito penal há que ter presente a «defesa jurídica internacional dos direitos humanos que identificou o século XX. É a “humanidade” do indivíduo [...] que confere carácter universal aos direitos humanos. O indivíduo foi despojado da sua carapaça de sujeito exclusivamente estadual e promovido o seu estatuto de sujeito universal. Foi o choque da II Guerra Mundial, com as suas violações massivas dos direitos humanos, que tornou intolerável a desprotecção internacional do indivíduo em si mesmo, fazendo claro que a mera

¹²⁹ Neste sentido, cfr. CHOCLÁN MONTALVO, “Criminalidad Organizada. Concepto. La Asociación Ilícita. Problemas de Autoria y Participación.”, *La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*, Escuela Judicial Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial, 2001, p. 228.

protecção enquanto cidadão de um Estado não era suficiente. Com a Declaração Universal dos Direitos Humanos a questão dos direitos humanos não releva mais do domínio interno, mas do domínio internacional – é este o ponto de vista expresso pelos primeiros comentadores da Carta das Nações Unidas, logo em 1948. [...] O direito penal ganhou uma dimensão internacional e unificou-se em torno da protecção da “Humanidade”. Os Estados perceberam que não se tratava de negar a soberania, mas de assumir o princípio de que a comunidade internacional devia garantir o respeito pelos direitos humanos. Contornou-se a soberania pela universalidade (René Cassin). Ao mesmo tempo, emergiu a ideia de “cidadania global” [...].¹³⁰

«[A] partir del desastre que represento para toda a humanidad las guerras mundiales del siglo XX, se creó un nuevo argumento a favor de la globalización, representado en la necesidad de que los derechos humanos no estuvieran sujetos a la concepción de un Estado en particular, sino que hicieran parte del patrimonio de toda la humanidad, para lo cual la responsabilidad de la protección de los derechos humanos debía estar en cabeza de la comunidad internacional. [...] [L]os Estados dejaron de ser las únicas instituciones con que contaban los individuos para lograr la protección de sus derechos fundamentales, y se convirtieron en meros representantes de la comunidad internacional para la

¹³⁰ Assim, e com referências bibliográficas e para uma análise da interligação entre a [auto]consciência universal dos direitos humanos - do *nós* para o *nós* - e as suas implicações ao nível da própria criação de Tribunais internacionais com competência penal, na sua tentativa de concretizar a justiça universal, embora com uma notória e, diríamos, aberrante por vezes, “ineficaz universalidade”, com jurisdição, como sucede com o Tribunal Penal Internacional, somente obrigatória para os «Estados-parte e, no caso de nacionais de países terceiros que cometam crimes no território de Estado-parte, só são abrangidos pela jurisdição do Tribunal em certas condições: o sistema, na formulação de Mireille Delmas-Marty, consiste em obter primeiro o acordo do carrasco antes de o poder julgar», cfr. ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “A internacionalização e a europeização do direito penal – entre a unificação e harmonização”, *BFD, Stvdia Iuridica*, 94, Colloquia – 17, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 226 e ss.

protección y satisfacción de los derechos humanos, lo que presupone, a su vez, dos aspectos muy importantes: el primero de ellos es que los estados son responsables ante la comunidad internacional cuando incumplan su función de protección de los derechos humanos; y el segundo fue la creación de organismos supranacionales [...].»¹³¹

Foi assim sobretudo a consciência globalizada do sofrimento humano que fez do Homem o centro do mundo do Direito, numa renovada revolução coperniciana, com repercussões directas na internacionalização do direito penal.

Se, por um lado, na génese da internacionalização do direito penal há um movimento que claramente o transcende através da invocação da Humanidade enquanto sujeito de direito internacional encarnada em cada pessoa humana, por outro lado, coloca-se o problema de saber até que ponto a nova fonte de produção do direito penal legislado é fruto de uma verdadeira vontade – esclarecida – dos povos ou é antes produto de algo diferente, produzido de modo “esclarecido”, mas à sua revelia, aparecendo como “facto” consumado, tendo por base a vontade de uma elite politicamente comprometida, mas eventualmente desfasada das realidades sociopolíticas que resultam da convergência dos povos envolvidos nas soluções legislativas de alcance inter-regional ou mundial, quando não mesmo desfasada da realidade dos povos que supostamente deviam representar.

É muito sensível esta questão relativa à *legitimidade democrática* das iniciativas legislativas de cariz internacional¹³², com hipertrofia, pelo seu carácter coactivo/coercivo,

¹³¹ JAIME SANDOVAL FERNÁNDEZ e JORGE ABELLO GUAL, “Estúdio político-criminal y dogmático de los principios y garantías del Estatuto de Roma”, *Revista de derecho*, Universidad del Norte, n.º 26, 2006, p. 139.

¹³² «[...] [L]a contradicción en la que incurre la sociedad democrática moderna cuando sostiene que la legitimidad de las decisiones políticas reposa sobre el principio (el derecho) de la participación de todos os involucrados, pero prescinde al mismo tiempo de la opinión de las grandes mayorías de los países de la

no âmbito da metalinguagem penalista.

Assim, problematizamos sob o ponto de vista da sua legitimidade democrática a título de exemplo, o «momento de viragem do direito penal tradicional» que «é assinalado com a harmonização, a principal via (ou que como tal deveria ser considerada) de construção de um direito penal europeu»^{133 134}, muito embora haja quem pugne por

periferia respecto de las grandes decisiones políticas, económicas o jurídicas que regulan en buena cuenta la vida internacional. Es obvio, hoy más que nunca, que las decisiones tomadas en los centros financieros, o en las grandes potencias, o en el seno de los nuevos organismos de integración regional (sublinhado nosso), tienen repercusiones decisivas sobre la vida económica, social o política de muchos pueblos de la tierra. En sentido estricto, desde el punto de vista de la legitimación democrática del sistema político internacional, esas decisiones deberían contar con el asentimiento de los involucrados. [...] El sistema político internacional vive incumpliendo uno de sus principios fundamentales.», cfr. MIGUEL GIUSTI, “Los derechos humanos en un contexto intercultural”, <http://www.oei.es/valores2/giusti2.html>, imprimido em 13/10/2012, p. 3.

¹³³ Referido por ANABELA MIRANDA RODRIGUES, in “A internacionalização...”, cit., p. 233.

¹³⁴ A um outro nível, recolocando a centralidade dos direitos humanos enquanto factor congregador da universalização do *direito*, convém ter presente que está muito longe de ser unânime o seu enquadramento teórico; cfr., a este propósito uma sucinta análise relativa a esta questão, de MIGUEL GIUSTI, “Los derechos...”, cit., que parte da constatação do interculturalismo como um sinal dos tempos, uma *suerte de nuevo fantasma que recorre el mundo y que lo recorre en sentido exactamente inverso al llamado proceso de globalización, que se caracteriza por ser precisamente un proceso culturalmente uniformizante.* “Las tribus han regresado”, como dice Michael Waltzer. Han regresado en el Este, han regresado en el mundo árabe y en el mundo asiático, pero han regresado también a su manera, o han resurgido, en el interior del mundo occidental mismo por la presencia en él de viejas y de nuevas formas de identidad cultural que reclaman su derecho a existir con autonomía. El tribalismo y la globalización parecen ser dos fenómenos contrapuestos que imprimen su sello a la situación en que se encuentra la cultura mundial [...]» (cfr. p. 1), portanto, um recrudescer da dimensão ontológica do tribalismo que teve reflexos na concepção teórica dos direitos humanos, vulnerabilizando-a, ultrapassando assim a subjugação a que ficou sujeito por sistemas universalistas e uniformizantes que o minimizaram, no que é um sinal da perda de legitimidade das pretensões universalistas da cultura ocidental, salientando, a concepção culturalista, numa crítica à concepção dos direitos humanos, a sua concepção individualista e instrumental, que quer fazer-se passar como um concepção válida universalmente, isto é, «*supuestamente independiente de condicionamientos culturales e conseqüentemente vinculante para todos los seres humanos*», desvalorizando, segundo uns, as cosmovisões religiosas, numa crítica directa ao secularismo ocidental, segundo outros contra o

individualismo pressuposto nos direitos humanos, por meio dos quais se pretende legitimar indirectamente a lógica do mercado e a desintegração das comunidades culturais, quer dizer, «*aceptar acriticamente la concepción de los derechos humanos equivaleria [...] a aceptar la cosmovisión occidental que los sostiene y que privilegia el individualismo, la utilización tecnológica de la naturaleza y el dominio de las leyes del mercado [...]*» (cfr. *idem*, p. 2); o Autor, depois de fazer o confronto aberto entre as concepções *culturalistas* em oposição às concepções *universalistas*, analisa as razões e as raízes para tal confrontação, sendo aqui de relevar, sob o ponto de vista teórico, que, segundo aqueles não há uma fundamentação convincente quanto à validade universal dos direitos humanos, seja por apelo ao jusnaturalismo, ao racionalismo metafísico-moral ou às teorias consensuais, denunciando, num outro patamar teórico, a cultura individualista subjacente à concepção dos direitos humanos, na medida em que estes «*no se venden solos. Vienen acompañados de muchas cosas más. El derecho a la libertad individual viene con la ley del mercado. El derecho a la libertad de expresión viene con el derecho a la propiedad privada de los medios de comunicación. El derecho al trabajo con el derecho a la acumulación de capital. El derecho a la libertad de expresión viene con el derecho a la propiedad privada de los medios de comunicación. El derecho al trabajo con el derecho a la acumulación de capital. El derecho a la libertad de conciencia con la ruptura de la solidaridad social. Los derechos humanos son, para decirlo en palabras de Michael Waltzer, un maximalismo moral disfrazado de minimalismo.*» (cfr. *idem*, p. 3). Noutro sentido, numa análise muito clarividente da dinâmica social dos nossos tempos, que constitui um contributo muito relevante nesta contextualização problemática do tema que em texto abordamos, cumpre ter presente que «[o]s movimentos sociais tendem a ser fragmentados, locais, com um objectivo único e efémeros, ora fechados nos seus mundos interiores ora brilhando por um instante em torno de um símbolo dos *media*. Num mundo de mudanças confusas e incontroladas, as pessoas tendem a reagrupar-se em torno de identidades primárias: religiosas, étnicas, territoriais e nacionais. O fundamentalismo religioso, cristão, islâmico, judeu, hindu e até budista [...] é, provavelmente, a maior força de segurança pessoal e mobilização colectiva nestes anos conturbados. Num mundo de fluxos globais de riqueza, poder e imagens, a busca de identidade colectiva ou individual, atribuída ou construída, torna-se fonte básica de significação social. [...] ...[A] identidade está a tornar-se na principal e, por vezes, única fonte de significado num período da história caracterizado pela ampla desestruturação das organizações, deslegitimação das instituições, enfraquecimento de importantes movimentos sociais e pelas expressões culturais efémeras. Cada vez mais, as pessoas organizam o seu significado não em torno do que fazem, mas com base no que são ou acreditam ser. Enquanto isso, as redes globais de trocas instrumentais ligam e desligam selectivamente os indivíduos, grupos, regiões e mesmo países, de acordo com a sua importância no preenchimento dos objectivos processados na rede, num fluxo contínuo de decisões estratégicas. Daí surge uma divisão básica entre um instrumentalismo universal e abstracto e as identidades particulares historicamente enraizadas. *As nossas sociedades estruturam-se, cada vez mais, em torno de uma oposição bipolar entre a Rede e o self.* (itálico do Autor)», cfr. MANUEL CASTELLS, *A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura*, Vol. I, *A Sociedade em Rede*, 4.^a

uma outra forma de “legitimação” da actuação dos Estados-nação no âmbito de uma lógica de *rede* que tem subjacente uma concepção não hierárquica da democracia que surge como resposta à difundida existência de um défice democrático na União Europeia e pretende adequar a concepção desta, não enquanto um super-Estado baseado no modelo do Estado-nação, mas numa nova forma de governação que segue uma ideia de *aprendizagem exploratória*, «num projecto pós-moderno que recentra a ordem para lá dos Estados»¹³⁵ e num contexto teórico que debate a emergência da figura da teoria ou

edição, Fundação Calouste Gulbenkian, 2011, págs. 3 e 4.

¹³⁵ Cfr. LARS VIELLECHNER, “The network of networks: Karl-Heinz Ladeur’s Theory of Law and Globalization”, in *German Law Journal*, vol. 10, n.º 4, 2009, págs. 526 e 527, continuando o Autor, *passim*, numa citação de Karl-Heinz Ladeur, «[T]he European Union should be regarded as an avant-garde body which, through its experiments with self-organized and flexible public-private decision-making networks, might function as a testing ground for the much needed modernization of de ‘state’ in the light of rapidly changing social and economic conditions» (KARL-HEINZ LADEUR, *Towards a Legal Theory of Supranationality – Viability of the Network Concept*, 3 Eur. L.J., 33, 48, 1997), acrescentando, numa abordagem conclusiva esclarecedora do pensamento do Autor que cita, «[t]he specificity and strength of the European Union (...) are de openness of its processes and the vagueness of its institutional perspectives. These features allow responding to the heterarchical relational logic of fragmentation which characterizes post-modernity and globalization and which the European Union is a part.» (cfr. *ibidem*, págs. 43 e 54). A esta visão contrapõe-se, segundo o Autor identificado imediatamente *infra*, a concepção de Habermas que afirma ser o processo social no século XXI uma repetição, a um nível superior, do processo social que levou à criação dos Estados-nação, pelo que a lógica *criativa* é a mesma, afirmando que a lógica organizacional e legal hierárquica das sociedades características dos Estados-nação representa a “normalidade” histórica, que continuará a ser a forma central da organização social no futuro (cfr. POUL F. KJAER, “Embeddedness through Networks: Critical Appraisal of the Network Concept in the *Oeuvre* of Karl-Heinz Ladeur”, in *German Law Journal*, vol. 10, n.º 4, 2009, págs. 483 e 484).

«For the challenge before us is not to *invent* anything but to *conserve* the great democratic achievements of the European nation-state, beyond its own limits. [...] [G]reat political innovations, such as an unprecedented design for a state of nation-states (sublinhado nosso), demand political mobilization for normative goals», cfr. JÜRGEN HABERMAS, “Why Europe needs a Constitution”, *New Left Review*, 11, Sep/Out 2001, págs. 6 e 8.

Para uma abordagem de duas grandes tendências no âmbito do estudo do direito comparado, uma que se pode denominar por “tese da convergência”, no sentido em que os movimentos no sentido da

modelo da Rede no contexto do fenómeno da globalização¹³⁶.

«[A] força criadora do direito internacional que é a globalização – uma nova “desordem mundial” ou uma “ordem caótica que caracteriza a nova organização planetária” – dá azo a um espaço normativo policêntrico, sem fronteiras e de uma pluralidade de actores, em que o direito penal também por aqui não escapa ao processo de desestadualização»¹³⁷.

Neste âmbito da contextualização da análise das iniciativas internacionais mais relevantes no âmbito do tema que tratamos, há assim que ter presente que a «influência modificadora de circunstâncias que se prendem com uma sociedade e uma realidade criminológica em transformação [...] colocam novos desafios ao direito penal, na sua função de assegurar a liberdade e a segurança das pessoas. [...] A nova criminalidade é

internacionalização, europeização e globalização geram nas nações industrializadas uma *convergência* no sentido de uma estrutura socioeconómica similar e, por essa via, surge a *convergência* das respectivas leis como possível e desejável, a outra, que se pode denominar como da “equivalência funcional”, no sentido em que os ordenamentos nacionais se fundam em diversas orientações doutrinárias tradicionais que têm de resolver os mesmos problemas estruturais, gerando diferentes soluções doutrinárias, que funcionam como “equivalentes funcionais” para a resolução dos mesmos problemas, num caminho que também resulta em *convergência*, e para uma sua crítica, cfr. GUNTHER TEUBNER, “Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences”, *The Modern Law Review Limited*, Janeiro, 1998, págs. 13 e ss; este Autor, após a descrição destas duas tendências, faz uma análise crítica considerando que as mesmas não têm em conta o debate das ciências sociais sobre a “globalização”, no sentido de não ser correcto afirmar que o processo de globalização gere a convergência das sociedades, antes é um processo que gera *novas* diferenças que derivam para uma dupla fragmentação da sociedade mundial, com sectores funcionalmente diferenciados e uma multiplicidade de culturas globais e, numa tendência nefasta, geram a exclusão de muitas camadas da população dos efeitos da modernização, pelo que o resultado, no que diz respeito à produção legislativa, *«is not more uniform laws but more fragmented laws as a direct consequence of globalising processes»* (cfr. *ob. cit.*, p. 13), sendo que esta *fragmentação* é mais notória ao nível da sociedade global e já menos aparente a um nível mais regional.

¹³⁶ Cfr. *infra* Parte II, Cap. IV, Sec. II, 1 e 2.

¹³⁷ Cfr. ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “A internacionalização...”, *cit.*, p. 229.

ela própria expressão de um novo modelo organizacional para que tendem as sociedades contemporâneas. A mobilidade das pessoas e a circulação de bens e dos capitais põe em causa a lógica territorial em que elas repousam», com absoluto realce para a «desmaterialização das trocas comerciais e financeiras e a internacionalização dos meios de comunicação [a] desencadearem movimentos humanos, materiais e financeiros que provocaram o desenvolvimento de redes ilegais transfronteiriças.[...] Esta nova criminalidade utiliza as lógicas e potencialidades da globalização para a organização do crime [...] O delinquente pode considerar o mundo inteiro como um terreno de operações» e, por essa via, reforçando uma ideia central que, de modo indelével, caracteriza o “novo” direito penal e se traduz na circunstância de o «fenómeno criminal» ter tornado «evidente que os sistemas penais, individualmente considerados, são inoperantes para responder ao desafio de o combater e que é inevitável libertar o direito penal das suas referências estaduais» [...], tendo os Estados tomado «consciência de que [estão] cada vez menos em condições de afirmar a sua soberania ao nível penal: no tempo das redes e dos fluxos, não conseguem assegurar aos cidadãos um nível suficiente de segurança face à amplitude e sofisticação tecnológica e financeira que mostram as organizações criminosas. “A soberania da lei – começa a admitir-se, também para a lei penal – não pode ser restaurada senão a um nível superior aos dos Estados” (René Rémond)»¹³⁸

Este contexto internacional de afirmação da necessidade de criar os mecanismos que façam frente à realidade criminosa dos novos tempos deve ser permanentemente contrabalançado pela ideia de que o direito penal não deve assumir a «estrutura e as finalidades próprias de uma acção [puramente] preventiva [...] em que a culpabilidade

¹³⁸ Cfr. ANABELA RODRIGUES, “A internacionalização...”, cit., pp. 229 a 231.

toma um carácter naturalístico, o que leva à perigosidade, e a sanção criminal adopta esta última como critério exclusivo para a sua determinação, vindo assim a ser orientada para o futuro. Deixa de ser uma resposta ao crime perpetrado, para ser uma medida defensiva, em vista de crimes ulteriores»¹³⁹, antes devendo supor o “facto”, por muito intangível que possa ser, como base para a sua actuação.¹⁴⁰

Por outro lado, cumpre ter em atenção a forma como o contexto internacional descrito interage com cada “contexto” nacional ou regional em concreto; recolocamos aqui o problema relacionado com a legitimidade como é impulsionada a criação legislativa em cada Estado para o adequar ao sentido político-criminal internacional, numa pressão [supranacional] que envolve problemas; referimo-nos, nomeadamente, à determinação dos bens jurídicos enquanto valores fundamentais da sociedade tutelados através do direito penal; por outras palavras, queremos pôr em destaque o perigo que resulta da possibilidade de, fruto de pressões externas a cada Estado, se determinar a

¹³⁹ Cfr. GIUSEPPE BETTIOL, *O Problema Penal*, Coimbra editora, 1.ª edição, 1967, p. 94, contextualizando o Autor a asserção que citamos em texto na circunstância de «[a] liberdade de querer também tem horror ao vácuo! Isto significa que não existe uma vontade incondicionada, porque todo o acto de vontade está enquadrado, necessariamente, numa longa série de componentes externos e internos, que preexistem ao momento em que a vontade humana dispara a sua flecha. Afirmar o contrário, é negar a história e tudo aquilo que é concreto ao indivíduo, é negar a concretização do agir, que não se manifesta num mundo ideal, mas na realidade do mundo presente. Isto significa que o homem age e, portanto, quer, só por determinados motivos, e que a liberdade do querer se manifesta dentro do âmbito dos motivos e não fora dele.», cfr. *ibidem*, págs. 94 e 95.

¹⁴⁰ É certo que no âmbito da associação criminosa é muito delicada a análise do que seja o “facto”, atendendo à circunstância de a punição assentar, no essencial, numa especial intencionalidade de quem se reúne com outras pessoas, com o sentido de cometer crimes; portanto, “o facto” traduz-se, antes do mais, numa “intenção”, configurada por uma “associação” de pessoas; por ora, podemos afirmar que “associação” e “facto” são um só; a associação é o facto e este é sinónimo da existência daquela; e é nesta síntese dialéctica que reside, precisamente, a grande dificuldade deste tipo de crime, em que a “associação” constitui, por si só, o “facto” que é punível, desde que se possa afirmar que um “quem”, de algum modo, lhe pertence ou com aquela colaborou.

consagração da *permissão* ou da *repressão*, que influem directa e indirectamente no desenvolvimento dos Estados [*dependentes*], numa sobreposição dos interesses externos [*maxime* estrangeiros] sobre interesses internos de uma determinada comunidade social e politicamente organizada, com a sua própria história e a sua cultura centenária ou milenar, e que assim, pela via da imposição de determinadas soluções, gera uma *violência estrutural* e uma deslegitimação do poder, com afectação grave da coesão social, fruto da evidência, por parte dos cidadãos, do sacrifício dos [seus] interesses nacionais pelos interesses de outros Estados ou de entidades supranacionais (por sua vez, controladas pelos Estados mais poderosos).¹⁴¹

Há, assim, que ter presente esta dialéctica – intrinsecamente complexa e *problemática* – [e supô-la sempre] que está ínsita a toda a dimensão internacional do direito penal quando partimos para a sua análise; as suas soluções devem ser sempre contextualizadas com a [e na] dinâmica que, a montante, as condiciona.

Nesta abordagem legislativa internacional, começaremos pela União Europeia, o “espaço” que nos é mais próximo, muito embora isso não signifique que seja o que mais influência tenha sobre o nosso ordenamento jurídico, nem que tal signifique ser a União Europeia a fonte primeira da iniciativa normativa nesta matéria da prática criminosa organizada; com efeito, embora seja sempre complexo identificar a fonte pioneira ou primacial, o papel da ONU é nesta matéria decisivo, como veremos.

¹⁴¹ Acompanhamos de perto SANDOVAL FERNÁNDEZ e ABELLO GUAL, “Estudio...”, cit., p. 150; estes autores, a título de exemplo, referem a luta contra os narcotraficantes e terroristas que assume o maior relevo no âmbito internacional, já não merecendo a mesma atenção, no mesmo âmbito, a luta contra a corrupção no sector público ou a procura da paz, propiciando-se confusões na distinção e delimitação de determinados conceitos e de determinadas prioridades, como sucede, por exemplo, entre o tratamento de um conflito armado interno e uma ameaça terrorista, o que impede a solução pacífica do conflito interno (cfr. *idem*, págs. 150 e 151).

A ordem de apresentação de cada um dos mais decisivos contributos internacionais não significa assim uma qualquer hierarquização ou relevância de um relativamente ao outro no âmbito da realidade normativa portuguesa, que se deve medir antes pelo grau de compromisso internacional assumido e esse, sob o ponto de vista constitucional, parece ter igual relevância, por força do art. 8.º da CRP, que contém uma «cláusula geral de recepção plena»¹⁴², muito embora, já quanto à «força jurídica (ou o valor ou a eficácia) das normas de Direito Internacional recebidas na ordem interna frente à força jurídica (ou ao valor ou à eficácia) das normas de produção interna [...]» inexista na Constituição portuguesa «[...] (na actual, como nas anteriores, e também na grande maioria das Constituições estrangeiras) consideração expressa e inequívoca do lugar que as normas de Direito Internacional ocupam na ordem interna.»¹⁴³ Ainda assim «[n]ão parece justificarem-se quaisquer dúvidas sobre o modo como no Direito português se posicionam as normas constantes de tratados internacionais perante a Constituição: posicionam-se numa relação de subordinação. [...] Se o Direito Internacional

¹⁴² Cfr. JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra Editora, 2005, p. 162, que fazem, para sustentar tal designação, desde logo, o devido enquadramento genético da CRP, na medida em que afirmam o seguinte, *ob. loc. cit.*: «[a]pontam, por certo [...] nessa direcção os trabalhos preparatórios na Assembleia Constituinte: o teor das intervenções produzidas durante a discussão do art. 8.º, o claríssimo texto aprovado acerca do Direito Internacional geral ou comum [...] e a adopção, em vez de uma cláusula de reciprocidade, da regra da vigência das normas convencionais na ordem interna “enquanto vincularem internacionalmente o Estado Português”», mas depois prosseguem com outros argumentos interpretativos literais e sistemáticos, «[s]e não bastasse a interpretação histórica, literal e lógica do art. 8.º, alguns argumentos de natureza sistemática viriam a confirmar ou demonstrar que nele se encontra uma regra de recepção plena do Direito Internacional convencional.», *ob. cit.*, págs. 163 e ss.

¹⁴³ Cfr. JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição...*, cit., p. 165, podendo assim ser concebidas as seguintes cinco posições: «1.ª) Força jurídica supraconstitucional das normas internacionais; 2.ª) Força jurídica constitucional dessas normas; 3.ª) Força jurídica infraconstitucional, mas supralegal; 4.ª) Força jurídica igual à das normas legais; 5.ª) Força jurídica infralegal.», cfr. *ob. loc. cit.*

convencional se queda num plano inferior ao da Constituição, então o Direito próprio das organizações internacionais, o qual repousa nos tratados constitutivos destas organizações, também há-de, logicamente, assim situar-se.»¹⁴⁴

¹⁴⁴ Cfr. JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição...*, págs. 167 e 168; estes Autores assinalam, em tópicos autónomos, a muito particular delicadeza a envolver a ordem jurídica da UE, cuja complexidade e crescimento contínuo, associado a mecanismos de garantia, tem levado o Tribunal de Justiça «numa ousada construção pretoriana» a conferir ao Direito produzido no seu seio «[...] um sentido uniformador e até federalizante, com supremacia, inclusive, sobre as Constituições dos Estados-membros, nestes termos: 1.º Os tratados europeus criaram uma ordem jurídica *a se*, que envolve as ordens jurídicas dos Estados membros; 2.º As normas jurídicas comunitárias têm aplicação imediata nos Estados membros e vinculam todos os seus órgãos, sendo inadmissível a necessidade de mediação de leis internas; 3.º Elas têm efeito directo, podendo ser invocáveis enquanto tais em tribunal; 4.º A validade das normas jurídicas comunitárias não depende das ordens jurídicas nacionais, não podendo, na sua interpretação e na sua aplicação, ser tidas em conta as regras e as noções destas ordens jurídicas; 5.º Pela sua própria razão de ser e por um princípio de igualdade entre os cidadãos, empresas e os Estados, as normas comunitárias têm de receber aplicação uniforme em todos os Estados-membros; 6.º A incorporação das normas comunitárias na ordem interna de cada Estado-membro, aceite na base da reciprocidade, impede quaisquer medidas unilaterais que ele possa adoptar; 7.º A validade das normas e dos actos dimanados de órgãos comunitários só pode ser apreciada à luz do Direito comunitário; 8.º As normas comunitárias tornam inaplicáveis de pleno direito as normas contrárias decretadas pelos Estados membros, sejam previgentes ou subsequentes à sua formação; 9.º Por esse mesmo postulado de congruência estrutural, nem sequer se lhes podem opor normas constitucionais internas; 10.º Donde, o primado do Direito comunitário; 11.º Órgãos de aplicação do Direito comunitário tanto são o Tribunal de Justiça e o Tribunal de 1.ª Instância como os tribunais dos Estados membros, enquanto decidam segundo normas comunitárias; 12.º No entanto, para garantia ainda da aplicação uniforme do Direito comunitário, cabe ao Tribunal de Justiça proceder à sua interpretação, mediante o mecanismo de reenvio prejudicial a que estão adstritos os tribunais nacionais; 13.º A acção por incumprimento, a propor pela Comissão contra os Estados, é uma garantia complementar da execução do Direito comunitário.»; com este enquadramento abrangente, após uma evolução interpretativa por parte dos tribunais dos Estados membros relativamente à problemática criada pela ordem jurídica comunitária, em que, não sendo discutível sequer o primado do Direito comunitário sobre o Direito interno (aceite assim como «imperativo imprescindível»), e só tendo havido divergências «a propósito da apreciação da eventual desconformidade entre normas legislativas e normas comunitárias – se se reconduziria a inconstitucionalidade (indirecta) ou não e se seriam competentes os tribunais constitucionais ou outros tribunais»; a evolução [dialéctica] tem levado a que se tenha vindo a reduzir «a margem de intervenção dos tribunais constitucionais e de órgãos homólogos, em nome de um esforço de concertação ou de

Secção II – No âmbito da União Europeia

«[A] União Europeia é o resultado da unificação de três organizações internacionais distintas – a *Comunidade Europeia do Carvão e do Aço* (CECA), a *Comunidade Económica Europeia* (CEE e agora CE) e a *Comunidade Europeia de Energia Atómica* (Euratom). [...] As três comunidades foram progressivamente unificadas e transformadas através do “Acto Único Europeu” (17/2/1986) e pelo Tratado de Maastricht (7/2/1992). Deve distinguir-se entre **direito comunitário** e **direito da união**.»¹⁴⁵

Com o Tratado de Amesterdão, que entrou em vigor em Maio de 1999, foi criado um novo marco jurídico no que diz respeito à luta contra a fraude e a corrupção e outras manifestações de criminalidade organizada, com a modificação do Título VI do Tratado da União Europeia, dedicado às disposições relativas à cooperação policial e judicial em matéria penal, prevendo o art. 29.º do texto consolidado que é objectivo da União oferecer aos cidadãos um alto grau de segurança dentro de um espaço de liberdade, segurança e justiça; este objectivo seria alcançável mediante a prevenção e a luta contra a

coordenação entre as ordens jurídicas e de reconhecimento de valores jurídicos comuns», sem que tal tenha levado a que alguma vez esses tribunais se tivessem rendido «a um primado puro e simples ou radical do Direito comunitário, nem renunciaram à defesa, em última análise, dos direitos e dos vectores básicos das correspondentes Constituições», cfr. *ob. cit.*, págs. 169 e 170, citando, nesta última parte, GIUSEPPE MARTINICO, *L'integrazione silente – La funzione interpretativa della Corte di giustizia e il diritto costituzionale europeo*, Nápoles, 2009, págs. 171 e ss.

¹⁴⁵ Assim, GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, cit., págs. 822 e 823; «... [N]os termos do art. 1.º do Tratado da União Europeia, a União *funda-se* nas Comunidades, mas não as dissolve, nem absorve, nem contém. Por outro lado, justifica-se o seu tratamento separado [entre União e Comunidades] porque algumas das diferenças entre elas intercedem (quanto às atribuições, competências normativas, procedimentos decisórios e vinculatividade do direito produzido) contendem directamente com a questão da jurisdição prescritiva em material penal.», cfr. PEDRO CAEIRO, *Fundamento, Conteúdo e Limites da Jurisdição Penal do Estado, O Caso Português*, Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2010, págs. 116 e 117.

delinquência, organizada ou não, em particular, o terrorismo, o tráfico de seres humanos e os crimes contra as crianças, o tráfico ilícito de droga e de armas¹⁴⁶, tendo-se introduzido um novo instrumento para a aproximação das legislações europeias em matéria penal, que substitui a *acção comum*, com reforço da sua força vinculativa: a decisão-quadro¹⁴⁷.

«[A] única espécie de actos através dos quais [a União] pode exercer a sua jurisdição prescritiva são as *decisões-quadro*, previstas no art. 34.º, n.º 2, al. b) do TUE.[...] A União pode adoptar decisões-quadro para aproximar o direito penal dos Estados-membros, estabelecendo regras mínimas quanto aos seus elementos constitutivos dos crimes e às sanções aplicáveis, quando tal seja necessário para prevenir ou reprimir a criminalidade organizada, o terrorismo ou o tráfico de droga, ou, especificamente, para melhorar a cooperação judiciária relativa a essas formas de criminalidade.»¹⁴⁸

¹⁴⁶ Cfr. CHOCLÁN MONTALVO, “Criminalidad Organizada...”, cit., p. 229.

¹⁴⁷ Cfr. CHOCLÁN MONTALVO, “Criminalidad Organizada...”, cit., págs. 229 e 230.

¹⁴⁸ Cfr. PEDRO CAEIRO, *Fundamento...*, cit., págs. 130 e 131; as decisões-quadro, cujo âmbito se mostra previsto na *supra* citada norma do art. 34.º, n.º 2. al. b) do TUE, estão, por sua vez, relacionadas com as normas que lhes atribuem competência: os arts. 29.º e 31.º, n.º 1, al. e) do TUE, pelo que daqui «decorre que as decisões-quadro aprovadas pelo Conselho onde se estabeleçam elementos dos crimes e sanções aplicáveis em áreas que exorbitem das matérias previstas no art. 31.º, n.º 1, al. e) do TUE, consubstanciam uma violação do princípio da especialidade previsto no art. 5.º do TUE, dado que excedem o âmbito das competências da União, e são, portanto, ilegais. [...] [As] decisões-quadro [...] são [...] o único acto através do qual a União exerce uma verdadeira jurisdição penal», cfr. *ibidem*, págs. 132 e 133, sendo aliás muito relevante acompanhar o Autor, nas páginas seguintes, no que diz respeito ao procedimento de adopção das decisões-quadro, sendo que a iniciativa pertence aos Estados ou à Comissão e o Conselho adopta a decisão-quadro, por unanimidade, após a audição do Parlamento Europeu, que emite um parecer não vinculativo; o Conselho – que integra os Estados Membros da União – é o órgão que assim domina o procedimento de formação do acto, pelo que «o poder legislativo compete, em última instância, ao conjunto dos Estados [...] [A] vinculatividade das decisões-quadro, no campo das incriminações, produz uma restrição assaz diminuta da jurisdição penal dos Estados. Desde logo, porque limita apenas o seu poder de *não* considerar certa conduta como crime [...]; depois, porque diz respeito a áreas relativamente circunscritas, em que o carácter criminal das condutas é, genericamente, consensual; em terceiro lugar, porque a intervenção da União se subordina a um princípio de necessidade, ordenado a uma prevenção e

Com o Tratado de Lisboa a figura da decisão-quadro veio a ser substituída pela da *directiva*, a qual, embora com força vinculativa semelhante, se caracteriza por um processo legislativo distinto e, simultaneamente, com o âmbito material que resulta do que dispõe o art. 83.º, n.º 2 TFUE.

São expressamente previstas sete áreas (que alargam as anteriores três matérias expressamente previstas para as decisões-quadro, isto é, a criminalidade organizada, terrorismo e tráfico ilícito de droga^{149 150}), prevendo-se agora a possibilidade da criação

repressão eficaz do crime no ELSJ [espaço de liberdade, segurança e justiça]; em quarto lugar, porque o procedimento legislativo requer a adopção dos actos por unanimidade, exigindo, portanto, o consentimento *concreto* de todos os Estados; enfim, porque os mecanismos de fiscalização do cumprimento das obrigações impostas por uma decisão-quadro não incluem a possibilidade de uma acção por incumprimento perante o Tribunal de Justiça, o que diminui, no plano fáctico, a força desses deveres.», *ibidem*, págs. 134 e 135. Quanto, por último, à caracterização da jurisdição penal da União podemos dizer que esta «consiste no poder de impor aos Estados-membros, através da adopção de decisões-quadro (que são vinculativas para os Estados quanto ao resultado a alcançar, guardando estes a competência para escolher a forma e os meios apropriados), a incorporação, na lei interna, de certos elementos mínimos dos crimes em matéria de criminalidade organizada, terrorismo e tráfico de droga, e, ainda, o estabelecimento de regras de aplicabilidade das leis nacionais e os pressupostos de jurisdição judicativa dos Estados. [...]. [A] legitimação dos deveres de punir encontra-se na aceitação, pelo Estado Português, da vinculatividade das decisões-quadro, expressa na ratificação do TUE e, no plano interno, no art. 8.º, n.º 4, da CRP: a aplicabilidade das decisões-quadro na “ordem interna, nos termos definidos pelo direito da União”, significa aqui a vinculação do legislador à transposição das mesmas, nos termos (e prazos) por elas impostos», cfr. *ibidem*, págs. 438 e 439.

¹⁴⁹ Cfr. art. 31.º, n.º 1, al. e) TUE, na versão anterior ao Tratado de Lisboa.

¹⁵⁰ Convém relembrar o que já fizemos constar em texto e diz respeito à possibilidade que antes existia de se criarem, para efeitos da cooperação policial e judiciária em matéria penal entre os Estados-Membros, acções-comuns com o objectivo de prevenir e combater “a criminalidade, organizada ou não, em especial o terrorismo, o tráfico de seres humanos e os crimes contra as crianças, o tráfico ilícito de droga e o tráfico de armas, a corrupção e a fraude” (cfr. 29.º); por outro lado, convém igualmente ter presente as conclusões saídas do Conselho Europeu de Tampere, realizado em 15 de Outubro de 1999, nomeadamente, quanto à «criminalidade organizada transnacional e aos meios para a combater – designadamente, o reforço da Europol, a criação da Eurojust, definição de um conjunto de medidas de luta contra o branqueamento de capitais», muito embora tenha abrangido muitas outras áreas ligadas ao espaço de liberdade, segurança e

de *directivas* a fim de se estabelecerem “regras mínimas relativas à definição das infracções penais e das sanções em domínios de criminalidade particularmente grave¹⁵¹”, no âmbito do “tráfico de seres humanos e exploração sexual de mulheres e crianças, tráfico [...] de armas, branqueamento de capitais, corrupção, contrafacção de meios de pagamento [e] criminalidade informática”.

justiça, cfr., ANABELA RODRIGUES/LOPES DA MOTA, *Para uma Política...*, cit., págs. 90 e ss., onde também se faz o enquadramento histórico-político da reunião do Conselho, que «sem substituir o Plano de Acção – do Conselho e da Comissão – de Viena (de 3 de Dezembro de 1998), lhe abriu novas perspectivas, definindo uma linha política audaciosa e exigente, com a fixação de objectivos precisos e simultaneamente ambiciosos. [...] O elemento aglutinador das conclusões de Tampere reside na verificação de que os Estados-Membros atingiram um tal grau de integração económica e de solidariedade política que não é insensato partir do postulado de que devem confiar uns nos outros no domínio judiciário. [...] Esta mudança radical de perspectiva foi assumida em Tampere», *ob. cit.*, págs. 91 e 93; cfr., ainda sobre as conclusões de Tampere, CHOCLÁN MONTALVO, “Criminalidad Organizada...”, cit., p. 231; às conclusões de Tampere faz ainda expressa referência o *Livro Verde sobre a protecção penal dos interesses financeiros comunitários e a criação de um Procurador Europeu* apresentado pela Comissão Europeia (Bruxelas, 11.12.2001, COM(2001) 715 final) que cita a conclusão n.º 40 de Tampere a propósito da importância de «visar especificamente a participação numa organização criminosa, a fim de prevenir a prática das outras infracções comuns», não devendo ser necessário «esperar a efectivação do prejuízo financeiro comunitário para reprimir as actividades daqueles que o planeiam e se munem, de forma estruturada, dos meios de o praticar [...] uma incriminação deste género pode ajudar a desmantelar uma organização criminosa até aos seus dirigentes [...] [e] permitiria concretizar, num domínio específico, a vontade de princípio afirmada em Tampere pelo Conselho Europeu, “firmemente decidido a reforçar a luta contra as formas graves de criminalidade organizada e transnacional”», e, propondo a infracção que denomina de “Associação de malfeitores” (cfr. págs. 38 e 39), remete para a previsão do art. 4.º do *Corpus Iuris*, que prevê o crime intitulado, em inglês, de *Conspiracy*, cuja redacção é “It is a criminal offense to take part in a conspiracy that is harmful to the financial interests of the European Communities. A conspiracy is when three or more persons work together, setting up a stable and operational organization, with a view to carrying out several offences defined by Articles 1 to 7.” (cfr. Appendix II: Guiding Principles of *Corpus Iuris* 2000), não deixando de enunciar que tal associação de malfeitores deve ser «entendida como uma organização com existência prolongada, constituída por, pelo menos, três pessoas, tendo por finalidade praticar actos de fraude, corrupção, branqueamento ou qualquer outro acto previsto nos termos das infracções comuns a definir.», cfr. *Livro Verde...*, *passim*.

¹⁵¹ Cfr. art. 83.º, n.º 1 do TFUE.

Quanto ao modo da aprovação das directivas também se observam relevantes alterações quando feita a comparação com as decisões-quadro; se antes as decisões-quadro só podiam ser aprovadas tendo por base a unanimidade dos Estados, agora a produção das directivas carece da aprovação somente de uma sua maioria qualificada¹⁵², propiciando assim, potencialmente, uma produção mais intensa quando comparada com as decisões-quadro, mas restringindo a iniciativa legislativa dos Estados-membros a pelo menos um quarto¹⁵³, assim evitando a polarização de iniciativas, por um lado, e o levar a debate ao nível europeu matérias que porventura só interessam a uma região muito específica da União Europeia, por outro.

Feito este breve enquadramento no âmbito da produção normativa na União Europeia, dirijamos agora a nossa atenção para a mais recente decisão-quadro 2008/841/JAI, de 24 de Outubro, produzida no âmbito da luta contra a criminalidade organizada, com o seu enquadramento histórico, no sentido de fazer realçar as suas influências genéticas, bem como as suas linhas orientadoras impositivas para cada um dos Estados-membros.

¹⁵² Cfr. arts. 82.º, n.º 2, 83.º, n.ºs 1 e 2, 84.º do TUE, aprovado pelo Tratado de Lisboa, tendo por referência a alusão que nessas normas é feita ao processo legislativo ordinário, do qual pode resultar a aprovação das directivas por parte do Parlamento Europeu e/ou do Conselho, consoante as matérias; a definição do “processo legislativo ordinário” resulta do disposto nos arts. 289.º e 294.º do TFUE.

¹⁵³ Cfr. arts. 83.º, n.º 4, *in fine*, e 76.º, al. b) TFEU.

1. Decisão-Quadro 2008/841/JAI, de 24 de Outubro relativa à luta contra a criminalidade organizada^{154 155}

A Decisão-Quadro em referência é o resultado de diversos contributos, de que se destacam, no seu próprio preâmbulo, as conclusões do Conselho da Europa de Bruxelas de 4 e 5 de Novembro de 2004, na sequência do qual se exortou a União Europeia a fazer uma abordagem conjunta e mais eficaz dos «problemas transfronteiras como a

¹⁵⁴ Esta Decisão-Quadro, por força do art. 9.º, revogou expressamente a Acção Comum 98/733/JAI de 21 de Dezembro de 1998, adoptada pelo Conselho com base no artigo K.3 do Tratado da União Europeia, relativa à incriminação da participação numa organização criminosa nos Estados-membros da União Europeia e se mostra publicada no Jornal Oficial n.º 351 de 29/12/1998.

¹⁵⁵ Para uma contextualização desta Decisão-Quadro é muitíssimo relevante a análise da Proposta de Decisão-Quadro do Conselho relativa à luta contra a criminalidade organizada, apresentada pela Comissão, de 19 de Janeiro de 2005 – in COM (2005) 6 final – nomeadamente na sua exposição de motivos (cfr. págs. 3 e 4), sendo de destacar os três factores que motivam a sua adopção e passamos a enunciar, aditando a numeração não constante da referida exposição, para melhor sistematização: «1.º O Tratado de Amesterdão, que sucedeu ao Tratado de Maastricht, introduziu novos instrumentos mais eficazes do que a “acção comum”; a Decisão-Quadro passou a constituir o instrumento adequado para proceder a uma aproximação das legislações penais neste domínio na União Europeia. 2.º A Convenção das Nações Unidas contra a criminalidade transnacional organizada, denominada “Convenção de Palermo”, constitui agora um quadro internacional que enumera as incriminações ligadas à participação num grupo criminoso organizado. Esta Convenção foi aprovada pela Comunidade Europeia em 21 de Maio de 2004. 3.º A Decisão-Quadro 2002/475/JAI, de 13 de Junho de 2002, relativa à luta contra o terrorismo constitui um elemento de referência a ter em consideração. Este texto define o conceito de “grupo terrorista”, inspirando-se na definição de “organização criminosa”, constante da Acção Comum 1998/733/JAI, constituindo porém um instrumento muito mais completo.»; é ainda relevante a análise da Comunicação de 29 de Março de 2004, da Comissão – COM (2004) 221 – onde anuncia a elaboração de uma Decisão-Quadro visando a substituição da Acção Comum 98/733/JAI, no sentido de se «proceder a uma aproximação efectiva da definição das incriminações e das sanções relativas às pessoas singulares e colectivas, prever uma incriminação específica para a “ direcção de uma organização criminosa”, definir, se necessário, circunstâncias especialmente agravantes (cometer uma infracção em ligação com uma organização criminosa) e atenuantes (redução da pena prevista para os “arrepentidos”), incluir disposições para facilitar a cooperação entre as autoridades judiciais e a coordenação da sua acção.»

criminalidade organizada, garantindo, simultaneamente, o respeito das liberdades e direitos fundamentais», devendo a União Europeia basear a sua acção no trabalho desenvolvido pelas instituições internacionais, sobretudo na Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, celebrada, em nome da Comunidade Europeia, pela Decisão 2004/579/CE do Conselho¹⁵⁶, partindo de uma ideia fulcral e assente na constatação de que os seus objectivos «não podem ser suficientemente realizados pelos Estados-Membros e podem, pois, devido à dimensão da acção, ser mais bem alcançados ao nível da União.»

O art. 1.º deste diploma define o que seja “organização criminosa” e “associação estruturada”¹⁵⁷; este surge como um conceito integrado naquele, contribuindo para uma melhor explicitação do seu sentido e notando-se a [mesma] sinonímia que caracteriza a construção lusa do crime de associação criminosa, entre *organização* e *associação* (a que

¹⁵⁶ Cfr. JO L 261 de 6 de Agosto de 2004, p. 69, citado expressamente pelo parágrafo 6 do Preâmbulo à Decisão-Quadro 2008/841/JAI.

¹⁵⁷ Esta noção de **associação estruturada**, que surge como um conceito autónomo incluído no de “organização criminosa” é uma influência directa, no âmbito da legislação europeia, da definição constante do art. 2.º da Decisão-Quadro 2002/475/JAI, onde consta o seguinte: “A expressão «associação estruturada» designa uma associação que não foi constituída de forma fortuita para cometer imediatamente uma infracção e que não tem necessariamente funções formalmente definidas para os seus membros, nem continuidade na sua composição ou uma estrutura elaborada.”, cfr. COM (2005) 6 final, p. 5; podemos ainda vislumbrar a mesma técnica legiferante na definição do que seja “grupo criminoso organizado” e “grupo estruturado”, em que este integra o conceito daquele, constante do art. 2.º, al. a) e c) da Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional e cuja produção é historicamente anterior a qualquer das decisões-quadro identificadas, pelo que podemos afirmar ter sido esta a influência primacial daquelas; estas referências podem contribuir para dissipar a dúvida sobre o sentido desta (*sub*) noção enunciada por AUGUSTO SILVA DIAS in “Criminalidade organizada...”, cit., p. 30, n. 11, quando afirma “[j]á o conceito de «associação estruturada» descrito também no art. 1.º não se percebe bem para que serve.”; cfr., ainda, *infra* n. 170, onde se faz alusão ao sentido de “grupo estruturado”, como sendo uma forma de abarcar, no conceito de “grupo criminoso”, o conceito de *conspiracy* de influência anglo-saxónica.

a nossa lei também acrescenta o *grupo*) e tem o sentido de apelar à desnecessidade de se encarar a *associação* como organização estruturada de forma absolutamente definida, devendo ser possível perscrutar a sua existência a partir de modos mais fluidos de actuação, supondo uma *clandestinidade* [ontológica] essencial para permitir a sua continuidade delituosa.

A “**organização criminosa**” (n.º 1 do art. 1.º) é a *associação estruturada de mais de duas pessoas, que se mantém ao longo do tempo e actua de forma concertada, tendo em vista a prática de infracções passíveis de pena privativa de liberdade ou medida de segurança privativa de liberdade cuja duração máxima seja, pelo menos, igual ou superior a quatro anos, ou de pena mais grave, com o objectivo de obter, directa ou indirectamente, benefícios financeiros ou outro benefício material*. A “**associação estruturada**” (n.º 2 do art. 1.º) é *uma associação que não foi constituída de forma fortuita para a prática imediata de uma infracção e que não tem necessariamente atribuições formalmente definidas para os seus membros, continuidade na sua composição ou uma estrutura sofisticada*.

Relativamente à Acção Comum 98/733/JAI¹⁵⁸, no que diz respeito ao contributo

¹⁵⁸ Na Acção Comum 98/733/JAI definia-se no art. 1.º *organização criminosa* como “a associação estruturada de duas ou mais pessoas, que se mantém ao longo do tempo e actua de forma concertada, tendo em vista cometer infracções puníveis com pena de privativa da liberdade ou medida de segurança privativa da liberdade cuja duração máxima seja de, pelo menos, quatro anos, ou com pena mais grave, quer essas infracções constituam um fim em si mesmas, quer um meio de obter benefícios materiais e, se for caso disso, de influenciar indevidamente a actuação de autoridades públicas.”; assinalando que há um erro na tradução para português da redacção do art. 1.º desta Acção Comum, na medida em que se refere que a associação criminosa é a «associação estruturada de duas pessoas ou mais pessoas», quando se deve ler, atenta as redacções desta mesma norma em inglês, francês ou espanhol, é a «associação estruturada de mais de duas pessoas», cfr. ALBANO PINTO, in *Comentário...*, cit., p. 104; efectivamente, analisadas as versões nas línguas referidas pelo Autor, mas também em italiano («l’associazione strutturata di piú di due persone...»), e alemão «kriminelle Vereinigung [...] von mehr als zwei Personen...», deve-se concluir ter

para a definição do que seja uma organização/associação criminosa, esta Decisão-Quadro¹⁵⁹ – que revogou e substituiu a citada Acção Comum – trouxe, desde logo, uma alteração muito relevante quanto ao número mínimo de pessoas necessário para se poder afirmar a sua existência: quando naquela se previam duas ou mais pessoas (na redacção portuguesa, que tem um aparente lapso de tradução¹⁶⁰) esta passou a exigir *mais de duas* pessoas, no que é uma evolução legislativa equiparável à sucedida no nosso ordenamento jurídico, como vimos¹⁶¹, mas que não constava da respectiva Proposta apresentada pela Comissão, que mantinha o número mínimo de duas pessoas (na redacção portuguesa)¹⁶² mas terá sido decisivamente influenciada pela Convenção de Palermo, que lhe serviu de expressa referência¹⁶³.

Este diploma equipara, sob o ponto de vista conceitual, a *associação criminosa* e a *organização criminosa* no que mais não é do que o que já resulta no nosso ordenamento jurídico do regime constante do art. 299.º do CP; com efeito, na definição de “associação

sido esta Acção Comum traduzida incorrectamente para a língua portuguesa, pelo que se deve fazer a leitura proposta pelo A., dado ser a conforme com a redacção da norma, nas demais línguas referidas.

¹⁵⁹ «As acções comuns, cujo carácter vinculativo era discutido, foram substituídas pelas *decisões-quadro*, expressamente destinadas à “aproximação das disposições legislativas e regulamentares dos Estados-Membros”, as quais “vinculam os Estados-Membros quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios”: cfr. PEDRO CAEIRO, *Fundamento...*, cit., p. 427.

¹⁶⁰ Cfr. *supra* n. 159.

¹⁶¹ Cfr. *supra* Cap. I, Sec. II, 4, *in fine*.

¹⁶² Cfr. COM(2005)0006, de 19 de Janeiro de 2005, a qual, porém, também contém um aparente lapso na sua tradução para português, dado que se constata existir discrepância igualmente quando comparada com a redacção de tal proposta em inglês («[...] of more than two persons...»), em francês («[...] de plus de deux personnes...»), em italiano ([...] di più di due persone...») e em alemão («[...] von mehr als zwei Personen...»), no que se tem de concluir tratar-se de mais uma lamentável tradução para português de um texto europeu.

¹⁶³ Cfr. § 6 do Preâmbulo da Decisão-Quadro 2008/841/JAI e *infra* Parte II, Cap V, Sec. V.

criminosa” a nossa lei utiliza os conceitos, indistintamente, de *associação, grupo ou organização*, pelo que, no nosso entender, não nos parece correcto tirar a conclusão¹⁶⁴ de que tal significa, no âmbito da Decisão-Quadro em análise, uma «solução para corrigir e regularizar o conceito de criminalidade organizada», vinculando-o à «realização do crime de associação criminosa», pois seria confundir o estrito conceito jurídico-penal de associação criminosa ou organização criminosa, com o conceito mais lato, e de natureza diversa, de “criminalidade organizada”¹⁶⁵, o que nos parece tal Decisão-Quadro não faz, limitando-se, isso sim, a definir o regime jurídico-penal da associação, grupo ou organização criminosa e não já a ir além desse âmbito, para passar a querer abarcar todo o conceito – mais amplo e de natureza diferente – em que se traduz a *criminalidade organizada*, não obstante o papel central indiscutível que o crime de *associação criminosa* tem no âmbito da criminalidade organizada; assim se compreende o enquadramento feito pelo preâmbulo desta Decisão-Quadro, quando no seu ponto 1) se afirma é objectivo «melhorar as capacidades comuns da União e dos seus Estados-Membros a fim de, nomeadamente, lutar contra o crime organizado transfronteiras» e cita o ponto 14) das conclusões do Conselho Europeu de Bruxelas, de 4 e 5 de Novembro de 2004, onde se afirma que «os cidadãos da Europa esperam que a União Europeia adopte uma abordagem conjunta e mais eficaz dos problemas transfronteiras como a criminalidade organizada [...]» e no seu ponto 2) se refere que «a

¹⁶⁴ Como faz AUGUSTO SILVA DIAS, que citamos imediatamente no texto, in “Criminalidade organizada...”, cit., p. 25.

¹⁶⁵ Cfr. *infra* Parte II, Cap. I, Sec. I e II e Cap. II, para uma análise desta diferença conceitual; no sentido que pugnamos, isto é, de que o conceito de criminalidade organizada de índole criminológico – se não deve reconduzir ao conceito de associação [ou organização] criminosa, a propósito da definição do art. 1.º da Acção Comum 98/733/JAI, de 21 de Dezembro de 1998, cfr. PEDRO CAEIRO, *Fundamento...*, cit., p. 123, n. 323.

Comissão considerou que o dispositivo de luta contra a criminalidade organizada a nível da União Europeia deve ser reforçado e declarou que elaboraria uma decisão-quadro destinada a substituir a Acção Comum 98/733/JAI, de 21 de Dezembro de 1998, relativa à incriminação da participação numa organização criminosa nos Estados-Membros da União Europeia», numa clara separação, portanto, entre os dois fenómenos: um é a criminalidade organizada, outro é a organização criminosa.

Esta Decisão-Quadro contém normas de natureza substantiva e processual, nomeadamente, definidoras da punição quanto ao grau de participação numa associação criminosa, integrando-a ou não (cfr. art. 2.º, a) e b), quanto às sanções, com penas máximas de, pelo menos, dois a cinco anos, quer para os participantes directos na *associação*, quer para os não participantes da *associação*, mas que com ela, em determinado momento, desenvolvem actividades (cfr. art. 3.º), quanto à redução ou isenção de pena para os *arrepentidos* (cfr. art. 4.º), quanto à responsabilização das pessoas colectivas (cfr. arts. 5.º e 6.º)¹⁶⁶ ou ainda as relativas à competência territorial de cada Estado-Membro (cfr. art. 7.º).

Relevante é ainda a circunstância de no Preâmbulo da Decisão-Quadro 2008/841/JAI se prever expressamente que as «obrigações decorrentes do disposto na alínea *a*) do art. 2.º não deverão prejudicar a liberdade dos Estados-Membros de classificar outros grupos de pessoas como organizações criminosas, por exemplo, grupos

¹⁶⁶ Quanto à responsabilização das pessoas colectivas esta Decisão-Quadro traça o mesmo caminho das Decisões-Quadro 2002/475/JAI, de 13 de Junho de 2002 (relativa à luta contra o terrorismo), nos seus arts. 7.º e 8.º, e 2002/629/JAI, de 19 de Julho de 2002 (relativa à luta contra o tráfico de seres humanos), nos seus arts. 4.º e 5.º, 2004/757/JAI, de 25 de Outubro de 2004 (relativa a regras mínimas quanto aos elementos constitutivos das infracções penais e às sanções aplicáveis no domínio do tráfico ilícito de droga), nos seus arts. 6.º e 7.º.

cujo objectivo não seja o de obter benefícios financeiros ou outro benefício material.»¹⁶⁷

Secção III – No âmbito da O.N.U.

1. Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional (Convenção de Palermo)

Esta Convenção foi aprovada na 55.^a Assembleia Geral das Nações Unidas em 15 de Novembro de 2000, pela Resolução A/RES/55/25 e, no nosso ordenamento jurídico, foi aprovada, para ratificação, pela Resolução da Assembleia da República n.º 32/2004 e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 19/2004, com publicação de ambos os actos no Diário da República, I Série-A, no dia 2 de Abril de 2004.

Categorizável como direito internacional particular, esta Convenção faz parte do nosso ordenamento jurídico, por força do disposto no art. 8.º, n.º 2 da CRP¹⁶⁸ e na

¹⁶⁷ Dando conta do reduzido impacto desta Decisão-Quadro nos sistemas legislativos internos dos Estados Membros, cfr. a Resolução do Parlamento Europeu de 25 de Outubro de 2011 (JO 2013/C 131 E/73).

¹⁶⁸ Quanto à problemática da posição hierárquica do *direito internacional particular* ou *convencional* (por contraposição ao *direito internacional geral ou comum*, isto é, direito consuetudinário e princípios gerais de direito comuns «às nações civilizadas») no sistema português das fontes de direito, com divisão da doutrina entre duas posições fundamentais, ou afirmando o seu valor *infraconstitucional*, mas *supralegislativo* ou afirmando a paridade hierárquico-constitucional entre as normas convencionais internacionais e os actos legislativos internos, cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, págs. 820 e ss. “As normas de DIP vigoram na ordem interna com a mesma relevância das normas de direito interno, desde logo quanto à **subordinação hierárquica à Constituição** (negrito dos autores) – sendo, pois, inconstitucionais se infringirem as normas da Constituição ou os seus princípios (art. 277.º-1)”, cfr. CANOTILHO, J.J. Gomes/MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. I, 4.^a edição revista, Coimbra Editora, 2007, p. 258.

medida em que foi igualmente assinada pela União Europeia, nos termos do disposto no art. 36.º, n.º 2 da Convenção de Palermo, passou a ser parte integrante da legislação europeia. Podemos portanto falar de uma dupla incidência vinculativa desta Convenção no ordenamento jurídico português, uma por via da assinatura directa do Estado português, outra por via da nossa integração na União Europeia, que, por sua vez, assinou a mesma Convenção; estamos assim perante uma dúplici vinculação do Estado português à Convenção de Palermo.

O art. 2.º contém um conjunto de conceitos que permitem, ao longo do seu texto, dar um sentido coerente à sua repetida utilização¹⁶⁹.

No que diz respeito ao crime de associação criminosa tem relevo directo a al. a) do art. 2.º que define “grupo criminoso organizado” como *um grupo estruturado de três ou mais pessoas, existindo durante um período de tempo e actuando concertadamente com a finalidade de cometer um ou mais crimes graves ou infracções estabelecidas na presente Convenção, com a intenção de obter, directa ou indirectamente, um benefício económico ou outro benefício material*. O “grupo estruturado” está definido na al. c) do mesmo artigo como *“um grupo formado de maneira não fortuita para a prática imediata de uma infracção e cujos membros não tenham necessariamente funções formalmente definidas, podendo não haver continuidade na sua composição nem dispor de uma estrutura desenvolvida.”*¹⁷⁰

¹⁶⁹ Cfr., com muito interesse, o Guia Legislativo para a aplicação da Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional, num projecto conjunto do Centro Internacional para a reforma do Direito Penal e Política em matéria de Justiça Criminal e do Centro para a Prevenção Internacional do Crime (UNODC), feito pelo Centro para a Prevenção Internacional do Crime das Nações Unidas, Vancouver, 2003 (GLCOT), traduzido para português pelo Gabinete para as Relações Internacionais Europeias e de Cooperação do Ministério da Justiça.

¹⁷⁰ Há quem observe nesta definição de “grupo estruturado”, e sobretudo na sua amplitude, a necessidade de incluir, no conceito de “grupo criminoso organizado”, o modelo anglo-saxónico da *conspiração*,

Esta Convenção visou garantir uma aproximação universal de determinados conceitos, como os *supra* citados, de modo a que o que é global – como sucede com a criminalidade organizada transnacional – seja combatido à mesma escala, propiciando assim o estreitar das zonas territoriais livres de punição.

Neste sentido, vinculou os Estados que a ratificaram a tipificarem criminalmente determinadas condutas ou a introduzirem medidas de controlo específicas, como, por exemplo, relativas à protecção de vítimas e de testemunhas, a preverem a apreensão dos produtos do crime, a promoverem a cooperação internacional, nomeadamente nos domínios da extradição, auxílio judiciário e investigação conjunta, etc.¹⁷¹.

Sob o ponto de vista dogmático este diploma internacional é sobretudo relevante como contributo para a definição conceitual do que seja a *criminalidade organizada*¹⁷² e

salientando assim a dificuldade na distinção entre tal figura e a da simples participação criminosa; com efeito, o grupo estruturado, tal como resulta da definição da Convenção de Palermo, «[...] parece tratar-se de un supuesto de coparticipación delictiva de carácter no meramente ocasional, en la que no se precisa ni división del trabajo ni estructura jerárquica, esto es, no resultaria necesario un elevado grado de organización interna», cfr., neste sentido, e citando doutrina italiana que corrobora tal perspectiva, PATRICIA FARALDO CABANA, *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el código penal español*, Tirant lo blanch, Valencia 2012, p. 38, que, no entanto, não concorda com essa possibilidade interpretativa de menor exigência relativamente aos requisitos para se estar perante uma *organização criminosa*, salientando que «[s]in embargo, una interpretación laxa del concepto no respondería al objetivo perseguido por la Convención en orden a destacar la absoluta especificidad del fenómeno de la criminalidad organizada, cuya particular peligrosidad deriva de la mayor eficacia que se consigue en términos operativos gracias a la existencia de una estructura organizada dirigida a la comisión de delitos.», cfr. *ob. cit.*, págs. 38 e 39.

¹⁷¹ Cfr. GLCOT, págs. 9 e ss.

¹⁷² Muito embora no debate realizado no Comité encarregado de elaborar a Convenção não tenha havido «consensus on a definition of “organized crime” or to a list of crimes that would constitute such a phenomenon. As a result, State representatives agreed to focus on the characteristics of actors rather than of acts. [...] It was felt that transnational organized groups shift from one to activity to another, and that it would be futile, or even counterproductive, to attempt to capture, in a legal text, all criminal ventures in which such groups are engaged at present or may be engaging in the future.», cfr. *Results of a Pilot Survey*

já não tanto no que diz respeito ao crime de associação criminosa, pelo menos quanto ao nosso ordenamento jurídico-penal, dada a circunstância de termos este crime tipificado no nosso ordenamento jurídico, como vimos, há décadas e de o âmbito da previsão da Convenção de Palermo se estender a outros âmbitos que extravasam o tipo legal da associação criminosa.

A este respeito podemos fazer o paralelismo com a nossa Lei n.º 5/2002, cujo contributo maior é também o de permitir concretizar no nosso ordenamento jurídico-penal o que seja a criminalidade organizada, assumindo a *associação criminosa* como um dos crimes que integram aquele outro conceito, mais amplo, por abarcar outros tipos de crimes que abrangem outros fenómenos criminosos.

No entanto, mesmo quanto ao crime de associação criminosa, a Convenção de Palermo pode assumir relevância, *maxime* interpretativa, motivando uma renovada reflexão relativamente aos seus elementos típicos.

No art. 299.º, n.º 1 do CP prevê-se que quem promover ou fundar grupo, organização ou associação cuja finalidade ou actividade seja dirigida à prática de um ou mais crimes é punido com a pena de um a cinco anos de prisão. Como já tivemos oportunidade de abordar noutra momento¹⁷³, pode colocar-se a questão de saber se *qualquer* crime, independentemente da sua gravidade, pode ser suficiente para que seja imputável a alguém a prática do crime de *associação criminosa*.

No âmbito da Convenção de Palermo, somente estaremos perante um *grupo criminoso organizado* se este tiver sido constituído com a finalidade de praticar um ou

of Forty Selected Organized Criminal Groups in Sixteen Countries, Office on Drugs and Crime, United Nations, September/2002, págs. 4 e 5.

¹⁷³ Cfr. *supra* n. 93.

vários *crimes graves*, devendo entender-se por crime grave¹⁷⁴ “um acto que constitua uma infracção punível com uma pena privativa de liberdade não inferior a quatro anos ou com pena superior” (cfr. al. *b*) do art. 2.º da Convenção). A nossa lei não resolve expressamente esta questão de saber se qualquer crime é suficiente para, estando reunidos os demais pressupostos objectivos e subjectivos, podermos afirmar estar perante uma *associação criminosa*, pelo que o sentido colhido a este respeito naquele diploma internacional, plenamente em vigor no nosso ordenamento jurídico, poderá assumir muita relevância, podendo não ser totalmente descabido afirmar que relativamente aos crimes puníveis com pena de prisão inferior a quatro anos e sejam visados pela *associação* possamos estar perante uma norma derogatória; há, todavia, que ter presente que é a própria Convenção de Palermo que afirma no seu art. 34.º, n.º 3 que “Cada Estado Parte poderá adoptar medidas mais estritas ou mais rigorosas do que as previstas na presente Convenção a fim de prevenir e combater a criminalidade organizada transnacional”, pelo que também se poderá afirmar que o legislador português é mais rigoroso, na medida em que permite afirmar a prática do crime de associação criminosa, mesmo que o crime ou crimes programados pela associação sejam puníveis com pena inferior a quatro anos e que tal rigor é expressamente permitido pelo diploma internacional citado.

Entendemos que no âmbito da criminalidade prevista no CP – excluindo assim a que está prevista em diplomas dispersos, nomeadamente, nos já abordados *supra*, que de

¹⁷⁴ E esta é uma noção fundamental no âmbito da Convenção, pois «este é um dos elementos que determina o âmbito de aplicação da Convenção de acordo com o artigo 3.º. Uma vez que se destina exclusivamente a determinar se a Convenção e os Protocolos se aplicam ou não, não é necessário que os Estados Partes definam tal conceito no seu direito interno, além do que o estabelecimento de definições díspares e incoerentes pode causar problemas. Os legisladores deverão, contudo, analisar as tipificações penais existentes e assegurar-se de que as infracções às quais se aplica a Convenção cabem na definição de “crime grave”», cfr. págs. 11 e 12 do GLCOT.

modo expresse prevêem a punição pela prática de crimes “menos” graves – o conceito de “crime grave” presente na Convenção só muito dificilmente poderá ser ignorado: tendemos a defender assim que a Convenção obriga a considerar a gravidade dos crimes cometidos, como cláusula objectiva de punibilidade, sem a qual, mesmo estando reunidos todos os demais requisitos [objectivos e subjectivos], não devemos considerar estar perante uma associação criminosa; tal sucederá, por exemplo, se estivermos perante uma associação criminosa que se dedica à prática de crimes puníveis com pena de prisão inferior a 4 anos.

Secção IV – Apreciação conclusiva

Da análise dos dois [mais] importantes diplomas internacionais podemos retirar uma noção de associação criminosa muito próxima da que resulta do ordenamento jurídico-penal luso, muito embora, como vimos, possamos e devamos retirar dos mesmos dimensões úteis para o nosso ordenamento jurídico-penal.

Se a Decisão-Quadro analisada é, efectivamente, um diploma que se circunscreve quase exclusivamente à realidade jurídico-penal da associação criminosa – embora no contexto definido no seu preâmbulo de *luta* contra a criminalidade organizada –, já a Convenção de Palermo vai muito mais além e alarga o seu âmbito a muitas outras áreas que extravasam o referido tipo de crime, atrevendo-nos mesmo a adiantar que se pode retirar de todo o seu regime uma ideia global de *criminalidade organizada*, que poderá servir de importante referência para os diversos ordenamentos jurídicos nacionais, incluindo naturalmente o nosso, além de ser uma fonte muito relevante para o debate dogmático.

A União Europeia, por força dos analisados diplomas, mostra-se duplamente

vinculada à criação no seu espaço interno de um regime jurídico-penal da associação criminosa, por força, por um lado, da assinatura da Convenção de Palermo, e, por outro lado, numa decorrência dessa assinatura, com a criação da Decisão-Quadro 2008/841/JAI, impondo-se assim directamente tal regime.

Quanto ao – desejável – caminho para a concretização de um conceito jurídico-penal de criminalidade organizada a vinculação da União Europeia e dos Estados signatários à Convenção de Palermo revela-se uma contribuição decisiva. O Estado português não deve passar à margem dessa influência, antes devendo contribuir para a sua concretização e, dessa forma, permitir, por força de um efeito de contágio, que se reforcem as ideias e se contribua para um cada vez mais consistente conceito de criminalidade organizada.

É precisamente por esta via que iniciaremos a segunda parte deste trabalho, com a discussão das notas distintivas que devem ser estabelecidas na abordagem à análise do tipo de crime de associação criminosa e à temática mais ampla do que seja a criminalidade organizada, cuja *etiquetação* tem já muito relevantes consequências, como vimos, no nosso ordenamento jurídico-processual-penal, o que hipertrofia a necessidade de tornar este conceito o mais preciso possível sob o ponto de vista dogmático.

De modo muito sintético podemos adiantar que a tese defendida neste trabalho sobre a dialéctica gerada entre as duas realidades normativas, é a seguinte: não é possível falar em crime de associação criminosa sem a contextualizarmos no âmbito do fenómeno da *criminalidade organizada*; mas já é possível falar desta sem que seja essencial estarmos a falar do conceito típico-legal da associação criminosa, na medida em que traduz uma categoria de pendor criminológico, com uma maior abrangência fenomenológica.

Abordagem conclusiva à Parte I

Esta Parte primeira permitiu, no nosso entender, lançar as sementes necessárias para o estudo que prosseguirá na Parte seguinte, orientada para uma tentativa de conceitualização mais precisa do tipo de crime da associação criminosa, cuja ligação umbilical, por força da “evolução das coisas”, à figura da criminalidade organizada se tornará mais clara, em virtude, desde logo, da sua consagração legal, como vimos nos momentos finais desta Parte, embora de cariz mais de natureza processual penal ou, noutra perspectiva, de inspiração internacional.

O caminho até agora percorrido visou, num primeiro momento (Cap. I), enquadrar o crime de associação criminosa no contexto estritamente nacional, percorrendo os “momentos” da sua previsão normativa, desde a sua consagração nos Códigos penais sucessivamente em vigor (incluindo a sua consagração no que não passou de um projecto de Código Penal, em 1861) até aos diplomas legais que, de forma dispersa, o previram, tendo-se analisado os que vigoram na actualidade no nosso ordenamento jurídico-penal.

Começámos pela abordagem ao crime de associação de malfeitores consagrado pela primeira vez no nosso ordenamento jurídico no Código Penal de 1852 (inspirado directamente no Código Penal francês), designação aliás que se manteve até à entrada em vigor do Código Penal de 1982, passando a partir daqui a ser designado de *associação criminosa*.

Nesta sucessão – e multiplicação – normativa da consagração do crime de associação criminosa pretendemos alcançar uma visão de conjunto, quer diacrónica, quer sincrónica, de modo a sinalizar a sua evolução e a determinar as suas principais características, o que deu um precioso contributo para que, no momento seguinte deste

trabalho, possamos aprofundar o seu conceito; foram levantados diversos tópicos problemáticos, cuja abordagem primeira estimulará uma nova e mais profunda análise na Parte II.

Neste caminho, pudemos encontrar “problemas” como sucedeu com a questão relacionada com o instituto do crime continuado, que, apesar de ter sido suscitado a propósito do Código Penal de 1886, se revela, no nosso entender, de actualidade indiscutível; com efeito, no nosso tempo presente entendemos ser inadequado (ao contrário do que é defendido pela doutrina e pela jurisprudência) que possa ser enquadrável a possibilidade de haver crime continuado no âmbito dos crimes praticados no seio – ou por força da existência – da associação criminosa, dado que tal suporia uma diminuição considerável da culpa por parte dos agentes de tais crimes, o que, no nosso modesto entender, é contraditório com a circunstância de haver, a montante, uma associação criminosa a enquadrá-los, cujo juízo de culpabilidade, pelo contrário, deve ser considerado mais grave; ou quanto à circunstância de ser recusada por alguma doutrina, a nosso ver de forma incorrecta, a possibilidade de punição das pessoas colectivas no âmbito do RGIT, na medida em que no art. 89.º se não prevêem penas especificamente aplicáveis, mas somente a pena de prisão: tentámos mostrar que tal circunstância não deve ser impeditiva da punição das pessoas colectivas, tal como não o é no âmbito da Lei n.º 52/2003, de 22 de Agosto (Lei de Combate ao Terrorismo), ou no âmbito jurídico do Desporto; outro dos problemas debatidos relacionou-se com a relevância da necessidade de se ponderar [ou não] o *momento* da constituição da associação criminosa como factor decisivo de autonomização do crime, tal como imediatamente *infra* abordamos nesta conclusão, a propósito do Ac. do STJ de 27 de Maio de 2010.

Noutro momento, pudemos constatar algumas incongruências no âmbito do nosso ordenamento jurídico-penal interno, que, para a definição de uma associação criminosa

exige, nuns diplomas, no mínimo, três pessoas (v.g. CP) e, noutros, duas (DL n.º 15/93, de 22 de Janeiro ou Lei n.º 52/2003, de 22 de Agosto), cuja melhor compreensão, dada a influência que daí decorre, pode colher-se da análise que fizemos, num momento seguinte (Cap. II), dos contributos internacionais para o conceito de associação criminosa, quer ao nível da União Europeia, de que destacámos a Decisão-Quadro 2008/841/JAI, de 24 de Outubro relativa à luta contra a criminalidade organizada e a Convenção de Palermo das Nações Unidas.

Tivemos oportunidade de fazer alusão a algumas decisões da nossa jurisprudência e destacámos o Ac. do STJ, de 27 de Maio de 2010, na abordagem que aí se faz ao conceito de associação criminosa e à distinção com figuras afins, no caso concreto, com a figura de bando (iremos, na Parte II, regressar a esta decisão, embora aí para uma abordagem mais conceptual do crime de associação criminosa, mais concretamente, na análise que pretendemos fazer do que deva ser considerado o subconceito de “associação”); no âmbito da análise a este aresto, concluímos que o critério relativo ao “momento prévio” da constituição da associação criminosa para a distinguir da noção de bando, por si só, não deve e não pode ser determinante, pois, ao contrário do afirmado em tal decisão, a tal não obriga o texto da lei; pelo contrário, a circunstância de existir uma actividade anterior a unir determinados agentes pode ter servido de estímulo à criação da associação criminosa num momento superveniente, dada a dimensão e êxito que entretanto tenha assumido tal prática criminosa, que se foi estruturando e sedimentando por força da experiência (*criminosa*).

Os momentos finais desta primeira Parte, quer a propósito dos sinais de natureza processual penal do crime da associação criminosa (Sec. IV do Cap. I), quer a propósito dos contributos internacionais para o conceito de associação criminosa (Cap. II), dão o mote para a Parte seguinte, na medida em que aí ficou, de forma explícita, feita a

“conexão” entre o tipo de crime “associação criminosa” e o conceito, de natureza algo imprecisa, mas com consagração legal, de criminalidade organizada; a este propósito, tivemos oportunidade, ainda em momento anterior, de fazer referência ao “conceito” de *actividades criminosas organizadas de âmbito internacional*, que consta da alínea f) do art. 24.º do DL n.º 15/93, de 22 de Janeiro, tendo-se ensaiado diversas aproximações ao que deva ser o seu âmbito, tendo-se negado, por exemplo, que tal conceito deva ser fruto de uma qualquer decisão judicial prévia; no âmbito da Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro observámos que há uma dupla referência ao crime de associação criminosa no catálogo de crimes previsto no art. 1.º como integradores do conceito de criminalidade organizada e pudemos pôr em dúvida a correcção de tal dupla alusão, na medida em que a referência ao crime de associação criminosa (sem indicar o diploma onde está previsto) deveria ser suficientemente esclarecedor, dispensando a referência ao mesmo tipo de crime previsto no DL n.º 15/93, de 22 de Janeiro.

Em consonância com o sentido do título que escolhemos para o nosso estudo, dedicámos esta Parte I ao enquadramento do tipo de crime Associação Criminosa.

Creemos que esta primeira parte da abordagem (*Da associação criminosa...*) já permitiu vislumbrar a sua ligação umbilical à temática em torno da criminalidade organizada. Pretendemos seja revelado na Parte II que se segue o sentido dessa ligação (*...à criminalidade organizada...*), com as suas sintonias e dessintonias, mas sempre em busca de uma maior consistência na concretização conceitual que permita discernir o que deva ser entendido como associação criminosa e o que possa ser compreendido como criminalidade organizada no nosso ordenamento jurídico (*...no ordenamento jurídico-penal português*).

Parte II

A Associação Criminosa [confrontações objectivas e subjectivas] e a criminalidade organizada: decorrências dialécticas

Capítulo I – Associação criminosa: confrontações objectivas e subjectivas. Secção I – Enquadramento. 1. Enunciar do problema e [um passo na clarificação da] distinção entre associação criminosa e criminalidade organizada. Secção II – Perspectiva comparada: um passo [decisivo] na clarificação. 1. Contextualização. 2. E.U.A. 3. Itália. 4. Bélgica. 5. França. 6. Suíça. 7. Alemanha. 8. Reino Unido. 9. Espanha 10. Brasil. 11. Região Administrativa Especial de Macau da República Popular da China. 11.1 Do regime jurídico-penal da Lei n.º 1/78/M – Associação de Malfeitores. 11.2 Do regime jurídico-penal da Lei n.º 6/97/M, de 30 de Julho – Lei da Criminalidade Organizada. 11.3 Da convergência/divergência conceitual entre Associação Criminosa e Associação ou Sociedade Secreta e entre os “tipos de crime” respectivos. 11.4 Breve balanço conclusivo. Capítulo II – Criminalidade Organizada: a necessidade do conceito jurídico-penal. Secção I – Enquadramento. Secção II – A perspectiva de Figueiredo Dias. 1. Exposição da ideia do Autor. 2. Apreciação crítico-analítica. 2.1 Abordagem legislativa. 2.1.1 A Lei 5/2002, de 11 de Janeiro. 2.1.2 O Código de Processo Penal. 2.2 Conceito implícito de “criminalidade organizada”: Convenção de Palermo e Decisão-Quadro 2008/841/JAI de 24 de Outubro. 2.3 Abordagem doutrinária. 3. O enunciar de uma proposta: o conceito de rede como conceito de aprofundamento do conceito de criminalidade organizada. Capítulo III – O conceito de associação, grupo ou organização no tipo de crime Associação Criminosa. Secção I – Um estrito debate típico-objectivo [ou antes uma objectividade assente na subjectividade]? Secção II – Breve contraponto com o conceito de *conspiracy* do sistema anglo-saxónico. Secção III – A associação, grupo ou organização criminosa como um *outro*? Secção IV – Alusão ao *fenómeno criminológico*: um critério para a definição da associação, grupo ou organização. 1. O fenómeno criminoso. 2. Elemento objectivo pluridimensional. 3. O *outro*: sinónimo de perigosidade. 4. Será a *associação, grupo ou organização* mesmo “um outro”? 4.1 Exemplo 1. 4.2 Exemplo 2. 4.3 De novo o Ac. do STJ de 27 de Maio de 2010. Secção V – As circunstâncias objectivas factuais: o papel “interpretativo” da Convenção de Palermo. Capítulo IV – Lógica da confrontação: Uma [outra] perspectiva para a concretização do conceito jurídico-penal da Associação Criminosa. Secção I – Enquadramento. 1. Associação Criminosa *versus* (Com)Participação criminosa. 2. Associação Criminosa *versus*

Bando. Secção II – Associação Criminosa e a Rede Criminosa. 1. O conceito ou modelo de Rede. 2. O conceito ou modelo de Rede como fonte de legitimação das instituições. 3. O conceito de rede como conceito de aprofundamento do conceito de criminalidade organizada: desenvolvimento. 3.1 Pressupostos [negativos]. Secção III – A Associação Criminosa e a Criminalidade Organizada. Secção IV – Direito Penal Individual *versus* Direito Penal de Organização, Grupo ou Associativo. Secção V – A Autoria no crime de Associação Criminosa. 1. Contributo *temático* do instituto da Responsabilidade Penal das Pessoas Colectivas enquanto tópico de confronto. 1.1 Razões para o afastamento: nexos causal e facto. 1.2 Similitudes: produção colectiva do facto criminoso. 1.3 A Pessoa Colectiva enquanto estrutura potencial privilegiada da associação criminosa. 1.4 A autoria do crime de associação criminosa no âmbito da Entidade Colectiva: um modelo para a compreensão da autoria no crime de associação criminosa. 1.4.1 O domínio por organização como forma independente de autoria mediata de Claus Roxin. 2. Os diversos tipos de “autores” contidos no crime de Associação Criminosa. 2.1 A atenuação especial e/ou ausência de punição do n.º 4 do art. 299.º do Código Penal. 2.1.1 Uma norma com ou sem sentido? Abordagem conclusiva à Parte II.

Parte II

A Associação Criminosa [confrontações objectivas e subjectivas] e a criminalidade organizada: decorrências dialécticas

Capítulo I

Associação criminosa: confrontações objectivas e subjectivas

Secção I – Enquadramento

Nesta segunda parte do nosso trabalho pretendemos fazer uma análise mais detalhada, embora não *tradicional*, do tipo de crime associação criminosa no nosso ordenamento jurídico-penal, o que implica a sua análise *típica*, muito embora queiramos fazer uma avaliação que supõe as categorias dogmáticas essenciais e pretenderá problematizar o que entendemos ser crucial no recorte do tipo de crime.

O título que escolhemos pretende salientar uma tónica essencial no tipo de crime da “associação criminosa”: esta é fruto de uma muito peculiar dialéctica entre os seus elementos objectivos e subjectivos, que não deve sugerir uma análise estritamente separada de cada um deles, antes implica uma sua abordagem confrontacional, sem a qual não se consegue, no nosso modesto entender, apreender verdadeiramente os seus contornos.

Na medida em que este tipo de crime está indissociavelmente ligado à temática da criminalidade organizada, entendemos que é muito importante definir, o mais rigorosamente possível, cada um dos *conceitos*, de modo a colocar cada um deles no seu devido lugar no sistema jurídico-penal.

Razão por que iniciaremos esta segunda parte, precisamente, com essa preocupação

de encontrar os seus pontos comuns e as suas diferenças, no que cremos ser simultaneamente a melhor forma de alcançar os traços compreensivos de cada um.

Como já tivemos oportunidade de antecipar no final da primeira parte deste trabalho, entendemos que falar da criminalidade organizada não (pres)supõe a presença do tipo de crime de associação criminosa; porém, há fenómenos criminosos que estão necessariamente conexionsados com a temática da criminalidade organizada e que, podendo [dependendo de cada caso concreto] ser igualmente enquadrados como associações criminosas, muitas vezes se não podem conceitualmente confundir com estas, o que nos obrigará a fazer uma sua abordagem a propósito do conceito de “rede criminosa”, que funcionará como conceito aprofundador do de criminalidade organizada e cujo enquadramento nesta última pode ser relevante para a sua legitimidade *operativa* no ordenamento jurídico-penal, dado que poderá permitir a *ativação* dos instrumentos legais apropriados para a investigação dos fenómenos criminosos mais complexos.

Nesta análise comparativa há que ter sempre presente os planos de que partimos para fazer essa mesma análise, pois só é possível fazer uma rigorosa comparação se os planos de abordagem forem sensivelmente os mesmos; há assim que ter sempre presente, mesmo que não seja feito o enunciado expresso, qual o plano que é suposto no momento [sincrónico] da comparação, se exclusivamente criminológico ou se exclusivamente técnico-jurídico; e sempre com a rigorosa noção da dificuldade de fazer análises “puras” em cada um desses planos, dada a complexidade da sua natureza, determinada, desde logo, pela sua génese.

1. Enunciar do problema e [um passo na clarificação da] distinção entre associação criminosa e criminalidade organizada

O trajecto histórico-normativo realizado até este momento permite-nos concluir que o conceito de *associação criminosa* pode ser integrado, sob o ponto de vista do ordenamento jurídico-penal, no conceito mais amplo [de *natureza outra*] da *criminalidade organizada*, que «...de um ponto de vista *material* [...] é uma actividade económica em sentido amplo – ou, em todo o caso, lucrativa, embora possa ir além dessa matriz –, caracterizada por efeitos danosos, normalmente económicos, mas também políticos e sociais. [...] Destacam-se a sua capacidade de desestabilização geral dos mercados, bem como a corrupção de funcionários e governantes. Trata-se de crimes qualificados criminologicamente como “*crimes of the powerful*”, com uma configuração jurídica imprecisa e significativamente diversa da dos tipos de crimes do direito penal clássico (os “*crimes of the powerless*”).»¹⁷⁵

Esta integração da *associação criminosa* no conceito assim mais amplo da criminalidade organizada no nosso ordenamento jurídico-penal é sobretudo possível, como vimos, pelo enquadramento feito, por sua vez, pelo Código de Processo Penal e por legislação avulsa de natureza mista [sobretudo processual penal] – *maxime* a Lei 5/2002 – que, embora não conceitualize de forma directa o que seja criminalidade organizada, nomeia diversos tipos de crime por si eleitos como muito graves – ainda que com um critério difuso revelado por alguma inconsistência político-criminal, atenta a heterogeneidade do elenco¹⁷⁶ – e justificam um tratamento processual mais *flexível* na

¹⁷⁵ Cfr. ANABELA RODRIGUES/LOPES DA MOTA, *Para uma Política...*, cit., págs. 13 e 14.

¹⁷⁶ «[O]s catálogos, tanto da al. *m*) do art. 1.º do CPP, como do art. 1.º da Lei n.º 5/2002, estão descritos de forma vaga e imprecisa, contendo crimes de distinta gravidade, alguns dos quais puníveis com pena de

sua investigação por parte das instituições formais de controlo, com o consequente constrangimento de determinadas garantias de defesa, portanto, comprimindo de modo mais intenso direitos fundamentais.

Diríamos assim, por outro lado, que a não assunção de uma definição expressa do que seja a *criminalidade organizada* por parte do nosso legislador decorre da origem sobretudo criminológica – não tanto dogmática – da figura, com raízes que extravasam o [nosso] ordenamento jurídico, antes fluem do *ambiente* internacional que nos contagia, naturalmente.

Há assim não só uma diferença de *grau*, mas também de *natureza* entre o que seja a *associação criminosa* e a *criminalidade organizada*.

Mas esta integração de um conceito noutro também se pode observar em legislação internacional, como a que pudemos analisar na primeira parte do nosso trabalho¹⁷⁷.

Todavia, não podemos de deixar de salientar que é sobretudo no **plano jurídico-normativo** que nos queremos mover, pelo que é nesse âmbito que queremos confrontar as duas *realidades*.

Há, porém, que ter sempre presente que, à semelhança de todos os [tipos de] crimes, também no que diz respeito à criminalidade organizada, na sua dimensão normativa, a realidade criminológica revela-se decisiva para explicar a sua génese, pelo que a abordagem a fazer não poderá naturalmente deixar de considerar essa perspectiva: o que depois cumpre concluir é do grau de autonomia [enquanto conceito jurídico-normativo] que tem relativamente à sua génese criminológica.

prisão de limite máximo inferior a 3 anos, como a corrupção para a prática de acto lícito e o tráfico de influência para a obtenção de decisão lícita. A sujeição de crimes desta natureza a um regime jurídico excepcional não é compreensível à luz do princípio da proporcionalidade.», cfr. AUGUSTO SILVA DIAS, “Criminalidade organizada...”, cit. págs. 24 e 25.

¹⁷⁷ Cfr. *supra* Parte I, Cap. II.

Secção II - Perspectiva comparada: um passo [decisivo] na clarificação

1. Contextualização

O conceito da criminalidade organizada está associado, numa aproximação sobretudo criminológica, a uma inicial e decisiva influência norte-americana¹⁷⁸, tendo aí criado as suas primeiras configurações quase em exclusivo até aos anos 70 do séc. XX, observando-se a sua “exportação” nas décadas seguintes com muita rapidez, nomeadamente, para o velho Continente¹⁷⁹, sendo a Itália o país onde mais se centrou o debate por força do fenómeno criminoso conhecido universalmente como Máfia.¹⁸⁰

Podemos adiantar, desde já, que as *aproximações* doutrinárias ou legislativas feitas ao que deva ser definido como criminalidade organizada se têm revestido de muitas imprecisões, com muito cepticismo a partir das diferentes abordagens feitas consoante a área científica de que partem, o que, um tanto ou quanto de modo paradoxal, tem convivido com uma permanência do tema nos mais diversos fóruns internacionais, que assim tem suscitado uma discussão abrangente, nos mais diversos países, motivando a criação dos mais variados instrumentos jurídicos nacionais e internacionais; esta

¹⁷⁸ «[R]eportando-se à experiência americana, BELL qualifica o crime organizado como um *american way of life*.»: assim, FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE, *Criminologia, O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena*, Reimpressão, Coimbra Editora, 1992, p. 264.

¹⁷⁹ Cfr., neste sentido, LETIZIA PAOLI/CYRILLE FIJNAUT, “The History of the Concept”, *Organized Crime in Europe, Concepts, Patterns and Control Policies in the European Union and Beyond*, Edited by Letizia Paoli/Cyrille Fijnaut, Springer, 2006, págs. 21 e 22 e 24 e ss.

¹⁸⁰ Cfr. MICHAEL LEVI, “The Making of United Kingdom’s Organised Crime Control Policies”, *in Organized Crime in Europe, Concepts, Patterns and Control Policies in the European Union and Beyond*, Edited by Letizia Paoli/Cyrille Fijnaut, Springer, 2006, p. 824.

dialéctica, todavia, não permite pressentir o aproximar de um consenso sobre o que efectivamente deva ser entendido por criminalidade organizada¹⁸¹.

2. E.U.A.

Nos Estados Unidos a criminalidade organizada surge como um conceito pluridimensional, longe de ser consensual, de cariz criminológico, num primeiro momento dominado por uma concepção étnica homogénea, derivada da percepção do monopólio da actividade criminosa por parte de famosas famílias americanas de ascendência italiana, como as de Al Capone ou Lucky Luciano, dos anos 20 e 30 do século XX.

O conceito foi originariamente definido pela Comissão do Crime de Chicago (*Chicago Crime Commission*), uma organização cívica criada em 1919¹⁸², e composta por homens de negócios, banqueiros e advogados e estava intimamente ligado, não a organizações criminosas, mas à concepção de uma “classe criminosa”, que em Chicago estava estimada em cerca de 10.000 profissionais do crime, que viam na prática criminosa um negócio e que a Comissão entendia agir em ao abrigo de uma imunidade em face da lei, propiciada pela incompetência, ineficiência e corrupção das autoridades

¹⁸¹ Cfr., neste sentido, THIERRY GODEFROY, “The Control of Organised Crime in France: A Fuzzy Concept but a Handy Reference”, in *Organized Crime in Europe, Concepts, Patterns and Control Policies in the European Union and Beyond*, Edited by Letizia Paoli/Cyrille Fijnaut, Springer, 2006, p. 763.

¹⁸² Muito embora a expressão “organised crime” tenha sido usada – provavelmente pela primeira vez – em 1896, no relatório da Sociedade para a Prevenção do Crime de Nova York, para abarcar os fenómenos criminosos relacionados com o jogo e com a prostituição, mas sem a densificação conceitual que entretanto absorveu, sendo que «only a few would have associated organized crime almost exclusively with conspiratorial groups among foreign career criminals», assim Michael Woodiwiss, *apud* LETIZIA PAOLI/CYRILLE FIJNAUT, “The History...”, cit., p. 24.

públicas a par da indiferença e por vezes com indulgência e até simpatia com que o público reagia em face de tais fenómenos; este conceito inicial não durou muito tempo e, sobretudo devido à Grande Depressão, sofreu uma significativa alteração fenomenológica, desde logo, porque se espalhou por todo o território dos EUA, até que em meados dos anos 30 do séc. XX foi substituído pelo termo “racketeering”, inicialmente utilizado igualmente em Chicago; durante um período em que o conceito (criminalidade organizada) deixou de ser usado – finais dos anos 20 até finais dos anos 40 –, nos anos 50 do séc. XX o Senado americano, no âmbito do Comité do Senado que decorreu entre 1950 e 1952 – liderado por Estes Kefauver e por isso celebrizado como Comité Kefauver – focou a sua atenção num grupo de figuras pertencentes ao submundo do crime de Nova Iorque e Chicago, que controlavam o jogo ilegal e as autoridades municipais, em diversas partes dos Estados Unidos, e concluiu que numerosos grupos criminosos actuavam pelo país, em ligações estreitas entre si, sob a orientação de uma «sinister criminal organization known as the Máfia»¹⁸³. Esta Comissão do Senado americano trouxe uma decisiva alteração na percepção do que fosse a “criminalidade organizada”, por força de dois aspectos: por um lado, já não se tratava de um problema meramente local, mas antes de escala nacional e, por outro lado, pela componente étnica, que decorria do conhecimento mais concreto da Máfia, composta por cidadãos

¹⁸³ Cfr. US Senate, 1951, p. 2, *apud* KLAUS VON LAMPE, que temos vindo a seguir no texto, in “Not a process of enlightenment: the conceptual history of organized crime in Germany and the United States of America”, in *Forum on Crime and Society*, vol. 1, n.º 2, December 2001, págs. 104 e ss; cfr., ainda, no mesmo sentido, embora com outros pormenores históricos a contextualizarem as conclusões a que chegou a Comissão do Senado americano, nomeadamente no seu *Third Interim Report*, citando a sua famosa conclusão “There is a nationwide crime syndicate known as the Máfia, whose tentacles are found in many large cities. It has international ramifications which appear most clearly in connection with the narcotics traffic. Its leaders are usually found in control of the most lucrative rackets of their cities”, cfr. LETIZIA PAOLI/CYRILLE FIJNAUT, “The History...”, cit., págs. 25 e ss.

americanos, de ascendência italiana, não obstante as referências anteriores que teriam permitido a mesma conclusão muitos anos antes.¹⁸⁴

A partir da segunda metade do século XX o conceito de criminalidade organizada surge como consequência de um modelo de crime caracterizado pela violência, profissionalismo e dimensão transnacional¹⁸⁵; é uma criminalidade que se concretiza através da existência de um grupo estruturado, com um projecto criminoso de longa duração e pelo cometimento de infracções graves de carácter internacional¹⁸⁶, muito embora esta dimensão internacional tenha tido enfatizada sobretudo a partir do início da década de 90 do séc. XX, permitindo, noutro sentido, descentrar a atenção na circunstância de a maior parte das actividades que caracterizam a criminalidade organizada ocorrerem a um nível geograficamente localizado¹⁸⁷.

¹⁸⁴ Cfr. KLAUS VON LAMPE, “*Not a process...*”, cit., p. 106; fazendo alusão ao papel relevante de «diversas comissões de estudo estatais, que na década de 1950» caracterizavam a criminalidade organizada «como uma organização criminosa hierarquicamente organizada e controlada por famílias italianas» e que, na década de 1960, através da Comissão Katzenbach, chegaram a idênticas conclusões, mas notando que a partir da década de 1970 se começa a impor «uma imagem diferente do crime organizado [...] com a tomada de conhecimento de que a criminalidade organizada não constitui um exclusivo dos imigrantes sicilianos, participando [...] igualmente outras minorias étnicas, assim como grupos pertencentes à população geral», cfr. HANS-JÖRG ALBRECHT, “Criminalidade organizada na Europa: perspectivas teórica e empírica”, in *ASFIC-PJ e IDPCC-FDUL, 2.º Congresso de Investigação Criminal*, Coordenação Científica Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias e Paulo de Sousa Mendes, Almedina, 2010, p. 77.

¹⁸⁵ Cfr., no sentido do texto, YANN BISIQU, “Le concept de crime organisé en France”, in *Criminalité Organisée: Des Représentation Sociales aux Définitions Juridiques*, (org. Maria Luísa Cesoni), Georg librairie de l’Université Brulyant, 2004, págs. 623 e ss; para uma referência histórica das medidas tomadas na Europa relativamente ao crime organizado, nomeadamente, de índole normativa, com um crescente grau de institucionalização da cooperação intergovernamental, com particular destaque para as alterações produzidas pelo Tratado de Maastricht, cfr. HELENA CARRAPIÇO, “The evolution of the European Union’s understanding of organized crime and its embedment in EU discourse”, *Defining and Defying Organized Crime, discourse, perceptions and reality*, Routledge, 2010, págs. 45 e ss.

¹⁸⁶ Cfr. YANN BISIQU, “Le concept...”, cit., p. 626.

¹⁸⁷ Cfr., neste sentido, LETIZIA PAOLI/CYRILLE FIJNAUT, “The History...”, cit., p. 23.

3. Itália

Em Itália, o crime de “associação criminosa” (*associazione per delinquere*) ficou consagrado com a entrada em vigor do Código Penal de 1930 e já antes se mostrava presente no Código Penal de 1889 (art. 248.º do chamado Código de Zanardelli, ministro da justiça seu promotor); a partir de 1982 no ordenamento jurídico-penal italiano foi adoptado um novo tipo de crime relativo às “*associazioni de tipo mafioso*”, que mais não fez do que dar uma resposta mais impressiva ao fenómeno “criminalidade organizada”, indissociável, naquele país, do fenómeno muito particular que de modo genérico – e, portanto, não rigoroso, pois a complexidade do fenómeno, que foi mudando com o tempo, assume uma dimensão tal que extravasa o “mundo” do estritamente jurídico-penal que não permite o seu tratamento aprofundado neste estudo¹⁸⁸ – podemos de designar por “mafioso”, muito embora a epígrafe do artigo ajude a tal designação.¹⁸⁹

¹⁸⁸ Cfr., para uma contextualização da evolução fenomenológica da Máfia, em Itália, nas décadas de 50 a 90, GIUSEPPE SPAGNOLO, *L'Associazione di tipo mafioso*, 5.ª Ed., Cedam, 1997, n. 1, págs. 1 a 4.

¹⁸⁹ Cfr. MARIA LUISA CESONI, “l’Italie, un pays précurseur”, in *Criminalité Organisée: Des Représentations Sociales aux Définitions Juridiques*, (org. Maria Luísa Cesoni), Georg librairie de l’Université Brulyant, 2004, págs. 518 e ss.; «Após a Segunda Guerra Mundial, a máfia sofreu uma modernização, libertando-se da sua função tradicional de manutenção da ordem pública e separando-se das suas estruturas culturais e sociais, com as quais apresentava uma ligação histórica. A partir de meados da década de 1960, as actividades tomam um rumo novo, *i.e.* sob a forma de crimes económicos, focando-se agora, de facto, na comissão de crimes, em particular sob a forma de participação nos mercados negros dos estupefacientes e das armas. A situação italiana específica é marcada pela forte interligação que se tem vindo a intensificar entre a velha máfia e a administração e a política, bem como por um forte envolvimento em actividades lícitas como a construção, a qual é apoiada mediante corrupção e estreita cooperação com agentes políticos e estatais. Enfatiza-se a enorme mistura de actividades lícitas e ilícitas. De resto, verifica-se uma aproximação considerável entre a típica criminalidade de “colarinho branco” e a criminalidade económica, por um lado, assim como a criminalidade cometida pela máfia, por outro», assim, HANS-JÖRG ALBRECHT, “Criminalidade organizada...”, cit., p. 79; para um *sentido* conciso a dar ao conceito de Máfia, cfr. ANTONIO LA SPINA, “The Paradox of Effectiveness: Growth, Institutionalisation

«O Código Penal Italiano continha já um crime semelhante à “conspiração”, a chamada “associação de delinquentes”, que se tratava basicamente de uma associação criminosa em que um determinado número de pessoas se reunia e se organizava com o propósito de cometer um número indeterminado de crimes. [...] Em 1982, introduziu-se o crime de “associação mafiosa”. De acordo com este artigo do Código Penal, será punido *todo aquele que se aproveitar da força da intimidação resultante do vínculo associativo, e da condição de sujeição e do “código de silêncio” que deriva desta situação para cometer delitos, para obter de modo directo ou indirecto a gestão, ou em qualquer caso, o controlo de actividades económicas, de serviços públicos, ou para obter proveitos ou vantagens injustas para si ou para outrem, ou para impedir ou dificultar o livre exercício do voto, ou para obter votos para si mesmo ou para outrem durante o período das eleições.*»^{190 191}

and Evaluation of Anti-mafia Policies in Italy”, in *Organized Crime in Europe, Concepts, Patterns and Control Policies in the European Union and Beyond*, Edited by Letizia Paoli/Cyrille Fijnaut, Springer, 2006, p. 641, segundo o qual se tratam de associações criminosas (como a Cosa Nostra, Camorra, ‘Ndrangheta, Sacra Corona Unita), que de acordo com uma definida jurisdição territorial interferem na estabilidade da actividade económica lícita, protegendo as pessoas da sua actuação através de acordos impostos coercivamente, ao mesmo tempo que organizam em seu proveito actividades ilícitas altamente lucrativas (como o tráfico de droga, roubo, prostituição), que branqueiam depois na actividade económica lícita, gerando um consenso social em determinadas camadas da população e depois estabelecendo uma relação de colaboração com líderes políticos locais e elites políticas nacionais.

¹⁹⁰ Cfr. VITO MONETTI, “O Sistema Institucional Italiano da Magistratura, Juízes e Procuradores”, in *Actas da Conferência Internacional de Processo Penal, Os Desafios do Século XXI*, Centro de Formação Jurídica e Judiciária, Macau, 2007, págs. 159 e 160.

¹⁹¹ A associação mafiosa «ha sido definida legalmente en la legislación italiana, tras la introducción en el Código Penal italiano del art. 416 bis por Ley 646/1982 de la siguiente manera: “*La asociación es de tipo Mafioso cuando quienes formen parte de ella se valgan de la fuerza de intimidación que supone el vínculo asociativo y de la condición de sometimiento o de obligación de silencio que de ellos deriva para comisión de delitos, para adquirir de forma directa o indirecta la gestión o el control de actividades económicas, concesiones, autorizaciones, contratos de obras y servicios públicos o para obtener provechos o ventajas*”

Em Itália observa-se assim, com nitidez, uma intenção político criminal expressa de responder aos problemas que o original tipo de crime de associação de delinquentes, previsto no art. 416 do Código Penal italiano (equivalente ao crime de associação criminosa do nosso ordenamento jurídico-penal¹⁹²) não permitia abarcar, atenta a sua peculiar circunstância nacional interna de acolher um fenómeno criminológico conhecido ao nível global¹⁹³; neste “novo” tipo de crime de “associação de tipo mafioso”, pretende-se também abarcar de modo mais abrangente e eficaz a realidade criminológica em que se traduz o fenómeno da criminalidade organizada em Itália, em que «la criminalidad organizada [...] incide no solo en el mercado económico, sino directamente en el mercado político. *Mafia e política* son términos naturalmente asociados.»^{194 195}

injustas para sí o para otros o con el fin de impedir u obstaculizar el libre ejercicio del voto o procurar votos para sí o para otros con ocasion de consultas electorales.” [...] La criminalización del método Mafioso en Italia es un ejemplo de cómo la organización criminal preocupa en los diversos Estados de una forma muy diferente.», cfr. CHOCLÁN MONTALVO, “Criminalidad Organizada...”, págs. 237 e 238; esta lei que introduziu este novo artigo no Código Penal italiano ficou também conhecida por Lei Rognoni-La Torre, por surgir na sequência do assassinato do deputado Pio La Torre e do general Carlo Alberto Dalla Chiesa, em Palermo, cfr. ANTONIO LA SPINA, “The Paradox...”, cit., p. 643.

¹⁹² É a seguinte a redacção do art. 416 do Código Penal italiano: «Quando due o più persone si associano allo scopo di commettere più delitti, coloro che promuovono o costituiscono od organizzano la associazione sono puniti, per ciò solo, com la reclusione da tre a sette anni.»

¹⁹³ Para uma análise das soluções encontradas no ordenamento jurídico-penal italiano a propósito da resposta ao fenómeno mafioso, antes das alterações introduzidas ao Código Penal pela Lei 646, de 1982, que introduziu o novo tipo de crime *associazione di tipo mafioso*, no âmbito assim do art. 416.º, *associazione per delinquere*, assinalando-se que, quase sem excepção, a jurisprudência aplicava o regime deste tipo de crime às associações mafiosas, cfr. GIUSEPPE SPAGNOLO, *L’Associazione*, cit., págs. 5 e ss.

¹⁹⁴ Cfr. CHOCLÁN MONTALVO, “Criminalidad Organizada...”, cit., p. 238

¹⁹⁵ Para uma análise da relação entre os dois tipos de crimes *associazione per delinquere* e *associazione di tipo mafioso*, em que este surge como numa relação de especialidade em relação àqueleoutro, mas também de consunção, com referências jurisprudenciais e doutriniais cfr. GIUSEPPE SPAGNOLO, *L’Associazione*, cit., págs. 173 e ss., sendo de realçar, segundo o Autor, que há, sobretudo, uma relação de menor/maior

Tratou-se de uma das primeiras tentativas internacionais para introduzir o conceito de “organised criminal association in criminal law” e, após a conhecida *Mani Pulite* (Mãos Limpas), que no início da década de 90 permitiu descobrir uma rede extensa de corrupção que incluía membros da máfia, foi mesmo feita uma emenda ao art. 416bis no sentido de ser igualmente enquadrável no tipo legal de crime “preventing, or obstructing the free exercise of the vote, or of procuring votes for themselves or for others at a time of electoral consultation” e, neste sentido, a «Itália é um dos poucos países da Europa, e possivelmente, no Mundo, onde há um elevado grau de identificação entre a definição oficial e aquela entendida genericamente pela população sobre o que seja crime organizado»; isto é, quer as pessoas que lidam profissionalmente com o assunto, quer o público em geral não têm dúvida em considerar que a *criminalità organizzata* «is a set of large-scale organisations that are either criminal *per se* or are primarily engaged in illegal activities»¹⁹⁶.

intensidade ou de *qualificação* entre os dois crimes, «[p]rima di tale momento, fino a quando l'associazione non acquisisce tale particolare potere intimidatorio – refere-se o Autor à associação de tipo mafioso – (e fino a quando gli affiliati ottengono ciò che perseguono solo in virtù di atti minatori volta per volta necessari) siamo in presenza di un'associazione per delinquere semplice; ugualmente, quando, col passare del tempo, per qualunque ragione viene meno la forza di intimidazione del vincolo associativo o questa no è più in grado di determinare condizioni di assoggettamento e di omertà, potrà eventualmente sussistere un'associazione per delinquere, ma non più un'associazione di tipo mafioso.», cfr. *ob. cit.*, págs. 175 e 176; ainda muito interessante é a circunstância de o Autor localizar diversas decisões judiciais que decidiram pela existência de concurso real entre os crimes (*concorso di reati*) de *associazione per delinquere* e *associazione di tipo mafioso*, havendo uma *continuidade criminosa* de uma determinada associação anterior à entrada em vigor do tipo de crime *associazione di tipo mafioso* e a partir do momento em que este passou a existir no ordenamento jurídico italiano, criticando o Autor, e a nosso modo de ver bem, tal solução, dado que «[l]a successione di leggi penali non può essere considerata un fatto interruptivo della permanenza. Il fatto resta único. Si tratta, se mai, di stabilire se sia applicabile la vecchia normativa o – come noi riteniamo – la nuova», cfr. *idem*, n. 5, págs. 176 e 177.

¹⁹⁶ Seguimos neste parágrafo, LETIZIA PAOLI/CYRILLE FIJNAUT, “The History...”, *cit.*, págs. 34 e 35.

O sistema italiano dá-nos assim uma *dimensão legislativa* mais precisa da natureza diversa dos fenómenos “associação criminosa” e “criminalidade organizada”, estando esta, por razões históricas conhecidas, indissociavelmente ligada ao fenómeno da Máfia, o que aliás é revelado pela epígrafe da norma constante do art. 416*bis* do CP¹⁹⁷.

¹⁹⁷ O fenómeno *máfia* é tão relevante em Itália que condicionou ou impôs reacções repercutidas em diversos níveis da sociedade por parte das autoridades incumbidas de garantir o seu regular funcionamento e, portanto, o bom funcionamento do sistema público de segurança; assim, por exemplo, nos anos 80 do séc. XX, na Sicília, foram aprovadas medidas de financiamento de projectos escolares e universitários no sentido de ser feita investigação sobre o fenómeno criminológico “máfia” e assim permitir alargar o seu conhecimento ao resto da sociedade; em 1999, também na Sicília, foram aprovadas ajudas financeiras de apoio às vítimas da “máfia” e subsídios aos «*entrepreneurs*», de modo a permitir a aquisição de equipamento de detecção intrusiva, quer áudio, quer vídeo; os municípios lançaram inúmeras iniciativas, inclusivamente ao nível das escolas; muito relevante foi ainda a promoção do desenvolvimento sócio-económico envolvendo os municípios, instituições públicas diversas, empreendedores e suas organizações e outros parceiros sociais, em programas conhecidos como *patti territoriali* e *contratti d’area*, que incluíam “protocolos legais”, com a participação das forças policiais e autoridades públicas administrativas, assumindo cada uma das partes obrigações no sentido do reforço das condições de segurança e da ordem pública – protegendo, por exemplo, as diferentes áreas da actividade económica – e assim poderem obter suporte financeiro através de um fundo nacional de segurança; a um outro nível de acção, foi exigida a exibição de um “*certificado anti-máfia*” às empresas e aos indivíduos com negócios com o sector público (quer dizer, a quem se candidatava a subsídios públicos ou a contratos públicos), com o qual se atestava que não tinham estado envolvidos com qualquer tipo de associação mafiosa, isto é, que não haviam sido considerados culpados em qualquer actividade violadora de normas punitivas de actividades anti-máfia, nem tinham sido sujeitos a quaisquer medidas preventivas impostas pela Lei 575/1965 (estas medidas foram impostas inicialmente pelo art. 2.º da Lei 936/1982 e, posteriormente, pelo art. 7.º da Lei 55/1990 e, com o passar dos anos, foram tomadas medidas administrativas que mitigaram estas exigências no sentido de as simplificarem, impondo-se limites a partir dos quais tais documentos eram exigíveis, sendo que abaixo, por exemplo, dos € 154.937,07 tais documentos não seriam necessários); em 1999, depois de diversas falsas partidas, a Autoridade de supervisão das obras públicas – *Autorità perl a vigilanza sui lavori pubblici* – começou a agir no sentido de garantir a legalidade, eficiência e boa contabilidade do sector, já que o envolvimento histórico da Máfia teve como resultado um sedimentar muito alarmante do fenómeno corruptivo por parte de agentes pertencentes às autoridades policiais, administrativas e políticas; assim, esta instituição independente teve como missão inspeccionar e punir as empresas, bem como exigir qualquer documentação e informação relativa às suas actividades relacionadas

4. Bélgica

Na Bélgica estão previstos no Código Penal o crime de *l'association de malfaiteurs* (arts. 322.º a 324.º e 325.º e 326.º) e de *organization criminelle* (arts. 324bis, 324ter e 325.º e 326.º), sendo este último mais recente (em vigor desde 8 de Março de 1999)

com o sector público, informando as autoridades judiciárias de qualquer irregularidade encontrada; assim o Decreto-Lei 267/2000 permite a dissolução dos Conselhos Municipais e Provinciais, bem com a suspensão ou exoneração dos seus Presidentes quando haja a prova da sua ligação à Máfia, sendo portanto medidas que só visam a sua aplicação às pessoas que desempenham funções políticas e não já à transferência ou expulsão do pessoal meramente administrativo, o que ainda é uma lacuna a preencher; noutra perspectiva, nos anos imediatamente a seguir à famosa *Operazione Primavera*, o exército italiano cumpriu uma muito importante tarefa de protecção dos juízes e de outros alvos, o que, tendo gerado nos primeiros meses muita preocupação em diversos sectores, veio a merecer um alargado apoio por parte da opinião pública, tendo até tido repercussões na diminuição da criminalidade em geral; a um outro nível, já na relação entre a Itália e a União Europeia, foram desenvolvidas inúmeras iniciativas no âmbito das políticas de coesão, com as quais se pretendeu reduzir o hiato entre as regiões mais desenvolvidas e as que não atingiam os 75% da média comunitária e, em Itália, as quatro regiões menos desenvolvidas e que estavam abaixo da fasquia referida foram precisamente aquelas que tinham a presença mais notória da Máfia, isto é, a Sicília, Campania, Calábria e Basilicata, portanto, aquelas que apresentavam um preocupante desenvolvimento económico; neste sentido, quer no segundo quadro comunitário de apoio (1994-1999), quer no terceiro (2000-2006) foram disponibilizados fundos no sentido de serem desenvolvidas determinadas áreas industriais, onde a segurança fosse reforçada, evitando actos de violência e de sabotagem ou fossem melhoradas as infra estruturas rodoviárias ou de telecomunicações, no sentido de melhorar a rapidez de resposta das unidades policiais, ao mesmo tempo que eram reforçados os mecanismos de controlo de fronteiras; no segundo quadro comunitário de apoio os objectivos inicialmente lançados para as chamadas Regiões 1 (as mais pobres) foram alargados a todo o território, envolvendo assim todos os níveis da governação do território, do Governo central aos municípios, passando pelos sindicatos e outras organizações não governamentais, com uma ideia de reforço das novas tecnologias, que permitiam respostas mais rápidas e a difusão da *cultura da legalidade*, num envolvimento mais próximo da sociedade civil e que se repercutiu em projectos como *Automatic Fingerprints Identification System*, que permite aos tribunais e prisões da área 1 (portanto, das referidas quatro regiões mais pobres) acederem ao *sistema periférico per l'acquisizione delle impronte digitali*, um sistema que se mostra sediado num arquivo centralizado, que é gerido pela Polícia Científica do Ministério do Interior e pelo Sistema de Informações dos gabinetes do Procuradores, etc., cfr. ANTONIO LA SPINA, “The Paradox...”, cit., págs. 649 a 651.

resultado de aturadas discussões internas, de âmbito parlamentar, governamental e doutrinal, que deram azo a diversos projectos-leis com diversas definições do que seja “criminalidade organizada” e tendo por influência mais próxima, quanto à sua redacção final, o Conselho da União Europeia realizado a 4 e 5 de Dezembro de 1997, que adoptou um projecto de “acção comum” – que viria a ser a Acção Comum de 21 de Dezembro de 1998 – assente no terceiro pilar do tratado da União Europeia, relativo à incriminação da participação numa organização criminosa dentro dos Estados membros.¹⁹⁸

Muito interessante no regime jurídico-penal belga é perceber que a redacção do tipo de crime *l’association de malfaiteurs* é muito semelhante à redacção originária do art. 263.º dos nossos códigos penais de 1852 e 1886, no que diz respeito à limitação da natureza dos crimes objecto da associação: contra as pessoas e contra a propriedade. Como já tivemos oportunidade de analisar, nós superámos tal *limitação material* com a consagração do tipo de crime de “associação criminosa”, no que se pode considerar ser uma razão relevante para que não tenhamos avançado para um novo tipo de crime – de organização criminosa –, tal como sucedeu na Bélgica que com a criação de tal tipo de crime superou essa muito relevante limitação material.

Na Bélgica o alcance material limitado do inicial tipo de crime *l’association de malfaiteurs* deu o mote para a consagração legal da *organization criminelle* enquanto tipo legal de crime.

¹⁹⁸ Cfr., com muito detalhe, BERTRAND RENARD e CAROLINE VANDRESSE, “La Belgique, ou l’aincrimination de l’organisation criminelle comme soutien des techniques d’enquête”, in *Criminalité Organisée: Des Représentations Sociales aux Définitions Juridiques*, (org. Maria Luísa Cesoni), Georg Librairie de l’Université Brulyant, 2004, págs. 398 e ss.

5. França

Em França observa-se, à semelhança da realidade portuguesa, uma consagração expressa do crime de *association de malfaiteurs*¹⁹⁹, o qual, não obstante a *ancien* designação em epígrafe, cuja redacção originária remonta ao Código Penal francês de 1810 (com o intuito de controlar a actividade criminosa dos grupos criados pela Revolução) tem uma redacção que se afastou do seu texto originário²⁰⁰, sem portanto limitar a punição por pertença à “associação” aos crimes contra as pessoas ou a propriedade (como ainda hoje sucede na Bélgica)²⁰¹.

Neste país não há um tipo de crime próprio para a “criminalidade organizada”²⁰²:

¹⁹⁹ Cfr. No título V, sob o título “De la participation à une association de malfaiteurs”, encontramos o art. 450.º-1 do CPF, cuja redacção, por força da Lei n.º 2001-420, de 15 de Maio de 2001, art. 45.º Jornal Oficial de 16 de Maio de 2001, em vigor desde 1 de Janeiro de 2002, é a seguinte: “Constitue une association de malfaiteurs tout grupement formé ou entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d’un ou plusieurs crimes ou d’un ou plusieurs délits punis d’au moins cinq ans d’emprisonnement. [...] Lorsque les infractions préparées sont des crimes ou des délits punis de dix ans d’emprisonnement, la participation à une association de malfaiteurs est punie de dix ans d’emprisonnement et de 150 000 euros d’amende. [...] Lorsque les infractions préparées sont des délits punis d’au moins cinq ans d’emprisonnement, la participation à une association de malfaiteurs est punie de cinq ans d’emprisonnement et de 75 000 euros d’amende”.

²⁰⁰ E que, como vimos, serviu de directa inspiração para o nosso tipo de crime no Código de 1852.

²⁰¹ O tipo de crime da associação de malfeitores desde a sua redacção originária só foi alvo de pequenos ajustamentos em 1893 e em 1981, tendo só com o Código Penal de 1994 sofrido alterações mais profundas, deixando por exemplo de ser feita a alusão, como elementos típicos relevantes, à dimensão do grupo ou aos objectivos específicos da *associação*, antes somente contra as pessoas e as propriedades, alargando assim a punição a todos os tipos de crimes visados puníveis pelo menos com a pena de 5 anos de prisão, cfr. THIERRY GODEFROY, “The Control...”, cit., págs. 768 e 769.

²⁰² A ênfase dada no ordenamento jurídico-penal francês ao fenómeno da criminalidade organizada é apreensível, por exemplo, pela circunstância de ter sido ratificada numa das primeiras sessões da Assembleia Nacional após as eleições de Junho de 2002, por unanimidade, a Convenção de Palermo, a 24 de Julho de 2002, após a sua ratificação, igualmente por unanimidade, no Senado a 21 de Fevereiro de 2002,

todavia, o art. 450 do CPF dá uma base de sustentação muito relevante ao *fenómeno*, pela amplitude permitida pela sua redacção, em conjugação com a previsão de outras normas como, por exemplo, a do art. 222-34²⁰³ do CPF relativo ao tráfico de estupefacientes, ou as dos arts. 222-38 e 324-1 do CPF – relacionadas com os crimes de branqueamento de capitais – ou, ainda, as normas relativas ao tráfico de pessoas para o exercício da prostituição (art. 225-6 do CPF)²⁰⁴ e a relativa à pertença a uma organização terrorista (art. 421-2-1 do CPF).

O art. 132-71 do Código Penal, inserido no CP na revisão de 1981, pune as actividades ilegais dos *gangs organizados* e os acordos obtidos com o propósito de cometer uma ofensa grave, sendo, simultaneamente, a partir de 1994, uma causa de agravação de outros crimes, como seja o tráfico de drogas, a fraude e a extorsão²⁰⁵.

Os termos “organização criminosa” e “crime organizado” têm vindo a ser ajustados de modo contínuo pelo legislador francês – que os não conhecia na sua tradição –, gerando hesitações interpretativas, levando a que haja quem tenha muitas dúvidas quanto à sua aplicabilidade prática, não sendo punível a mera pertença a um grupo ou

cfr. THIERRY GODEFROY, “The Control...”, cit., p. 768.

²⁰³ Com a seguinte redacção: “Le fait de diriger ou d’organiser un groupement ayant pour object la production, la fabrication, l’importation, l’exportation, le transport, la détention, l’offre, la cession, l’acquisition ou l’emploi illicites de stupéfiants est puni de la réclusion criminelle à perpétuité et de 7 500 000 euros d’amende.”

²⁰⁴ Cfr. YANN BISIQU, “Le concept...”, cit., págs. 635 e ss., onde expressamente aborda a questão muitíssimo relevante das consequências da qualificação, no ordenamento jurídico-penal francês, de uma actividade criminosa como “criminalidade organizada”, sobretudo no que diz respeito à restrição de direitos, liberdades e garantias, sobretudo as de cariz processual, cfr. *idem*, p. 642.

²⁰⁵ Cfr. THIERRY GODEFROY, “The Control...”, cit., p. 770; a lei francesa faz uma divisão entre três categorias: as contravenções – ilícitos menores – que são julgadas pelos tribunais de polícia; os delitos – ilícitos intermédios – que são julgados pelos tribunais correcionais; e os crimes – os ilícitos mais graves – que são julgados pelos *cours d’assises*, com intervenção de júri, cfr. *ob. loc. cit.*, n. 17; cfr. ainda arts. 131-1 a 131-18 do Código Penal francês.

organização criminosos se essa pertença não estiver ligada à preparação de um crime.²⁰⁶

A primeira referência feita pelo legislador francês a “actividades de organizações criminosas”, dá-se com a aprovação da Lei 93-122 relativa à prevenção da corrupção e à transparência da vida económica e dos procedimentos públicos (também conhecida como Lei dos Partidos Políticos) de 29 de Janeiro de 1993²⁰⁷, que, de forma simultânea, procedeu a uma alteração à Lei 90-614 de 12 de Julho de 1990 relativa à participação de organismos financeiros na luta contra o branqueamento de capitais provenientes do tráfico de estupefacientes – que estendeu a obrigação por parte das instituições financeiras de comunicarem a actividade de “organizações criminosas” –, sem, no entanto, providenciar pela sua definição.

A segunda referência expressa à “criminalidade organizada” no ordenamento jurídico francês foi feita com a criação da *Section centrale d'investigations sur le crime organisé*, pela Lei de Orientação e Programação relativas à Segurança, de 21 de Janeiro de 1995²⁰⁸, fornecendo o art. 4.º as suas linhas orientadoras e o respectivo programa, que pela primeira vez faz uma referência em França ao *combate à criminalidade*

²⁰⁶ Cfr. THIERRY GODEFROY, “The Control...”, cit. págs. 770 e 771.

²⁰⁷ *Journal Officiel*, de 30 de Janeiro de 1993.

²⁰⁸ *Loi n.º 95-73, du 21 janvier* publicada no *Journal Officiel*, de 24 de Janeiro de 1995; o Décret n.º 2006-518 de 6 de Maio de 2006 criou, por sua vez, o Gabinete central da luta contra o crime organizado (*Office central de lutte contre le crime organisé*), que visou melhorar a coordenação entre as diversas instituições policiais na investigação desta criminalidade, criando um âmbito material de acção, delimitando no seu art. 2.º os crimes que estão sob a sua alçada, sendo que o *sujeito criminal* por excelência são os «*groupes criminels quelles soient leurs activités illicites, et notamment les homicides commis entre malfaiteurs, les extorsions, y compris lorsqu'elles accompagnent un enlèvement de personne, les trafics de véhicules volés et de faux documents, les vols qualifiés, les évasions violentes, les trafics d'armes et de matières nucléaires, biologiques et chimiques et les associations de malfaiteurs en liaison avec ces infractions.*», podendo ainda esta nova *instituição formal de controlo* fazer buscas e deter, em conformidade com as disposições previstas no código de processo penal, «*les auteurs présumés, les témoins défaillants ou importants d'une infraction faisant l'objet d'une enquête [...].*»

*organizada*²⁰⁹, no que é mais um passo comprovativo da evolução da temática neste país com a criação de um controlo *institucional* do fenómeno, com centralização da informação e da investigação, o que, todavia, não permitiu garantir coerência na coordenação ao seu combate e tem sido precisamente o grande foco da discussão desde meados dos anos de 1990 até à data, com a intervenção de muitas estruturas operacionais baseadas num sistema judicial antigo, com órgãos de investigação a actuarem em sobreposição de funções ou mesmo em actuação paralela, gerando assim conflitos *internos* de competência, a que não é alheia – se é que não é exactamente o resultado de – uma legislação particularmente hesitante quanto à terminologia adoptada.²¹⁰

Em 1996 voltaram a verificar-se alterações ao regime do branqueamento de capitais, que inicialmente estava confinado ao tráfico de estupefacientes como único crime prévio; no decurso do debate gerado a este propósito, e porque as forças representativas do quadro político situado ideologicamente à direita temiam que a evasão fiscal pudesse ser considerada como um dos ilícitos prévios susceptíveis de gerar a responsabilidade pela prática do crime de branqueamento de capitais, sugeriram que a criminalização do branqueamento de capitais ficasse confinado ao dinheiro proveniente de *organizações criminosas*, o que, no entanto, não veio a ser posto em prática; a lei veio a consagrar como ilícitos prévios ao branqueamento de capitais todos os que tenham gravidade média e elevada (Lei 96-392, de 13 de Maio de 1996, relativa à luta contra o branqueamento e tráfico de estupefacientes e à cooperação internacional em matéria perda e confisco de produtos do crime); todavia, e por força da *supra* assinalada Lei 93-122, mantinha-se a obrigação, por parte das instituições financeiras, de reportarem actividades suspeitas por parte de “organizações criminosas”; foi uma ordem ministerial relativa ao reforço da Lei

²⁰⁹ Assim, cfr. THIERRY GODEFROY, “The Control...”, cit. p. 771.

²¹⁰ Cfr. THIERRY GODEFROY, “The Control...”, cit. págs. 776 a 783.

96-392 que pela primeira vez forneceu uma terminologia específica entretanto adoptada por diversas leis, e em coerência com a Directiva europeia de 1991 relativa ao branqueamento de capitais, no sentido de entender que a luta contra a criminalidade organizada tem por objectivo detectar «redes estruturadas de reciclagem de lucros provenientes de actividades ilícitas de natureza internacional». Nesta alteração legislativa foi introduzido um regime inovador – e sintomático –, que implicou/consagrou o que se pode considerar ser uma *inversão do ónus da prova* relativamente a quem, tendo contactos ou relações conhecidos com pessoas envolvidas na actividade do tráfico de estupefacientes e não consiga justificar a proveniência dos rendimentos que permitam dar coerência aos seus sinais exteriores de riqueza, deva ser punido por essa falta de justificação quanto à proveniência legítima dos seus rendimentos e assim permita compreender a sua elevada capacidade económica; em 2001 houve alterações ao diploma que pune o branqueamento de capitais, tendo-se modificado a fórmula que havia sido adoptada em 1993 para descrever a actividade criminosa prévia que era descrita como derivada de «actividades de uma organização criminosa» para passar a ser descrita como uma «actividade criminosa organizada», o que permite reforçar a obrigação de comunicação às autoridades formais de controlo a eventual origem ilícita dos produtos do crime com base numa “simples suspeita de probabilidade» e não já a partir de uma análise da natureza da própria organização criminosa que poderá estar na base de tal actividade e será sempre mais difícil de avaliar por parte das entidades obrigadas a tal comunicação e de provar num momento subsequente.²¹¹

A Lei 2001-1062 de 15 de Novembro, denominada por Lei relativa à Segurança Quotidiana, aprovada na sequência do movimento securitário fruto do fatídico 11 de

²¹¹ Acompanhamos de perto neste parágrafo THIERRY GODEFROY, “The Control...”, cit. págs. 772 e 773.

Setembro, introduziu novas cláusulas de natureza processual penal no combate ao terrorismo, aplicáveis igualmente à criminalidade organizada²¹² relativas à autorização de buscas, incluindo nocturnas, numa fase preliminar da investigação, à protecção das testemunhas e das pessoas que colaboram na investigação de tais crimes²¹³, com uma duração temporalmente limitada – inicialmente até 31 de Dezembro de 2003 – e foram depois estendidas no tempo e aplicáveis a outros crimes e, numa dimensão muito relevante, veio focar a atenção no aspecto patrimonial, numa abordagem económica e fiscal, das investigações aos crimes relacionados com a criminalidade organizada.

Muito importante no contexto legislativo francês foi a aprovação da Lei n.º 2004-204, de 9 de Março de 2004, denominada de “adaptação da justiça à evolução da criminalidade”²¹⁴, de extensa amplitude, que procedeu à implementação de disposições processuais penais particulares aplicáveis à criminalidade organizada²¹⁵, introduziu alterações de natureza substantiva relativas à repressão da criminalidade organizada²¹⁶; aditou por exemplo o art. 450-5, nos termos do qual as pessoas físicas e colectivas reconhecidas como culpadas pela prática das infracções previstas na segunda alínea do art. 450-1²¹⁷ e na norma prevista no art. 450-2-1 podiam ver os seus bens total ou parcialmente confiscados, seja qual for a sua natureza, móveis ou imóveis, divisíveis ou

²¹² Cfr. THIERRY GODEFROY, “The Control...”, cit. págs. 774 e 775, que identifica a esse respeito – cfr. n. 28 – a Ordem do Ministro da Justiça 02.10.E8, de 25/04/2002.

²¹³ Cfr., arts. 706-59, 706-60, 706-62 e 706-63 do *Code de Procédure Pénale*.

²¹⁴ Este diploma foi alterado entretanto pelas Leis n.ºs 2005-1549, de 12 de Dezembro, 2009-1436, de 24 de Novembro e 2010-242, de 10 de Março.

²¹⁵ Cfr. Capítulo 1, “Section 1: Dispositions relatives à la procédure particulière applicable à la délinquance et à la criminalité organisées.”, arts. 1.º a 5.º.

²¹⁶ Cfr. “Section 2: Dispositions relatives à la répression de la délinquance et de la criminalité organisées.”, arts. 6.º a 13.º.

²¹⁷ Cfr. *supra* n. 199.

indivisíveis, muito embora esta última norma tenha sido revogada pela Lei n.º 2006-64, de 23 de Janeiro de 2006²¹⁸.

6. Suíça

Na Suíça foi introduzida, não isenta de críticas, a incriminação da organização criminosa em 1994, sobretudo tendo em vista a protecção da sua conhecida praça financeira²¹⁹.

²¹⁸ Cfr. art. 24.º da Loi n.º 2006-64 du 23 janvier 2006, JORF 24 de Janeiro de 2006, *relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers*, com versão consolidada por força da Lei n.º 2012-1432, de 21 de Dezembro de 2012.

²¹⁹ Cfr., num trabalho de grande fôlego, MARIA LUISA CESONI e KONSTANTIN VON ZWEHL, “La Suisse, ou l’incrimination de l’organisation criminelle comme protection de la place financière”, in *Criminalité Organisée: Des Représentations Sociales aux Définitions Juridiques*, (org. Maria Luísa Cesoni), Georg Librairie de l’Université Brulyant, 2004, págs. 41 e ss., onde se começa por fazer uma detalhada abordagem sociológica, com a análise do conceito de *criminalité organisée* de Jean Ziegler (*Les seigneurs du crime. Les nouvelles mafias contre la démocratie*, Paris, Seuil), elaborado por contraposição ao conceito de *criminalité économique*, nessa diferenciação buscando o conceito de crime organizado, distinguindo-os diversas características: enquanto naquela os seus agentes são pessoas conhecidas, não dispõem do poder de aterrorizar, paralisar ou corromper o aparelho judiciário e político do Estado, neste, os “senhores do crime” vivem numa perfeita cortina que os remete para uma absoluta clandestinidade, conseguem infiltrar a sua actuação na actuação dos próprios Estados, quer através de governantes, parlamentares, responsáveis policiais ou do mundo judiciário, alcançando uma imunidade permanente, formando uma contra-sociedade capaz de negociar com o Estado de direito, no que traduz uma abordagem que alinha com o conceito de W. Hassemer (Inner Sicherheit im Rechtsstaat, *Der Strafverteidiger*, n.º 12 (1993), concluindo que, neste sentido, segundo Ziegler, o conceito de criminalidade organizada é operativo em países como a Rússia, Colômbia e talvez em Itália, mas já não em França, Alemanha ou Suíça (p. 45); continuam com a abordagem do trabalho de C. Besozzi (*Organisierte Kriminalität und empirische Forschung*, Chur-Zurich, Rüegggerm), que parte em busca de uma definição, não jurídica na sua essência, tendo por ponto de partida a resposta a três questões: Qual criminalidade? Quais as organizações? Que natureza, medida ou tipo? (pp. 46 a 48), prosseguindo com uma definição operativa do que seja a criminalidade organizada, que supera o ponto de partida redutor das definições jurídicas de criminalidade organizada e criminalidade económica,

A evolução histórica do combate à criminalidade organizada neste país – afortunadamente sem o mesmo grau de incidência criminosa de outros países, como a Itália ou a Alemanha – foi feita, numa primeira fase – a partir de finais dos anos 60²²⁰ – sem sequer se definir o fenómeno com o “*nomen*”, mas por apelo à possibilidade de contágio à sociedade suíça do que ia sucedendo noutros países com o recrudescimento da violência, como por exemplo nos Estados Unidos, para, num segundo momento, a partir de meados dos anos 70²²¹, começar a ser enquadrada com base em dois fenómenos: o terrorismo, por um lado, e as *associations de malfeiteurs*, por outro. E, sob este ponto de vista, é muito interessante esta génese no *combate* à criminalidade organizada na Suíça, que assim a faz surgir, no que diz respeito ao crime que nos “provoca” para este estudo,

em face de fenómenos tão complexos que em muito transcende aqueles dois conceitos, a partir da análise do estudo de Nicolas Queloz, que enuncia características estruturais, como sejam a existência de *groupements* ou *associations de criminels*, que agem com uma vontade deliberada de praticar ilícitos, quer em si mesmos, quer em ligação a actividades legais, com uma organização rigorosa, estratégica e profissional, visando o lucro, operando em três grandes áreas, embora sem excluir uma ligação também à pequena criminalidade, como seja a criminalidade violenta, a do tráfico ilícito de diversa natureza e a criminalidade económica, como forma de participar astuciosamente na economia lícita e assim conseguir implantação e influência, enquanto simultaneamente recicla o produto do crime (p. 48 a 50).

²²⁰ Cfr. MARIA LUISA CESONI e KONSTANTIN VON ZWEHL, “La Suisse...”, cit., p. 106.

²²¹ Cfr. MARIA LUISA CESONI e KONSTANTIN VON ZWEHL, “La Suisse...”, cit., p. 107, com a apresentação de uma terceira moção, em 16 de Dezembro de 1975, por Kaspar Meier, que apelava a uma agravação notória das penas para tal tipo de criminalidade; a 3 de Maio de 1977 uma moção do Conselho Nacional relativa ao projecto do Código Penal e à segurança da navegação aérea visava punir os “actos preparatórios delituosos”, permitindo reprimir certos actos de terrorismo e outros actos de violência ainda no estado de preparação (*ob. loc. cit.*). A primeira definição jurídico-penal de crime organizado surgiu com a assinatura de um tratado sobre assistência judiciária mútua em matéria penal com o Estados Unidos, em 25 de Maio de 1973; há no entanto a curiosidade de já em 17 de Novembro de 1873, ao abrigo da Convenção sobre extradição assinada entre a Suíça e a Rússia, se prever a *association de malfeiteurs* como um dos crimes que permitiam a extradição, havendo norma equivalente em Tratado semelhante assinado com a França em 1 de Julho de 1869 e que entrou em vigor na Suíça em 1 de Fevereiro de 1870 (cfr. *ob. cit.*, p. 108, n. 7)

como algo “além”, como algo que supera a “associação criminosa”.

A associação de malfeitores começou por ser definida, não pelas suas características internas, mas por referência a um catálogo de crimes²²², sem qualquer referência directa ao que se devesse considerar como “grupo organizado”, o que só virá a ser discutido no início da década de 1990²²³.

Foi fruto da influência internacional, com a atenção muito direccionada para fenómenos criminosos como o tráfico de droga, o tráfico de pessoas e de armas e o

²²² Cfr. Cfr. MARIA LUISA CESONI e KONSTANTIN VON ZWEHL, “La Suisse...”, cit., págs. 110 e ss., com referência ao art. 260bis do Projecto de Código Penal (1977), cuja redacção, neste aspecto relevante, era “*Serait puni [...] celui qui s’endend avec d’autres pour former une association au s’afilie à une association dont l’activité consiste à commetre l’une des infractions suivantes [...]*”; neste projecto previa-se uma segunda norma relativa à punição dos actos preparatórios (o art. 260ter), que previa a punição de quem “*prepare l’un des actes visés à l’art. 260bis (...), en prenant, conformément à un plan, des mesures d’ordre technique ou d’organizations ou autres.*”; na obra que vimos a seguir, tem muito interesse a contextualização da temática relativa à figura jurídico-penal da tentativa, que na doutrina suíça pode assumir cinco formas: a tentativa simples, o crime não consumado, o arrependimento activo, o arrependimento sincero e o crime impossível, sendo que, à época do projecto de CP em referência, o debate se centrava essencialmente em distinguir a tentativa simples dos actos preparatórios, considerando-se por aquela «l’auteur doit non seulement avoir affectué un certain nombre d’actes en véu de commetre un délit ou un crime, mais il doit être passe à la phase externe de son entreprise. L’entrée dans l’illégalité coincide avec le commencement de l’exécution de l’infraction prévue [...]. [L]’auteur a effectivement commencé la commission du délit ou du crime, mas n’est pas parvenu à ses fins pour des raisons étrangers à sa volonté», e, por actos preparatórios, «[u]n acte préparatoire peut en revanche être defini comme la mise en place des éléments permettant la commission d’un délit ou d’un crime en particulier, sans cependant que le pas vers la commission effective du délit ou du crime préparé soit franchi.» (*ob. cit.* p. 112).

²²³ Com efeito, este projecto, no que diz respeito ao crime de associação criminosa e à punição dos actos preparatórios foi rejeitada pelo Conselho Federal em 1980 – em virtude da oposição categórica de alguns cantões suíços – que considerava que tais disposições violavam princípios gerais do direito penal, segundo os quais, para resumir, não justificavam o abandono da distinção precisa entre actos preparatórios não puníveis e a tentativa punível; no entanto, se quanto ao crime de associação criminosa houve uma total recusa na sua criação, já o mesmo não sucedeu quanto à punição de actos preparatórios delituosos, com a entrada em vigor do novo art. 260bis, em 9 de Outubro de 1981, cfr., com pormenor, MARIA LUISA CESONI e KONSTANTIN VON ZWEHL, “La Suisse...”, cit., págs. 113 a 116.

branqueamento de capitais, e para preservar a imagem internacional do país, que se começou a avançar no sentido de expressamente prever normas que fizessem face ao fenómeno das organizações criminosas, começando a ganhar apoio o recurso à figura da organização criminosa para combater o branqueamento de capitais, tal como havia proposto Stratenwerth²²⁴, sendo que a sua pertença [à organização criminosa] no cometimento do crime de branqueamento passou a ser uma causa de agravação. Após intenso debate, que passou primeiro pela busca da realidade criminológica subjacente à organização criminosa, no sentido de apurar as suas características essenciais e fazer com que essas passassem a ser depois consagradas na norma e assim conseguir uma noção o mais determinada e rigorosa possível, foi introduzido no CP Suíço, a 1 de Agosto de 1994, o art. 260ter, com a seguinte redacção: “1. *Celui qui aura participe à une organization qui tien sa structure et son effectif secrets et qui poursuit le but de commettre des actes de violence criminels ou de se procurer des revenues par des moyens criminels, celui qui aura soutenu une telle organisation dans son activité criminelle [...]*”; a organização criminosa compreende assim quatro elementos cumulativos: 1) a existência da organização; 2) a estrutura e o número dos seus elementos devem ser mantidos em segredo; 3) o seu objectivo é a prática de actos criminosos violentos para a obtenção de rendimentos; 4) devendo o autor ou participar na organização ou dar-lhe apoio na sua actividade criminosa, sendo apenas possível cometer o crime de forma intencional.²²⁵

²²⁴ Cfr. MARIA LUISA CESONI e KONSTANTIN VON ZWEHL, “La Suisse...”, cit., págs. 116 a 123.

²²⁵ Cfr. MARIA LUISA CESONI e KONSTANTIN VON ZWEHL, “La Suisse...”, cit., págs. 154 e ss, sendo de destacar o elemento típico mais controverso, e gerou assim muita discussão na doutrina suíça, do segredo, tido como um elemento típico de apreensão complexa e impraticável (Gunther Arzt), cfr. *ob. cit.*, pp. 159 e 160, tido pelo Conselho Federal como uma forma de distinguir as organizações criminosas das organizações legais que, ocasionalmente, cometem delitos; também não isenta de reparos é a outra limitação típica e que diz respeito à exigência de o escopo da organização criminosa passar pela prática de *actos criminosos violentos para a obtenção de rendimentos*, na medida em que parece excluir toda uma

O conceito de organização criminosa no ordenamento jurídico-penal suíço engloba ou conjuga assim duas perspectivas para o seu enquadramento dogmático, uma que faz apelo a uma visão *conspirativa* comum por exemplo ao modelo Siciliano – *omertà* –, outra que enquadra o fenómeno numa lógica *empresarial*, comum ao modelo norte-americano, notando-se, na sua última evolução, uma aproximação a este último²²⁶.

7. Alemanha

Na Alemanha o art. 129.º do Código Penal prevê o crime de formação da associação de malfeitores (*Bildung Krimineller Vereinigungen*); esta norma tem a sua raiz histórica – longínqua – no art. 2.º do Édito Prussiano de 1798, cuja epígrafe era “Prevenção e punição das uniões secretas que podem prejudicar a segurança pública” (*geheime Verbindungen*), que visava especificamente uniões secretas criadas na sequência da revolução francesa.²²⁷

À semelhança do que se passa em França ou em Portugal, também não se mostra expressamente consagrado um tipo legal de crime que defina ou congreue a *criminalidade organizada*; o regime jurídico-penal relativo à criminalidade organizada alcança-se pela análise do regime jurídico constante de diversas normas e diplomas legais

criminalidade financeira, por natureza não violenta, mas que antes se assume cada vez mais como uma criminalidade que aproveita as mais recentes evoluções tecnológicas para alcançar os seus desígnios ilegítimos.

²²⁶ Cfr., assim, CLAUDIO BESOZZI, “Illegal Markets and Organised Crime in Switzerland: A Critical Assessment”, in *Organized Crime in Europe, Concepts, Patterns and Control Policies in the European Union and Beyond*, Edited by Letizia Paoli/Cyrille Fijnaut, Springer, 2006, p. 504.

²²⁷ Cfr. JORG KINZIG, “Mesures de lutte contre la criminalité organisée en Allemagne”, in *Criminalité Organisée: Des Représentations Sociales aux Définitions Juridiques*, (org. Maria Luísa Cesoni), Georg Librairie de l’Université Brulyant, 2004, págs. 649 e ss.

vigentes no seu ordenamento jurídico, que prevêem os conceitos de “bando” e de “negócio” como circunstâncias agravantes na prática de diversos crimes, o regime de branqueamento de capitais, o regime da perda dos bens a favor do Estado, etc.²²⁸

Se podemos detectar uma definição *semi-oficial* de criminalidade organizada no ordenamento jurídico-penal alemão desde 1986²²⁹ – e que coincide com a que *infra* é exposta do *Bundeskriminalamt* –, foi no ano de 1992 que, pela primeira vez, o legislador alemão introduziu alterações ao Código Penal e ao Código de Processo Penal que visavam especificamente a luta contra o perigo criado pela criminalidade organizada, através da Lei de 15 de Julho de 1992²³⁰ relativa ao tráfico de estupefacientes e outras

²²⁸ Cfr. JORG KINZIG, “Mesures de lutte...”, cit., págs. 662 e ss., 667, que, na análise ao conceito de “negócio” como circunstância agravante, assinala a circunstância de haver falta de decisões de tribunais superiores a seu respeito.

²²⁹ Cfr. LETIZIA PAOLI/CYRILLE FIJNAUT, “The History...”, cit., págs. 35, n. 3 (apesar de haver um lapso material na indicação da nota, pois é a 2 em texto e 3 na nota) e 36, que explicam ter havido a adopção de um conceito de criminalidade organizada por parte dos Ministros estaduais da Justiça e do Interior, que deixam cair o paradigma referente à máfia para subscrever o paradigma da “empresa ilegal” e que, não obstante nunca ter dado origem a qualquer definição legal – por isso designada de *semi-oficial* – veio influenciar a produção de diversos diplomas legais, como o que é citado em texto; a sua definição é a seguinte: «O crime organizado constitui uma prática planeada de crimes, que visam a obtenção de lucro ou do poder. Tais crimes têm de ser, em si mesmos ou na sua intencionalidade, ofensas graves e supõem a cooperação de mais de duas pessoas agindo numa comunhão de intenções num período prolongado ou indefinido de tempo, tendo por base a repartição de tarefas: a) utilizando uma estrutura comercial ou de negócios; b) praticando actos violentos ou outros métodos intimidatórios; c) exercendo pressão sobre agentes políticos, a administração pública, o sistema de justiça ou do comércio e indústria.», Gemeinsame Richtlinie der Justizminister/-senatoren und der Innenminister/-senatoren der Länder über die Zusammenarbeit von Staatsanwaltschaft und Polizei bei der Verfolgung der Organisierten Kriminalität, publicado in Kleinknecht and Meyer-Gossner (2001), *Richtlinien für das Straf und Bussgeldverfahren*, Anlage E, Punkt 2.1, apud JÖRG KINZIG/ANNA LUCZAK, “Organised Crime in Germany: A *Pass-Partout* Definition Encompassing Different Phenomena”, in *Organized Crime in Europe, Concepts, Patterns and Control Policies in the European Union and Beyond*, Edited by Letizia Paoli/Cyrille Fijnaut, Springer, 2006, págs. 335 e 336.

²³⁰ *Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der*

formas de criminalidade organizada; com este novo regime procedeu-se à elevação das molduras penais, facilitou-se a confiscação do dinheiro proveniente de tais práticas e foi promovida a integração no Código Penal de diversas circunstâncias agravantes, como seja a actividade desencadeada em bando em diversas áreas criminosas (cfr. arts. 244^a, 260.º al. 1, n.º 2, 260^a, 261.º, al. 4, 2.^a parte, 284.º, al. 3, n.º 2 do Código Penal alemão).²³¹

O título da lei em referência, que levou a ser conhecida precisamente como *Lei da Criminalidade Organizada* enquanto primeiro marco da legislação alemã, bem como o teor do seu preâmbulo, permitem afirmar que à data o legislador alemão encarou o tráfico de droga, atenta a sua grande difusão no território, como o modelo por excelência do conceito de criminalidade organizada, coincidência conceitual entretanto abandonada, tendo havido uma aproximação ao conceito de criminalidade organizada muito mais abrangente²³².

Não obstante a ancoragem ao tráfico de droga da *realidade* subjacente ao *problema* colocado pela “criminalidade organizada”, a principal inovação trazida por esta lei de 1992 foi a introdução no ordenamento jurídico alemão, mais concretamente no Código Penal, do crime de branqueamento de capitais, art. 261 *StGB*, considerado simultaneamente um indicador do crime organizado e o seu *tendão de Aquiles*²³³; em coerência com esta *predisposição* foi dada muita relevância nesta lei ao instituto da perda

Organisiert Kriminalität, BGBl. I: 1302.

²³¹ Para a análise destas referências e outras, cfr. JORG KINZIG, “Mesures de lutte...”, cit., págs. 659 e ss.

²³² Cfr. MICHAEL KILCHLING, “Organised Crime Policies in Germany”, in *Organized Crime in Europe, Concepts, Patterns and Control Policies in the European Union and Beyond*, Edited by Letizia Paoli/Cyrille Fijnaut, Springer, 2006, págs. 721 e 722, que explica ser o título da lei baseada no objecto da Convenção de Viena da Nações Unidas de 20 de Dezembro de 1988.

²³³ Cfr. MICHAEL KILCHLING, “Organised Crime...”, cit., p. 722, que, por sua vez, cita Hund.

dos proveitos obtidos com a prática do crime, o que levou à criação de um regime muito repressivo, que, ao contrário do regime de dias de multa vigente (que impunha um limite máximo da multa aplicável), previa como limite a totalidade dos bens obtidos com a prática do crime, o que gerou muita controvérsia, não tendo aliás tido grande relevância efectiva, e levou à declaração da sua inconstitucionalidade por não oferecer um critério geral de aplicação, nem um limite máximo abstracto; tratava-se, assumidamente, de um instrumento de aplicação flexível com base exclusivamente nos bens do agente do crime, sem critérios gerais e abstractos definidos, pelo que se tratava de uma pena que não reflectia a culpa individual do criminoso, tal como já havia sido declarado pelo Supremo Tribunal Federal Alemão²³⁴.

Por outro lado, revelando uma persistente vontade de política criminal no sentido de fazer frente às vantagens obtidas com a actividade criminosa derivada do crime organizado, foram adoptadas medidas mais rigorosas no sentido de conseguir a perda de bens num sentido mais abrangente, sem que tivesse de ficar perfeitamente estabelecido o *nexo* entre o crime praticado e os ganhos obtidos, antes bastando uma *inespecífica* correlação com a actividade criminosa desde que tal fosse revelado pelas *circunstâncias* a envolverem a prática criminosa do agente, o que o legislador alemão fez afirmando, todavia, que tal não se tratava de uma inversão do ónus da prova, muito embora de efeitos comparáveis.

Uma outra medida de carácter geral foi adoptada pelo legislador alemão no que diz respeito às vantagens obtidas com a prática criminosa (no âmbito, recordemos, da criminalidade organizada): os arguidos deixaram de ter a possibilidade de “descontar” os

²³⁴ Cfr. decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão (*Bundesverfassungsgericht*) – de 20 de Março de 2002, por violação do art. 103 s. 2 da Constituição (*Grundgesetz*), que define o princípio da clareza e certeza da lei, in MICHAEL KILCHLING, “Organised Crime...”, cit., p. 724, n. ^{tas} 35 e 36.

custos da sua actividade dos ganhos obtidos com a prática do crime, no que gerou uma acesa discussão entre académicos, argumentando os opositores a esta medida que tal se tratava na prática de uma punição adicional; a adopção desta medida levou a que fosse prevista, como sua consequência lógica, a possibilidade de confiscar bens no valor equivalente aos obtidos com a prática do crime no caso de estes (os originalmente obtidos) não poderem, pelas mais variadas razões, ser encontrados (art. 73^a *StGB*), em linha com o que entretanto veio a ser promovido no âmbito da União Europeia – Decisão-Quadro de 26 de Junho de 2001, no âmbito do branqueamento de capitais – e aliás veio a ser reconhecido como estando de acordo com a Constituição pelo Tribunal Constitucional Alemão a 14 de Janeiro de 2004.^{235 236} Esta medida, aliás, com o decorrer do tempo,

²³⁵ Cfr. MICHAEL KILCHLING, “Organised Crime...”, cit., págs. 725 a 727.

²³⁶ A referida Lei da Criminalidade Organizada alemã de 1992 foi a primeira de sete fases evolutivas no sistema jurídico-penal alemão que revelam a sua preocupação no tratamento do problema gerado pelo crime organizado ou, talvez mais correctamente, pela criminalidade directa ou indirectamente relacionada com o crime organizado nas suas múltiplas vertentes.

Um segundo momento da referida evolução jurídico-normativa germânica dá-se com a entrada em vigor da *Gesetz über das Aufspüren von Gewinnen aus schweren Straftaten – Geldwäschegesetz (GwG)* de 25 de Outubro de 1993, *BGBI I: 1770* – a Lei do Branqueamento de Capitais que, em sintonia com os requisitos implementados pela União Europeia, instituiu um regime regulador completo da actividade de controlo do branqueamento de capitais, disciplinando de modo exaustivo a actividade das entidades bancárias e de outros actores financeiros, pelo que ressalta do seu regime a [sua] natureza administrativa, não obstante se tratar de uma lei com o intuito último de permitir uma investigação cabal do fenómeno do branqueamento de capitais e assim se coordena com a previsão do crime respectivo previsto no Código Penal (cfr. MICHAEL KILCHLING, “Organised Crime...”, cit., págs. 727 e ss.).

Um terceiro momento na evolução germânica dá-se com a entrada em vigor da *Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches, der Strafprozessordnung und anderer Gesetz* de 28 de Outubro de 1994, *BGBI.I: 3186* – a Lei de Combate à Criminalidade Grave – que expandiu a lista de crimes – precedentes – pertencentes ao catálogo que permitiam a conclusão pela presença do fenómeno do branqueamento de capitais, abandonando a focalização antes dada ao tráfico de droga – no que passou, à data, a ser um dos regimes mais abrangentes de toda a Europa, no sentido de permitir a investigação criminal num leque muito variado de crimes – e criando um conjunto de natureza híbrida de crimes, mesmo não relacionados com a

sua prática “organizada”, como sejam os crimes sexuais; com esta lei, e no que toca mais estritamente à criminalidade organizada, procedeu-se à agravação das condutas perpetradas por grupos organizados ou gangs *professionais* e a possibilidade de aplicação do regime mais alargado da perda e confisco de bens passou a ser aplicável a um maior número de crimes não relacionados com o tráfico de droga ou com o crime organizado (como sejam a fraude, abuso de confiança, desvio de fundos e corrupção), muito embora, de modo a limitar a sua aplicação, se tenha exigido que tais crimes teriam de ser perpetrados por um membro de um *gang* e de *forma profissional*; nesta lei introduziram-se igualmente relevantes alterações ao nível do processo penal, nomeadamente, ao regime instituído pela “lei da testemunha chave” (*Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches, der Strafprozessordnung und des Versammlungsgesetz und zur Einführung einer Kronzeugenregelung bei terroristischen Straftaten* de 9 de Junho de 1989, *BGBI. I: 1059*), criada em 1989 exclusivamente para os casos de terrorismo e que assim passou igualmente a ser regulado relativamente aos casos relacionados com a criminalidade organizada, permitindo que nessas situações a acção penal fosse *paralisada* relativamente às testemunhas-chave (arrepentidos), em certas circunstâncias; nesta lei a definição de criminalidade organizada estava restringida aos crimes relativamente aos quais era possível a aplicação do regime *extensivo da perda e confisco de bens*, numa muito particular técnica legislativa, tendo a Lei em causa um período de vigência limitado – com renovações em 1993 – antes portanto da sua expansão à criminalidade organizada – e em 1996 no âmbito da Lei de Combate ao Terrorismo até que expirou definitivamente em 1999; desde esta data o Código Penal providencia um regime incompleto (ou não genuíno) de isenção de responsabilidade das testemunhas-chave nos casos de associação criminosa (cfr. art. 129 s. 6 *StGB*) e de branqueamento de capitais (cfr. art. 261 s. 10 *StGB*), na medida em que se prevê a não perseguição de tais pessoas somente nos casos estritamente relacionados com as actividades directamente conexas com a *associação criminosa* e com o branqueamento de capitais e não já pela prática de outros crimes, mesmo que prévios à prática daqueles; no ordenamento jurídico-penal alemão só é possível encontrar um regime genuíno respeitante aos “arrepentidos” no art. 31.º da Lei da Droga – *Betäubungsmittelgesetz-BtMG* (cfr. MICHAEL KILCHLING, *idem*, págs. 728 a 730).

O quarto *passo* foi dado no ordenamento jurídico-penal alemão pela Lei de Combate à Corrupção de 13 de Agosto de 1997 – *Gesetz zur Bekämpfung der Korruption, BGBI. I: 2038* –, com a qual foi alargado o âmbito do crime de corrupção – tradicionalmente no ordenamento alemão apenas relacionado com o sector público – também para o sector privado, com a criação de um capítulo totalmente novo no Código Penal alemão (capítulo 26, composto pelos arts. 298 a 302 do *StGB*) intitulado “Ofensas contra a concorrência leal”.

O quinto momento na evolução do ordenamento jurídico-penal alemão no enquadramento da criminalidade organizada ocorreu com a entrada em vigor da *Gesetz zur Verbesserung der Bekämpfung der Organisierten Kriminalität* de 4 de Maio de 1998, *BGBI. I: 845* – Lei de Melhoramento do Combate à Criminalidade Organizada –, que se traduziu, por sua vez, no segundo momento de implementação de

legislação especificamente dirigida ao fenómeno do crime organizado (tendo o primeiro ocorrido em 1992, como vimos), cuja intenção maior foi a de introduzir quase exclusivamente alterações ao nível do processo penal (enquanto a Lei da Criminalidade Organizada de 1992 instituiu um regime mais abrangente, com destaque para as previsões de cariz substantivo), com o objectivo de facilitar a investigação criminal, nomeadamente estendendo a possibilidade de se efectuarem escutas telefónicas e tendo-se introduzido um novo instrumento *intrusivo* de investigação: a “vigilância acústica em locais privados” (já antes debatido em 1992, mas considerado incompatível com Constituição sem alterações prévias), tendo para tal sido realizada a revisão constitucional de Março de 1998, *Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes* (Art. 13 GG) – *elektronische Wohnraumüberwachung*, de 26 de Março, *BGBI. I*: 610, que se constituiu assim como pressuposto indispensável desta inovação (não sem forte contestação, designada por muitos como *Grosser Lauschangriff* e envolveu mesmo a demissão da Ministra da Justiça, que se opôs a tal restrição constitucional aos direitos liberdades e garantias, mas que viu a sua ala política – liberal – contra si no consenso a que chegou no parlamento alemão); a emenda ao art. 13 s. 3 da GG restringiu, no entanto, a aplicação do novo meio de investigação criminal às situações em que estivessem em causa “crimes extremamente graves” (expressão nunca antes utilizada na Alemanha, quer na Constituição, quer no CPP), que têm de ser expressamente enumerados no Código de Processo Penal, sendo tidos como tal os crimes relativamente aos quais não é possível a aplicação da pena de multa; a lista de crimes é herdeira dos crimes prévios/pressupostos do branqueamento de capitais, sendo este ainda parte da mesma (o que gerou diversas críticas, por ser muito questionável que pudesse ser considerado um crime “extremamente grave” à luz da Constituição, muito embora, nesse mesmo ano de 1998, tenha sido alterada/agravada a sua moldura penal, que deixou de prever a aplicação de uma pena de multa a título de pena principal, precisamente para se tornar compatível com a aplicação do novo regime relativo à *vigilância* para efeitos de investigação criminal, levando, por exemplo, Michael Kilchling a afirmar que «foi certamente um dos primeiros casos de sempre em que a punição é tornada mais severa de modo a permitir a sua aplicação proporcional num diferente plano processual (isto é, no plano da *vigilância*)» (*idem*, p. 733); este Autor chama ainda a atenção – crítica – para a circunstância de o legislador alemão não ter feito uma enumeração dos motivos que permitissem compreender a *opção* legislativa, sendo certo que o art. 47 s. 2 do *StGB* prevê que o julgador deve aplicar uma pena de multa, caso a pena de prisão fixada o seja em medida inferior a 6 meses, o que, tendo em conta que a moldura penal abstracta mínima é de 3 meses, pode colocar a questão, precisamente, de se considerar não ser, afinal, o branqueamento de capitais um crime “extremamente grave” para efeitos constitucionais (cfr. *idem*, p. 734), na medida em que é possível assim a aplicação de uma pena de multa, ainda que, adiantamos nós, a título de pena de substituição (cfr. *idem* págs. 735 a 737, onde o Autor faz uma detalhada descrição crítica da evolução do tipo de crime branqueamento de capitais).

O sexto momento no ordenamento jurídico-penal alemão relativo ao enquadramento da criminalidade organizada dá-se com um aprofundamento à chamada *Abordagem Al Capone* com a aprovação da Lei de Combate à Redução Ilegal de Impostos de 19 de Dezembro de 2001 (*Steuerverkürzungsbekämpfungsgesetz*,

veio a revelar-se de uma eficácia muito assinalável, que se pode contrapor à quase irresistível tentação de tudo querer resolver com a criação legislativa, como se a lei pudesse, por si só, simplificar a complexidade do fenómeno criminoso; com efeito, a *estabilidade legal* não impediu que os números relativos ao confisco e apreensão de bens não tivessem parado de crescer ao longo da década de 90, numa coordenação entre as estruturas de investigação dos 16 estados federados alemães, que em meados de 90 tinham conseguido apreender cerca de 20 milhões de euros e em 2000 alcançaram valores a rondar os 500 milhões de euros, sem sequer se poder afirmar que tal êxito tenha

BGBL. I: 3922) através da qual a evasão fiscal profissional passou a ser considerada crime (cfr. art. 370a do *Abgabenordnung*/Código Tributário), que, por sua vez, integrou o catálogo dos crimes prévios necessários para se estar em presença do crime de branqueamento de capitais, traduzindo assim uma nova dimensão no controlo do branqueamento de capitais na Alemanha, numa área tradicionalmente considerada neutra e que assim passou a estar impregnada da carga axiológica inerente à lei penal (*idem*, págs. 736 e 737).

O que pode ser considerado como sétimo momento, em linha com o que *supra* temos vindo a explanar, dá-se com a 34.^a alteração ao Código Penal Alemão (34. *Strafrechtsänderungsgesetz* de 22 de Agosto de 2002, *BGBL*. I: 3390), por força da qual foi alterado o tipo de crime “participação em associação criminosa” previsto, no já referido em texto art. 129 *StGB*, com a introdução de um segundo parágrafo, através do qual as organizações criminosas com a sua área de actuação principal situada fora do país são igualmente puníveis na Alemanha, alteração considerada necessária em função da necessidade de implementação da Acção Comum de 21 de Dezembro de 1998 da União Europeia e da interpretação restritiva do Supremo Tribunal Federal, que antes havia negado tal possibilidade; o legislador alemão aproveitou esta oportunidade para introduzir ainda no tipo de crime referido uma forma especial de confisco de bens para o crime organizado (cfr. 129b. 2 *StBG*), tendo ainda aproveitado, uma vez mais, para proceder a alterações ao regime do branqueamento de capitais, de modo a permitir a implementação da segunda directiva da União Europeia sobre o Branqueamento de Capitais (Directiva 2001/97/EC do Parlamento Europeu e do Conselho de 4 de Dezembro de 2001, que altera a Directiva do Conselho 91/308/EEC), pelo que a Lei do Branqueamento de Capitais foi totalmente revista pela Lei de Aperfeiçoamento ao Combate ao Branqueamento de Capitais e ao Financiamento ao Terrorismo (*Gesetz zur Verbesserung der Bekämpfung der Geldwäsche und der Bekämpfung der Finanzierung des Terrorismus* de 8 de Agosto de 2002, *BGBL*. I: 3105), o que gerou muita controvérsia pela inclusão no sistema de controlo de actividades suspeitas de mais profissionais, como advogados, economistas e fiscalistas, que afirmaram ser assim posto muito seriamente em causa o seu dever de sigilo relativamente aos seus clientes.

resultado da utilização da figura da *apreensão reforçada*^{237 238}.

Esta discussão levada a cabo nos anos 90 do século precedente sobre o que deva significar *Organisierte Kriminalität* na Alemanha teve uma simbólica – embora marginal – discussão académica a envolver o seu modo de escrever, se com letra maiúscula inicial, se com letra minúscula; os que advogavam o uso da letra maiúscula acusavam os que a designavam por letra minúscula de acordo com as regras gramaticais da língua alemã de a subestimarem ou até trivializarem o perigo criado pelo fenómeno; os que defendiam o uso da letra pequena viam no uso das maiúsculas o símbolo do exagero ou até da criação de um perigo “virtual” superior ao efectivamente existente, sendo que entretanto não foi encontrada uma forma uniforme de escrever a expressão, tendo os diversos autores acolhido uma ou outra forma, desprendidos da simbologia antes valorizada²³⁹ e não contendo, portanto, qualquer visão *política* predefinida sobre o

²³⁷ Introduzida pela Lei de Combate à Criminalidade Grave – *Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches, der Strafprozessordnung und anderer Gesetz*, de 28 de Outubro de 1994, já referida na n. anterior.

²³⁸ Cfr. MICHAEL KILCHLING, “Organised Crime...”, cit., págs. 752 e 753, que conclui precisamente pela relevância do critério da *prática* como factor decisivo no combate ao fenómeno criminoso complexo subjacente à criminalidade organizada, que assim deve ser realçado em contraponto a uma voragem legislativa, cuja consequência extrema se traduz num acrescer de complexidade à complexidade inultrapassável por essa via da própria realidade criminosa e assim permite concluir que o exemplo alemão «permite demonstrar que não é necessariamente através de previsões legais mais agressivas que se alcançam maiores níveis de sucesso [no combate à criminalidade organizada].» (cfr. *ob. loc. cit.*).

²³⁹ Cfr. MICHAEL KILCHLING, “Organised Crime...”, cit., p. 717, que, no entanto, chama a atenção (cfr. *idem* n. 2) para o facto de nunca alguém ter colocado semelhante questão relativamente à forma como a palavra terrorismo é escrita (com letra pequena inicial), não obstante a magnitude dos seus perigos poder ser considerada superior à que envolve a criminalidade organizada; este Autor, aliás, faz uma contextualização histórica nos anos 1980 e 1990 – e que atingiu o seu auge nesta última década do séc. XX – muito interessante sobre a discussão em torno da criminalidade organizada na Alemanha, com críticas lançadas quer do espectro político liberal (social democrata), que temia pela perda de direitos civis e liberdades, quer pela ala mais conservadora, que pugnava pela manutenção dos princípios clássicos da doutrina penal em vez da *americanização da justiça* (expressão de Artz), referindo-se muito em particular à

fenómeno.

Dos relatórios do *Bundeskriminalamt* [Departamento Federal de Investigação Criminal]²⁴⁰ ressaltam como características da *criminalidade organizada* a «prática de

introdução de legislação no âmbito do branqueamento de capitais; salientando a circunstância de se tratar de uma temática muito motivada pela influência internacional e, sobretudo, de origem europeia (levando a que, por exemplo, Schünemann considerasse a nova legislação nessa área nada mais do que “a lackey of Brussels”), faz ainda uma abordagem estatística, a propósito dos *sinais* comprovativos da importância do tema, relativa ao número de artigos, decisões judiciais, monografias publicadas nos últimos 25 anos, que revelam a sua quase inexistência no início dos anos de 80 a um pico acentuado em meados da década de 90 do séc. XX e desde então a uma descida, embora com oscilações, acentuada, sem chegar no entanto à situação dos anos de 1980 (cfr. *idem*, págs. 718 a 720), culminando na circunstância de num documento oficial produzido pelo *Bundestag*, em 2001, pela primeira vez, ter aparecido escrita a expressão com letra pequena, revelando a secundarização da temática em relação ao terrorismo, que se tornou a partir do 11 de Setembro o tópico mais relevante (cfr. *ob. cit.*, p. 742).

²⁴⁰ Tem muito interesse a análise do site do *Bundeskriminalamt*, que se mostra disponível igualmente na língua inglesa, www.bka.de/nn, onde é possível aceder ao tópico *organised crime* e no qual podemos analisar os relatórios anuais produzidos a seu propósito desde o ano de 2002; no relatório relativo à situação nacional no ano de 2011, por exemplo, faz-se a repescagem do conceito de crime organizado formulado em Maio de 1990 por um grupo de trabalho composto pela polícia e por autoridades judiciais (AG Justiz/Polizei) que coincide com o que reproduzimos em texto e serve como critério para a delimitação da fenomenologia criminosa como “crime organizado” (cfr. Organised Crime National Situation Report, págs. 10 e 11, consultado e imprimido em 12 de Junho de 2013): «*Organised crime is the planned commission of criminal offences determined by the pursuit of profit and power which, individually or as a whole, are of considerable importance if more than two persons, each with his/her own assigned tasks, collaborate for a prolonged or indefinite period of time, a) by using commercial or business-like structures, b) by using force or other suitable means of intimidation, or c) by exerting influence on politics, the media, public administration, judicial authorities or the business sector.*»; neste relatório anual faz-se o balanço das investigações realizadas e completadas, com a descrição das diversas características dos diversos grupos encontrados, as nacionalidades por que são compostos, o número de suspeitos investigados, as diferentes estruturas dos grupos investigados, quer quanto ao número de pessoas que os compõem (no ano de 2011 a composição média por grupo foi de 14, no ano de 2010 havia sido de 16), quer quanto aos níveis de organização e profissionalismo evidenciando o seu diverso grau de perigosidade, quer ainda quanto às áreas em que actuaram (dedicando-se, por exemplo, os que são compostos por uma maioria de nacionais alemães sobretudo ao tráfico de droga e aos crimes associados ao mundo dos negócios), os prejuízos causados com a sua actividade, os bens apreendidos no âmbito das investigações realizadas.

crimes de forma sistemática com a finalidade de obtenção de lucro ou poder, por mais de duas pessoas que “actúan concertadamente mediante a divisão de tarefas, por um período de tempo prolongado ou indeterminado, sob a utilização de estruturas comerciais ou semelhantes, com recurso a violência, ou a outros meios adequados de intimidação, ou mediante o exercício de influência sobre a política, a comunicação social, a administração pública, a justiça ou a economia»²⁴¹.

Há assim quem afirme que na Alemanha domina o “paradigma da empresa ilegal” para enquadrar o fenómeno da criminalidade organizada²⁴², que, aliás, foi adoptado

²⁴¹ Cfr. HANS-JÖRG ALBRECHT, “Criminalidade organizada...”, cit., págs. 75 e 76; para uma referência aos critérios de definição da criminalidade organizada sob o *plano policial* propostos pelo *Bundeskriminalamt*, que assim se caracteriza por ser «una asociación duradera, estable o persistente de varias personas en sociedad de intereses, dotada de una estructura organizada con base en criterios de disciplina y jerarquía y que actúa con arreglo a una programación ilícita y con división del trabajo, realizando de manera entrecruzada negocios lícitos e ilícitos, empleando técnicas y medios diversos – en particular, la violencia y/o intimidación, todo o tipo de fraude, explotación, coacción y terror y hasta la corrupción –, sirviéndose de las infraestructuras de comunicación más modernas y con gran movilidad y alcance internacional.», cfr. J.L. de la CUESTA ARZAMENDI, “El Derecho Penal ante la criminalidad organizada: nuevos retos y límites”, en F. GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, M. VALCÁRCE LÓPEZ (Dir.), *La cooperación internacional frente a la criminalidad organizada*, Sevilla, 2001, págs. 86 e 87; neste último trabalho citado é ainda relevante a análise feita aos diversos planos [criminológico, político, social] em que pode ser analisada a *criminalidade organizada*, com a constatação de que «la pluralidad de caracterizaciones y la diversidad de criterios definitorios pone de manifiesto que todavía hoy la criminalidad organizada no deja de ser sino una imagen, una expresión aplicada a diversas realidades que se producen en diferentes momentos y lugares. Esta problemática delimitación, debido a sus múltiples facetas, no contribuye a facilitar el diseño de estrategias eficaces para combatirla.» (cfr. *ibidem*).

²⁴² «Experts who work not only theoretically but also practically maintain that the organised crime implies the activities of persons who commit serious offences in an enduring cooperation founded on the principle of the division of labour with the aim of maximising profits. If you omit the reference to “serious offences”, you are left with the description of an activity that in Germany and in entire Western world is usually described as entrepreneurial activity”, esta afirmação é de Peter Korneck, um Procurador alemão, *apud* LETIZIA PAOLI/CYRILLE FIJNAUT, “The History...”, cit., p. 36.

igualmente pelo *National Criminal Intelligence Service* do Reino Unido, no ano 2000²⁴³.

Num outro sentido, e conjugando as diversas *realidades normativas* donde é possível extrair uma *política criminal* orientada para a sua adequação à criminalidade organizada no contexto jurídico-penal alemão, há quem afirme que o conceito de criminalidade organizada é mais *funcional* do que *substantivo*, no sentido em que, tal como afirma KINZIG a «criminalidade organizada é uma fórmula para um “novo processo criminal” mais do que um conceito substantivo»²⁴⁴, que assim revela um *regime especial de perseguição criminal*, numa «espécie de procedimento separado ou paralelo [...] com regras significativamente diferentes das que são aplicadas na investigação da criminalidade comum [...] levando a concluir que uma mesma lei deixa de ser aplicada a todas as pessoas, quer processual, quer substantivamente [...]», sem que tal signifique a sua inconstitucionalidade por violação do princípio da igualdade, tal como foi afirmado pelo Tribunal Constitucional alemão²⁴⁵, muito embora, no limite, possa ser legitimada uma aproximação analítica mais *radical*, inaugurada por Jakobs, com o seu *Feindstrafrecht*, em que a separação dos *procedimentos* visa isolar os inimigos da sociedade que revelam uma permanente visão contrária à sua lei, em especial em áreas relacionadas com a criminalidade organizada e com o terrorismo²⁴⁶.

²⁴³ Segundo o qual têm de estar presentes os seguintes critérios para se poder afirmar estarmos em presença de um grupo criminoso organizado: 1) integrem pelo menos três pessoas; 2) o comprometimento com a actividade criminosa tem de ser consistente no tempo; 3) os seus membros são motivados pelo lucro ou a obtenção de poder; 4) e têm por objecto a prática de crimes graves; a definição adoptada por esta instituição inglesa não só se assemelha à noção germânica, como realça o benefício de não ser adoptada uma definição legal, na medida em que assim se evitam controvérsias legais com previsíveis implicações nos julgamentos dos casos que envolvam tais fenómenos criminosos, cfr. LETIZIA PAOLI/CYRILLE FIJNAUT, “The History...”, cit., págs. 36 e 37.

²⁴⁴ Cfr. MICHAEL KILCHLING, “Organised Crime...”, cit., p. 756, donde retiramos a citação feita.

²⁴⁵ Cfr. MICHAEL KILCHLING, “Organised Crime...”, cit., págs. 756 e 757.

²⁴⁶ Cfr. MICHAEL KILCHLING, “Organised Crime...”, cit., p. 757; na Parte III deste trabalho teremos

8. Reino Unido

No Reino Unido o discurso em redor da criminalidade organizada torna-se mais consistente em meados da década de 60 do séc. XX, por força do fenómeno criminológico – que ainda hoje está a par na memória colectiva britânica do célebre Jack, o Estripador – constituído pelos *gangs/grupos Kray Brothers* e *Richardson's*, que ganharam poder intimidatório em Londres e em diversas zonas de outras cidades do país, não obstante não existir ainda uma política em torno do crime organizado semelhante à dos dias de hoje²⁴⁷.

A Escócia tem um sistema diferente de justiça criminal, com diferentes leis penais e processuais penais e a Irlanda do Norte, não obstante apresentar mais similitude com as leis penais e processuais penais do Estado inglês é caracterizado por uma maior “dureza”, sendo realçado na doutrina britânica, como um dos seus sinais de maior rigor, a circunstância de não ser permitido o julgamento com a intervenção do tribunal de júri nos

oportunidade de desenvolver com mais pormenor esta temática relacionada com o *direito penal para o inimigo*.

²⁴⁷ MICHAEL LEVI, “The Making...”, cit., págs. 825 e ss., onde se faz uma abordagem criminológica interessante relativa aos diversos fenómenos caracterizadores da criminalidade organizada no Reino Unido na década de 60 do séc. XX e respectiva reacção por parte das diversas instâncias formais de controlo; no início do *combate* ao fenómeno a principal preocupação foi a de evitar a influência de grupos criminosos/mafiosos norte-americanos que agiam na área do jogo e se espalharam pelo território britânico, o que levou à aprovação do Gaming Act 1968, com o qual se estabeleceram critérios rigorosos para a escolha das pessoas que podiam gerir o negócio dos casinos; no entanto, o problema era encarado mais sob a perspectiva de cada um dos locais onde tais grupos actuavam e não sob o ponto de vista da sua repercussão nacional ou sequer da influência externa/internacional que muitas vezes condicionava a actuação criminosa de tais grupos; foi por força do poder evidenciando por tais organizações criminosas através do fenómeno da corrupção de entidades policiais de grandes cidades, como Londres, que a questão começou a ser discutida a nível nacional.

casos de crimes relacionados com o terrorismo.²⁴⁸

Há a destacar, numa evolução mais recente, a criação do *Organised Crime Strategy Group*, que conjugou a produção legislativa com as agências (incluindo dos serviços secretos) e departamentos governamentais sob a égide do *Home Office* e, após o 11 de Setembro de 2001, levou à criação do *Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001* e o *Proceeds of Crime Act 2002*, com os quais se quis permitir legalmente a redução de barreiras/garantias de defesa em tais áreas de actuação criminosa.²⁴⁹

Nesta área da criminalidade organizada há ainda a destacar a preocupação com a evasão fiscal – que redundou, na República da Irlanda com a criação da *Criminal Assets Bureau Act 1996* e no Reino Unido com o referido *Proceeds of Crime Act 2002*, concedendo-se às autoridades formais de controlo o poder de confiscar largas somas de dinheiro que não tenham uma explicação legítima²⁵⁰ –, surgindo como primeiro pilar a produção legislação na área do combate ao branqueamento de capitais, em coordenação com as leis processuais que permitem a cooperação judiciária internacional, nomeadamente no âmbito da União Europeia, estabelecendo-se no seu ordenamento jurídico-penal a obrigação legal de, por exemplo, banqueiros ou advogados, perante

²⁴⁸ MICHAEL LEVI, “The Making...”, cit., p. 828, o que, sob o ponto de vista do nosso ordenamento jurídico-penal, é, precisamente, uma impossibilidade constitucionalmente imposta, como veremos *infra* na Parte III deste trabalho e abarca igualmente a criminalidade altamente organizada; no nosso sistema jurídico-penal-constitucional a questão não é colocada em termos semelhantes, isto é, se a intervenção ou não do tribunal de jurí revela uma maior ou menor *dureza* do sistema perante o fenómeno criminoso, antes é acentuada a questão relativa à maior garantia de imparcialidade que decorre da intervenção somente de juízes profissionais em tais casos que geram no cidadão comum um maior sentimento de intranquilidade e que, portanto, caso ele fosse eleito como um dos jurados poderia mais facilmente levar a que os factores de pressão a envolverem tais fenómenos pudessem implicar a sua perda do poder de imparcialidade, cedendo ao medo, à pressão, quer por factores exógenos, quer endógenos.

²⁴⁹ MICHAEL LEVI, “The Making...”, cit., págs. 830 e 831.

²⁵⁰ MICHAEL LEVI, “The Making...”, cit., p. 832.

transacções “suspeitas” reportarem, em certas condições, as mesmas às autoridades²⁵¹.

9. Espanha

Em Espanha, o regime jurídico relativo à punição da associação criminosa, até às alterações provocadas pela Lei Orgânica 5/2010, de 22 de Junho, estava circunscrita à previsão dos arts. 515.º a 521.º do Código Penal, com o crime de “asociación ilícita”²⁵².

²⁵¹ MICHAEL LEVI, “The Making...”, cit., págs. 840 e 841.

²⁵² Numa análise que se circunscreve ao tratamento jurídico-penal da definição do que seja *organização terrorista*, embora centrada no sentido a dar ao que seja o conceito de *organização* – e, portanto, neste sentido também com relevância para o debate do que seja a *associação* ou *organização criminosa* – cfr. MANUEL CANCIO MELIÁ, “El delito de pertenencia a una organización terrorista en el Código Penal Español”, *Revista de Estudios de la Justicia*, n.º 12, Año 10, p. 152, em que afirma que, para o que seja o sentido a dar ao conceito de *organização*, o conceito central no direito penal positivo espanhol é o de [...] *asociación*, especialmente, en lo que se refiere a su delimitación frente al de la conspiración. En este sentido, como ha señalado en la doctrina española sobre todo *García-Pablos de Molina*, a los efectos del precepto que aquí interesa ha de utilizarse un *concepto funcional* de asociación en el sentido de “organización”: “una estructura que se proyecta más allá de la comisión de unos hechos concretos”. Otros elementos como el número de integrantes, la cuantificación de la permanencia en el tiempo, etc., son secundarios frente a la exigencia de que se trate de una estructura organizada en la que quepa distinguir distintas funciones.»; há que ter em consideração que a análise do autor não considera a alteração ao Código Penal espanhol por força da Lei Orgânica 5/2010, de 22 de Junho; neste trabalho, chamamos a atenção para a posição do Autor no sentido de negar a existência de concurso real entre o crime de [pertença ou colaboração] organização terrorista e os crimes praticados no seu seio, entendendo que, fazê-lo, implica a violação do princípio *non bis in idem*, não porque afirme estarem em causa os mesmos factos [os relativos à pertença ou colaboração à/com a organização terrorista e os factos concretos criminosos praticados pela organização terrorista], pois assume que são diferentes [não devendo no entanto considerar-se como tal, pois considera que tal é fruto de uma “manipulação da base fáctica da noção do que é um delito permanente”] – argumento essencial com base no qual assenta a fundamentação do concurso de crimes – mas porque está em causa a violação do mesmo bem jurídico protegido, concluindo que «[...] hablar aquí de dos supuestos de hecho distintos carece de sentido, y se castiga al sujeto dos veces por el mismo desvalor.», explicando o Autor que tal entendimento «[...] solo se explica con base en la introducción de una protuberancia punitiva: se categoriza al sujeto como enemigo, y no es decisivo qué ha

A “asociación ilícita” é definida como uma associação criada para cometer algum delito ou, depois de constituídas, promovam a sua prática, bem como as que tenham por objecto cometer ou promover a prática de delitos de forma organizada, coordenada e reiterada, as que tendo por objecto um fim lícito, empreguem meios violentos ou de alteração ou controlo da personalidade para a sua concretização, as organizações de carácter paramilitar e as que promovam, ou incitem, a discriminação, o ódio ou a violência contra pessoas, grupos ou associações em razão da sua ideologia, religião ou crença, a pertença de qualquer dos seus membros ou alguns deles a uma etnia, raça ou nação, em razão do seu sexo, da sua orientação sexual, situação familiar, doença ou malformação²⁵³.

No referido art. 515.º não são concretizadas as características que tal associação deve ter quanto à sua estrutura organizativa, nomeadamente quanto ao número [mínimo] de participantes; no âmbito deste regime da “asociación ilícita” não era pacífica a distinção entre o conceito de “associação” e os conceitos de “banda”, “quadrilha” ou “grupo de delinquentes, sendo que somente as noções de “banda armado” e “grupo terrorista” recebiam o tratamento expresso de “asociación ilícita”, nos termos do disposto no art. 515.º, 1, n.º 2 do Código Penal, pelo que não era assim qualquer *banda, quadrilha ou grupo de delinquentes* que poderiam ser alvo de tal regime²⁵⁴.

hecho, sino quién es.» cfr. *ob. cit.*, págs. 153 a 155; nesta última citação fica enunciada, de forma implícita, a temática muito difundida, repleta de abordagens doutrinárias, de alcance inabarcável, a partir do texto de Jakobs, de 1985, que levou, por sua vez, a uma hipertrofia do discurso garantístico: cfr., para mais desenvolvimentos, Parte III, Cap. I, Sec. IV.

²⁵³ Cfr. art. 515.º, n.ºs 1, 3, 4 e 5 do Código Penal espanhol, na redacção da Lei Orgânica 5/2010, de 22 de Junho, que revogou os anteriores números 2 e 6 do mesmo artigo.

²⁵⁴ Cfr., a este propósito, PATRICIA FARALDO CABANA, *Asociaciones ilícitas...*, cit., págs. 106 e ss., que faz uma abordagem expressa a estas questões, com referências jurisprudenciais sedimentadoras do sentido próprio dos conceitos de *banda* (bando), *quadrilha* ou *grupo criminoso* em face do ordenamento

A Lei Orgânica 5/2010 de 22 de Junho trouxe uma relevante novidade no ordenamento jurídico espanhol²⁵⁵, com uma muito significativa reforma do Código Penal, através da criação de um novo regime jurídico relativo às organizações criminosas,

jurídico-constitucional espanhol antes da entrada em vigor da Lei Orgânica 5/2010; cfr. ainda, no âmbito da análise dos elementos típicos da criminalização da participação numa organização criminosa, mesmo que não constituída, mas ainda em estado de preparação (art. 519.º do Código Penal), cfr. JOSÉ LUIS DE LA CUESTA, *Organised Crime Control Policies in Spain: A ‘Disorganised’ Criminal Policy for ‘Organised’ Crime*”, in *Organized Crime in Europe, Concepts, Patterns and Control Policies in the European Union and Beyond*, Edited by Letizia Paoli/Cyrille Fijnaut, Springer, 2006, p. 799, que enumera os elementos típicos da *associação ilícita* (antes da reforma de 2010): 1) as que têm por objecto cometer um crime ou a sua promoção depois de constituídas; 2) os gangues armados, organizações ou grupos terroristas; 3) as que, mesmo tendo um objecto de actuação lícito, empreguem meios violentos ou de alteração de personalidade para o alcançar; 4) as organizações que promovam ou instiguem a discriminação, o ódio ou a violência contra pessoas, grupos ou associações devido à sua ideologia, religião ou crença ou devido à sua origem étnica, racial ou nacional, ou ao seu género, orientação sexual, situação familiar, doença ou limitação; 5) as que promovam o tráfico ilícito de pessoas.

²⁵⁵ «En relación con los conceptos de organización delictiva o criminal ha de tenerse en cuenta que la reforma de 2010 ha supuesto un cambio importante, pues por primera vez se recoge en el Código penal de 1995 una definición auténtica de lo que se entiende por organización y grupo criminal. Hasta entonces, en nuestro país se había producido una rica discusión doctrinal y jurisprudencial en torno a las características que debía reunir la organización delictiva, concepto que se utilizaba, pero no se definía, en los tipos agravados por organización, y que algunos consideraban sinónimo de asociación ilícita, si bien otros discrepaban.», assim, PATRICIA FARALDO CABANA, *Asociaciones ilícitas...*, cit., p. 34.

Até à entrada em vigor desta lei não havia qualquer definição do que fosse uma “organização criminosa”, cabendo à jurisprudência o papel de estabelecer o seu conceito, especialmente no âmbito do tráfico de estupefacientes, onde, desde 1983, ser líder de uma organização criminosa, mesmo que parcial ou ocasionalmente, constituía uma circunstância agravante prevista no art. 369.º, 6), al. g) do Código Penal e, fora deste, ser membro de uma organização criminosa (supondo disciplina interna) era considerado pela legislação penitenciária motivo para os reclusos ficarem em regime fechado, nos termos do art. 102.º, 4), al. c) do Código Penitenciário, cfr. JOSÉ LUIS DE LA CUESTA, “Organised Crime...”, cit., págs. 796 e 797; aos elementos típicos constantes do regime normativo previsto no art. 515.º e ss. do Código Penal, antes da revisão de 2010, a jurisprudência acrescentava/aditava outros elementos, como por exemplo: 1) a pluralidade de pessoas; 2) o carácter de permanência; 3) a divisão de trabalho; 4) a existência de um líder; 5) a multiplicidade dos objectivos criminosos; 6) e, nalguns casos, o uso de armas; cfr. *ob. cit.*, p. 800.

precisamente nos capítulos VI e VII, do Título XXII, dedicado aos “crimes contra a ordem pública”, que disciplinam a punição das organizações e grupos criminosos e organizações e grupos terroristas, dos arts. 570.º bis a 570.º quáter e 571.º, respectivamente, sendo que a estas são aplicáveis as características daquelas, por força do art. 571.º, n.º 3 do Código Penal espanhol.

Por organização criminosa entende-se “o grupo formado por mais de duas pessoas com carácter estável ou por tempo indefinido, que de forma concertada e coordenada repartam diversas tarefas e funções, com o fim de cometerem crimes, bem como levar a cabo a sua perpetração reiterada”, nos termos do segundo parágrafo do art. 570.º bis, n.º 1 do Código Penal espanhol.

Na parte especial do código penal espanhol há certos tipos de crimes que têm como fonte de agravação a circunstância de terem sido praticados de forma organizada²⁵⁶.

Há assim no Código Penal espanhol duas formas de enquadrar a perseguição ao cometimento de *forma colectiva organizada* de crimes: uma é através da criação de tipos de crimes próprios, como sucede com a asociación ilícita e com as organizações criminosas e terroristas e, portanto, é uma opção pelo tratamento autónomo de tal realidade jurídico-penal, que assim pode permitir o concurso de crimes com os que forem

²⁵⁶ É o caso da «prostitución y corrupción de menores – arts. 187.3 y 189.2; blanqueo de capitales – art. 302 –, tráfico ilegal de personas – art. 318 bis –, tráfico de estupefacientes – art. 369.6.º y 370; precursores – 371.2 –, depósito de armas – art. 569», cfr. CHOCLÁN MONTALVO, “Criminalidad Organizada...”, cit., p. 251, tendo-se, no entanto, de ter em consideração as diversas alterações ao Código Penal espanhol posteriores a 2001, data da publicação do artigo citado, nomeadamente, as provocadas pelas Leis Orgánicas 3/2002, de 22 de Maio, 9/2002, de 10 de Dezembro, 1/2003, de 10 de Março, 7/2003, de 30 de Junho, 11/2003, de 29 de Setembro, 15/2003, de 25 de Novembro, 20/2003, de 23 de Dezembro, 1/2004, de 28 de Dezembro, 2/2005, de 22 de Junho, 4/2005, de 10 de Outubro, 7/2006, de 21 de Novembro, 13/2007, de 19 de Novembro, 15/2007, de 30 de Novembro, 2/2010, de 3 de Março, 5/2010, de 22 de Junho, 3/2011, de 28 de Janeiro e 7/2012, de 27 de Dezembro.

cometidos no seu seio; outra é a técnica da agravação de determinados tipos de crimes previstos na parte especial²⁵⁷.

Podemos observar no ordenamento jurídico castelhano uma noção de *criminalidade organizada*, numa clara assimilação entre este conceito e o de *associação criminosa*, no regime jurídico do “agente encoberto”, que consta da Lei de *Enjuiciamiento Criminal*, modificada pela Lei Orgânica 5/1999²⁵⁸: «El art. 282 bis 4 [...] dispone que a los efectos señalados en el apartado 1 de este artículo, esto es, a los efectos em emplear la técnica especial de investigación relativa al agente encubierto, se considerará como delincuencia organizada la *asociación de três o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer alguno de los delitos siguientes:[...]*»²⁵⁹, sendo enumerados depois diversos tipos de crimes²⁶⁰ que,

²⁵⁷ Cfr., para uma análise destas duas soluções encontradas pelo legislador espanhol, CHOCLÁN MONTALVO, “Criminalidad Organizada...”, cit., págs. 251 e ss.

²⁵⁸ Seguimos de perto CHOCLÁN MONTALVO, “Criminalidad Organizada...”, págs. 248 e 249; cfr. ainda JOSÉ LUIS DE LA CUESTA, “Organised Crime...”, cit., p. 797, que, citando Enrique Anarte Borrillo, identifica três elementos no conceito de *organização criminosa*: 1) elemento estrutural: a associação de pessoas; 2) elemento finalístico: cometer um ou mais crimes; 3) elemento temporal: permanência ou, pelo menos, a não ocasionalidade; tais elementos, por sua vez, têm de estar conjugados com o *numerus clausus* de crimes previstos na lei.

²⁵⁹ Cfr. CHOCLÁN MONTALVO, “Criminalidad Organizada...”, *ob. loc. cit.*

²⁶⁰ Que são os seguintes: a) Delitos de obtención, tráfico ilícito de órganos humanos y trasplante de los mismos, previstos en el artículo 156 bis del Código Penal. b) Delito de secuestro de personas previsto en los artículos 164 a 166 del Código Penal. c) Delito de trata de seres humanos previsto en el artículo 177 bis del Código Penal. d) Delitos relativos a la prostitución previstos en los artículos 187 a 189 del Código Penal. e) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconomico previstos en los artículos 237, 243, 244, 248 y 301 del Código Penal. f) Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial previstos en los artículos 270 a 277 del Código Penal. g) Delitos contra los derechos de los trabajadores previstos en los artículos 312 y 313 del Código Penal. h) Delitos contra los derechos de los ciudadano extranjeros previstos en el artículo 318 bis del Código Penal. i) Delitos de trafico de especies de flora o fauna amenazada previstos en los artículos 332 y 334 del Código Penal. j) Delito de tráfico de material nuclear y radiactivo previsto en el artículo 345 del Código Penal. k) Delitos contra la salud pública previstos en los artículos

conjuntamente com as características enunciadas para a *associação*, resultam no conceito previsto em tal Lei para o que seja *criminalidade organizada*; há, porém, a notar que no Código Penal espanhol não há correspondência completa com os crimes elencados na “Ley de Enjuiciamiento Criminal” como relevantes para, em conjugação com a sua prática organizada, se estar perante *uma organización criminal*; com efeito, alguns dos crimes enunciados na Ley de Enjuiciamiento não são no Código Penal agravados pela pertença a uma organização ou associação²⁶¹, observando-se, nesses casos, por sua vez, uma «dessintonia» entre o tratamento substantivo e o tratamento processual no que diz respeito ao fenómeno da *criminalidade organizada*; no entanto, as alterações recentes ao Código Penal diminuíram a dimensão desse tratamento desigual, na medida em que passou a ser circunstância agravante a prática de forma *organizada* dos crimes relativos à prostituição (cfr. art. 187.º, n.º 3 e 188.º, n.º 4, al. b)), à propriedade intelectual e industrial (cfr. art. 276.º, al. c)), à saúde pública (cfr. arts. 369.º, n.º 2, 369.º bis, 370.º, n.º 2 e 371.º, n.º 2) e de falsificação de moeda (cfr. art. 386.º último parágrafo, embora aqui prevendo-se a aplicação directa à própria associação ou organização das sanções

368 a 373 del Código Penal. l) Delitos de falsificación de moneda, previsto en el artículo 386 del Código Penal, y falsificación de tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje, previsto en el artículo 399 bis del Código Penal. m) Delito de tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos previsto en los artículos 566 a 568 del Código Penal. n) Delitos de terrorismo previstos en los artículos 572 a 578 del Código Penal. o) Delitos contra el patrimonio histórico previstos en el artículo 2.1 e de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando., cfr. Ley de *Enjuiciamiento Criminal*, publicada em 17 de Setembro de 1882, sendo a redacção do artigo citado a que resulta da Lei Orgânica 5/2010, de 22 de Junho.

²⁶¹ É o caso do sequestro, previsto nos artigos 164.º a 166.º, dos delitos contra o património e contra a ordem socioeconómica, previstos nos arts. 237.º, 243.º, 244.º, 248.º e 301, dos delitos contra os direitos dos trabalhadores, previstos nos arts. 312.º e 313.º, dos delitos de tráfico de espécies de flora e fauna ameaçada, previstos nos arts. 332.º e 334.º, do crime de tráfico de material nuclear e radioactivo, previsto no art. 345.º, do crime de tráfico e depósito de armas, munições ou explosivos, previsto nos arts. 566.º a 568.º, todos do Código Penal espanhol, e dos crimes contra o património histórico, previstos no art. 2.1, e) da Lei Orgânica 12/1995, de 12 de Dezembro.

acessórias previstas no art. 129.º)²⁶².

Causa alguma perplexidade que do elenco do art. 282.º bis 4 “Ley de Enjuiciamiento Criminal”, que se dedica à investigação das actividades próprias da criminalidade organizada (nos termos do n.º 1 do art. 282.º bis) não constam nem o crime de associação ilícita previsto no art. 515.º do Código Penal espanhol, nem o novo crime de organização criminosa, previsto no art. 570.º bis do Código Penal espanhol.²⁶³

No que diz respeito às sucessivas alterações ao nível do processo penal, motivadas, em grande medida por influência internacional, cumpre salientar que trouxeram para o

²⁶² À data da elaboração do trabalho de CHOCLÁN MONTALVO, “Criminalidad Organizada...”, cit., que temos vindo a acompanhar, a dessintonia era total, levando o autor a assinalar precisamente essa desconformidade no tratamento substantivo e processual da criminalidade de características organizadas, cfr. *ob. cit.*, p. 249.

²⁶³ Talvez seja possível explicar parte do paradoxo – o relativo às organizações criminosas – com a circunstância da “Ley Enjuiciamiento Criminal” ter tido a sua última alteração por força da Lei 13/2009, de 3 de Novembro, que entrou em vigor a 4 de Maio de 2010, tendo havido alterações profundas ao Código Penal em momento posterior, embora muito próximas no tempo, por força das alterações provocadas pela Lei Orgânica 5/2010, de 22 de Junho; já quanto ao crime previsto no art. 515.º do Código Penal não encontramos uma explicação para a circunstância de não ser considerada na Ley de Enjuiciamiento Criminal como um fenómeno que possa ser considerado como *criminalidade organizada*; convém no entanto ter em consideração que na discussão doutrinal interna espanhola há quem não atribua um papel muito relevante à referida “Ley Enjuiciamiento Criminal” como contributo para o conceito de criminalidade organizada, na medida em que se refere exclusivamente, em tal lei, à questão do agente encoberto, cfr. neste sentido, PATRICIA FARALDO CABANA, *Asociaciones ilícitas...*, cit., págs. 34 a 37, com especial interesse as referências doutrinárias presentes na n. 22; «La criminalidad organizada se mueve como fenómeno en una nebulosa poco clara y se presenta particularmente complejo, mal estudiado y con problemas de abordaje por nuestro conocimiento incompleto – y cargado de alarmismo – acerca de la naturaleza y del verdadero alcance del peligro que supone para el orden social, político y económico, y porque igualmente se desconocen qué medios pueden garantizar adecuadamente su control.», assim J.L. de la CUESTA ARZAMENDI, “El Derecho Penal...”, cit., págs. 85 e ss; cfr. ainda, no mesmo sentido, isto é, de que em tal lei não é possível encontrar o conceito de *criminalidade organizada* consagrado no ordenamento jurídico-penal espanhol, na medida em que apenas define as situações em que o “agente encoberto” pode intervir, cfr. JOSÉ LUIS DE LA CUESTA, “Organised Crime...”, cit., p. 797.

centro do debate questões – à semelhança do que sucedeu aliás com a generalidade dos países ocidentais que se viram confrontados com a necessidade de agir perante o fenómeno criminoso complexo organizado –, que põem em relevo o perigo de uma sua “deriva-policial”²⁶⁴ e da sua (in)compatibilidade com os princípios subjacentes ao primado da lei, como sejam as questões colocadas pela possibilidade de inversão do ónus da prova, presunções de culpa, novas técnicas *intrusivas* de investigação, a relevância probatória de testemunhas anónimas, etc., gerando, quanto a esta última possibilidade das testemunhas anónimas, um debate aparentemente contraditório com as decisões do Supremo Tribunal e Tribunal Constitucional espanhóis que não permitem tal figura, por atentar contra os princípios do *duo process* e os direitos fundamentais.²⁶⁵

²⁶⁴ JOSÉ LUIS DE LA CUESTA, “Organised Crime...”, cit., págs. 808 e 809, como por exemplo a protecção policial para as pessoas – e seus familiares – cuja vida ou bens estejam em perigo, a omissão da identificação e a prevenção da identificação pessoal, medidas que podem inclusivamente ser mantidas após o julgamento; os agentes encobertos ou delatores podem usufruir do mesmo regime da protecção das testemunhas, e veio a ser alvo de alterações por força da entrada em vigor da Lei n.º 5/1999.

²⁶⁵ JOSÉ LUIS DE LA CUESTA, “Organised Crime...”, cit. págs. 808 a 810, onde se pode aceder à análise das novidades introduzidas pela Lei Orgânica n.º 19/1994, em cujo preâmbulo se faz a alusão directa à influência internacional e comparada, salientando que se trata de um sistema admitido pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, bem como da Lei Orgânica n.º 5/1999, que alterou a lei processual penal no âmbito da investigação aos casos de tráfico de estupefacientes e introduziu novas medidas relativamente à criminalidade organizada; de destacar a reforma que esta última lei trouxe ao art. 263*bis* do Código de Processo Penal espanhol (que foi alvo, por força da sua controversa previsão relativa aos agentes encobertos que faziam a entrega de produto estupefaciente ao nível internacional, de uma interpretação muito restritiva por parte dos tribunais), o qual teve a sua origem na reforma de 1992, a qual, por sua vez, foi fruto da influência directa das normas constantes dos artigos 3.1 do Tratado de Schengen e art. 11 da Convenção de Palermo de 1988.

10. Brasil

No Brasil a Lei n.º 12.850, de 2 de Agosto de 2013 – que revogou a Lei n.º 9.034, de 3 de Maio de 1995, designada por “Da definição de Ação praticada por Organizações Criminosas e dos Meios de Operacionais de Investigação e Prova – veio criar o regime jurídico autónomo que define “organização criminosa” e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção de prova, infracções penais associadas e o procedimento criminal respectivo.

Nos termos desta lei a organização criminosa consiste “[n]a associação de quatro ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, directa ou indirectamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infracções penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de carácter transnacional.” – cfr. art. 1.º, § 1.

A entrada em vigor da lei trouxe igualmente alterações ao art. 288.º do Código Penal brasileiro, com o novo título de “associação criminosa” (antes designado de “Quadrilha ou bando”²⁶⁶) e cuja redacção é a seguinte: “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 metade se a associação é armada ou se houver a participação de criança ou adolescente.”

Como com facilidade se pode constatar a redacção deste último artigo pode ser caracterizada como tópica/sucinta, sendo a sua descrição típica circunscrita assim ao número de pessoas necessárias que têm de estar associadas (na anterior redacção eram exigidas mais de três pessoas) e ao fim visado, que é a prática de crimes, sem qualquer

²⁶⁶ A anterior redacção era a seguinte: “Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes [...]”.

complemento típico que permita aferir da sua densidade e/ou estrutura ou sequer qualquer exigência de alguma *permanência* para se aferir da consistência do projecto criminoso; este tipo de crime está inserido no título IX do CP brasileiro, cujo título é “Dos crimes contra a paz pública”, partilhando este título ainda com os crimes de “incitação ao crime”, “apologia de crime ou criminoso” e “constituição de milícia privada”, respectivamente os arts. 286.º, 287.º e 288.º-A. Apesar do novo *nomen iuris* a redacção do tipo legal dado ao art. 288.º não permite concluir pela exigência de uma *associação criminosa*, tal como nós a entendemos no nosso ordenamento jurídico-penal, não sendo alheia a circunstância de este artigo ter sido antes desta alteração designado por *bando* ou *quadrilha*, herdando assim, no essencial, essa dimensão menos complexa (à semelhança do que a nossa lei prevê quando se refere a *bando*, nos termos vistos neste trabalho).

A noção lusa de *associação criminosa* tem assim uma correspondência mais aproximada com o novo regime previsto na Lei n.º 12.850, de 2 de Agosto de 2013, muito embora não partilhe o elemento essencial que diz respeito ao número mínimo de elementos exigido; aliás, tal como se mostra definido na lei brasileira, o conceito de *organização criminosa* revela-se mais exigente do que o conceito previsto pela Convenção de Palermo – na medida em que não bastam três pessoas, mas se exige o número mínimo de quatro – o que, à falta de um instrumento de reserva do Brasil relativamente a tal diploma internacional, se afigura algo incompatível com a sua assinatura, ratificação, depósito e promulgação²⁶⁷ quando em concreto haja factos que

²⁶⁷ Cfr. Decreto Legislativo n.º 231, de 29 de Maio de 2003, que aprovou a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional e seus dois protocolos, relativos ao Combate ao Tráfico de Migrantes por via Terrestre, Marítima e Aérea e à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças, celebrados em Palermo, em 15 de Dezembro de 2000, promulgada pelo Decreto n.º 5.015, de 12 de Março de 2004, constando deste, expressamente, no seu art. 1.º: “A Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, adoptada em Nova York, em 15 de

possam ser subsumidos à previsão do art. 3.º da Convenção, que determina o seu âmbito de aplicação.^{268 269}

No regime anterior à entrada em vigor da Lei n.º 12.850, regia a já referida Lei n.º 9.034, de 3 de Maio de 1995, que, como se pode ler do seu art. 1.º, na sua última redacção, dada pela Lei n.º 10.217, de 11 de Abril de 2001, “[...] define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versem sobre ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo”; esta lei, todavia, não definia o que considerava ser organização criminosa, dado que, tal como dispunha o seu art. 1.º somente havia uma remissão para a figura de *bando* ou *quadrilha*, constantes do art. 288.º do CP brasileiro, mas sem que aí resultasse qualquer definição dos conceitos de “organizações ou associações criminosas de qualquer

Novembro de 2000 [...] será executada e cumprida tão inteiramente como nela se contém.”

²⁶⁸ É a seguinte a redacção do art. 3.º [tal como se mostra publicada na sequência do Decreto presidencial]:
1) Salvo disposição em contrário, a presente Convenção é aplicável à prevenção, investigação, instrução e julgamento de: a) infrações enunciadas nos Artigos 5, 6, 8 e 23 da presente Convenção; e b) Infrações graves, na acepção do Artigo 2 da presente Convenção; sempre que tais infrações sejam de carácter transnacional e envolvam um grupo criminoso organizado; 2. Para efeitos do parágrafo 1 do presente Artigo, a infração será de carácter transnacional se: a) for cometida em mais de um Estado; b) For cometida num só Estado, mas uma parte substancial da sua preparação, planeamento, direcção e controle tenha lugar em outro Estado; c) For cometida num só Estado, mas envolva a participação de um grupo criminoso organizado que pratique actividades criminosas em mais de um Estado; ou d) For cometida num só Estado, mas produza efeitos substanciais noutra Estado.”

²⁶⁹ Sendo ainda certo que, à data do início da vigência da Convenção de Palermo no ordenamento jurídico brasileiro vigorava o art. 288.º do Código Penal, que exigia o número mínimo de quatro pessoas para se estar perante um bando ou quadrilha, o que já por si criava dificuldades de conciliação; cfr., alertando para esta questão, mas com interesse ainda no traçar do panorama da evolução do conceito de organização criminosa no direito brasileiro, cfr. JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO DE ANDRADE MARTINS, “O conflito conceitual de organização criminosa nas Leis n.º 12.694/12 e 12.850/13”, in JusNavigandi, <http://jus.com.br/artigos/26108>, págs. 1 a 7, impresso em 18 de Fevereiro de 2015.

tipo”.²⁷⁰. Aliás, esta *indefinição* ou *vazio* no quadro legal interno brasileiro do que fosse “organização criminosa” levou por exemplo o Superior Tribunal de Justiça a considerar aplicável no ordenamento jurídico brasileiro interno o conceito de “organização criminosa” previsto na Convenção de Palermo, podendo ler-se na sua conclusão o seguinte: “Capitulação da conduta no inciso VII do art. 1.º da Lei n.º 9.613/1998, que não requer nenhum crime antecedente específico para efeito da configuração do crime de

²⁷⁰ Como afirma, por exemplo, a este respeito CASSIANO CABRAL: “[n]o entanto, por uma falha legislativa, a lei [referindo-se à Lei 9.034] que dispôs sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas, deixou de conceituá-las.”, in “Lei 12.850 de 2013 e o conceito de organização criminosa”, in www.direitonet.com.br, imprimido em 16 de Fevereiro de 2015 ou SIDNEY ELOY DALABRIDA: “A Lei n.º 9.034/95, ao prescrever que “define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versarem sobre o crime resultante de ações de quadrilha ou bando (art. 1.º), equiparou as ações praticadas por organizações criminosas àquelas resultantes de ações de quadrilha ou bando. Sucede que, embora o enunciado afirmasse que a Lei incidiria sobre organizações criminosas, o art. 1.º reduziu seu objeto aos crimes praticados por quadrilha ou bando. Vinculou-se, assim, organização criminosa a tipo penal construído há mais de meio século (art. 288.º do Código Penal), assentado sobre o paradigma criminal completamente distinto...”, esclarecendo em momento imediatamente anterior, que tal lei “[c]ontudo, sequer se prestou a fornecer a conceituação, contornos jurídicos e pressupostos fundantes do fenômeno que aspirava combater.”, in “A nova lei do crime organizado – Lei n.º 12.850/2013: superação do *deficit* conceitual e sua tipologia”, in JusBrasil Artigos, imprimido em 16 de Fevereiro de 2015; ou, ainda, nas palavras de LUIZ FLÁVIO GOMES “[c]uida-se, portanto, de um conceito vago, totalmente aberto, absolutamente poroso. Considerando-se que [...] o legislador não ofereceu nem sequer a descrição típica mínima do fenômeno, só nos resta concluir que, nesse ponto, a lei (9.034/95) passou a ser letra morta. Organização criminosa, portanto, hoje, no ordenamento jurídico brasileiro, é uma alma (uma enunciação abstracta) em busca de um corpo (de um conteúdo normativo, que atenda o princípio da legalidade). Se as leis do crime organizado no Brasil (Lei 9.034/95 e Lei 10.217/01), que existem para definir o que se entende por organização criminosa, não nos explicaram o que é isso, não cabe outra conclusão: desde 12.04.01 perderam eficácia todos os dispositivos legais fundados nesse conceito que ninguém sabe o que é. [...] É caso de perda de eficácia (por não sabermos o que se entende por organização criminosa), não de revogação (perda de vigência). No dia em que o legislador revelar o conteúdo desse conceito vago, tais dispositivos legais voltarão a ter eficácia. Por ora continuam vigentes, mas não podem ser aplicados.”, *apud* Ac. Supremo Tribunal Federal brasileiro, HC 96.007/SP, acessível redir.sff.jus.br, p. 10.

lavagem de dinheiro, bastando que seja praticado por organização criminosa, sendo esta disciplinada no art. 1.º da Lei n.º 9/034/95, com a redacção dada pela Lei n.º 10.217/2001, c/c o Decreto Legislativo n.º 231, de 29 de Maio de 2003, que ratificou a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, promulgada pelo Decreto n.º 5.015, de 12 de Março de 2004.”²⁷¹.

Mas a realidade legislativa brasileira acrescenta ainda alguma complexidade a esta matéria relacionada com o fenómeno criminoso colectivo que envolva a *associação de pessoas* para a prática de crimes e tem tratamento diferenciado relativamente às formas de comparticipação criminosa da doutrina geral do crime.

A Lei n.º 11.343, de 23 de Agosto de 2006 (que “Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad, prescreve medidas para a prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para a repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências”) no seu art. 35.º prevê que a associação de “duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos...” é punível com pena de prisão “3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 1.200 (mil e duzentos) a 2.000 (dois mil) dias multas.”; no art. 37.º está prevista a punição daquele que “[c]olaborar como informante, com grupo, organização ou associação destinados à prática de qualquer dos crimes previstos...” com pena de “2 (dois) a 6 (seis) anos, e pagamento de 300 (trezentos) a 700 (setecentos) dias-multa.”, sendo que no art. 33.º, § 4 se prevê como circunstância susceptível de reduzir a pena entre um sexto e dois terços o facto de o agente não integrar uma “organização criminosa”, o que, para efeitos desta lei, atento o citado art. 35.º – e sob pena de a incoerência ser desde logo

²⁷¹ Cfr. Ac. Superior Tribunal de Justiça, relatado por Laurita Vaz, no processo n.º 77.771 - SP (2007/0041879-9), in www.stj.jus.br.

constatável no âmbito da própria lei e não já só na articulação entre os diversos diplomas legais simultaneamente em vigor – se deve considerar aquela que é constituída por “duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos...”; e a qualificação do fenómeno criminoso colectivo como *organização criminosa* revela-se adequada ao quadro brasileiro atendendo à rigorosa/elevada pena abstracta aplicável.

A Lei n.º 12.694, de 24 de Julho de 2012 – que “[d]ispõe sobre o processo e o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas [...]” – define no art. 2.º 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 carácter transnacional.”

Significa isto, portanto, que coexistem no ordenamento jurídico-penal brasileiro duas figuras distintas, a de *associação criminosa* – prevista no Código Penal – e a de *organização criminosa*, prevista na Lei n.º 12.850/2013, na Lei n.º 12.694/2012 e na Lei n.º 11.343/2006; entre os dois conceitos há uma clara diferença de grau, de gravidade subjacente, sendo a primeira menos complexa e, portanto, punível de modo menos gravoso e a segunda tratada de forma mais rigorosa, quer quanto à sua própria configuração, quer quanto à sua punição. Em comum entre os conceitos de associação criminosa e organização criminosa há apenas a circunstância de estarem associadas ao fenómeno criminoso colectivo na medida em que exigem a colaboração de mais de uma pessoa para que se possa estar perante a sua prática, traduzindo ambas, em si mesmas, um fenómeno criminoso autonomizável das formas de participação criminosa.

Quanto ao conceito de *organização criminosa* vigente no ordenamento

jurídico-penal brasileiro observa-se alguma indefinição conceitual, pois, de acordo com os diplomas referidos onde se mostra prevista exige-se um número mínimo de elementos diferente: quatro, três ou duas pessoas; quer dizer, o conceito de *organização criminosa* reveste características, em cada uma das leis citadas, algo inconciliáveis entre si, o que certamente cria muitas dificuldades na sua aplicação em concreto.

A mero título de curiosidade é relevante ter em consideração que o legislador brasileiro, em determinada altura, terá tido a noção destas dificuldades na medida em que no anteprojecto de Código Penal²⁷², de 2012, no que seria o Capítulo IV, intitulado “De outros crimes contra a paz pública”, se previam os crimes de associação criminosa (no que seria o art. 255.º) e de organização criminosa (no que seria o art. 256.º), o que, mantendo a diferença conceitual clara entre as duas “realidades”, a ter sido a versão final, seria uma solução uniformadora e esclarecedora, evitando as dificuldades relatadas. Neste anteprojecto estava consolidada a diversidade conceitual entre associação criminosa (figura próxima de *bando* no nosso direito) e organização criminosa (figura mais grave e exigente, próxima da nossa figura de associação criminosa), sendo ainda de realçar que a sua descrição típica se revelava em si mesmo mais perfeita e completa: com efeito, a *associação criminosa* estava definida do seguinte modo: “Associarem-se três ou mais pessoas, de forma estável e permanente, para o fim específico de cometer crimes”, punível com pena de prisão de um a três anos, uma consagração que, desde logo, permitia uma melhor distinção relativamente à figura da co-autoria; a *organização criminosa* estava definida da forma seguinte: “Organizarem-se três ou mais pessoas, de forma estável e permanente, para o fim específico de cometer crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a quatro anos, mediante estrutura organizada e divisão de tarefas, com

²⁷² Vide Senado Federal, Projecto de lei do Senado n.º 236, de 2012, publicado in www.senado.gov.br.

hierarquia definida e visando a auferir vantagem ilícita de qualquer natureza.”, punível com pena de prisão de três a dez anos²⁷³, no que traduzia uma versão próxima do conceito de organização criminosa previsto na Convenção de Palermo.

11. Região Administrativa Especial de Macau da República Popular da China

No território da actual Região Administrativa Especial de Macau da República Popular da China, a previsão legal do tipo de crime “associação criminosa” tem contornos complexos, desde logo pela *aparente duplicação* que se pode observar relativamente ao seu regime jurídico-penal.

É um regime que no essencial foi estabelecido quando o território estava sob a administração portuguesa, o que torna a sua análise, sob o ponto de vista do direito luso, ainda mais interessante, na medida em que permitirá estabelecer inevitáveis comparações historicamente enquadradas.

No art. 288.º do Código Penal de Macau²⁷⁴ mostra-se previsto o crime de associação criminosa, que se insere no Título IV (Dos crimes contra a vida em sociedade),

²⁷³ Ambas as normas previam circunstâncias qualificativas e/ou agravantes: no caso da associação criminosa apenas uma, caso fosse armada, o que implicaria o aumento até metade da pena e no caso da organização criminosa a circunstância de ser “armada” (aumentando em metade a pena aplicável), se for “milícia” (com uma moldura de quatro a doze anos de prisão) e a circunstância qualificadora se for integrada por agentes ou ex-agentes do sistema de segurança pública ou das forças armadas, ou por agentes públicos (com uma moldura abstracta de oito a vinte anos).

²⁷⁴ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 58/95/M, de 14 de Novembro; este diploma revogou assim o Código Penal de 1886 aprovado pelo Decreto de 16 de Setembro de 1886, publicado no suplemento ao *Boletim Oficial* de Macau, n.º 49, de 14 de Dezembro de 1886, com excepção dos arts. 141.º a 176.º (Título II do Livro Segundo – Dos crimes contra a segurança do Estado), que permaneceram em vigor até 19 de Dezembro de 1999 – cfr. o seu art. 9.º.

Capítulo V (Dos crimes contra a ordem e tranquilidade públicas) e, com excepção da moldura penal abstracta, tem uma redacção igual ao art. 299.º do CP português, com as alterações aí introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março²⁷⁵.

É a seguinte a redacção do art. 288.º do Código Penal de Macau: “1. Quem promover ou fundar grupo, organização ou associação cuja finalidade ou actividade seja dirigida à prática de crimes é punido com pena de prisão de 3 a 10 anos. 2. Na mesma pena incorre quem fizer parte de tais grupos, organizações ou associações ou quem os apoiar, nomeadamente fornecendo armas, munições, instrumentos de crime, guarda ou locais para as reuniões, ou qualquer auxílio para que se recrutem novos elementos. 3. Quem chefiar ou dirigir os grupos, organizações ou associações referidos nos números anteriores é punido com pena de prisão de 5 a 12 anos. 4. As penas referidas nos números anteriores podem ser especialmente atenuadas ou o facto deixar de ser punível se o agente impedir ou se esforçar seriamente por impedir a continuação de grupos, organizações ou associações, ou comunicar à autoridade a sua existência de modo a esta poder evitar a prática de crimes.”

Antes da entrada em vigor do CP de 1995, o regime jurídico-penal relativo às associações criminosas estava previsto no âmbito do CP de 1886 no seu art. art. 263.º, intitulado, como já tivemos oportunidade de abordar neste estudo, de associação de malfeitores²⁷⁶.

A Lei n.º 1/78/M, de 4 de Fevereiro veio estabelecer um regime jurídico-penal (mas também processual-penal) das “Associações de Malfeitores”, assumindo a própria lei esta designação e esclarecendo logo no seu art. 1.º que “[a]s associações de malfeitores conhecidas nesta área geográfica por associações ou sociedade secretas [...] ficam

²⁷⁵ Cfr. *supra* Parte I, Cap. I, Sec. II, 4.

²⁷⁶ Cfr. *supra* Parte I, Cap. I, Sec. II, 2.

sujeitas ao regime penal constante dos artigos seguintes.”

Portanto, a partir de 1978, no Território de Macau passou a existir uma [aparente] *duplicação punitiva* das associações criminosas (de *malfeitores*), uma constante do Código Penal de 1886, com o crime previsto no art. 263.º, e outra no diploma 1/78/M, de 4 de Fevereiro, sendo certo que com este diploma se pretendeu abarcar, na maior amplitude possível (se não mesmo totalmente) todo o regime relativo a tal fenómeno criminoso, muito embora expressamente prevendo que não revogava outras normas penais incriminadoras (desde logo a prevista no Código Penal).

Com a Lei n.º 6/97/M, de 30 de Julho – intitulada Lei da Criminalidade Organizada – procedeu-se à actualização do regime punitivo relativo ao crime de associação ou sociedade secreta, pouco tempo depois de estar em vigor o, à data, novo Código Penal, que continha, precisamente, uma norma substantiva punitiva do fenómeno, como referimos, o art. 288.º.

Podemos assim constatar que a *duplicação normativa/punitiva* a que nos referimos relativamente às associações criminosas se mantém neste território desde 1978 no que se pode afirmar ser uma sua característica própria e que merece a nossa atenção agora mais detalhada, por ser o regime actualmente em vigor, podendo contextualizar-se esta característica, de acordo desde logo com o preâmbulo da Lei n.º 1/78/M, numa motivação político-criminal clara, derivada da especial dimensão/intensidade/simbologia deste fenómeno criminoso no Território de Macau.

11.1 Do regime jurídico-penal da Lei n.º 1/78/M – Associações de Malfeitores

O art. 1.º deste diploma parece inculcar uma *ideia de exclusividade* do seu regime relativamente às associações de malfeitores, na medida em que no seu art. 1.º se prevê que “As associações de malfeitores conhecidas nesta área geográfica por associações ou sociedades secretas [...] ficam sujeitas ao regime penal constante dos artigos seguintes.” Esta norma, numa primeira análise, parece revogar a norma do art. 263.º do Código Penal, na medida em que afirma a sua aplicação a todo o fenómeno criminoso relacionado com as associações de malfeitores. Todavia, o último artigo deste diploma, vem prever, de forma expressa, a não revogação “[d]as normas penais incriminadoras de outras condutas que nele não estejam previstas mas correlacionadas com elas [...]”, num esclarecimento aparentemente necessário tendo em conta a forma peremptória como o art. 1.º se mostra redigido.

Deste art. 1.º podemos retirar uma outra ideia de exclusividade e aqui sem excepção: qualquer que seja a associação de malfeitores existente no Território de Macau é tratada como “associação ou sociedade secreta”: portanto, sob o ponto de vista conceitual, a lei faz uma operação de absoluta equiparação, o que não se mostra prejudicado pelas “sociedades legalmente consideradas secretas” expressamente identificadas no seu art. 3.º²⁷⁷, numa identificação fenomenológica/criminológica, questionável sob o ponto de vista técnico-jurídico, mas de valor essencialmente simbólico, relevando de razões de política criminal, de pendor voluntarista, como se, por si só, a sua “nomeação” legal fosse

²⁷⁷ “São desde já declaradas associações ou sociedades secretas as usualmente designadas por: a) 14 Kilates; b) Wo On Lock, aliás Soi Fong, aliás Gasosa; c) Wo Seng I, aliás Seng I; d) Iau Lün.

factor de efectiva diminuição da sua actuação no mundo real²⁷⁸; esta expressa identificação não excluía, atenta a redacção da norma, a existência de outras associações ou sociedades secretas.

O art. 2.º dá-nos uma definição de “associação ou sociedade secreta” como “[...] organizações clandestinas formadas, com propósito de estabilidade, para cometerem infracções penais e cuja existência se manifeste por convenção ou quaisquer outros factos, designadamente pela prática, cumulativa ou não, dos seguintes ilícitos [...]” enumerando, como já referimos, um extenso rol de crimes. No art. 4.º estão previstos os agentes da prática do crime através da sua pertença, exercício de funções de direcção ou chefia em qualquer grau ou meros apoiantes, através de diversos modos, das “associações proibidas por esta lei”.

Conjugando os arts. 1.º e 2.º desta Lei – e não obstante a norma “generalizadora” e de alcance subsidiário (norma genérica e que faz as funções de “norma de segurança”) – podemos afirmar que, efectivamente, a norma do Código Penal que previa a punição da associação de malfeitores – o art. 263.º – foi na prática revogado, dada a total ausência de “espaço normativo sobranante”; com efeito, não só se procedeu à “assimilação” do conceito de *associação malfeitores* constante do Código Penal para passar a equivaler a “associação ou sociedade secreta” e a ser punido como tal no novo regime legal, como a previsão típica abarcou a fenomenologia criminológica susceptível de sua subsunção na norma do art. 263.º do Código Penal de 1886.

²⁷⁸ Esta atenção político-criminal está bem patente no preâmbulo da Lei n.º 1/78/M onde se afirma que se quis reagir ao “[...] *recrudescimento, em Macau, das actividades das associações de malfeitores, típicas desta área geográfica, aqui conhecidas, ainda que com alguma propriedade, por «associações ou sociedades secretas [...], dominando o sub-mundo da prostituição, da droga, da extorsão e de outras actividades marginais [...]*”, o que, “*traz naturalmente preocupada a população e as autoridades do Território.*”

Esta dupla previsão normativa do fenómeno criminoso relacionado com as associações criminosas não deixa de ser uma causa de complexidade, podendo colocar dúvidas relativamente ao regime a aplicar em certas situações em concreto²⁷⁹.

O fenómeno criminológico da “associação de malfeitores” no território de Macau parece ter sido absorvido por completo pela fórmula regional designada por “associação ou sociedade secreta” e, não obstante a Lei em análise se auto-designar de “Associações de Malfeitores” e, feita a *absorção* ao conceito de “associação ou sociedade secreta”, com excepção do citado art. 1.º, não surgem quaisquer referências às “associações de malfeitores”, mas tão-só às “associações ou sociedades secretas”.

Com a entrada em vigor do Código Penal de 1995 procedeu-se à alteração do art. 4.º da Lei n.º 1/78/M de 4 de Fevereiro, com a alteração/agravação da moldura penal abstracta (de modo a torná-lo coerente com a moldura penal abstracta prevista no art. 288.º do Código Penal), tendo este diploma vigorado até à entrada em vigor da Lei n.º 6/97/M, de 30 de Julho (Lei da Criminalidade Organizada), que o revogou expressamente através do art. 43.º. Significa isto que, durante um curto período, o regime jurídico-penal da “associação criminosa” foi fruto da coexistência entre a Lei n.º 1/78/M, de 4 de Fevereiro e do art. 288.º do “novo” Código Penal de Macau de 1995.

Esta alteração à Lei n.º 1/78/M, em simultâneo com a entrada em vigor do Código Penal, permite fazer um juízo de “revigoração” da vigência de tal diploma avulso, na medida em que sofreu uma actualização parcial (mas que, sob o ponto de vista tácito, pode ser interpretado como uma confirmação global da sua vigência), o que, em face do novo

²⁷⁹ Não obstante a redacção deste art. 2.º não seja absolutamente clara no sentido de se perceber se o rol de crimes enunciados é meramente exemplificativo ou não e, nessa medida, possa levantar sérias dúvidas interpretativas relativamente a crimes não previstos no seu “catálogo”, como por exemplo se estivessem em causa crimes aí não expressamente previstos, como por exemplo, os de homicídio ou quanto aos crimes sexuais, cremos que, efectivamente, a sua descrição é meramente exemplificativa.

Código Penal, igualmente com uma norma própria a prever a punição das “associações criminosas”, permite (atenta a conclusão a que chegámos relativamente à revogação tácita da norma do art. 263.º do Código Penal de 1886) perguntar pelo âmbito [útil] de aplicação desta nova norma, a do art. 288.º. Feita a confrontação entre a actualização ao art. 4.º da Lei n.º 1/78/M e o art. 288.º constatamos que aquele art. actualizou as penas aplicáveis aos autores do crime de pertença a uma “associação de malfeitores de modo a coincidir com a moldura penal constante do art. 288.º para o “novo” crime de associação criminosa, que passou a estar previsto no Código Penal e a ser punido com as penas de 3 a 10 anos de prisão ou, se agravado, de 5 a 12 anos de prisão.

Não há dúvida relativamente à diferença típica entre o art. 263.º do Código Penal de 1886 e a do art. 288.º do Código Penal de 1995. No entanto, esta diferente tipicidade, quando relacionada com o regime legal presente na Lei n.º 1/78/M, cremos não ter permitido alterar o juízo conclusivo a que chegámos na sua relação com o art. 263.º. Com efeito, não obstante a forma mais depurada (embora menos descritiva) como é apresentado o crime de “associação criminosa” cremos que em pouco adiantou relativamente ao crime de associação ou sociedade secreta do diploma avulso referido, faltando no recorte típico do seu art. 4.º, os verbos “*promover* ou *fundar*” que estão previstos no n.º 1 do art. 288.º. Foi breve o período em que esta “coexistência” se deu, pois cerca de pouco mais do que um ano e meio volvidos desde a entrada em vigor do Código Penal de Macau (que entrou em vigor a 1 de Janeiro de 1996) foi criada a Lei n.º 6/97/M, de 30 de Julho, que ainda hoje vigora no Território de Macau.

11.2 Do regime jurídico-penal da Lei n.º 6/97/M, de 30 de Julho - Lei da Criminalidade Organizada

É hoje no Território de Macau a lei que enquadra o regime jurídico-penal (e também processual penal) da associação ou sociedade secreta e vigora em simultâneo com o art. 288.º do Código Penal de Macau, que prevê o crime de “associação criminosa”.

A Lei n.º 6/97/M acolhe, sem necessidade de explicação (certamente assumindo a *tradição* introduzida pela Lei n.º 1/78/M), o conceito de “associação ou sociedade secreta”, iniciando logo no art. 1.º, n.º 1 com a sua definição: “Para efeitos do disposto na presente lei, considera-se associação ou sociedade secreta toda a organização constituída para obter vantagens ou benefícios ilícitos cuja existência se manifeste por acordo ou convenção ou outros meios, nomeadamente pela prática, cumulativa ou não, dos seguintes crimes [...]”, enunciando um extenso rol de crimes (apesar da sua exaustividade, deve entender-se, atenta a sua redacção, que o seu enunciado é exemplificativo) e, no seu n.º 2, enuncia critérios *negativos*, na medida em que, de forma expressa, afasta circunstâncias que poderiam ser eventualmente exigidas para se poder estar perante uma associação ou sociedade secreta²⁸⁰, afastando exigências formais pouco compatíveis com um fenómeno, na sua essência, caracterizado pela informalidade/clandestinidade, formas de naturalmente agir no mundo real sem ser detectado. Ainda assim este diploma, na sua redacção originária, não descurava a possibilidade de poderem estar em causa pessoas colectivas, com ou sem personalidade

²⁸⁰ É a seguinte a redacção do n.º 2 do art. 1.º da Lei n.º 6/97/M: “Para a existência da associação ou sociedade secreta referida no número anterior não é necessário que: a) Tenha sede ou lugar determinado para reuniões; b) Os membros se conheçam entre si; c) Tenha comando, direcção ou hierarquia organizada que lhe dê unidade e impulso; ou d) Tenha convenção escrita reguladora da sua constituição ou actividade, ou da distribuição dos seus lucros ou encargos.”

jurídica, na medida em que previa no seu regime, quer a responsabilidade das pessoas colectivas (cfr. art. 14.º), ainda que circunscrita aos crimes previstos no art. 10.º (intitulado *Conversão, transferência ou dissimulação de bens ou produtos ilícitos*), quer a sua punição (cfr. art. 18.º, n.º 3), enunciando, no art. 19.º, a dissolução judicial de associações ou sociedades legalmente constituídas previstas no art. 1.º quando “algum ou alguns dos respectivos membros” tiver sido condenado²⁸¹. Entretanto, a Lei n.º 2/2006, de

²⁸¹ O art. 19.º tem a seguinte redacção: “As associações ou sociedades secretas a que se refere o artigo 1.º legalmente constituídas são dissolvidas na decisão judicial que condenar algum ou alguns dos respectivos crimes.”; esta norma suscita, no nosso entender, muitas dúvidas, relativamente à sua natureza e à sua coerência interna: com efeito, se por um lado a responsabilidade penal das pessoas colectivas (com ou sem personalidade jurídica) se mostrava restrita aos crimes previstos no art. 10.º e as penas aplicáveis pela prática de tais crimes se mostravam previstas no art. 18.º, n.º 3, o art. 19.º enuncia uma consequência jurídico-penal, de natureza automática, para todas as circunstâncias em que um membro de uma pessoa colectiva com personalidade jurídica (nos termos da lei “*legalmente constituída*”) tenha sido condenado pela prática de um crime, mas que não surge identificado, presumindo-se que seja o crime enunciado no art. 2.º; é que o art. 1.º define o que é uma associação ou sociedade secreta, mas não enuncia qual o crime praticado, sendo que se perspectivará que deva ser o que se mostra previsto no art. 2; a interpretar-se que a dissolução da pessoa colectiva que constitui a associação ou sociedade secreta será uma consequência automática pela prática de qualquer crime previsto [nesta] lei (o que nem sequer se mostra expressamente previsto, muito embora seja a única interpretação razoável); perguntar-se-á então qual o sentido para a restrição que se mostrava prevista nos arts. 14.º, n.º 1 e 18.º, n.º 3 se, afinal, a lei previa uma consequência automática, e ainda por cima a mais drástica, para as situações em que qualquer membro de uma “associação ou sociedade secreta legalmente constituída” (o que, por si só, parece ser uma contradição nos termos, na medida em que o “secretismo” parece ser incompatível com a publicidade decorrente da sua constituição legal, muito embora se possa perceber ser a intenção do legislador abarcar aquelas situações em que o propósito criminoso é secreto, ainda que disfarçado pela sua constituição legal) pratica o crime previsto nesta Lei, então estaríamos perante uma situação de excepção à excepção relativa à punição das pessoas colectivas previstas neste diploma. Cremos que tudo seria mais simples se a norma tivesse outra redacção, como por exemplo, se se afirmasse a pena de dissolução para aquelas situações em que a pessoa colectiva foi constituída com o fim exclusivo da prática dos crimes previstos na presente lei. É que há um efeito de contágio entre o crime praticado pelo membro da pessoa colectiva e extinção desta sem que esteja minimamente assegurada, tipicamente, qual a relação exigida do seu membro com a pessoa colectiva e qual o papel desta na prática de tal crime. A fórmula sincopada como o art. 19.º se mostra redigido, na sua

3 de Abril, relativa à “Prevenção e repressão do crime de branqueamento de capitais” veio revogar os arts. 10.º, 14.º e 18.º, n.º 3 da Lei n.º 6/97/M, no que permitiu uma depuração deste diploma, expurgando-o de matérias que não se mostravam directamente relacionadas com a sua temática central.

O art. 2.º da Lei n.º 6/97/M enuncia o “crime de associação ou sociedade secreta”, praticando-o, como se descreve no n.º 1, “Quem promover ou fundar uma associação ou sociedade secreta” ou, no n.º 2, “Quem fizer parte de uma associação ou sociedade secreta ou a apoiar, nomeadamente [...]”, enunciando um rol extenso exemplificativo de condutas típicas susceptíveis de ser integradas na previsão nuclear típica do crime: “[...] a) fornecendo armas, munições, instrumentos de crime, guarda ou locais para as reuniões; b) angariando subscrições, exigindo ou concedendo fundos ou qualquer auxílio para que se recrutem novos membros, designadamente, aliciando ou fazendo propaganda; c) tendo a guarda ou o controlo de livros, extractos de livros ou contas da associação ou sociedade secreta, de relação de membros ou de trajes especificamente adequados às cerimónias rituais da associação ou sociedade; d) participando em reuniões ou cerimónias rituais de associação ou sociedade secreta ou; e) utilizando senhas ou códigos de qualquer natureza, característicos de associação ou sociedade secreta.”

Fazendo a comparação entre a norma do art. 2.º da Lei n.º 6/97/M e a norma do art. 288.º do Código Penal de Macau podemos concluir ser praticamente coincidente a sua redacção no que diz respeito à conduta típica (a utilização dos verbos “fundar” e “promover” ou a utilização da expressão “fizer parte”), havendo, no entanto, uma muito significativa divergência no que diz respeito às penas aplicáveis; com efeito, enquanto no art. 288.º, “[q]uem promover ou fundar grupo, organização ou associação [...] é punido

aparente clareza, suscita-nos assim as maiores dúvidas.

com pena de prisão de 3 a 10 anos”, sendo que “[q]uem chefiar ou dirigir os grupos, organizações ou associações [...]” será punido com pena de prisão de 5 a 12 anos, já na Lei n.º 6/97/M para situações equivalentes às previstas no art. 288.º, a pena de prisão aplicável é de 5 a 12 anos (para quem “fundar”/“promover”/“fizer parte”) ou de 8 a 15 anos (para quem “exercer funções de direcção ou chefia”, com uma nota relevante e única dissonante quanto à descrição típica entre ambas as normas e diz respeito à circunstância de estas funções de direcção ou chefia poderem ser punidas enquanto tal “em qualquer grau da associação ou sociedade secreta”, portanto, facilitando a conclusão por essa condição de “direcção” ou “chefia” no seio de uma associação (o que não se mostra previsto no art. 288.º do Código Penal, que incute a ideia de essa condição de chefia e direcção dizer respeito à associação, grupo ou organização como um todo e não às suas diferentes *subdivisões*); mas a Lei n.º 6/97/M tem ainda duas outras circunstâncias agravantes que não se mostram previstas no art. 288.º, e que se mostram previstas no art. 2.º, n.ºs 4 e 5, e agravam as penas previstas em um terço, nos seus limites mínimos e máximos, e dizem respeito ao recrutamento, aliciamento, propaganda ou a exigência de fundos ser dirigida a menores de 18 anos ou à circunstância de os crimes em causa serem praticados por funcionário.

Significa isto, para já, que, ao contrário do que sucedia na relação entre o diploma 1/78/M e o Código Penal, quer de 1886, quer de 1995, em que não havia diferença relevante quanto às penas aplicáveis a crimes de natureza semelhante²⁸², agora subsiste uma enorme diferença ao nível das suas consequências jurídico-criminais, agudizando-se assim a necessidade de se fazer a distinção entre ambas as previsões, se é que há razões

²⁸² E aliás foi alvo de uma expressa alteração de forma a garantir a compatibilidade das penas previstas com as que se previam no Código Penal para o crime de associação criminosa, cfr. art. 8.º do D.L. n.º 58/95/M, de 14 de Novembro, que procedeu à alteração do art. 4.º da Lei n.º 1/78/M, de 4 de Fevereiro.

válidas para essa destrição ser feita.

11.3 Da convergência/divergência conceitual entre Associação Criminosa e Associação ou Sociedade Secreta e entre os “tipos de crime” respectivos.

Como vimos, o legislador neste Território de Macau tornou inequívoco haver uma identidade absoluta entre o conceito de “associação de malfeitores”, prevista no art. 263.º do Código Penal de 1886 e o conceito de “associação ou sociedade secreta”, previsto legalmente, num primeiro momento, na Lei n.º 1/78/M; quer isto dizer – ainda que seja complexa, sob o ponto de vista teórico, a relação entre elementos objectivos e subjectivos do tipo de crime “associação criminosa”, como já tivemos oportunidade de enunciar neste trabalho –, que se assumiu uma identidade objectiva entre o conceito de associação de malfeitores e a associação ou sociedade secreta; recordando o que se afirma no art. 1.º da Lei n.º 1/78/M, “[a]s associações de malfeitores [são] conhecidas nesta área geográfica por associações ou sociedades secretas”. Ao afirmá-lo o legislador coloca a questão da identidade *objectiva* do fenómeno criminológico com implicações ao nível do tipo objectivo de crime que depois prevê, na medida em que a pertença a tais entidades criminosas, supõe assim existir uma identidade das suas características. A Lei n.º 6/97/M veio assumir a designação de “associação ou sociedade secreta”, não havendo quaisquer razões para depreender que, com tal designação, tivesse querido prever uma realidade objectiva diferente da que era antes abarcada pela Lei n.º 1/78/M²⁸³.

²⁸³ Convém ter em consideração, por exemplo, a “Exposição de motivos” (in *Lei da Criminalidade Organizada da Colectânea de Leis Penais Avulsas*, A.L.R.A.E.M., 2002, págs. 275 a 278) quando se afirma: “No presente diploma optou-se por definir o crime de associação ou sociedade secreta [...] autonomamente

É com este enquadramento que, no nosso entender, deve ser interpretado o regime jurídico-penal constante da Lei n.º 6/97/M, devendo fazer-se uma separação clara entre o seu art. 1.º, que descreve, sob o ponto de vista objectivo, o que se deve entender por “associação ou sociedade secreta” e o seu art. 2.º, que descreve o tipo de crime em si mesmo considerado, com todos os seus elementos típicos.

No Código Penal de Macau, o art. 288.º concentra estes dois tópicos num só artigo deixando a caracterização do que seja, sob o ponto de vista objectivo, a associação criminosa, para a doutrina e para a jurisprudência.

Mas a questão fundamental a colocar é a seguinte: entre a Lei n.º 6/97/M e o art. 288.º do Código Penal há, afinal, alguma diferença no que diz respeito, sob o ponto de vista objectivo, entre o que seja “associação criminosa” (designada pelo Código Penal de 1886 por “associação de malfeitores”) e a “associação ou sociedade secreta”: cremos que não. Por um lado, foi o próprio legislador que procedeu à sua identificação absoluta na Lei n.º 1/78/M, no seu artigo 1.º; por outro lado, no art. 1.º da Lei n.º 6/97/M, quando se define o que seja associação ou sociedade secreta, embora se afirme num primeiro momento – de modo, reconheça-se, algo vago – que se trata de “[...]toda a organização [notamos aqui a noção de “organização” desde logo é utilização de um dos termos

face ao crime de associação criminosa do artigo 288.º do Código Penal, integrando na descrição típica do crime elementos organizatórios, antropológicos e emergentes do meio social envolvente, de modo a que, ao invés do que resultava da definição demasiado restritiva do artigo 2.º da Lei n.º 1/78/M, a norma abranja qualquer associação criminosa com as características de sociedade secreta.” e depois se acrescenta, em linha com o que advogamos em texto, isto é, na continuidade conceitual entre o crime de associação ou sociedade secreta e de associação criminosa (que, recordemos, já decorria da remissão expressa feita pela Lei n.º 1/78/M no seu art. 1.º) “[a] descrição típica, seguindo o caminho expresso no artigo 288.º do Código Penal não impõe nem um modelo organizatório nem um modo de revelação, bastando-se com a existência de uma estrutura organizatória, dotada de certa estabilidade ou permanência, destinada à prática de crimes, independentemente da prática dos crimes subjacentes.”

descritivos utilizados no art. 288.º do Código Penal] constituída para obter vantagens ou benefícios ilícitos [...]”, mas depois esclarecendo-se que a sua existência se manifesta “[...] nomeadamente pela prática, cumulativa ou não, dos seguintes crimes [...]”; nesta medida, não pode deixar de se concluir que as vantagens ou benefícios ilícitos que a associação ou sociedade secreta almeja tem de estar conectada à prática de crimes, pois só essa exigência típica pode permitir a conclusão de que alguém possa praticar tal crime, ainda para mais punível de forma tão rigorosa, com uma pena mínima de 5 a 12 anos. Não é sustentável afirmar que alguém possa praticar o crime de “associação ou sociedade secreta” somente por pretender alcançar *vantagens ou benefícios ilícitos* sem implicar, umbilicalmente, a prática de crimes²⁸⁴. E neste sentido o tipo de crime previsto no art. 288.º contém precisamente a mesma exigência, embora enunciada de forma mais sincopada, na medida em que apenas prevê que será punido pela prática do crime de “associação criminosa” quem promover, fundar ou fizer parte de um grupo, associação ou organização *cuja finalidade ou actividade seja dirigida à prática de crimes* (sendo certo que o objectivo na prática de crimes é, por definição, o alcançar de, utilizando os termos usados expressamente na Lei n.º 6/97/M, *vantagens ou benefícios ilícitos*”).

Há assim plena coincidência objectiva entre o que seja a “associação criminosa” prevista no Código Penal e a “associação ou sociedade secreta” prevista na Lei n.º 6/97/M e, tendo em conta a redacção relativa à conduta exigida para se poder concluir ter alguém praticado o crime, tal como já abordámos, isto é, através do “promover”, “fundar” ou do “fizer parte” – se estivermos perante a prática do crime sem qualquer circunstâncias agravante – ou do exercer “funções de direcção ou chefia” – se estivermos perante as circunstâncias agravantes – então teremos de concluir que estamos perante

²⁸⁴ Cfr. “Exposição de motivos” da Lei n.º 6/97/M *supra* citada.

uma dupla previsão normativa para o mesmo tipo de comportamento proibido.

Porém, já não constatamos esta *duplicação normativa* quando em causa estão os comportamentos agravantes previstos nos n.ºs 4 e 5 do art. 2.º da Lei n.º 6/97/M, na medida em que não constam da redacção do tipo legal previsto no art. 288.º do Código Penal.

Constatamos uma *duplicação normativa parcial* no que diz respeito à atenuação especial da pena ou à circunstância de o facto não ser punível nas circunstâncias previstas no n.º 4 do art. 288.º do Código Penal e o regime especial previsto no art. 5.º da Lei n.º 6/97/M, na medida em que esta última norma revela mais soluções para os agentes que impeçam ou se esforcem seriamente por impedir a continuação da associação ou sociedade secreta ou comuniquem às autoridades a sua existência.

Noutra perspectiva, e diríamos, decisiva, esta *dupla previsão normativa* diverge, de modo muito substancial, no que diz respeito às consequências jurídicas do crime, dado que as penas previstas para os mesmos comportamentos no Código Penal são mais brandas do que as previstas na Lei n.º 6/97/M.

Sob o tópico primeiro denominado “[r]azoabilidade e eficácia da criminalização autónoma da conduta de pertença a sociedade secreta [...] face à descrição do crime de associação criminosa que consta do art. 288.º do Código Penal”, colocando assim a questão fundamental relativa à coexistência entre duas previsões normativas, afirma-se num parecer elaborado a propósito dos trabalhos (pré)legislativos relativos à Lei da Criminalidade Organizada, o seguinte: “[e]sta estratégia que se salda, de quando em quando, em dificuldades no domínio da interpretação e aplicação da norma que descreve o crime, devido ao défice de rigor técnico que patenteia, tem vindo, não obstante, a ser considerada de razoável importância simbólica, dada a mensagem (sobretudo no plano da emoção) que transmite à população, que, julgando ver reflectida na norma a

*realidade, reconhece a preocupação do legislador de aproximação a essa mesma realidade.*²⁸⁵ A questão é assim colocada num plano exclusivamente político-criminal, sem argumentos técnico-jurídicos sólidos a alicerçar a *dupla previsão normativa* a que nos temos vindo a referir, como se a vigência em simultâneo de dois regimes jurídico-penais de combate à associação criminosa/associação ou sociedade secreta significasse uma dupla eficácia nesse combate.

Ainda assim, esta coexistência entre o crime de associação criminosa do art. 288.º do Código Penal e o crime de associação ou sociedade secreta, prevista na Lei n.º 6/97/M, tem sido unanimemente afirmada e, sob o ponto de vista das decisões judiciais proferidas no Território de Macau²⁸⁶, é sempre dada como adquirida, vigorando assim esta

²⁸⁵ Assim, MARIA LEONOR ASSUNÇÃO, “Breve reflexão sobre as questões objecto de análise nas Reuniões em que participaram os Senhores Deputados membros da Comissão de Justiça e Segurança da Assembleia Legislativa de Macau e representantes dos Gabinetes dos Secretários Adjuntos para a Justiça e Segurança, tendo por finalidade a elaboração de um diploma legal que venha a alterar ou revogar a Lei n.º 1/78/M de 4 de Fevereiro referente ao regime penal das sociedades secretas”, in *Lei da Criminalidade Organizada da Colectânea de Leis Penais Avulsas*, A.L.R.A.E.M., 2002, p. 481.

²⁸⁶ Por exemplo, no Processo n.º 34/2009 do Tribunal de Última Instância, de 27 de Novembro de 2009, relatado por Viriato Lima, disponível in www.court.gov.mo/pt, imprimido em 27 de Maio de 2015, faz-se uma construção jurídica legitimadora da autonomia entre os dois crimes, afirmando-se que “[p]ara efeitos de tipificação dos crimes de promoção, fundação, direcção, chefia ou pertença a associação ou sociedade secreta, previstos a puníveis pelos artigos 2.º, n.ºs 1, 3 e 1.º da Lei n.º 6/97/M, de 30 de Julho, os elementos do conceito de associação ou sociedade secreta, são a existência de uma organização, constituída com o fim de obter vantagens ou benefícios ilícitos, que actue por meio de prática de crimes”, enquanto que “[n]ão é elemento dos crimes de promotor, fundador, chefe, director ou membro da associação criminosa, previstos e puníveis pelo artigo 288.º do Código Penal, o fim de obtenção de vantagens ou benefícios ilícitos. Os elementos são apenas a existência de organização com estabilidade, cuja finalidade ou actividade seja dirigida à prática de crimes.”; cremos, porém, tal como deixámos já expresso em texto, que é comum a ambas as formulações típicas a actuação através da prática de crimes, sendo que com estes se almejam, necessária e inevitavelmente, objectivos/vantagens ilegítimas/ilícitas; curiosamente neste aresto, em reforço da afirmação da diferença entre os crimes de associação criminosa e de associação ou sociedade secreta, faz-se a convalidação deste último para o primeiro, o que, a seguir-se o que pugnamos, não seria necessário,

duplicidade normativa no seu sistema jurídico.

Se na relação entre a Lei n.º 1/78/M e o art. 263.º do Código Penal de 1886 e, depois com o Código Penal de 1995, houve a preocupação de uniformizar as penas abstractas previstas, já o mesmo não se passou na relação entre a Lei n.º 6/97/M e o art. 288.º do Código Penal.

Creemos, de modo sintético, que o legislador, ao não revogar de forma expressa o art. 288.º, permitindo a sua vigência no ordenamento jurídico, permitiu uma dupla vigência de dois tipos de crimes para um mesmo comportamento e, ao fazê-lo, exige que se recordem princípios basilares do direito penal, como sejam, por exemplo, os que se mostram reflectidos no art. 2.º do Código Penal (ainda que esta norma esteja expressamente feita para as situações em que há sucessão de leis no tempo e não já para aquelas situações em que há duas normas vigentes em simultâneo), nomeadamente o princípio da aplicação da Lei mais favorável, quer dizer, da que, em concreto, levar à solução menos grave para determinado arguido, o que, em face da diferença existente quanto à moldura abstracta, salvo em situações absolutamente excepcionais, levará à aplicação em concreto da norma constante do art. 288.º do Código Penal.

O que se afirma não implica qualquer revogação da Lei n.º 6/97/M, estando assim todo o seu regime legal plenamente em vigor. Cabe ao intérprete, em cada situação em concreto, harmonizar o seu regime jurídico e compatibilizá-lo com o que se dispõe no art. 288.º; significa isto, por exemplo, que as circunstâncias agravantes constantes do art. 2.º, n.ºs 4 e 5 da Lei n.º 6/97/M deverão, em cada caso concreto, ser calculadas em função da norma que se entender dever ser aplicada em cada situação: ou a do n.º 1 ou do n.º 2 desse artigo ou por referência ao n.º 1 ou n.º 2 do art. 288.º do Código Penal²⁸⁷.

pois tal seria pura e simplesmente fruto da aplicação da lei mais favorável ao arguido.

²⁸⁷ A questão da “aplicação em bloco” dos regimes jurídico-penais concretamente mais favoráveis supõe

11.4 Breve balanço conclusivo

Em jeito de conclusão, diremos que a Lei n.º 6/97/M, no que extravasa a previsão do tipo legal de crime de “associação ou sociedade secreta”, mantém toda a sua vigência intocada, apenas sofrendo a limitação necessária que deixámos sugerida de modo a permitir a salvaguarda em concreto do princípio da aplicação da lei mais favorável ao arguido. Neste sentido, todos os demais tipos de crimes aí previstos²⁸⁸ – com excepção do de associação ou sociedade secreta, mas, ainda assim, salvaguardando os dois números do art. 2.º que prevêem circunstâncias agravantes da conduta – mantêm a sua validade, bem como toda a demais previsão normativa nela constante, quer de natureza substantiva, quer de natureza processual, o que, não obstante a posição por nós assumida relativamente à relação entre o crime de associação ou sociedade secreta e o de associação criminosa, permite afirmar a coerência interna da auto-denominada Lei da Criminalidade Organizada.

Nesta coexistência (bi)típica da associação ou sociedade secreta e da associação criminosa parece-nos nítida a supremacia da “política criminal” relativamente à mais correcta “dogmática criminal”; vontade político-legiferante quis distinguir dois tipos penais, mas, com todo o respeito por opinião contrária, sem fundamento dogmático suficiente, impondo-se, no quadro das soluções legais e doutrinárias do sistema

uma vigência autónoma no tempo, isto é, uma sucessão de leis em que o juízo do legislador é plasmado num determinado regime jurídico, cuja coerência interna deve ser respeitada como um todo o que, como concluímos, não é manifestamente o caso, pois há uma vigência em simultâneo de regimes que geram esta necessidade de salvaguardar o efeito jurídico-penal pretendido pelo legislador sem, no entanto, implicar uma violação de princípios basilares do direito penal.

²⁸⁸ E são cerca de nove outros os crimes aí previstos, como faz notar CHOI KENG FAI, “Estudo e análise da política sobre o combate à criminalidade organizada – a respectiva legislação e a prática judicial de Macau”, in *Administração*, n.º 58, vol. XV, 2002-4.º, p. 1297.

jurídico-penal [de Macau], uma interpretação conforme com os princípios orientadores da vigência do direito penal, tal como foi acolhido por influência secular da administração portuguesa; a energia (política) dispendida no esforço de justificação teórica para permitir esta vigência, em simultâneo, de dois tipos penais que abrangem, no essencial, a mesma fenomenologia criminal, devia ter sido antes dirigida, em exclusivo, à concreta investigação desta criminalidade, em vez de se “ficar” pela criação da lei como se fosse uma emanção geral para a sociedade com força impeditiva, por si só, da replicação criminosa (tendência, aliás, comum aos diversos ordenamentos jurídicos por esse mundo fora, de que Portugal não é, podemos dizer infelizmente, excepção).

A replicação legislativa queda-se assim pelo seu efeito simbólico, com repercussões negativas ao nível da certeza e segurança jurídicas, na medida em que o resultado concretização da sua aplicação gera uma inevitável tensão entre a solução do caso concreto (com a inevitável operação de escolha por parte do aplicador da norma) e a correcta solução teórico-dogmática.

Capítulo II

Criminalidade Organizada: a necessidade do conceito jurídico-penal

Secção I – Enquadramento

A associação criminosa é, sem dúvida, um dos tipos de crime que contribui de modo decisivo para a compreensão da concepção jurídico-penal do que seja a criminalidade organizada no nosso ordenamento jurídico, mas não é o único.

Entre os dois conceitos – de associação criminosa e de criminalidade organizada – há desde logo uma diferença de grau, de dimensão, de proporção que se é intuída numa primeira aproximação, se pode confirmar quando os analisamos, quer na sua dimensão legal, quer na sua abordagem doutrinária (que por sua vez os enquadra nos planos jurídico-penal e criminológico²⁸⁹).

À semelhança do que sucede com o conceito jurídico-penal de “associação”, que

²⁸⁹ Para uma discussão das diferenças/similaridades entre o que seja o *crime organizado* e o *crime de colarinho branco*, dando notícia sobretudo da dimensão cronológica do que seja o primeiro, com enunciação, por exemplo, de diversas tentativas de definição, como seja a que enumera “nove coordenadas essenciais: corrupção, violência, sofisticação, continuidade, estrutura, disciplina, actividades diversificadas, envolvimento em actividades empresariais legítimas e hierarquia”, mas se enunciam outras (com menos variáveis) até que se enuncia que “há quem considere mais acertado o estreitamento do núcleo do conceito, limitado àquelas características vistas como verdadeiramente indispensáveis, como sejam a actividade permanente e racionalizada em moldes empresariais com o intuito de obter um lucro através de meios ilícitos, a utilização de violência (ou a iminência da mesma) e a corrupção de funcionários públicos. Ao que acrescerá, como consequência do fenómeno da globalização, uma outra nota, que parece actualmente indissociável daquela criminalidade: a internacionalização”, cfr. CLÁUDIA SANTOS, *O Crime de Colarinho Branco, Da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal*, BFD, Studia Iuridica, 56, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2001, págs. 84 a 87.

abordaremos no capítulo seguinte, não é possível – nem tão pouco desejável – definir de forma absolutamente precisa e estanque o que seja criminalidade organizada, pois esta é fruto de um fenómeno complexo e multifacetado, que obtém da parte do sistema penal como um todo, uma resposta pluridimensional e abrangente, mas não necessariamente coerente, e como tal seria não só muito difícil fazer uma sua definição, como, tentando-o, das duas uma: ou se criaria um tipo legal disforme pela sua dimensão e complexidade que tudo tentaria prever e punir ou, não se tentando abarcar todo o fenómeno, deixá-lo-íamos, em grande medida, fora do âmbito do punível; isto é: seria tentar aprisionar numa “definição” um fenómeno complexo e em permanente mutação²⁹⁰. Trata-se assim, nas palavras de COSTA ANDRADE, de “[u]ma categorização provisória, marcada pela plasticidade da compreensão, abrangendo formas extremamente diversificadas de criminalidade.”²⁹¹

²⁹⁰ Este debate é recorrente na literatura internacional: cfr., a título de exemplo, BERTRAND RENARD/CAROLINE VANDRESSE, “La Belgique...”, cit., págs. 366 e ss., onde podemos colher, neste preciso sentido, «Il y a des dangers à enfermer dans une définition de telles notions dans la mesure où elle ne peut que tenir compte de la situation *hic et nunc*, alors que le phénomène est en soi évolutif et présente une grande diversité de forme et de fond, ce qui risque de rendre inopérante une incrimination, son champ d’application ne couvrant pas nécessairement toutes les situations. Par ailleurs, une telle définition, retenue comme base d’une incrimination, risque d’entrer en conflit avec les garanties constitutionnelles. Trop large, elle irait à l’encontre du principe de légalité et ouvrirait la voie à de nombreuses contestations.», *ibidem*.

²⁹¹ In *Bruscamente...*, cit., p. 15; o Autor destaca o peso privilegiado de duas expressões fenomenológicas: «[d]e um lado, as organizações votadas ao crime económico-financeiro: marcadas pela sofisticação da organização e funcionamento, a invisibilidade dos gestos e movimentos, a imaterialidade dos “objectos da acção”, o desprendimento das categorias tradicionais de agente e de espaço, situando-se ao nível “infra-vermelho” da conflitualidade, sugando a riqueza das nações e o sangue de milhões de vítimas que “não o são”, não deixando manchas de sangue nem impressões digitais. [...] Do outro lado, as “organizações “infinitamente grandes” de terrorismo, dispondo de aparelhos de poder e meios de destruição à dimensão dos próprios Estados, movidos por um “fundamentalismo assassino” (Steiner), legitimado pelos gritos de profetas e pelo apelo das trombetas de anjos a acenar com o paraíso ao alcance da mão. De qualquer forma, votando a vida e a obra à destruição dos alicerces da própria civilização que segregou o

«De resto, e por parte dos legisladores, o conceito de criminalidade organizada somente tem vindo a ser adoptado excepcionalmente no direito penal material ou formal. Pelo contrário, continua a falar-se de associação criminosa ou grupo criminoso e de criminalidade grave em geral.»²⁹²

Há efectivamente diversas acepções, fruto da sua efectiva realidade complexa e diferenciada, que impedem a recondução a um único conceito do que seja a criminalidade organizada, passando por diversas dimensões: 1) por aquelas actividades ilícitas que buscam um lucro económico, com envolvimento em todos os sectores das actividades lucrativas, que aproveita todas as conjunturas favoráveis para levar a cabo o seu plano delituoso, que pode passar por sectores concretos, como seja, por exemplo, a criminalidade informática organizada; 2) por aquelas actividades criminosas que têm por objectivo uma infiltração no poder instituído, com o objectivo de o dominar, através da corrupção²⁹³ política e da influência no funcionamento dos organismos públicos, de

direito processual penal», cfr. *ibidem*.

²⁹² Cfr. HANS-JÖRG ALBRECHT, “Criminalidade organizada...”, cit., p. 76.

²⁹³ «É, aliás, recorrente a ideia de que “não há crime organizado sem corrupção” [Flávia Schilling e Winfried Hassemer] e de que, por ser assim, “em alguns casos importante, os criminosos de colarinho branco, para todos os efeitos, tomam parte no crime organizado” [Kitty Calavita/Henry Pontel]. Esta promiscuidade entre os senhores do crime organizado e os senhores das nossas instituições que esporadicamente praticam crimes, associada ao facto de, por razões várias, a delimitação de fronteiras entre o crime organizado e o crime de colarinho branco ser cada vez mais nebulosa, condicionaram medidas de combate ao crime onde se irmanaram as duas categorias.», assim CLÁUDIA SANTOS, “A Corrupção [Da luta contra o crime na intersecção de alguns (distintos) entendimentos da doutrina, da jurisprudência e do legislador].”, in *Liber Discipulorum Jorge Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, 2003, págs. 963 e 96; ou, nas palavras impressivas de ANA LUÍSA ALMEIDA FERRO, “Os novos conquistadores – As organizações criminosas”, *De Jure – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, n.º 8 Jan/Jun 2007, págs. 118 e 119, a propósito das organizações criminosas, afirma que se organizam « [...] segundo uma hierarquia, dentro de uma estrutura preponderantemente vertical ou horizontal [...] a partir de um território que lhes serve de base – que pode ser uma cidade, um estado, uma região ou um país –, expandem-se por cobiça de dinheiro e poder, mediante redes, que os tornam, já em estádios mais avançados,

modo a prosseguir, quer objectivos políticos, quer objectivos económicos (organizações que poderemos designar como *tipo mafioso*); 3) as organizações que estão animadas por uma finalidade política subversiva, que procuram alterar o enquadramento jurídico-constitucional dos países em que actuam, pelo que o seu fito não é alcançar o poder, mas antes alterá-lo através da modificação do sistema político e neste sentido o *terrorismo* surge como uma manifestação clara desta dimensão; 4) a realidade que passa pela criminalidade estatal organizada, no sentido em que é o próprio poder político de um determinado Estado que procura atingir os seus objectivos através do uso de meios

impérios transnacionais, em conexão com outros impérios igualmente sedentos de lucro. Não operam unicamente no mercado ilícito, compram negócios lícitos [...]» e, referindo-se concretamente ao fenómeno da corrupção, prossegue «[m]as o que os faz imensamente danosos aos Estados e às suas sociedades e à democracia em particular não é somente a sua capacidade de penetração no mercado económico-financeiro local, nacional ou mundial, nem tampouco o expressivo grau de lesividade patrimonial [...] das suas operações, porém, sobretudo, a sua habilidade de infiltração nos pilares do Estado e das instituições sociais e políticas. Assim, tecem arditosamente teias que comprometem as mais sólidas estruturas estatais. Procuram conquistar o Estado por dentro, corroendo suas entranhas com o ácido da corrupção, do tráfico de influência, da troca de favores. Financiam campanhas políticas, elegem membros de suas hostes ou pessoas comprometidas com seus objectivos, subornam agentes do Poder Público. Intimidam e matam jornalistas, policiais, políticos, membros do Ministério Público, juízes e quaisquer outros que lhes oponham resistência [...]. Menos recorrem à violência ou dela dependem para assegurar-lhes a impunidade quanto mais conquistam poder via corrupção. Objectivam a neutralização da eficácia da actuação de agentes do Estado [...]. ». Apesar de algo já distante no tempo, mas de actualidade indiscutível, tem muito interesse a chamada de atenção feita por FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE, *Criminologia...*, cit., págs. 467 e 468, a propósito do fenómeno da corrupção, que no caso concreto tem por objecto a referência à polícia dos Estados Unidos, mas cujo alcance [sintomático] ultrapassa o exemplo enunciado, atendendo à sua conexão com o problema do crime organizado que temos vindo a desenvolver: «É conhecido que a corrupção da polícia assume uma expressão paradigmática nos Estados Unidos, onde, refere SYKES, “toda a análise da estrutura e funcionamento da polícia tem de ter em conta que a corrupção é um problema crónico”. Compreende-se esta posição singular dos Estados Unidos, dado o peso que aí têm dois dos factores mais potenciadores da corrupção: o crime organizado e interpenetração da polícia com os aparelhos políticos.»

ilícitos²⁹⁴.

Secção II – A Perspectiva de Figueiredo Dias

1. Exposição da ideia do Autor

Em trabalho não assumidamente exaustivo e de cariz problemático, mas com a densidade e profundidade por todos [muito justamente] reconhecida, Figueiredo Dias “ensaia” uma proposta sobre o que seja “criminalidade organizada”²⁹⁵.

A sua ideia inicial não pode merecer mais apoio: contribuir para o caminho que passa por «construir, sem ambiguidades, a noção *jurídico-penal* de “criminalidade organizada”»²⁹⁶, fruto da necessidade de um esforço doutrinário que vá ao encontro, embora partindo com atraso, dos legisladores nacionais e internacionais, que propagaram, de modo profuso, o conceito de “criminalidade organizada”, a que associam, naturalmente, efeitos de natureza penal, quer substantivos, quer processuais, que redundam na «limitação ou negação de direitos, liberdades e garantias, nomeadamente processuais, dos implicados»²⁹⁷, numa situação «insuportável e insustentável [...] porque violadora do princípio da *legalidade* penal no seu mais amplo sentido (e não exclusivamente no sentido estrito traduzido na máxima *nullum crimen sine lege*): um princípio – o da legalidade de toda a matéria penal – nascido e desimplicado à sombra da doutrina iluminista e que passou a fazer parte do *acquis* civilizacional da humanidade e a

²⁹⁴ Cfr. CHOCLÁN MONTALVO, “Criminalidad Organizada...”, cit., págs. 235 e 236.

²⁹⁵ Cfr. FIGUEIREDO DIAS, “A Criminalidade Organizada: do fenómeno ao conceito jurídico-penal”, Revista Brasileira de Ciências Criminas, n.º 71, Março-Abril de 2008, págs. 12 e ss.

²⁹⁶ Cfr. FIGUEIREDO DIAS, “A Criminalidade Organizada...”, cit., págs. 12 e 13.

²⁹⁷ Cfr. FIGUEIREDO DIAS, “A Criminalidade Organizada...”, cit., *passim*.

que ninguém hoje está disposto a renunciar.»²⁹⁸

No caminho proposto, o Autor faz desde logo questão em afastar a ideia segundo a qual a juridificação penal da criminalidade organizada tem de passar pela consagração nos ordenamentos jurídico-penais do “*crime de criminalidade organizada*”, constituindo esta «antes de tudo [...] um *fenómeno* social, económico, político, cultural, fruto da sociedade contemporânea; de tal modo decisivo na vida dos povos e das pessoas que não pôde deixar de apelar para a sua consideração pelo Direito», constituindo assim um fenómeno que «clama pela sua relevância jurídico-penal a múltiplos e decisivos propósitos»²⁹⁹, devendo antes ser encarada, «enquanto entidade jurídico-penalmente relevante [...]» como um «conceito jurídico *instrumental* ou *conceito-meio*, que se liga, em determinadas condições e pressupostos, à prática ou ao propósito de praticar determinados tipos de crimes já existentes no ordenamento jurídico-penal.»³⁰⁰

A ideia central de que parte Figueiredo Dias para a viabilidade do conceito jurídico-penal de criminalidade organizada é a sua intrínseca ligação ao tipo de crime “associação criminosa”, desde logo por se tratar de um «verdadeiro tipo-de-ilícito autónomo, dotado de um específico bem jurídico» e relativamente ao qual o conceito de criminalidade organizada, enquanto conceito-meio ou instrumental, se deve ligar, «embora com ele se não confunda ou a ele se não limite, antes tenha de representar um *plus*, uma exigência adicional determinante de consequências jurídicas – substantivas, processuais e jurídico-internacionais – de particular intensidade e gravidade.»³⁰¹

Chegado a este patamar no desenvolvimento da sua ideia, e após discorrer sobre o

²⁹⁸ Cfr. FIGUEIREDO DIAS, “A Criminalidade Organizada...”, cit., *passim*.

²⁹⁹ Cfr. FIGUEIREDO DIAS, “A Criminalidade Organizada...”, cit., p. 14.

³⁰⁰ Cfr. FIGUEIREDO DIAS, “A Criminalidade Organizada...”, cit., *passim*.

³⁰¹ Cfr. FIGUEIREDO DIAS, “A Criminalidade Organizada...”, cit., p. 15.

tipo de crime de associação criminosa, salientando a necessidade de o configurar como um tipo de crime que tem subjacente a protecção de um bem jurídico definido – a paz pública –, e cuja existência está dependente de uma ideia fulcral de elevadíssima *perigosidade* e sem a qual se não pode concluir pela sua existência, retoma o desenvolvimento do tema central do seu trabalho e debate uma possível solução, que não adopta, para o enquadramento da criminalidade organizada, que existiria «sempre que se verificasse a existência da *associação criminosa*, porventura se exigindo apenas que ela tivesse “passado à acção” ou se encontrasse prestes a isso, isto é, que ao crime *de* organização se ligasse a verificação ou perigo concreto de verificação de um ou mais crimes *da* organização», pelo que, se assim fosse, a «criminalidade organizada [...] conter-se-ia integralmente no tipo-de-crime da associação criminosa», sendo que «o que excedesse o quadro oferecido pelo crime de associação criminosa relevaria de uma natureza exclusivamente *administrativo-policial*, no seu sentido mais amplo, e não teria de possuir reflexo directo no ordenamento jurídico-penal.»³⁰². É o próprio Autor que rebate esta ideia, sufragando o entendimento segundo o qual «o conceito jurídico-penal de “criminalidade organizada” deve supor, por um lado, a prática do crime de associação criminosa e, por outro, a prática pela associação de crimes – no estágio da consumação, da tentativa ou mesmo da preparação – de particular natureza e gravidade (os chamados “crimes do catálogo”))»³⁰³, no que, se à partida parece, afinal, tratar-se de uma concordância com a hipótese colocada e rebatida, numa aparente contradição, se traduz numa clarificação – embora o Autor, segundo cremos, tenha entendido desnecessário clarificar mais a sua ideia –, na medida em que não releva a prática de qualquer crime praticado pela associação, mas somente os que constam do “catálogo” e aqui reside,

³⁰² Cfr. FIGUEIREDO DIAS, “A Criminalidade Organizada...”, cit., págs. 19 e 20.

³⁰³ Cfr. FIGUEIREDO DIAS, “A Criminalidade Organizada...”, cit., págs. 25 e 26.

precisamente, a grande diferença, entre a hipótese criticada e a solução por si avançada. Quer dizer: para o Autor estaremos perante um fenómeno caracterizável como criminalidade organizada quando há a concretização, ou a sua programação, da prática de crimes do catálogo pela associação criminosa e não já quando esta pratica, ou programa a sua prática, de crimes que não constam do catálogo.

A fase final do trabalho que temos vindo a abordar é dedicada, precisamente, a debater a razão de ser da particular natureza e gravidade que deve ser exigida aos “crimes do catálogo”. E é nas consequências, sobretudo processuais penais³⁰⁴ – numa inversão metodológica assumida, que já esteve presente na escola da “jurisprudência dos interesses” e que «no pensamento metódico-filosófico se vai chamando um pensamento “a partir do resultado” ou, na respectiva expressão alemã cunhada por Niklas Luhman, uma construção “vom Ergebnis her”»³⁰⁵ – que assenta esta fulcral necessidade restritiva, mas simultaneamente tem presente o muitíssimo complexo equilíbrio que deve ser feito entre «uma defesa tão efectiva quanto possível dos direitos, liberdades e garantias das pessoas, por uma parte, e a defesa de interesses irrenunciáveis da comunidade, por outra parte»³⁰⁶, não deixando de assumir o Autor que deve ser feita, estando em presença o fenómeno da criminalidade organizada, uma «deslocação em favor de uma maior relevância dos interesses comunitários e de uma mais limitada protecção dos direitos individuais», em que o «ponto de equilíbrio deverá ser um para casos como os de terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada e análogos, outro diferente para outros tipos menos graves de criminalidade»³⁰⁷, mas com um fundamental

³⁰⁴ Cfr. FIGUEIREDO DIAS, “A Criminalidade Organizada...”, cit., p. 21.

³⁰⁵ Cfr. FIGUEIREDO DIAS, “A Criminalidade Organizada...”, cit., p. 22.

³⁰⁶ Cfr. FIGUEIREDO DIAS, “A Criminalidade Organizada...”, cit., p. 26.

³⁰⁷ Cfr. FIGUEIREDO DIAS, “O Processo Penal, Hoje, Problemas doutrinários fundamentais”, in Actas da Conferência Internacional de Processo Penal, *Os Desafios do Século XXI*, Centro de Formação Jurídica e

pressuposto: «o legislador penal» não deve ceder «à tentação de alargar o catálogo com a invocação das suas obrigações relativamente à preservação ou incremento da segurança pública em geral»³⁰⁸, generalizando «a toda a criminalidade a regulamentação menos favorável à consistência dos direitos fundamentais que porventura se ache legitimado a editar para os casos especialmente graves»³⁰⁹

2. Apreciação crítico-analítica

Faremos a análise “crítica” à perspectiva de Figueiredo Dias sobre o que pode ser o conceito jurídico-penal de criminalidade organizada a partir de duas grandes linhas condicionantes na sua abordagem: uma, partirá da realidade legislativa portuguesa que, de forma expressa, faz alusão à criminalidade organizada, e é, como tentaremos mostrar, confirmada pela análise aos diplomas internacionais mais relevantes e já *supra* enunciados; outra, assumirá natureza dogmática.

2.1 Abordagem legislativa

O conceito jurídico-penal proposto por Figueiredo Dias não parece ter na lei portuguesa expressão directa, antes surge contrariada, pelo menos de forma parcial, pela sua letra; por outro lado, também a Convenção de Palermo e a Decisão-Quadro 2008/841/JAI de 24 de Outubro que já tivemos oportunidade de abordar noutro momento

Judiciária, 2007, p. 64, no que o Autor enquadra como a necessidade de ser feita uma “consideração diferenciada”.

³⁰⁸ Cfr. FIGUEIREDO DIAS, “A Criminalidade Organizada...”, cit., p. 27.

³⁰⁹ Cfr. FIGUEIREDO DIAS, “O Processo Penal...”, *loc. cit.*

desde estudo³¹⁰ não permitem, a nosso modo de ver, fundamentar cabalmente a sua concepção.

2.1.1 A Lei 5/2002, de 11 de Janeiro

A Lei 5/2002 de 11 de Janeiro veio prever no nosso ordenamento jurídico-penal “Medidas de Combate à criminalidade organizada”³¹¹, nomeando no seu art. 1.º os tipos de crime a que é aplicável, no que se pode afirmar, como já tivemos oportunidade de referir, ser uma relevante contribuição legislativa para qualificar o que seja, no nosso ordenamento jurídico-penal, “criminalidade organizada”. Significa isto que os crimes por si enunciados integram o [um] conceito legal de “criminalidade organizada” e, também, “económico-financeira” no nosso ordenamento jurídico.

O crime de associação criminosa é um dos crimes abrangidos no catálogo previsto na lei em análise e logo com dupla referência expressa: uma na alínea *a*), ao art. 28.º do DL 15/93, de 22 de Janeiro e outra na alínea *j*), ao crime de “associação criminosa”, que assim é nomeado *entre* outros crimes³¹², os quais fazem parte assim do conceito legal de “criminalidade organizada”.

Como dissemos, os crimes enunciados pela Lei 5/2002 são aqueles que o nosso legislador nomeia, no âmbito de tal lei, como sendo os que permitem considerar o que

³¹⁰ Cfr. *supra* Parte I, Cap.II, Sec. II, 1. e Sec. III.

³¹¹ Cfr. *supra* Parte I, Cap. I, Sec. IV, 2 a análise feita a este diploma, que entretanto foi alterado pela Lei 19/2008, de 21 de Abril e pelo DL 317/2009, de 30 de Outubro.

³¹² Como sejam o terrorismo e organização terrorista, tráfico de armas, tráfico de influência, corrupção activa e passiva, peculato, participação económica em negócio, branqueamento de capitais, contrabando, tráfico e viciação de veículos furtados, lenocínio e lenocínio e tráfico de menores, contrafacção de moeda e de títulos equiparados a moeda.

seja o conceito de criminalidade organizada; porém, há uma importante referência que cumpre ter presente e decorre da Exposição de Motivos que acompanhou a Proposta de Lei n.º 94/VIII, mas que depois não passou para o diploma aprovado³¹³, nos termos da qual os «crimes aos quais se aplica este regime [...] são incluídos apenas se forem praticados de forma organizada, dado que só assim eles são abrangidos pela *ratio* desta proposta, que não visa a pequena criminalidade», no que, a ter passado para o diploma aprovado, surgiria como uma espécie de esvaziamento do seu sentido político-criminal, criando, por si só, um problema interpretativo que redundaria numa espécie de *quadratura do círculo*, na medida em que a mesma lei não explicita o que se deva entender por prática organizada dos crimes por si previstos; traduzir-se-ia assim num apelo para uma visão intuitiva a-legal, que nada contribuiria, afinal, para uma sólida conceitualização legal do que visa prever; e tanto assim seria que o art. 1.º, n.º 2, que analisamos imediatamente *infra*, contrariaria de modo frontal tal sentido programático.

Se a Lei 5/2002 não tem uma Exposição de Motivos que a enquadre, tem o n.º 2 do art. 1.º, onde se prevê que o seu regime jurídico só é aplicável aos crimes previstos nas alíneas *j*) a *n*) se o respectivo crime tiver sido praticado de forma organizada, no que, por um lado, tornaria desadequada a Exposição de Motivos nos termos enunciados na Proposta de Lei, na medida em que o texto da lei assume aplicar expressamente o seu regime jurídico a crimes que não tenham sido praticados de forma organizada (os previstos nas restantes alíneas) e, por outro lado, torna expresso e intrínseco ao texto legal o problema interpretativo que decorre da ausência de uma definição do que seja a prática de um crime de “forma organizada”, pois que esse *requisito* só é exigido quanto aos

³¹³ No que parece ser uma revelação da insegurança do legislador no caminho trilhado, como que não assumindo, ou não sabendo assumir, a contextualização legal e doutrinária da novidade legislativa no nosso ordenamento jurídico-processual-penal.

crimes previstos nas referidas alíneas *j*) a *n*); quer isto dizer que só é aplicável o regime especial constante da Lei 5/2002 – portanto: relativo às regras de derrogação do segredo fiscal e das entidades financeiras, em ordem a facilitar a investigação criminal (arts. 2.º a 5.º), ao reconhecimento de voz e de imagem como meio de prova (art. 6.º) e de perda de bens a favor do Estado (arts. 7.º a 12.º), no que se traduz, ao contrário das duas primeiras que têm natureza processual, num «novo mecanismo repressivo» criado pelo legislador³¹⁴ – aos crimes de contrabando, tráfico e viciação de veículos furtados³¹⁵, lenocínio e lenocínio e tráfico de menores e contrafacção de moeda e de títulos equiparados a moeda se estes tiverem sido praticados de *forma organizada*.

A perspectiva jurídico-penal de Figueiredo Dias do que seja “criminalidade organizada”, em face do n.º 2 do art. 1.º, no que diz respeito aos tipos de crimes previstos nas alíneas *j*) a *n*) permite dar um sentido coerente à expressão legal “forma organizada”, se se entender então que tal pressupõe ou significa³¹⁶ a perpetração de tais crimes no seio de uma *associação criminosa*, isto é, se tiverem sido crimes *da* associação criminosa; no entanto, a ser assim, então por que motivo o legislador, podendo ter feito tal referência expressa, o não fez? Teria sido simples que no n.º 2 do art. 1.º em análise, em vez de se fazer referência a “forma organizada”, se tivesse previsto que tais crimes tivessem sido praticados pela “associação criminosa”. Não o tendo feito, parece poder concluir-se que decorre do conceito legal uma distinção entre o que se possa definir como “forma organizada” e o que é a figura jurídico-penal da “associação criminosa”.

Quanto aos demais crimes pertencentes ao *catálogo* já não parece ter acolhimento a

³¹⁴ Cfr. JOSÉ M. DAMIÃO DA CUNHA, *Perda de bens...*, cit., págs. 7 e 8.

³¹⁵ Chamando a atenção para a ausência deste tipo de crime no nosso ordenamento jurídico, cfr. AUGUSTO SILVA DIAS, “Criminalidade organizada...”, cit., p. 28.

³¹⁶ Muito embora não se possa afirmar que a “forma organizada” seja a única característica ou sequer a mais importante a caracterizar o crime de associação criminosa.

sua noção³¹⁷, na medida em que é o legislador que, de forma expressa, prevê a inclusão no seu regime jurídico de crimes que não tenham sido praticados de forma organizada – por raciocínio *a contrario* –, portanto, são os casos de tráfico de estupefacientes, terrorismo, tráfico de armas, tráfico de influência, corrupção passiva e activa, peculato, participação económica em negócio e branqueamento de capitais³¹⁸; quer dizer: quanto a estes crimes não é possível encontrar na letra da lei argumento para exigir que, estes, sejam crimes *da* associação criminosa para poderem ser considerados como preenchendo o sentido jurídico-criminal de “criminalidade organizada”: eles são considerados, sob o ponto de vista legal, como “criminalidade organizada” sem tal exigência, numa estrita opção político-criminal, que não “quer” ser limitada pela visão *restritiva* que decorre da posição de Figueiredo Dias; e, portanto, relativamente a tais crimes são aplicáveis as consequências que decorrem de tal classificação, como sejam no caso as que constam do regime jurídico-processual-penal constantes da Lei 15/2002.

2.1.2 O Código de Processo Penal

Já tivemos oportunidade noutro momento de analisar o art. 1.º do CPP³¹⁹, que estabelece conceitos relevantes a este propósito.

O art. 1.º do CPP foi objecto de sucessivas actualizações até que por força da Lei

³¹⁷ Chamando a atenção precisamente para este aspecto, cfr. AUGUSTO SILVA DIAS, “Criminalidade organizada...”, cit., p. 27.

³¹⁸ Não referimos os crimes de organização terrorista e de associação criminosa, naturalmente, por estes serem por natureza crimes de *organização*; e, noutro sentido, deve ficar muito claro que a prática dos crimes enunciados não impõe, a montante, a existência de uma associação criminosa, caso contrário, seria concluir pela sua existência a partir do resultado, numa abusiva, e inadmissível, assunção dedutiva.

³¹⁹ Cfr. *supra* Parte I, Cap. I, Sec. IV, 1.

48/2007, de 29 de Agosto, alterada por força da Lei 26/2010, de 30 de Agosto, veio a conhecer uma alteração à sua redacção, com a eliminação do originário n.º 2, sendo acrescentadas, em substituição, quatro alíneas, cujo objectivo foi o de concretizar o que antes se mostrava publicitado na fórmula abrangente de *terrorismo, criminalidade violenta* ou *altamente organizada*, para avançar, na alínea *m*), com o conceito de ‘Criminalidade altamente organizada’.

De acordo com tal definição legal integram este conceito de “criminalidade altamente organizada” as condutas que se traduzirem na prática dos crimes de associação criminosa, tráfico de pessoas, tráfico de armas, tráfico de estupefacientes ou de substâncias psicotrópicas, corrupção, tráfico de influência, participação económica em negócio ou branqueamento.

Como já vimos tais alterações foram inócuas sob o ponto de vista da definição do que afinal deva ser considerado como “criminalidade altamente organizada”, vinculando meramente esta definição aos tipos de crimes que enuncia, sem qualquer explicitação do conceito.

Cuidamos agora de analisar se o conceito legal de cariz processual penal permite dar guarida à noção de Figueiredo Dias de “criminalidade organizada”.

Se a propósito da análise feita à Lei 5/2002 tal se revela parcialmente possível, desde que, como vimos, se estenda a expressão “forma organizada” de modo a que tal seja sinónimo de crime cometido por uma associação criminosa – e portanto, sempre é necessário fazer esta extensão interpretativa, de que não estamos seguros quanto à sua correcção, como também tivemos já oportunidade de afirmar –, já no CPP não vislumbramos qualquer ponto de apoio, dada a total ausência de referências hermenêuticas que permitam tal conclusão; quer dizer, ao passo que no âmbito da Lei 5/2002 temos duas perspectivas antagónicas, uma que permite concluir por uma base de

apoio à concepção de Figueiredo Dias e outra que a contraria, por completo [na exacta medida em que expressamente se prevê a aplicação do regime de tal diploma a crimes que não seja cometidos de forma organizada], já no âmbito do CPP não conseguimos vislumbrar qualquer referência que permita dar algum ponto de apoio à sua ideia, pelo que, sob o ponto de vista estritamente processual penal, no ordenamento jurídico português, não há assim qualquer referência que permita concluir pelo acerto da concepção enunciada *supra*.

2.2 Conceito implícito de “criminalidade organizada”: Convenção de Palermo e Decisão-Quadro 2008/841/JAI de 24 de Outubro

Também no que diz respeito aos diplomas internacionais *supra* enunciados entendemos que não suportam a tese de Figueiredo Dias, dado o seu **conceito implícito de criminalidade organizada**, não obstante ser evidente a raiz, que também aí, o crime de associação criminosa assume em toda a temática.

Se observarmos o texto global da Convenção de Palermo, que pode ser dividido em três grandes áreas (uma dedicada ao Direito Penal Substantivo, outra ao Direito Penal Processual e de outras alterações legislativas destinadas a assegurar uma criminalização eficaz e a última que enuncia medidas de natureza legislativa e administrativa destinadas a reforçar o auxílio judiciário e a cooperação internacional entre os serviços responsáveis pela aplicação da lei) percebemos que a sua previsão é vasta e, se começa pela criminalização da participação num grupo criminoso organizado (cfr. art. 5.º, numa prioridade *sistemática* e, por conseguinte, *sintomática* da importância evidente que esta realidade fenomenológica tem no contexto global da *criminalidade organizada*), continua

com normas dedicadas à criminalização do branqueamento do produto do crime (cfr. arts. 6.º e 7.º), depois outras que versam sobre a criminalização e outras medidas contra a corrupção (cfr. arts. 8.º e 9.º), para, por fim, neste âmbito, enunciar medidas relativas à criminalização da obstrução à justiça (cfr. art. 23.º); numa segunda área temática dedicada a medidas de natureza *mista ou difusa*, prevê a responsabilidade das pessoas colectivas (cfr. art. 10.º, que não tem de ser necessariamente criminal, deixando margem de liberdade para as entidades signatárias adoptarem medidas de natureza administrativa ou civil, numa solução que é naturalmente fruto da ausência de unanimidade quanto à admissibilidade e conceitualização da responsabilidade penal das pessoas colectivas nos diversos ordenamentos jurídico-penais), regras relativas à jurisdição e aos procedimentos judiciais, julgamentos e adequação das sanções a aplicar no âmbito da criminalidade enunciada (cfr. arts. 11.º e 15.º), a perda e apreensão de bens e perda dos produtos do crime no âmbito da cooperação internacional (cfr. arts. 12.º a 14.º) e, por último, nesta segunda área temática da Convenção, normas relativas à protecção de testemunhas e de vítimas dos crimes (cfr. arts. 24.º e 25.º); por último, no âmbito das medidas de natureza legislativa e administrativa destinadas a reforçar o auxílio e cooperação internacionais, a Convenção de Palermo enuncia normas relativas à extradição (cfr. art. 16.º), à transferência de pessoas condenadas e de processos penais (cfr. arts. 17.º e 21.º), ao auxílio judiciário internacional (cfr. art. 18.º), a investigações conjuntas e técnicas especiais de investigação (cfr. arts. 19.º e 20.º).

Já a Decisão-Quadro 2008/841/JAI de 24 de Outubro, tendo uma amplitude menor, e dedicando-se sobretudo à previsão da responsabilidade criminal, punição e sanções por participação numa organização criminosa (cfr. arts. 1.º a 3.º), não deixa depois de prever a responsabilidade das pessoas colectivas (cfr. art. 5.º) e sanções aplicáveis, que devem ser *efectivas, proporcionadas e dissuasivas* (cfr. art. 6.º, sendo que a multa pode evidenciar a

natureza penal ou não da punição e enunciando, a título *eventual*, diversas sanções passíveis de serem previstas pelos Estados para serem aplicadas às pessoas colectivas e se podem traduzir na exclusão do benefício de vantagens ou auxílios públicos, na interdição temporária ou definitiva do exercício de actividades comerciais, na sujeição a controlo judicial, na liquidação judicial, no encerramento temporário ou definitivo dos estabelecimentos utilizados para a prática da infracção), bem como prevê mecanismos específicos de definição da jurisdição dos Estados e à sua cooperação relativamente à prática de infracções relativas à participação em organização criminosa (cfr. art. 7.º: esta norma faz uma síntese interessante entre a participação em organização criminosa e o benefício dessa participação por parte de uma pessoa colectiva estabelecida no território de determinado Estado, cfr. al. c))

O regime jurídico[-penal] constante destes diplomas internacionais revela um conceito, que designamos por *implícito*, de criminalidade organizada, cuja natureza é material e processual, mas com um tronco comum: a organização criminosa; esta é, sem dúvida, o traço fundante de toda a temática da criminalidade organizada, mas há que reconhecer às outras *temáticas* o grau de autonomia que as permite distinguir, quer da *associação criminosa*, quer da própria problemática da criminalidade organizada; isto é, se é verdade que esta última não pode viver sem toda a problemática que decorre da noção de *associação criminosa*, já o mesmo não se pode afirmar quanto às demais matérias que, sendo muito relevantes para a sua conceitualização, têm no entanto o grau de autonomia necessário que as permite enquadrar em si mesmas como problemas autónomos, sem necessidade de as conexionar com a *criminalidade organizada*. E assim é que se compreende, por exemplo, que a problemática da responsabilidade penal das pessoas colectivas sobreviva à discussão em torno da criminalidade organizada, sendo susceptível de ser problematizada em outras áreas do direito penal, consistindo, em si

mesma, uma temática que coloca questões fulcrais à própria compreensão do direito penal em torno do comportamento humano jurídico-penalmente relevante; semelhante grau de autonomia se evidencia quanto aos tipos de crimes de corrupção ou branqueamento de capitais ou quanto às matérias relacionadas com a cooperação judiciária internacional ou ainda quanto às questões relacionadas com a perda dos bens produtos do crime ou com a necessidade do regime de protecção de testemunhas e de arrependidos no processo penal.

Deste jeito, estes dois diplomas internacionais de referência evidenciam um conceito de criminalidade organizada que vai muito além do conceito de *associação criminosa*, não permitindo assim confirmar a existência de uma rédea, como defende Figueiredo Dias, a limitar o conceito jurídico-penal de criminalidade organizada ao conceito de associação criminosa.

Com efeito, a distinta génese dos conceitos de associação criminosa e de criminalidade organizada obriga, por uma incontornável e inelutável força ontológica, a um tratamento legal diverso, e se revela nas manifestações legais nacionais e internacionais referidas e com o que, aliás, não podemos deixar de concordar.

Sem dúvida que o enquadramento doutrinal é relevantíssimo, ainda para mais considerando a autoridade por todos muito justamente reconhecida a Figueiredo Dias; porém, os problemas colocados pela fenomenologia do crime, com os seus múltiplos contornos e numa inter-relação extremamente complexa, obrigam o legislador a produzir um regime jurídico que abarque, na medida do possível, essa mesma fenomenologia, que não permite, no problema que analisamos, uma construção férrea que ligue o tipo de crime da associação criminosa à criminalidade organizada; esta última assume uma outra dimensão e natureza que se não pode limitar ao tipo de crime da associação criminosa, o que é confirmado, precisamente, pelos diplomas legais nacionais e internacionais que

tivemos oportunidade de referir.

2.3 Abordagem doutrinária

Figueiredo Dias começa por afirmar que o pressuposto para a viabilidade do conceito jurídico-penal de “criminalidade organizada” é a existência no ordenamento jurídico-penal do crime de organização ou de associação criminosa, por ser este o verdadeiro tipo-de-ilícito autónomo, dotado de um específico bem jurídico.

Há desde logo um ponto de partida para a construção da noção jurídico-penal de criminalidade organizada, umbilicalmente ligada ao crime de associação criminosa, que torna, no nosso muito modesto entender, potencialmente inoperante tal noção.

É muito restrita em Portugal a concepção legal, doutrinária e jurisprudencial do tipo de crime de associação criminosa, de modo que essa íntima conexão pode ter por efeito impedir a qualificação como “criminalidade organizada” de actividades criminosas que devem ser tidas como tal, mesmo que, em concreto, não seja possível afirmar a prática, em simultâneo, do crime de associação criminosa.

Figueiredo Dias enuncia como «importantes características sócio-criminológicas já de há muito atribuídas à criminalidade organizada», depois de não contestar que como tal devem ser tratados os «exemplos paradigmáticos» como sejam «os de tráfico (de droga, de armas, de órgãos, de seres humanos), os de branqueamento de capitais, os de corrupção», as seguintes: são «crimes cuja prática planeada é presidida por *intuitos de lucro ou de força*, que em si e no seu conjunto se apresentam como *de alta gravidade* e nos quais actuam concertadamente pelo menos mais de dois participantes, por tempo duradoiro e indeterminado, com *divisão de tarefas*; crimes em cuja prática se utiliza ou se planeia utilizar *estruturas empresariais, societárias ou análogas*, ou *usar da força ou de*

*outros meios destinados a causar medo, ou servir-se de influência da política, da mídia, da administração pública ou da economia.»*³²⁰, sendo que esta enunciação é feita pelo Autor tendo em vista a caracterização dos crimes do catálogo que se devem adequar àquelas características e assim levem à conclusão da existência do conceito jurídico-penal de “criminalidade organizada”, de modo a que o mais restritivo regime respeitante aos direitos, liberdades e garantias dos investigados possa ser aplicado.

O que depois não conseguimos apreender é a *conexão dinâmica*, sob o ponto de vista do Autor, entre as características que enuncia e os tipos de crimes que entende revelarem o conceito de criminalidade organizada e a sua exigência em o “agarrar” ao estrito tipo de crime de associação criminosa.

Com efeito, ancorar ao conceito de associação criminosa o de criminalidade organizada é retirar a este o potencial de autonomização que poderá ter, na medida em que comungará com aquela da restrição conceitual, nomeadamente, no que diz respeito ao que seja a noção de *associação* – pedra angular, como *infra* teremos oportunidade de analisar, da figura típico-penal – sem a qual não existe, sob o ponto de vista típico-criminal; por exemplo, a exigência da consideração de um *ente* que extravase a mera soma dos elementos participantes, pela dificuldade de prova inerente, pode tornar ineficaz o recurso à figura, que se pretende seja típico-penal e simultaneamente eficaz.

Por outro lado, Figueiredo Dias enuncia características [diríamos, de natureza *material*] intrínsecas ao conceito de criminalidade organizada que vão além do que a própria lei entretanto exige para se poder concluir pela existência de uma “associação criminosa”: é o que sucede, por exemplo, com o conceito de associação criminosa no âmbito da prática dos crimes de terrorismo ou tráfico de estupefacientes, em que, ao

³²⁰ Temos vindo a acompanhar FIGUEIREDO DIAS, “A Criminalidade Organizada...”, cit., págs. 26 e 27.

contrário do que sucede com o tipo de crime constante do CP, após as alterações provocadas pela Lei 59/2007, de 4 de Setembro, se não exige mais do que duas pessoas para se poder concluir pela sua existência (bastando portanto duas), numa dessintonia conceitual, não justificada, que já tivemos oportunidade de “revelar” noutro momento deste estudo³²¹; ou, noutro sentido, embora reconheçamos com um menor relevo argumentativo, com a circunstância de a lei não exigir, para se poder concluir pela existência de uma associação criminosa, que haja um *intuito lucrativo* e de esta ser uma vertente que parece caracterizar a criminalidade organizada³²².

Reconhecemos que ligar umbilicalmente o conceito de *criminalidade organizada* ao de *associação criminosa* seria uma muito preciosa ajuda no sentido da almejada *juridificação* do primeiro por força da consagração jurídico-penal do segundo. Sem dúvida que o sistema beneficiaria assim da segurança que decorre da definição do que seja a associação criminosa para assim apreender [e prender] o fenómeno da *criminalidade organizada*, que mais não seria do que a *associação criminosa in action*, com o limite, no caso de Figueiredo Dias, da necessidade da prática dos crimes constantes do *catálogo*.

Porém, não tendo uma percepção hegeliana da *teoria*, nem consideramos que seja esse o caso de Figueiredo Dias, constatamos que a realidade dificulta muito a tarefa e torna difícil alcançar tal objectivo. A vida está aí para o provar. Por muito que queiramos dominar a realidade por força dos conceitos, as rédeas partem se as puxarmos em

³²¹ Cfr. *supra* Parte I., Cap. I, Sec. III, 1.2 e Parte I., Cap. I, Sec. III, 3.

³²² Cfr., salientando este aspecto, cfr. AUGUSTO SILVA DIAS, “Criminalidade organizada...”, cit., p. 27, *maxime* n. 6, mas que parece nomear como aspecto determinante do fenómeno o que, como vimos noutro momento, não obstante dever considerar-se muitíssimo importante, não deve ser visto como característica sem a qual não se pode estar perante um fenómeno que possa ser caracterizado como criminalidade organizada, cfr. *supra* nesta Parte, Cap. I, Sec. I, 1.

demasia.

Por muito confortável – e absolutamente coerente – que a solução encontrada por Figueiredo Dias seja, o desconforto surge desde logo quanto à noção de associação criminosa (que está à disposição do legislador, numa motivação [predisposição] político-criminal sempre em mudança) que, no nosso ordenamento jurídico-penal, tanto pode ser constituída por duas pessoas (no caso do tráfico de estupefacientes e da organização terrorista), como só por mais de duas (actual art. 299.º do CP) e é hipertrofiado quando observamos um *catálogo* de crimes cuja gravidade, sob o ponto de vista das consequências criminais, é muito discutível, dada a diversidade e gravidade das penas aplicáveis, no que, na busca das garantias procuradas por Figueiredo Dias, traz um esvaziamento difícil de justificar.

Mas o conforto é ainda afectado quando observamos fenómenos criminosos cujas características não são facilmente compagináveis com a noção de associação criminosa, o que sucede, por exemplo, com o [novo] conceito de *rede criminosa*, que iremos aflorar e analisar *infra*, mas que já deverão incluir-se, atentas as suas características, no conceito de criminalidade organizada.

Por outro lado, não nos parece que uma íntima conexão entre os dois conceitos seja absolutamente necessário sob o ponto de vista da exigência de equilíbrio entre a necessidade de *combate* ao fenómeno criminoso complexo e as garantias processuais de quem é investigado, dado que se o sistema fornecer elementos de definição claros quanto aos fenómenos em presença – quer da associação criminosa, quer da criminalidade organizada – isso será o bastante para garantir as soluções mais adequadas a cada caso concreto.

Depois há dois patamares na análise dos conceitos de associação criminosa e de criminalidade organizada que decorrem, um da perspectiva substantiva e outro da

perspectiva processual, cuja dessintonia sincrónica é notória.

O único momento para garantir certezas quanto à presença de determinado fenómeno como “associação criminosa” ou “criminalidade organizada” é o da decisão final, isto é, da decisão que decorre de um julgamento, com toda a confrontação da prova produzida em audiência, até ao seu trânsito em julgado; já o momento decisivo sob o ponto de vista da protecção dos direitos, liberdades e garantias para avaliar se estamos perante um fenómeno criminoso caracterizável como *associação criminosa* ou *criminalidade organizada* é de uma *incerteza intrínseca*, dado que é o momento processual da investigação, cujos contornos podem não ser minimamente confirmados no momento do julgamento e da decisão final. E quando é assim, *quid iuris*? Invalida-se retroactivamente tudo o que foi permitido no momento da investigação que, à luz da decisão final, se revelou afinal infundado? É que por força da decisão final em determinado processo podem surgir todo o tipo de soluções, por exemplo: pode-se concluir pela existência de uma associação criminosa, mas não a prática por si dos crimes do catálogo ou então a solução contrária, isto é, a prática dos crimes do catálogo, mas não já a existência da associação criminosa, muito embora se possa afirmar, ainda assim, que estamos perante um fenómeno enquadrável como “criminalidade organizada”, numa desejável plasticidade permitida pelo sistema.

Esta diferente dinâmica dos momentos é uma outra – e igualmente decisiva – fonte de problemas, porventura a fonte mais *dramática*, que retira o conforto que se pretende quando se tenta dominar pela teoria o que a prática impõe a cada passo, no que traduz uma problemática transversal a todo o processo penal, naturalmente, mas não deixa de ser fundamental recordar a este propósito.

3. O enunciar de uma proposta: o conceito de rede como conceito de aprofundamento do conceito de criminalidade organizada

É naturalmente complexo, e por isso sempre discutível, o conceito de criminalidade organizada na sua relação com os diversos tipos de crime existentes no nosso ordenamento jurídico e, concretamente, a sua relação com o tipo de crime *associação criminosa*, enunciado por Figueiredo Dias, se bem apreendemos o seu pensamento, como âncora a que aqueloutro se deve sempre ligar.

O conceito de rede como conceito de aprofundamento do conceito de criminalidade organizada, não enquanto factor que preenche “a lacuna” em falta, mas enquanto realidade *outra* e distinta do que seja a associação criminosa que permitirá contribuir para lhe dar consistência, por força do que iremos aprofundar neste trabalho (Sec. II, do Cap. IV desta Parte), surge como factor muito relevante para a discussão.

Rede criminosa e associação criminosa não representam realidades que se possam considerar idênticas, pois têm diferente natureza e uma génese distintas; reflectem, porém, a primeira fruto de ciências sociais externas ao Direito e a segunda fruto mais directamente da ciência jurídica, diferentes dimensões do fenómeno criminoso que podem permitir dar consistência ao conceito – sobretudo – criminológico de criminalidade organizada, cuja definição – que não conceitualização absoluta e estanque – jurídico-penal se entende, com Figueiredo Dias, ser um objectivo muito relevante a atingir.

Neste sentido, rede criminosa e associação criminosa são conceitos complementares, com pontos de contacto mútuo, embora num entrecruzamento que não os permite diluir numa única natureza, mas contribuem para a percepção do que seja – ou deva ser – a

criminalidade organizada.

A título de exemplo, de modo a percebermos que podem ocorrer circunstâncias concretas que podem tornar oportuna a consideração da figura da rede criminosa, configuremos a possibilidade de uma sua célula [criminosa] ser composta por uma ou duas pessoas, o que, à partida, exclui desde logo a possibilidade de se estar perante uma associação criminosa, à luz do que prevê actualmente o art. 299.º do Código Penal; tal circunstância factual relativa ao número de elementos por que é composta não retira à célula de determinada rede criminosa a sua função e a sua tremenda perigosidade e caso não seja possível enquadrar jurídico-penalmente a célula criminosa como *facto* que releva do conceito de criminalidade organizada, então é o sistema jurídico-penal que falha uma resposta precisa e adequada ao fenómeno criminoso; quer dizer: uma célula de uma rede criminosa composta por uma ou duas pessoas não poderá ser considerada uma associação criminosa à luz do nosso art. 299.º do CP, pelo que, se não puder ser enquadrada como um fenómeno que deriva da *criminalidade organizada* isso significa que o sistema formal de controlo não pode, para a sua detecção, utilizar os meios processuais mais adequados [normalmente meios mais invasivos e restritivos de direitos, liberdades e garantias] à sua investigação.

Capítulo III

O conceito de *associação, grupo ou organização* no tipo de crime *associação criminosa*.

Secção I – Um estrito debate típico-objectivo [ou antes uma objectividade assente na subjectividade]?

Vamos centrar agora (depois de termos em momento anterior feito alusão, por diversas ocasiões, à sua relevância) a nossa atenção na análise do conceito de **associação, grupo ou organização** que está subjacente ao tipo de crime de “associação criminosa”.

A evidência conceitual-legal do que deva ser considerado **associação, grupo ou organização** decorre da conjugação do disposto nos n.ºs 1 e 5 do art. 299.º, do Código Penal, cuja redacção é a seguinte: “1- Quem promover ou fundar grupo, organização ou associação cuja finalidade ou actividade seja dirigida à prática de um ou mais crimes é punido com pena de prisão de um a cinco anos.” 5 - Para os efeitos do presente artigo, considera-se que existe grupo, organização ou associação quando esteja em causa um conjunto de, pelo menos, três pessoas, actuando concertadamente durante um certo período de tempo.”

O sublinhado que fazemos na redacção do art. 299.º do CP pretende destacar, da descrição típica, o que entendemos traduzir, de forma conjugada, os elementos essenciais para se poder aferir o que seja a *associação, grupo ou organização*: a *finalidade ou actividade desenvolvida por um conjunto de, pelo menos, três pessoas, que actuam concertadamente durante um certo período de tempo*.

Propomo-nos evidenciar que se trata naturalmente do conceito-chave, que se não

deve circunscrever à sua dimensão objectiva, mas antes comporta uma inarredável dimensão subjectiva, que é indissociável e insusceptível, para uma cabal compreensão do tipo de crime, de análise separada.

Há, todavia, uma única dimensão estrita e puramente objectiva: o número mínimo de pessoas que integram a **associação, grupo** ou **organização**, que, no entanto, se mostra susceptível de simples alteração por parte do legislador³²³; é justamente na *relação-objectiva-subjectiva* entre essas pessoas que reside a dimensão essencial do tipo de crime.

É precisamente esta percepção da decisiva confluência das vertentes objectiva e subjectiva no conceito de “associação, grupo ou organização” que justifica o título que designámos para este momento do nosso estudo.

Com efeito, entendemos não ser suficiente a mera análise típica objectiva do conceito, como se fosse possível, sem discernir a decisiva influência *humana-subjectiva-espiritual* essencial à composição da *associação*, como fenómeno criminoso, identificar, como um “ser aí”, objectivável no mundo da vida, sem mais, o fenómeno.

Pelo contrário, definir o elemento típico “associação” passa pela indissociável análise relacional e intersubjectiva dos elementos por que é composta; é este assim o sentido que buscamos nesta fase do nosso trabalho e determina uma abordagem que será assim assumidamente heterodoxa.

³²³ Cfr. *supra* Parte I, Cap. I, Sec. III, 4, em que se destacam as alterações muito significativas operadas na redacção do tipo de crime previsto no Código Penal por força da Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro, nomeadamente quanto à alteração do requisito mínimo de pessoas, pois se antes se não indicava um número mínimo, podendo configurar-se o número de duas pessoas, a *associação* passou a ter de ser constituída pelo menos por três pessoas, além de poder visar a prática somente de um crime e não já de mais do que um como antes se previa.

Secção II – Breve contraponto com o conceito de *conspiracy* do sistema anglo-saxónico

Se no sistema de influência continental como é o nosso a designação deste crime passa precisamente pela referência central a este [aparente] elemento objectivo – a **associação**, adjectivada de **criminosa** – já no sistema de inspiração anglo-saxónica a designação deste crime é desde logo feita por referência à intencionalidade que congrega um determinado número de pessoas, precisamente, por referência ao termo *conspiração* [*conspiracy*]³²⁴, num sinal que confirma precisamente a *vulnerabilidade objectiva* do

³²⁴ Cfr. o paradigmático “Criminal Law Act 1977”, com um regime jurídico complexo, cujo principal propósito (na sua Parte I) foi consagrar em Inglaterra e País de Gales a *criminal conspiracy* [que no entanto já existia na prática judiciária, com diversas decisões judiciais a servirem de referência no tratamento jurídico-penal do instituto, assentes em diversas leis (Acts) anteriores, portanto, num regime que se mostrava assim disperso – são exemplos: “Offences against the Person Act 1861”, “Conspiracy and Protection of Property Act 1875”, “Magistrates Courts Act 1952”, “Sexual Offences Act 1956”, “Obscene Publications Act 1959” e que assim foi, tendencialmente, unificado e dizemos “tendencialmente” considerando a disposição transitória final do § 5 do Criminal Law Act 1977, que, como regra faz abolir o crime de *conspiração* constante em anteriores “Acts”, enunciando, no entanto, excepções], com a seguinte redacção: «§ 1. (1) [I]f a person agrees with any other person or persons that a course of conduct shall be pursued which will necessarily amount to or involve the commission of any offence or offences by one or more of the parties to the agreement if the agreement is carried out in accordance with their intentions, he is guilty of conspiracy to commit the offence or offences in question. (2) Where liability for any offence may be incurred without knowledge on the part of the person committing it of any particular fact or circumstance necessary for the commission of the offence, a person shall nevertheless not be guilty of conspiracy to commit that offence by virtue of subsection (1) above unless he and at least one other party to the agreement intend or know that that fact or circumstance shall or will exist at the time when the conduct constituting the offence is to take place. (3) Where in pursuance of any agreement the acts in question in relation to any offence are to be done in contemplation or furtherance of a trade dispute [...] that offence shall be disregarded for the purposes of subsection (1) above provided that it is a summary offence which is not punishable with imprisonment. (4) In this Part of this Act “offence” means an offence triable in England and Wales, except that it includes murder notwithstanding that the murder in question would not be so triable if committed in accordance with the intentions of the parties to the agreement».

A preceder este Criminal Law Act 1997 foi publicado um estudo pela “The Law Commission (Law Com. N.º 76)”, *Criminal Law, Report on Conspiracy and Criminal Law Reform*, The House of Commons, 17 de Março de 1976, London, cuja leitura tem muito interesse a este propósito dado que foi a inspiração imediata para o diploma citado; saliente-se a circunstância de tal estudo começar por debater a necessidade da previsão do crime de conspiração (The Need For an Offence of Conspiracy), na medida em que a *«formation of an intention necessarily precedes the achievement of the intended consequence and, during the period between these two events, there exists a clear social danger which ought if possible to be avoided. The law recognizes the absurdity which would be entailed if, knowing that someone was on the way to achieving a prohibited event, it only stand by until the event had happened»*, mas, para que a mera intenção não seja punida *«[t]here must have been a beginning at least of the conduct intended eventually to result in the prohibited consequence, or some act of incitement or conspiracy beyond the mere forming of an intention.»* (cfr. *ob. cit.*, p. 4), para depois avançar com a análise dos objectivos que se pretende sejam atingidos com a análise dos diversos elementos do crime, como seja o “acordo” (*agreement*), afirmando-se que toda a base da incriminação reside precisamente nesse “acordo” (cfr. *ob. cit.*, p. 12), pelo que se mostra necessário fazer a análise do “elemento mental” (*the mental element*) exigido entre quem estabelece esse “acordo”, além de ser preciso também fazer uma análise do “objecto” do acordo e das “partes” necessárias para esse acordo (cfr. *passim*); neste sentido, a *«conspiracy should require the full agreement of two or more natural persons (although one may be acting on behalf of a limited company) and this, in itself, provides the main requirement of a mental element. It is necessary that the minds of the alleged conspirators should have come together in agreement.»*, pelo que *«is clear authority that an agreement to commit an offence which itself requires a mental element of intention is only conspiracy if the defendant himself also has that intention»*, tendo a acusação que provar *«that the defendant knew the facts which would make what was agreed to be done an offence.»* (cfr. *ob. cit.*, p. 13 e 16), pelo que, de modo conclusivo e já na parte dedicada às recomendações, a propósito do que deve ser exigido ao nível do elemento subjectivo ou intencional do crime, se diz que a acusação *«ought to have to prove is that the defendant agreed with another person that a course of conduct should be pursued which would result, if completed, in the commission of a criminal offence, and further that they both knew any facts which they would need to know to make them aware that the agreed course of conduct would result in the commission of the offence.»* (cfr. *ob. cit.*, p. 17). Quanto ao objecto do crime, deve ele ser, precisamente, a prática de um crime em particular ou de crimes em particular, devendo ter-se em consideração, no entanto, que devem ser excluídos do crime de conspiração os acordos para a prática de crimes estabelecidos por marido e mulher e entre alguém imputável e alguém que o não é (cfr. *ob. cit.*, págs. 19 e ss.), numa muito interessante abordagem das razões subjacentes a cada uma das exclusões, mas que por ora não cabe aqui desenvolver, devendo apenas chamar-se a atenção para a circunstância de o “Criminal Law Act 1977” ter consagrado, na sua plenitude, a exclusão do crime de conspiração no caso de acordo estabelecido entre marido e mulher (cfr. art. 1, (2), (a), e somente o caso de inimputabilidade em razão da idade ((cfr. art. 1, (2), (b), a que

conceito de associação, antes se salientando, nesse sistema, a importância fulcral dada à *intencionalidade* subjacente à reunião de determinadas pessoas com vista à prática de crimes.

Há, no entanto, que ter a noção que o conceito de *conspiracy* do sistema anglo-saxónico permite abranger fenómenos criminosos que se enquadram, no nosso ordenamento jurídico, como associação criminosa, mas está muito longe de se confundir exclusivamente com este tipo de crime, na medida em que é susceptível de ser aplicado a praticamente todos os tipos de crimes, independentemente da sua gravidade, e surge assim como uma figura que permite a antecipação da tutela penal de forma praticamente

acrescenta a exclusão na situação de acordo estabelecido com a própria vítima do crime programado ((cfr. art. 1, (2), (c)). Depois de discutir questões de natureza processual, como seja o problema de condenar somente um dos dois ou mais “conspiradores” presentes em juízo [concluindo pela possibilidade da sua punição mesmo que outros arguidos presentes em julgamento sejam absolvidos, quer no próprio processo, quer em processos separados (cfr. *ob. cit.*, págs. 43 e 143)] ou o concurso real entre o crime de conspiração e os crimes praticados (cfr. *ob. cit.*, págs. 24 a 32), no relatório em análise sugere-se ainda que as “summary offence” (crimes de menor gravidade ou bagatelas penais) sejam susceptíveis, em regra, da prática do crime de conspiração [à semelhança do que, por exemplo, já havia sido decidido no caso *R. v. Blamires Transport Services, Ltd*], mas com um adequado enquadramento – limitador de tal aplicação –, na medida em que estejam presentes duas circunstâncias alternativas: «[...] *not only where a widespread commission of offences is contemplated but also where there was merely more than one offence planned*» (cfr. *ob. cit.*, págs. 34 e 35 e 143 e 144), no que, à luz do nosso ordenamento jurídico-penal, não deixa de ser um conceito demasiado amplo para que possa ser aplicado ao nosso tipo de crime *associação criminosa*, além de estar igualmente em claro confronto com as exigências da Convenção de Palermo, ao limitar a punição da *associação criminosa* à programação e/ou prática de crimes graves (cfr. *supra* Parte I., Cap. Sec. III, 1). Prossegue este importante estudo com a análise das penas aplicáveis ao crime de conspiração, partindo de uma análise esclarecedora do *status quo* à data da sua elaboração, sendo que a «*[c]onspiracy is a common law offence for which no specific statutory penalty is generally provided. [...]*», dependendo a sua punição da gravidade dos crimes “programados” pela conspiração: «*This is so whether the object of the conspiracy is itself a very serious offence punishable with a high maximum penalty or a summary offence punishable only by fine*» (cfr. *ob. cit.*, p. 35), observando-se das suas propostas uma confirmação da *traditio*, no sentido de equivaler a punição pela prática do crime de conspiração pela punição do(s) crime(s) almejado(s) (cfr. *ob. cit.*, págs. 41 e 44 e 144, *maxime* parágrafo 16 das conclusões aí enunciadas).

transversal a todo o ordenamento jurídico-penal, numa aproximação assim ao “nosso” conceito da tentativa.

Há, por outro lado, que ter presente que a *conspiracy* surge, simultaneamente, nesse sistema de raiz anglo-saxónica, como um conceito com contornos comuns a algumas noções que podemos encontrar no nosso próprio ordenamento jurídico.³²⁵

Enquanto em Inglaterra é o instituto da *conspiracy* que permite sustentar a criminalidade suposta no nosso tipo de crime *associação criminosa* (extravasando, todavia, em larga medida, o seu âmbito), na realidade jurídico-penal norte-americana, por exemplo, encontramos o regime que prevê a *criminalidade colectiva ou de organização* suposta pelo nosso tipo de crime *associação criminosa*, sob a designação de *Rackteer Influenced and Corrupt Organizations (RICO)*³²⁶ e que não carece assim do recurso à

³²⁵ A noção de *conspiracy*, tal como se mostra plasmada legalmente em alguns sistemas penais de índole anglo-saxónica, diverge substancialmente do conceito estrito suposto pelo tipo de crime *associação criminosa*, tal como se mostra consagrado nos ordenamentos jurídicos de índole continental, como é o nosso, bem como do conceito que perpassa, como vimos, do “Criminal Law Act 1977”; a mero título de exemplo, cfr. US Code, Título 18, Parte I, Capítulo 19, § 371 a § 373 ou o Código Penal da Califórnia, arts. 182 a 185, onde o termo *conspiracy*, tal como se mostra reproduzido no texto legal, revela o mesmo sentido semântico-jurídico do termo português *conspiração*, na medida em que se prevêem os mais variados comportamentos estabelecidos entre, pelo menos, duas pessoas com o objectivo de praticar crimes, ou de, falsamente ou com intenção de prejudicar, indicar alguém como agente da prática de um crime que não praticou (precisamente a nossa denúncia caluniosa); no Código Penal canadiano (versão consolidada em 16 de Abril de 2013, com as últimas alterações introduzidas em 27 de Março de 2013) por exemplo, o termo *conspiracy* integra o conceito de “offence” ou “infraction”, nos termos do art. 183.º: «“offence” means an offence contrary to, any conspiracy or attempt to commit or being an accessory after the fact in relation to an offence contrary to, or any counselling in relation to an offence contrary to any of the following provisions of this Act, namely ...», enumerando depois inúmeros tipos de crimes, desde a alta traição, ao homicídio, etc.

³²⁶ Cfr. Capítulo 96 (§§ 1961 a 1968) do referido Título 18 do US Code, cujo regime jurídico é complexo e abrange quer a vertente estritamente criminal (cfr. § 1961 a § 1963), quer uma vertente de natureza civil (cfr. § 1964 a § 1968). Para uma sintética e esclarecedora análise histórica do *supra* referido “R.I.C.O. Act” criado pelo Senado norte-americano em 1970, cuja motivação maior foi responder ao fenómeno da

figura expressa da *conspiracy* para poder surgir como instituto vocacionado especificamente para a criminalidade mais complexa suposta pelo tipo de crime associação criminosa, embora abranja muitas outras realidades criminosas³²⁷, atento o seu complexo regime jurídico; também se pode encontrar um específico regime jurídico-penal dedicado às organizações criminosas no Código Penal canadiano no art. 467.º, que expressamente define o que é a organização criminosa, muito embora, deve salientar-se, em linha com a *lógica* anglo-saxónica, se inscreva na Parte XIII, cujo título é precisamente “Attempts – Conspiracies – Accessories”³²⁸, numa síntese muito interessante entre a autonomia do conceito de *conspiracy* no sistema anglo-saxónico intimamente conexionado com a criminalidade suposta no tipo de crime associação criminosa e a aproximação ao sentido semântico jurídico-penal continental que é dado ao

criminalidade organizada corporizado pela Máfia, mas que entretanto revelou potencial suficiente para poder ser aplicado a fenómenos mais recentes como sejam os gangs de rua ou a criminalidade organizada internacional, cfr. JOSEPH WHEATLEY, “Evolving perceptions of organized crime, The use of RICO in the United States”, *Defining and Defying Organized Crime, discourse, perceptions and reality*, Routledge, 2010, págs. 85 e ss.

³²⁷ «After rejecting a proposal to outlaw membership of La Cosa Nostra, Congress passed the Racketeer Influenced and Corrupted Organizations (RICO) statute in 1970 with na extremely broad underlying concept of organised crime. Likewise, many state commissions on organised crime, established in response to the national debate [...] much broader terms to include less structured gangs and illicit enterprises.», cfr. LETIZIA PAOLI/CYRILLE FIJNAUT, “The History...”, cit., págs. 26 e 27.

³²⁸ É a seguinte a redacção do art. 467.1 (1) do Código Penal canadiano: «“criminal organization” means a group, however organized, that (a) is composed of three or more persons in or outside Canada; and (b) has as one if its main purposes or main activities the facilitation or commission of one or more serious offences that, if committed, would likely result in the direct or indirect receipt of material benefit, including a financial benefit, by the group or by any of persons who constitute the group.»; interessante ainda é o cuidado colocado pelo Código Penal canadiano na definição de organização criminosa, adiantando uma definição negativa de “organização”, na medida em que, logo a seguir à definição enunciada, acrescenta que «It does not include a group of persons that forms randomly for the immediate commission of a single offence.»

termo.

Este breve contraponto, que não pretende vislumbrar qualquer dicotomia absoluta entre os sistemas continental e anglo-saxónico (antes dá conta de uma complexidade intrínseca em cada um deles e, sobretudo, no próprio sistema anglo-saxónico no que diz respeito ao conceito de *conspiracy*), permite realçar a fundamental dimensão subjectiva inevitavelmente contida no conceito *objectivo* de associação criminosa que decorre do instituto da *conspiracy*, que pode equivaler, noutra óptica, à figura da cumplicidade existente no nosso sistema jurídico-penal perpetrada pelo menos por duas pessoas na prática de um crime e é punível em concurso real com a consumação deste crime.

Secção III – A associação, grupo ou organização criminosa como um *outra*?

A mais autorizada doutrina, nacional e internacional³²⁹, – repercutida na jurisprudência nacional³³⁰ – entre os traços distintivos deste tipo de crime elege um

³²⁹ Numa «convergência singular» sinalizada desde logo por FIGUEIREDO DIAS, in *As Associações...*, cit., págs. 32 e ss.

³³⁰ Afirma-se esta *transpersonalidade* ou *transcendência* em diversos arestos nacionais: no Acórdão do STJ, de 13 de Abril de 1994, in *CJSTJ*, Tomo I, p. 256, é afirmada por argumento *a contrario* na medida em que se afirma que, para a figura de *bando*, não é necessária a “transpersonalidade” que caracteriza a associação criminosa, aqui enunciando-se algo que é, no mínimo, polémico, ao se afirmar que para a existência do bando não é preciso existir a procura de fins comuns mediante a subordinação do indivíduo ao todo, bastando tão somente a existência de uma “rede”, porventura agregada em redor de um líder...”, encarando-se ou, talvez melhor, supondo-se assim o fenómeno “rede” como algo de menor intensidade criminosa, com uma perigosidade menor, com o que não concordamos minimamente, dado que o conceito de “rede criminosa”, embora seja um fenómeno cuja abordagem teórica se tem revelado mais recentemente, supõe uma actividade “camuflada”, numa hipertrofia da sofisticação criminosa, que deve ser enquadrado no conceito de criminalidade organizada e deve ser encarado como conceito que permite aprofundar este último, como *infra* Cap. V., Sec. I, 3 teremos a oportunidade de abordar.

vector que é determinante para a sua descrição **típico-objectiva** e se traduz na circunstância de a associação criminosa dever ser considerada um **centro autónomo de imputação e motivação**³³¹ em relação a cada um dos seus elementos integradores.

Esta conclusão é tirada a propósito precisamente da análise do que seja o conceito de *associação, grupo ou organização* inerente ao tipo legal de crime.

Surge como indiscutível que o conceito de “associação” (grupo ou organização) não é utilizado pelo legislador penal num sentido técnico-jurídico [civilístico]³³², que implique ou a «personalidade jurídica do ente colectivo, ou sequer que ele surja como referência de um património autónomo»³³³; porém, se «não basta à existência de uma “associação”, por menos estruturada que ela possa ser, o mero acordo ou a decisão conjunta de uma pluralidade de pessoas com vista à prática de crimes – sob pena de irremediável confusão entre o tipo de crime de associações criminosas e a figura da co-autoria [...] só haverá associação ali, onde o *encontro de vontades dos participantes* – um qualquer *pacto* mais ou menos explícito entre eles – tiver dado *origem a uma realidade autónoma, diferente e superior às vontades e interesses dos singulares membros*. Onde, noutros termos, no plano das realidades psicológicas e sociológicas, derivar do encontro de vontades um centro autónomo de imputação fáctica das acções prosseguidas em nome e no interesse do conjunto. Centro este que, pelo simples facto de existir, represente uma ameaça tão intolerável que o legislador reputa necessário e justo (*sc.* proporcional) reprimi-la com as penas particularmente drásticas cominadas no art.

³³¹ Assim FIGUEIREDO DIAS, *Comentário...*, cit., págs. 1160 e 1161.

³³² Já tivemos oportunidade de abordar as diversas acepções do que se possa entender por “pessoa colectiva” in *Pessoas Colectivas e Sanções Criminais: Juízos de Adequação*, págs. 40 e ss., com as devidas referências bibliográficas a seu propósito.

³³³ Cfr. FIGUEIREDO DIAS, in *As Associações...*, cit., p. 32.

287.º»³³⁴.

Na doutrina alemã³³⁵ LENCKNER faz alusão à «subordinação da vontade individual à vontade do todo³³⁶», MAURACH e SCHROEDER afirmam a «prossecução de fins comuns mediante a subordinação do indivíduo ao todo³³⁷» e RUDOLPHI refere a «existência, no interior da associação, de certas estruturas de decisão e reconhecidas pelos seus membros³³⁸».

Em Itália, PATALANO afirma que o conceito de *associação* é sinónimo de *instituição*, mais ou menos complexa, mais ou menos formalizada e sofisticada, mais ou menos hierarquizada nas suas relações e mais ou menos cogente na imposição das suas *normas* ou *regras*, mas sempre uma *realidade transcendente à vontade e interesses individuais dos seus membros* e por isso a simples existência da associação vale como uma «declaração de guerra» à ordem estadual³³⁹.

Em Espanha, MUÑOZ CONDE, a propósito do que seja o conceito de *associação*, defende que se deve ter como tal, recorrendo ao seu significado gramatical e linguístico, «toda a união de várias pessoas organizadas para a consecução de determinado fim», sendo indiferente a forma como essas pessoas cheguem a acordo entre si, se umas têm a iniciativa e as outras simplesmente aderem a esta, devendo, em todo o caso, existir uma *certa organização* (que será mais ou menos complexa em função do tipo de actividade a

³³⁴ Cfr. FIGUEIREDO DIAS, in *As Associações...*, cit., págs. 32 e 33.

³³⁵ Acompanhamos, neste parágrafo, com as referências bibliográficas identificadas nas notas *infra* 336 a 339, o *caminho* desbravado por FIGUEIREDO DIAS, in *As Associações...*, cit., págs. 33 e ss.

³³⁶ In SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 22.^a edição, München: Beck, 1985, § 129, RN. 1, que, aliás, *ob. loc. cit.* (cfr. 24.^a edição, p. 1118) afirma ser a paz pública o bem jurídico protegido pela norma («*Rechtsgut der Vorschrift ist der öffentlich Frieden*»).

³³⁷ In *Strafrecht. Besonder Teil*, Tb. 2., 6.^a edição, Heidelber: Müller, 1981, p. 299.

³³⁸ In *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, II, Frankfurt a.M.: Metzner, § 129 RN. 2.

³³⁹ In *L'Associazione per delinquere*, Napoli: Jovene, 1971, págs. 166 e ss.

que se dedique), *duradoura* e não puramente transitória, assim a distinguindo de qualquer acto preparatório à consumação de um delito, devendo ser autónoma e independente do delito ou delitos cometido através de si³⁴⁰.

Na jurisprudência espanhola, antes da reforma penal de 2010, podiam encontrar-se três conceitos de *organização*, produzidos, sobretudo, a partir da temática relativa ao tráfico de drogas e encontrados a partir da interpretação dos tipos de crimes agravados pela existência da *organização*³⁴¹: um, em sentido próprio, que entende por *organização* «aquella en la que concurre una estructura jerárquica, en torno a un centro de decisiones conocido y sin perjuicio de la fungibilidad de sus miembros; incluso, para la aplicación de la agravante, algunas sentencias han exigido una intensa organización y cierto volumen de medios materiales y apoyo logístico³⁴²» outro, embora minoritário, que «ha

³⁴⁰ Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, Parte Especial*, 16.ª edição, Tirant lo blanch, 2007, p. 820; este Autor, com a reforma de 2010 ocorrida em Espanha, insurge-se relativamente à coexistência do anterior crime de “asociación ilícita” com o crime de organização criminal, na medida em que “lo que carece de sentido es que se siga manteniendo el delito de asociación ilícita junto con el de organización criminal, porque [...] a respecto a las asociaciones ilícitas, estas también requieren, además de la finalidad de cometer algún delito [...] una cierta organización y que el acuerdo entre sus miembros sea duradero. No se entiende, por tanto, que en la Exposición de Motivos de la LO 5/2010, de 22 de junio, se diga que la introducción del delito de organizaciones y grupos criminales se deba a «la incapacidad del actual delito de asociación ilícita para responder adecuadamente a los diferentes supuestos de agrupaciones o organizaciones criminales», Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, Parte Especial*, 19.ª edição, Tirant lo blanch, 2013, págs. 830 e 831.

³⁴¹ Assim, PATRICIA FARALDO CABANA, *Asociaciones ilícitas...*, cit., págs. 59 e ss.

³⁴² «Como puede observarse, se trata de características que se describen como propias de los aparatos organizados de poder, a las que unicamente habría que añadir la actuación completamente desvinculada del Ordenamento jurídico. Este es el concepto más adecuado, ya que [...] permite justificar la existência de tipos penales autónomos de integración en organización criminal o asociación ilícita, al aparecer una estructura en cuyo seno los dirigentes pueden confiar en el cumplimiento de las ordenes que imparten, pues la organización pondrá a sua disposición los medios personales necesarios para llevar a cabo su ejecución.», assim, PATRICIA FARALDO CABANA, *Asociaciones ilícitas...*, cit., p. 64; para uma análise dos problemas colocados pelos referidos “aparatos organizados de poder”, ver *infra* Parte II, Cap. IV, Sec. V, 1.4.1.

asimilado la organización a la coautoría», designado por «concepto de organización impropio»³⁴³ e um terceiro, que traduz um «concepto intermedio de organización, orientado a las consecuencias politico criminales³⁴⁴ [...]» que «considera suficiente [...] la presencia de cierta organización y distribución de funciones acompañada de la concurrencia de una pluralidad de personas en torno a un plan criminal, sin que se requiera conocer los mandos ordenantes (basta *presuponer* su existencia)³⁴⁵».

³⁴³ Cfr. PATRICIA FARALDO CABANA, *Asociaciones ilícitas...*, cit., págs. 60 a 62, que identifica a decisão do STS de 1 de Dezembro de 1992 a fundamentar o sentido improprio de organização que a não distingue da noção de coautoría, «pues la distribución de funciones y el dominio funcional son requisitos de la coautoría, a la cual no es ajena una jerarquización entre los coautores, cuya posible existencia no impide por sí sola afirmar la igualdad de rango de las aportaciones, criterio que caracteriza a la coautoría frente a otras formas de intervención delictiva. Ciertamente es que, con el fin de distinguir el acuerdo entre el autor y los partícipes del acuerdo entre coautores, un sector de la doctrina exige en este último igualdad de poderes y distribución de funciones no subordinadas entre sí [refiriendo-se a autora a Bacigalupo Zapater]. [...] [E]ste concepto improprio tampoco permitía distinguir la organización de la codelinquencia en general, ya que también la intervención de cooperadores o inductores dolosos con los autores supone pluralidad de personas, utilización de medios idóneos, plan criminal previamente concertado entre los intervinientes, en no pocas ocasiones una cierta jerarquización...».

³⁴⁴ «[L]os defensores del concepto de organización orientado a las consecuencias político-criminales exigían los siguientes elementos: «uno, concurrencia de diversas personas reunidas con el fin de llevar a cabo un plan criminal: dos, cierta organización y distribución de funciones; tres, no es necesario conocer los mandos ordenantes, solo presuponer su existencia; y cuatro (la agravante) se aplicará a cualquier sujeto que mantenga relación con esta “especie de organización” (JOSHI JUBERT). También de acuerdo con este concepto la organización se confundía con la codelicuencia, además de que se relativizaba el requisito de la pertenencia hasta hacerlo prácticamente irrelevante, ya que acababa admitiéndose que pertenece a la organización incluso quienes sin ser miembros colaboran de forma ocasional o permanente con ella, conductas que encajan mejor en la complicidad que en la pertenencia a la organización, siendo conveniente distinguir claramente entre los miembros de la organización y los colaboradores externos. Ciertamente que su agrupación en una sola categoría amplia de “pertenencia a la organización” puede solventar problemas de prueba, pero no me parece que esta interpretación sea respetuosa con el tenor literal de los tipos agravados ni con los principios básicos de la dogmática jurídico-penal», cfr. PATRICIA FARALDO CABANA, *Asociaciones ilícitas...*, cit., p. 63.

³⁴⁵ Cfr. J.L. de la CUESTA ARZAMENDI, “El Derecho Penal...”, cit., págs. 87 e ss, que acompanhamos

Após a reforma de 2010, o conceito de organização criminosa, que antes se retirava do instituto da “asociación ilícita” com as três *interpretaciones* referidas imediatamente *supra*, passou a estar expressamente consagrado no já *supra* abordado art. 570 *bis* do Código Penal espanhol, que assim deve abarcar as seguintes quatro características: 1) ter uma estrutura hierárquica onde se geram relações de coordenação e subordinação; 2) a intercambialidade dos seus membros; 3) actuação à margem do ordenamento jurídico; 4) certa estabilidade ou perdurabilidade no tempo³⁴⁶.

Secção IV – Alusão ao fenómeno criminológico: um critério para a definição da associação, grupo ou organização

Se é certo que a nossa abordagem não pretende focar-se na perspectiva criminológica do fenómeno “associação”, não podemos deixar de reconhecer que é precisamente esse “fenómeno criminológico” que nos fornece o húmus imprescindível para conformar uma ideia consistente sobre o mesmo e, assim, permitir uma sua definição o mais aproximada possível da [sua] realidade, com o intuito, naturalmente, de permitir alcançar um enquadramento jurídico-penal rigoroso do que seja a “associação”, numa permanente e incessante necessidade de buscar a conformação conceitual à realidade.

neste parágrafo, onde naturalmente se fazem as devidas remissões para os diversos acórdãos que sustentam cada uma das acepções referidas para o sentido a dar ao conceito de *organização*.

³⁴⁶ Para a análise mais desenvolvida de cada uma destas características, cfr. PATRICIA FARALDO CABANA, *Asociaciones ilícitas...*, cit., págs. 64 a 76.

1. O fenómeno criminoso

Para concretizar o que seja *associação, grupo ou organização* não é assim despidendo, pelo contrário, perceber como o fenómeno criminoso se pode revelar.

É o fenómeno criminoso que despoleta, em primeira linha, a reacção legislativa; é a sua dimensão e as suas sérias consequências para a vida em sociedade que determinam a vontade político-criminal dirigida ao seu *combate* e neste sentido condiciona o seu enquadramento jurídico-penal³⁴⁷.

No que diz respeito ao tipo de crime que nos ocupa, tivemos oportunidade de analisar que foi na França de finais do século XVIII que se pretendeu reagir a este fenómeno criminoso³⁴⁸, pelo que é muito relevante perceber como pode o mesmo ser revelado nos nossos dias.

A ausência de uma definição muito precisa do que seja esta *realidade jurídico-penal* – que não é punida em si mesma³⁴⁹, mas é essencial definir para que alguém seja punido por lhe pertencer – permite transmitir desde logo a plasticidade necessária para ser moldada a cada caso concreto.

É relevante saber como se tem exteriorizado o *fenómeno* das associações criminosas, cuja natureza fluida lhes permite dissimular a sua existência e assim dificultar a sua

³⁴⁷ Fazendo o enfoque precisamente na necessidade de se analisar o fenómeno criminoso com o intuito de prestar uma particular atenção ao que seja o conceito de *organização*, cfr., com muito interesse a já noutro momento citada Resolução do Parlamento Europeu de 25 de Outubro de 2011 (cfr. JO 2013/C 131 E/73).

³⁴⁸ Cfr. *supra* Parte I., Cap. I, Sec. II, 1.

³⁴⁹ Talvez esta asserção não seja completamente correcta se estivermos confrontados com a prática criminosa desenvolvida no âmbito de uma pessoa colectiva, em que aí poderão convergir a *associação criminosa* e a pessoa colectiva que lhe dá a estrutura/cobertura; a este propósito cfr. *infra* Parte II, Cap. IV, Sec. V, 1.3, cujo título é, precisamente, “a pessoa colectiva enquanto estrutura potencial privilegiada da associação criminosa”.

descoberta por parte das autoridades formais de controlo; esta busca na “classificação” do que seja o “fenómeno” tem tanto mais relevo quanto mais aproximadamente se possa concluir que se está perante uma *associação criminosa* numa determinada situação concreta, já que se não pudermos concluir pela sua *existência* isso é desde logo uma *conquista* por parte dos agentes criminosos, que sabem, naturalmente, como evitar ao máximo seja descoberta a sua [estrutura de] actuação³⁵⁰.

³⁵⁰ A relevância da análise da *fenomenologia* do crime organizado é comprovada, por exemplo, pelo esforço que tem sido empreendido no seio das Nações Unidas, de que destacamos o estudo *Results of a Pilot Survey of Forty Selected Organized Criminal Groups in Sixteen Countries*, Office on Drugs and Crime, United Nations, September/2002, onde, após a análise que se enuncia no título do trabalho, se elencam cinco tipologias dos grupos criminosos, que intitula do seguinte modo: 1) hierarquia padrão, 2) hierarquia regional, 3) hierarquia aglomerada, 4) grupo núcleo e 5) rede criminosa (*cf. ob. cit.*, págs. 34 a 44); o 1) grupo de **hierarquia padrão**, a forma mais comum de expressão de um grupo organizado, caracteriza-se por ter um líder único, uma hierarquia bem definida, com um forte sistema de disciplina interno, é conhecido por um nome específico, frequentemente com uma forte identidade social e étnica, sendo a violência uma característica essencial da sua actividade e muitas vezes com uma influência ou controlo sobre uma parte definida do território; 2) o grupo com **hierarquia regional** é caracterizado por uma estrutura hierárquica singular, com uma linha de comando a partir do centro da hierarquia, com um grau de autonomia ao nível regional, distribuído geograficamente, com múltiplas actividades, com uma forte identidade social e étnica e violência a caracterizar a sua actuação; 3) o grupo com **hierarquia aglomerada**, sendo relativamente raro, caracteriza-se por congregar diversos grupos criminosos, com uma gestão concertada desses grupos, havendo uma identidade da *aglomeração* mais forte do que a de cada um dos grupos que a compõem, embora estes tenham um relativo grau de autonomia, cuja formação está fortemente ligada a um contexto social e histórico determinado (são dados três exemplos: 1) o grupo dos 28, na África do Sul, que se formou a partir das prisões deste país, e veio a dominar diversos grupos criminosos; 2) um grupo italiano com uma rede heterogénea de diversos grupos criminosos com actuação na Alemanha; e 3) o grupo Ziberman, baseado na Rússia, composto por 6 grupos criminosos independentes, cada um com uma hierarquia própria e uma função bem definida para cada membro, mas com uma estrutura que os supervisiona, com quatro elementos, com um muito estrito código de conduta); 4) o **grupo núcleo**, que se caracteriza por ser rodeado por uma rede solta ou frouxa, com um número limitado de indivíduos – raramente mais de 20 –, com uma estrutura plana/horizontal bem organizada, com uma disciplina interna mantida por um pequeno número de elementos, com uma diminuta identidade social ou étnica, agindo para o benefício de um pequeno número de elementos, sendo um dos exemplos mais conhecidos o sindicato

A este respeito convém ainda ter presente que a “realidade” que pretendemos buscar estará sempre muito condicionada pelo ponto de partida para essa mesma análise, consoante se valorizem mais uns critérios relativamente a outros, como sucede por exemplo se atentarmos mais à *actividade* desenvolvida ou mais à *organização* revelada pela “associação”³⁵¹.

Mclean, que opera na Austrália; dá-se conta neste estudo que para esta natureza de grupos se têm convertido grupos organizados *tradicionais* (*maxime* os dois primeiros enunciados, com hierarquia padrão e hierarquia regional) fruto do êxito da perseguição criminal; 5) por último, a **rede criminosa** que se caracteriza por ser definida pela actividade de pessoas-chave, cuja relevância na rede decorre dos seus contactos ou perícia, cuja interligação decorre mais da lealdade pessoal do que da identidade étnica ou social, subsistindo a rede à base dos projectos criminosos, cujos elementos têm reduzido perfil público, e cujo nome é muitas vezes desconhecido, produzindo alterações na organização da rede após o êxito dos indivíduos-chave; dos quarenta grupos analisados apenas quatro apresentaram estas características, pelo que surgem, numa primeira análise, como uma realidade residual; há que, no entanto, ter presente que, pelas suas características próprias, são de difícil detecção, pelo que se deve colocar a hipótese de serem mais comuns e até de estarem em expansão enquanto fenómeno criminoso; há a realçar, como exemplos de *rede criminosa*, o caso Meij, nas Caraíbas, que envolve apenas um suspeito rodeado por uma rede de indivíduos que o assistem na sua fraude de larga escala com empresas fictícias ou o grupo Verhagen, que opera na Holanda, dedicado ao tráfico de cannabis para a Europa, cuja única capacidade exigida é saber comandar um navio (o que é anunciado em publicidade nos jornais). Há, por fim, não obstante a importância da detecção das diferentes naturezas que podem assumir os grupos criminosos, que ter a noção que cada um deles pode conter em si mesmo características de outros grupos criminosos, assumindo assim diferentes tipologias e que podem mudar de natureza radicalmente com o tempo, de acordo com o amadurecimento da sua experiência ou com as alterações do próprio mercado, o que, segundo o estudo em referência, é bem ilustrado pela «Albanian and Colombian criminal clusters», os primeiros com uma evolução «... according to a report of the Italian Investigation Directorate for the Máfia [...] is now formed by several criminal groups operating at local level and in contact with each other. This arrangements makes it extremely difficult to identify the ruling group of individuals [...] While Albanian criminal groups have modified their structure with the growing of their activities abroad and the diversification into new activities, Colombian criminal organizations after severe repression from law enforcement agencies, reorganized themselves into looser structures.» (cfr. *ob. cit.*, p. 43).

³⁵¹ Neste sentido, ver, com muito interesse, embora mais numa perspectiva criminológica, do que estritamente jurídico-penal, KLAUS VON LAMPE, “Not a process...”, cit., p. 103, sendo que de acordo com o Autor se a perspectiva for mais condicionada pelo ponto de vista da “actividade” então os factos

À clássica organização piramidal, que torna mais simples a descoberta da sua cadeia hierárquica (por parte dos órgãos formais de controlo) – sem que isso signifique que seja depois fácil deslindar toda a cadeia interna de comando, mas pelo menos permite descortinar muitos níveis da sua hierarquia – como é a *Cosa Nostra*³⁵², temos a contrapor a proliferação de micro-fenómenos criminosos, como os que se observam nos grupos criminosos asiáticos, com propagação acelerada no Canadá e nos Estados Unidos da América; estes são caracterizados por «mini-pyramids, with small cells and mini-bosses dictating the actions of only their particular cell», sendo que os grupos mais sofisticados «include individuals who engage in frequent travel, both domestically and internationally, often for the purposes of evading law enforcement [...] e, em muitos casos «the independent and cell-estrutured nature of most Asian organized groups makes it unlikely that destruction of the central authority of the more organized triad groups would have any substantial detrimental effect on operations in Canada and in the United States»³⁵³.

praticados no âmbito da organização criminosa não poderão ser fruto do mero impulso ou espontaneidade, mas se já a perspectiva for a da “organização”, então o que se exigirá é que os criminosos que a compõem não podem operar isoladamente.

³⁵² Para uma análise do crime organizado “asiático”, que conta entre os seus mais importantes exemplos, as “*Triades*” chinesas e as organizações *Yakusa* japonesas, com a sua contextualização histórica e descrição da sua actividade hodierna, com semelhante estrutura piramidal, descrevendo-se a natureza da sua actividade, nas mais diversas áreas no âmbito do ilícito, mas também do lícito, cfr. MARIA LEONOR ASSUNÇÃO, “Do lugar...”, cit., págs. 98 e ss.

³⁵³ Cfr. NEIL S. HELFAND, “Asian Criminal and Terrorists Activity in Canada, 1999-2002”, in *The Library of Congress*, <http://www.loc.gov/rr/frd/terrorism.html>, Julho/2003, págs. 10 e 11, imprimido em 27/05/2013; neste trabalho enunciam-se e faz-se a descrição de diversas organizações criminosas asiáticas com ramificações pela América do Norte (*Big Circle Boys, United Bamboo Gang, 14K, Kung Lok, Sun Yee On, Wah Ching Gang, Wo Group, Vietnamese Based Criminal Groups, West Coast Players*, cfr. *idem*, págs. 22 a 28), com o enunciar das suas características principais e dos tipos de crime praticados no seu seio, como seja o tráfico de heroína, tráfico de mulheres, crimes financeiros (falsificação de cartões de crédito, pirataria de software, etc.); destaque para as células dispersas pelas cidades e países, que acertam negócios nos locais onde se estabelecem, num fenómeno de descentralização da própria organização criminosa, que

assim «have proven to be of Great advantage to a criminal group like Big Circle Boys, for example, allowing the group to combine its various assets and expertise for the perpetration of transnacional crimes», cfr. *idem*, p. 11; com muito interesse, sob o ponto de vista do conhecimento do fenómeno criminoso que interliga associações criminosas “clássicas” com organizações terroristas, servindo aquelas, através das suas estruturas, como fonte de financiamento destas, cfr. REX HUDSON, “Terrorist and organized crime groups in the tri-border área (TBA) of South América”, in *The Library of Congress*, <http://www.loc.gov/rr/frd/terrorism.html>, Julho/2003, imprimido a 28/5/2013; para a análise da relação entre grupos actuantes no âmbito da delinquência organizada (e neste âmbito com a distinção entre os grupos clássicos, com estruturas burocratizadas e complexas, como sejam a Máfia, as tríades ou o Yakuza e os que se baseiam em «redes de grupos pequenos y flexibles de delinquentes o de células», no que traduz uma «forma flexible de hacer negócios ilegales» num «mundo competitivo y cambiante de la ilegalidad, y hace que sus miembros resulten menos visibles para las instituciones de hacer cumplir la ley») e o terrorismo, cfr. FRANK BOVENKERK e BASHIR ABOU CHAKRA, “Terrorismo y Delinquência Organizada”, in *Foro sobre el Delito y la Sociedad*, vol. 4., n.º 1 y 2, Diciembre, 2004, págs. 9 e ss.; para uma análise comparativa entre os grupos criminosos italianos e as tríades, ambos os fenómenos criminosos caracterizados pela sua organização hierárquica, embora as tríades se caracterizem por concederem completa autonomia aos seus membros na selecção da sua actividade criminosa, cfr. GLENN E. CURTIS, SETH L. ELAN, REXFORD A. HUDSON, NINA A. KOLLARS, “Transnational activities of chinese crime organizations”, in *The Library of Congress*, <http://www.loc.gov/rr/frd/terrorism.html>, Abril/2003, p. 3, imprimido a 28/5/2013; para uma detalhada descrição de grupos criminosos mexicanos, com as suas ligações internas e externas, revelando uma complexidade da organização de dimensão global, pelas suas relações directas quer sobretudo com os Estados Unidos (e aqui ligados desde logo por motivos étnicos), mas também, alguns deles, com a América do Sul, Rússia, Tailândia ou Índia, com o elencar dos lucros e proventos envolvidos, como sejam *The Arelano-Felix Organization*, *The Carrillo Fuentes Organization*, *The Cárdenas Guillén Organization*, *The Zambada Garía Organization*, *The Amezcua-Contreras Organization*, *The Caro-Quintaro Organization*, *The Guzmán/Palma Organization*, *The Espinoza Ramírez Organization*, *The Valência Organization*, *The Díaz Parada Organization*, *The Eduvico Garcia Organization*, *The “MaBaker” Buendía Organization*, *The Herrera Family Organization*, *The Herrera/Rubio “Los Texas” Gang*, *The Román Garcia “Los Chachos” Gang*, *The Jesus Lugo “Los Sinaloa” Gang*, *The “Los Michoacanos” Gang*, *The “Los Três de la Sierra” Gang*, *The “Los Tigres de Guerrero” Gang*, cfr. RÁMON J. MIRÓ, “Organized Crime and Terrorist Activity in México, 1999-2002”, *The Library of Congress*, <http://www.loc.gov/rr/frd/terrorism.html>, Fevereiro/2003, imprimido a 28/5/2013; para uma análise das características principais dos grupos do crime organizado mexicanos dedicados ao tráfico de droga, cfr. JAMES O. FINCKENAUER, JOSEPH R. FUENTES e GEORGE L. WARD, “México and the United States: Neighbours confront drug trafficking”, in *Fórum on Crime and Society*, vol. 1, n.º 2, December 2001, págs. 2 e ss.

A metamorfose permanente dos grupos criminosos e a sua pouca – aparente ou real – densidade organizativa, com uma menor carga hierárquica e com redes de conexão internas menos compactas e que permitem, simultaneamente, facilitar a migração ilegal entre regiões e países –, é observável, a título de exemplo, nas redes de contrabando de bens e pessoas entre o México e os Estados Unidos, com ligações à América do Sul, mas também com parcerias com grupos criminosos organizados na Rússia, Ucrânia e Ásia oriental³⁵⁴.

Associado a esta ideia de *metamorfose* surge um muito relevante conceito: o de *rede*³⁵⁵, que «presume que não estamos a lidar com fenómenos hierarquicamente estruturados, com fenómenos que têm um único centro e uma única periferia»; com efeito, pelo contrário, os «nós das redes podem apresentar dimensões diversas, no entanto a característica central da rede é a redundância. Um ou vários nós podem ser eliminados sem que a função global da rede seja afectada. Isto também explica por que motivo

³⁵⁴ Cfr. RÁMON J. MIRÓ, “Organized...”, *The Library of Congress*, <http://www.loc.gov/rr/frd/terrorism.html>, Fevereiro/2003, imprimido a 28/5/2013, págs. 21 e ss., aqui se descrevendo, com pormenor, a tecnologia de ponta utilizada, que inclui telefones insusceptíveis de serem localizados, equipamento de vigilância ultra moderno ou máquinas gigantes de raio X capazes de observar, por exemplo, o interior de camiões; para uma análise detalhada dos países “amigos” do crime organizado – e também do terrorismo – à volta do globo, assim qualificáveis pela conjugação de diversos factores, como seja a corrupção das entidades oficiais, a falta de legislação e a sua pouca força vinculativa, a existência de instituições financeiras não transparentes, o pouco respeito pelo cumprimento da lei por parte dos seus cidadãos, a falta de controlo fronteiriço, a que se associam factores geoestratégicos, como sejam as disputas territoriais ou a sua periferia, cfr. LA VERLE BERRY, GLENN E. CURTIS, JOHN N. GIBBS, REX A. HUDSON, TARA KARACAN, NINA KOLLARS, RAMÓN MIRÓ, “Nations Hospitable to Organized Crime and Terrorism”, *The Library of Congress*, <http://www.loc.gov/rr/frd/terrorism.html>, Fevereiro/2003, imprimido a 28/5/2013.

³⁵⁵ «Os estudos mais recentes, efectivamente, tendem sobretudo a colocar em evidência a *acção de redes* trabalhando em *mercados criminais*, onde grupos e indivíduos mais ou menos interligados oferecem e procuram a realização de acções criminosas.», assim, ANABELA RODRIGUES, *O Direito Penal...*, cit., p. 173.

apesar dos sucessos individuais na repressão do tráfico de estupefacientes, o mercado da droga persiste. Na Colômbia, por exemplo, conseguiu-se dismantelar os grandes cartéis de droga da década de 1980. Isto mudou o tráfico da cocaína. Em vez dos grandes cartéis de droga, surgiram muitos grupos de pequena dimensão.»³⁵⁶

Mas mais do que um conceito, diríamos que a *rede* é desde logo uma realidade, é um fenómeno produzido e facilitado pelo desenvolvimento tecnológico das sociedades contemporâneas e, portanto, não é algo criado pela teoria, mas a esta imposto e carece de uma abordagem problemática, já que é fenomenologicamente algo de diferente em relação ao sentido histórico do que seja a *associação criminosa*.

Esta “imposição”, este dado histórico-actual em que se traduz o fenómeno da “rede”, mais pela sua complexidade do que pela sua novidade, carece de uma análise reveladora dos seus contornos, na estrita medida em que tal pode ter relevância para o nosso estudo e decorre, desde logo, da descrição criminológica que *supra* começámos a empreender.

2. Elemento objectivo pluridimensional

A *construção doutrinária* subjacente a esta dimensão objectiva do tipo legal – e não estritamente típica, pelo menos de forma directa, já que o tipo legal não define o que se deva entender por *associação, grupo ou organização* – assume muito relevo pela circunstância de estarmos perante um tipo de crime que ao punir tão severamente os elementos dessa “associação, grupo ou organização” se não pode confundir com a figura jurídico-penal da co-autoria ou mera (com)participação criminosa, nem, noutro pólo, com o direito de reunião e associação constitucionalmente consagrado.

³⁵⁶ Cfr. HANS-JÖRG ALBRECHT, “Criminalidade organizada...”, cit., p. 95.

Quer dizer, o contrapolo da exigência político-criminal para a punição de tais “associações/organizações” ou, melhor dizendo, para a punição da fundação/pertença/colaboração com tais “associações/organizações”, é o da exigência e rigor quanto à sua definição, que não pode ser encontrado com recurso à figura homónima, mas não sinónima, constante por exemplo nos arts. 167.º e ss. do Código Civil³⁵⁷.

O sinal típico-legal dessa necessária *desconformidade* conceitual é logo dado por recurso à *sinonímia normativa penal* constante do tipo de ilícito, que assim faz equivaler à “associação”, as figuras do *grupo* e *organização*. Mas esta dessintonia tem mais o sentido da desformalização do conceito técnico-jurídico de “associação” constante do Código Civil – permitindo uma maleabilidade susceptível de corresponder aos fenómenos criminosos que se não compadecem com definições estritamente formais – do que o da exigência típica objectiva que agora se analisa.

3. O outro: sinónimo de perigosidade

Como se referiu, a associação criminosa é entendida pela mais autorizada doutrina como um “outro”; na sua concepção é um tipo de crime que supõe um “outro” onde é revelado, por lhe pertencer, o “autor” criminoso; o *colectivo* composto necessariamente por diversos elementos é elevado à figura de uma entidade distinta dos seus membros, com uma natureza tal cuja perigosidade impõe, por si só, a sua “criação” legislativa; esse “outro”, porém, que constitui a associação criminosa não é punível em si mesmo: só são

³⁵⁷ Aliás, o Código Civil também não nos dá uma definição expressa do que seja “associação”, antes define o seu regime jurídico no que diz respeito às exigências formais para a sua constituição, aos seus órgãos, às suas regras de funcionamento e às suas causas de extinção (cfr. os seus arts. 167.º a 184.º).

responsabilizados os seus elementos integradores, que tanto podem ser pessoas humanas, como pessoas jurídicas.

Esse “outro” que não surge assim aos nossos olhos com evidência é, todavia, imposto pela doutrina e jurisprudência como requisito prévio sem o qual não há agente da prática do crime. Com efeito, a perigosidade justificadora da necessidade da punição de alguém pela prática do crime de associação criminosa é alocada a uma *transcendência*, cuja visibilidade depende de forma umbilical da sua detecção em cada elemento concreto que a integra. Mas...

4. Será a *associação, grupo ou organização* mesmo “um outro”?

Somos instados, chegados a este ponto, a recorrer ao pensamento analógico para tornar o mais claro possível o que efectivamente seja a “associação” criminosa (sob a perspectiva de partida que se traduz na análise do seu conceito típico-legal, recorde-se) e porque, como já pudemos constatar, ela não é punida em si mesma, mas somente os seus membros, tal punição tem de ser referida a essa tal entidade que passa assim incólume³⁵⁸.

Também já vimos que a *intencionalidade* concreta em que se traduz o *projecto criminoso* da associação é relevante para poder, sem mácula, haver punição, pelo que tendemos a pensar que a exigência da referida *transcendência*, por si só, é insusceptível de ser tratada de forma estanque relativamente à vertente objectiva do tipo.

Com efeito, é na *consistência* e *dimensão* do *projecto criminoso* e do grau *do seu*

³⁵⁸ Porém, a possibilidade expressamente consagrada no nosso CP de punir as pessoas colectivas pela prática do crime de associação criminosa relativiza necessariamente esta nossa asserção, já que, nessa hipótese, é a própria pessoa colectiva punível pela prática do crime de associação criminosa, sendo que a conclusão pela sua *existência* não passa sequer pela exigência da sua constituição formal perante o direito, ou seja, pela sua personalidade jurídica.

modo de existir, concretizado ou a concretizar, que se pode aferir a existência da *associação criminosa* entre os seus elementos integradores.

Mas se é comum na doutrina e jurisprudência encontrar a afirmação da *transcendência* como característica sem a qual não se pode concluir pela existência da associação criminosa, é sempre na sua relação com os indivíduos concretos que se pode afirmar a especialíssima perigosidade do *projecto criminoso* aceite pelos seus membros; e é a consistência desse *projecto criminoso* que permite medir o nível de perigosidade que atinge o bem jurídico protegido pela norma: a paz pública.

Portanto, este é um tipo de crime que convive com uma muito complexa dialéctica entre elementos objectos/subjectivos e a sua relação intrínseca com o bem jurídico protegido ou melhor dizendo, com a violação do bem jurídico protegido pela norma.

Assim, o elemento típico-objectivo “associação”, para que se possa concluir existir, supõe, segundo a mais autorizada doutrina e jurisprudência, a *tal* transcendência: esta, por sua vez, por não ser um facto visível, só pode ser apreendida pelo recurso à relação intersubjectiva das pessoas (humanas ou jurídicas) que se “agruparam” e só se se puder afirmar que há esse *algo mais, essa outra natureza* que vai além da mera soma dos seus elementos é que podemos concluir estar perante uma *associação, grupo ou organização* de natureza criminosa.

Quer dizer, este elemento objectivo do tipo só é alcançável por recurso, prévio, à análise anterior do seu elemento subjectivo; com efeito, não é pensável conseguir definir o elemento *espiritual* que decorre da união de vontades criminosas partilhadas pelos diversos indivíduos que se *associaram* para a prática de crimes, como elemento *transcendente* relativamente a cada um deles, sem se analisar precisamente a fonte desse mesmo elemento *espiritual*.

Há assim neste tipo de crime uma relação umbilical e de sentido recíproco e

indissociável – relação biunívoca³⁵⁹ – entre o elemento objectivo do tipo que se traduz na existência da *associação, grupo ou organização* e o elemento subjectivo, que se traduz na *intencionalidade/vontade/projecto criminoso*, o qual, por sua vez, se consubstanciará num verdadeiro «**centro autónomo de imputação e motivação**»³⁶⁰.

Não podemos, todavia, ignorar que há elementos de facto [objectivos], prévios ou concomitantes – e tratados doutrinalmente como essenciais para que se conclua pela presença da *associação, grupo ou organização criminalmente relevante* – muito relevantes para que possamos concluir estar perante essa mesma *entidade*, como seja a pluralidade de pessoas envolvidas, a duração e permanência da *convivência*, a dimensão e natureza da estrutura organizativa, o processo de formação da vontade colectiva e o sentimento comum de ligação entre os seus elementos integradores, sem os quais – parcial ou conjuntamente – o *tal espírito colectivo* que forma a vontade colectiva não é susceptível de ser afirmado.

O elemento espiritual não pode ser tratado como um mero elemento de facto, porque não se pode ficcionar como mero “facto” (portanto, tendencialmente, palpável, visível, portanto, acessível aos sentidos) o que é espiritual; o facto deve antes, no tipo de crime que analisamos, ser entendido como um elemento “*conclusivo*”, a retirar da pluralidade dos factos provados relativos à dimensão objectiva e subjectiva da estrutura existente entre os seus elementos, como sejam o local de encontro, a sede, as reuniões realizadas,

³⁵⁹ Numa expressão que é tributária da lição do nosso marcante Professor ORLANDO DE CARVALHO e que a ensinava a propósito da relação entre o *corpus* e o *animus* suposta no fenómeno da Posse, lição plasmada no estudo, incompleto, iniciado no início de 1989, na Revista de Legislação e Jurisprudência, intitulado “Introdução à Posse” e que agora surge como parte integrante da obra *Direito das Coisas*, (Coordenação: Francisco Liberal Fernandes/Maria Raquel Guimarães/Maria Regina Redinha), Coimbra Editora, 2012, p. 267.

³⁶⁰ Cfr. FIGUEIREDO DIAS, *Comentário...*, cit., p. 1161.

os instrumentos e meios utilizados, a divisão de tarefas, o modo de actuação, o grau de dependência mútua, a disciplina e a hierarquia, etc., e só com base nesses *dados de facto* se pode concluir pela vertente espiritual, crucial para se poder afirmar a solidez da “entidade” que decorre da conjugação de todos os seus elementos humanos, materializados numa *organização/associação* que, em cada caso concreto, pode ser afirmada pela sua perigosidade independentemente da função concreta de cada uma das pessoas humanas ou colectivas que a integram, traduzindo a *existência* dessa *organização/associação*, por si só, a lesão do bem jurídico-penal protegido: a paz pública.

Chegados a este ponto, e numa primeira tentativa de responder à questão colocada, cremos que “o outro” que constitui a união de diversas pessoas que se organizam para a prática de crimes deve ser entendido, não tanto como um centro transcendente de imputação, mas como o resultado do que factualmente puder ser descrito sobre *o seu modo-de-ser uns-com-os-outros* para, num momento seguinte, num passo conclusivo, se poder afirmar que se “enquadraram” no âmbito de uma *associação, grupo ou organização*, cuja existência, sendo fruto das vontades dos elementos por que é composta, repercutidas nos meios ao seu dispor e na forma como se determinam mutuamente à projecção dos crimes e/ou à sua concretização, numa soma que transcende, é certo, a aritmética de cada *eu* à mesma pertencente, mas que é fruto de todas essas “características de facto”, sem necessidade de recorrer a um qualquer elemento – novo – transcendente; as suas características têm de estar bem delimitadas espacial e temporalmente; a sua dimensão existencial tem de estar devidamente descrita, por muito que os seus contornos sejam, por vezes, necessariamente, fluidos.

Exigir, pura e simplesmente, um “autónimo centro de imputação” para se poder concluir pela pertença, punível, a uma associação [criminosa], é, por um lado, ir além do

que a norma expressamente prevê e, por outro, é permitir, em cada caso concreto, uma subjectividade discursiva, se não mesmo uma subjectividade decisória, incompatível com o rigor que a decisão penal impõe.

Temos a perfeita noção que a exigência doutrinária – acolhida pela maior parte da jurisprudência – da presença de um centro autónomo de imputação para se poder concluir pela existência de uma associação criminosa visou tornar mais restrita e rigorosa a conclusão, em cada caso concreto, pela existência de uma associação criminosa. Todavia, o que pretendemos realçar é que tal exigência pode, de modo paradoxal, trazer resultados contrários aos pretendidos, se se não atender ao máximo de elementos de facto possíveis em que se possa basear tal juízo, o que pode deixar de ser feito se se ficar apenas pela *convicção íntima* do julgador, sem directa sustentação, o mais exhaustiva possível, em tais elementos factuais. Isto é: se por um lado entendemos que a afirmação da referida *transcendência* consubstanciada num *centro autónomo de imputação* como factor decisivo na distinção entre o que seja a figura jurídico penal da “associação criminosa” e outras figuras próximas, como sejam as noções de bando ou de co-autoria e, nesta perspectiva, permite incutir uma ideia de maior exigência para a conclusão da sua existência em determinado caso concreto, por outro lado, queremos realçar a circunstância que tal conclusão por tal elemento *transcendental* poder, afinal, assentar, não tanto em elementos de facto mais ou menos complexos que o revelem, mas numa *convicção íntima* do julgador, imbuída de um cariz subjectivo – e potencialmente arbitrário –, quer no sentido da afirmação da sua existência, quer no sentido da sua negação.

Para sustentar aquilo que defendemos passamos a dar três exemplos, tendo subjacente e por adquirido que é a vida que põe permanentemente à prova as respostas/propostas teóricas avançadas.

4.1 Exemplo I

Entre três indivíduos estabelece-se uma relação através da qual é visada a prática de crimes, pelo que é configurável a prática por si de um crime de associação criminosa; há, porém, uma característica fulcral no modo como se associam: um deles é o chefe ou líder, é quem estabelece o plano criminoso em todos os seus detalhes e garante as condições concretas e materiais da actuação criminosa, financiando toda a actividade; os outros dois elementos são meros executantes das ordens que o chefe dá: nesta situação é configurável a associação criminosa?

Na hipótese dada podem surgir muitas dúvidas: desde logo, a perigosidade da actuação dos três indivíduos decorre, em primeira linha, da *ideia* de somente um deles e não da conjugação das *ideias* dos três elementos, sendo que é na execução do facto que a actividade dos três indivíduos se revela concertada, mas não já na sua programação.

Neste exemplo, uma primeira questão que se pode colocar é a seguinte: o número mínimo de elementos por que é composta a associação deve ser alocada ao elemento volitivo que leva à *reunião* dos três elementos ou, pelo contrário, à repercussão objectiva da sua actuação? Ou a ambas as dimensões, isto é, subjectiva e objectiva?

A exigência doutrinal referida à necessidade de um **centro autónomo de imputação** supõe, se bem a entendemos, a alocação do número objectivo de elementos ao elemento volitivo que assim os transcende, surgindo como algo que lhes é externo. Ora, no exemplo que demos, a *perenidade* da resolução criminosa (quer inicial, quer sucessiva) reside apenas num só dos elementos que integram a *associação* – o chefe –, pois é dele que depende a actuação [futura] dos três elementos; os dois elementos executantes submetem-se à vontade do chefe e, claro, estão predispostos a continuar a obedecer-lhe

no futuro e, nessa medida, o *chefe* ou *líder* sabe que o seu plano criminoso pode contar com a sua ajuda, sem a qual ele não tem capacidade para levar à prática os crimes programados.

Neste exemplo cremos sair evidenciado que não se pode afirmar uma qualquer transcendência da vontade criminosa; isto é, não cremos ser possível afirmar que haja a emergência de uma *vontade colectiva* que transcenda a vontade dos elementos que compõem a associação: ou melhor: há uma vontade conjunta de dois dos elementos executantes em relação ao seu chefe, residindo neste a *vontade criminosa primacial*, que é assim transcendente, por si só, em relação aos dois: é o *chefe* o *titular* exclusivo da *vontade* criminosa inicial relativamente a cada nova iniciativa criminosa, não surgindo esta como um *plus* volitivo distinto da espiritualidade de cada um dos seus elementos. Essa vontade criminosa inicial ou criadora é somente de um dos seus elementos, que, muito embora transcenda a vontade dos outros dois, é perfeitamente identificada com a vontade de um só, o chefe ou líder.

No exemplo dado, pode colocar-se a questão de se considerar que nenhum dos três elementos pode assim ser perseguido criminalmente pela prática do crime de associação criminosa, na medida em que somente o chefe é o titular da *ideia criminosa* sem qualquer participação dos outros dois, que apenas se submetem ou sujeitam à sua vontade; estes, por si só, desacompanhados do chefe, nada acrescentam de perigosidade para o ordenamento jurídico e o líder, por si só, constitui um único elemento, portanto, sem a dimensão colectiva intrínseca ao crime. Cremos, todavia, que esta opção não seria correcta: por um lado, a disponibilidade dos dois elementos subalternos para acompanharem o *chefe*, e que assim permitem a concretização da vontade criminosa deste, a que juntam a sua própria concreta vontade de praticar os factos que lhes são *propostos/impostos*, por si só deve constituir um elemento subjectivo suficiente para se

poder afirmar a prática do crime de associação criminosa; com efeito, a sua participação é subjectivamente enquadrada e somada, com esse grau subjectivo reduzido à condição de mero executante de cada facto concreto, à participação do *chefe*, permitindo a existência do número mínimo de três elementos exigido pelo tipo legal de crime e número sem o qual, independentemente da intensidade criminosa de cada um, não operaria na sociedade para a prática de crimes.

O que o exemplo revela, no nosso modesto entender, é o seguinte: a necessidade de ter o cuidado em se afirmar a *essencialidade* de uma vontade criminosa que resulte dos elementos concretos por que é composta a associação entre as pessoas que se reuniram para o cometimento de crimes, mesmo que, tal como decorre do exemplo dado, essa vontade não transcenda a vontade do chefe, antes coincida totalmente com esta; ainda assim, a reunião colectiva dos três elementos não deixa de revelar a perigosidade que se deve querer evitar com o tipo de crime *associação criminosa* e, no nosso entender, não estaria suficientemente protegida com a figura da co-autoria (que assim converteria a associação existente entre os três elementos numa *associação não criminosa*). Naturalmente, que a relevância de cada um dos membros – no que diz respeito à relevância da sua *vontade* para a produção do *facto criminoso* em que se traduz a própria *associação criminosa* – para a concretização da *associação/organização* não poderá deixar de ser considerada no momento do enquadramento típico legal da conduta (consoante os diversos n.ºs 1 a 3 do art. 299.º do CP) e na graduação das penas concretas a aplicar a cada um dos seus elementos, a par de todos os outros factores de determinação da medida concreta da pena,

4.2 Exemplo II

Coloquemos agora um outro exemplo, muito próximo do anterior (e estimulados pela fenomenologia criminosa revelada por exemplo *supra* nesta Sec., em 1.), somente com uma diferença: o titular da *ideia criminosa*, conhecedor da lei e, nomeadamente, do número mínimo exigido para se poder estar perante uma associação criminosa, congrega para a prática de crimes a participação de mais duas pessoas, que colaboram consigo para sua concretização do projecto criminoso, mas que não têm qualquer relação entre si; isto é, o *chefe* ou *líder* decide envolver outras duas pessoas para a prática de crimes por si programados, mas organiza a respectiva actividade de modo a que essas pessoas não saibam da existência concreta uma da outra, pelo que o *chefe* ou *líder* surge como o *centro* congregador de duas vontades que consigo se cruzam, mas que não se entrecruzam uma com a outra. Os subordinados do chefe surgem, nesta hipótese, apenas com uma relação directa consigo, muito embora o chefe tenha uma relação directa com os dois: no exemplo dado pode alguma das pessoas envolvidas ser perseguida pela prática do crime de associação criminosa?

Quanto aos dois elementos subordinados do *líder* cremos que não há fundamento para afirmar a prática por si do crime de associação criminosa previsto no Código Penal, desde logo atendendo ao limite mínimo imposto por lei de três elementos e no seu caso só podemos afirmar a presença de dois: cada um dos *subalternos* e o seu *chefe*. Já este, que domina todo o plano criminoso e o concretiza através da actuação múltipla de cada um dos dois elementos que dirige, centra a prática colectiva dos factos, sendo esta fruto da soma de múltiplas relações bilaterais estabelecidas entre si e cada um dos seus colaboradores, que lhe obedecem, pode ser autor da prática do crime de associação criminosa?

Entendemos que a resposta não é simples, mas cremos ser possível afirmar a possibilidade de o *chefe* poder ser perseguido pela prática do crime de associação criminosa, na medida em que a sua prática criminosa é feita com outros dois elementos, que apesar de não terem uma relação entre si, são essenciais para o êxito criminoso almejado pela organização por si criada; entre este exemplo e o primeiro que demos imediatamente *supra*, a situação do *chefe* ou *líder* não é substancialmente diferente; a grande diferença entre os dois exemplos reside na posição dos dois elementos que lhe prestam colaboração.

Este segundo exemplo tem a potencialidade de trazer à discussão um outro fenómeno, que já tivemos de enunciar, e que iremos desenvolver mais à frente neste trabalho: **a rede criminosa**. A rede criminosa surge com este potencial de maleabilidade, controlável por parte de quem detém a *intencionalidade criminosa primacial* e que, como no exemplo dado, camufla a actuação colectiva através de múltiplas relações bilaterais, não permitindo a constituição da *associação criminosa* pelo menos entre aqueles que actuam concertadamente consigo mas não estabelecem qualquer relação entre si.

4.3 Exemplo III

Partindo dos dois exemplos anteriores coloquemos na posição das duas pessoas que prestam ajuda ao *chefe* ou *líder* duas pessoas inimputáveis em razão da idade, portanto, com menos de 16 anos, sendo que, de modo a tornarmos este exemplo mais complexo, as coloquemos como *colaboradoras activas* não só na prossecução da actividade criminosa, como na própria *idealização* dessa mesma prática.

Nesta hipótese assim colocada de forma complexa – mas em que a última *nuance*, caso os dois colaboradores do *líder* fossem imputáveis, nenhuma dúvida subsistiria

quanto à prática por todos do crime de associação criminosa – cremos que é defensável continuar a responsabilizar o *líder* pela prática do crime de associação criminosa, na medida em que o número de pessoas “recrutadas” preenche o *elemento típico objectivo* necessário para se poder concluir estarmos perante a prática do crime e, por outro lado, o elemento *volitivo/subjectivo* do líder abrange, necessariamente, a dimensão das pessoas participantes na “preparação”/ponderação da actividade criminosa a desenvolver/desenvolvida e, assim, alguém que domina essa *entidade outra* (não necessariamente transcendente, como veremos mais à frente) em que se traduz a *associação/organização criminosa* e que constitui, por si só, um acréscimo de perigosidade que a lei elegeu, precisamente, como fundamento para a criação do próprio tipo de crime.

Configuramos assim a associação criminosa como uma forma qualificada e especial (erigida a crime autónomo) de comparticipação criminosa, entendida esta última como “sinónimo de pluralidade de agentes, independentemente de estes serem, ou não, penalmente responsáveis. Não negamos, portanto, a qualificação de comparticipantes, por exemplo, ao co-autor ou cúmplice inimputável ou que actua em erro não censurável sobre a ilicitude.”³⁶¹

Este exemplo ou, melhor, a depuração dos dois exemplos anteriores através desta situação limite colocada com a participação maioritária de pessoas inimputáveis em razão da idade, permite destacar um elemento fundamental: o elemento objectivo típico que se traduz no número mínimo de participantes previsto na lei, a constituir, porventura, o

³⁶¹ Preferimos esta terminologia [e refere-se a Autora em relação à concepção de Cavaleiro de Ferreira que reservava o termo comparticipação criminosa para o caso de haver vários agentes responsáveis] porque, nos termos do art. 29.º [do Código Penal], o “comparticipante” pode agir sem culpa.”, cfr. MARIA DA CONCEIÇÃO S. VALDÁGUA, *Início da Tentativa do Co-Autor, Contributo para a Teoria da Imputação do Facto na Co-Autoria*, Lex, Edições Jurídicas, Lisboa, 2.ª Edição, 1993, p. 17, n. 4.

elemento [transcendental] por excelência, assim assente num juízo de maior grau de perigosidade decorrente do número colectivo de participantes numa organização que pode, no essencial, depender da organização de uma única pessoa e a constituir, por si só, uma circunstância factual objectiva muitíssimo relevante para se poder concluir estarmos em presença da prática do crime de organização criminosa.

Aliás, só esta possibilidade de poder ser ponderada a colaboração de uma pessoa inimputável, permite aceitar que possa ser tida em conta a participação, nos termos utilizados no Ac. do STJ imediatamente *infra* referido (e, aliás, numa designação tão comum na *praxis* jurisprudencial), de um “indivíduo cuja identidade completa não foi de todo possível apurar” e, portanto, relativamente a quem não temos elementos sequer para aferir da sua imputabilidade, nomeadamente em razão da idade³⁶².

³⁶² A relevância da actividade de crianças em estruturas criminosas pode ser revelada, por exemplo, na citação seguinte: “[i]ncorporam-nos mal se tornam capazes de ser fiéis ao clã. Têm dos doze aos dezassete anos, muitos são filhos ou irmãos de filiados, muitos outros provêm de famílias de precários. São o novo exército dos clãs da camorra napolitana. [...] Pelo seu número são um verdadeiro exército. As vantagens para os clãs são múltiplas, um miúdo ganha menos de metade do salário de um filiado adulto de baixo nível, raramente tem de manter os pais, não tem os encargos de uma família, não tem horários, não necessidade de um salário pontual e, sobretudo, está disposto a permanecer constantemente na rua. As funções são diversas e de diferente responsabilidade. Inicia-se com o tráfico de droga leve, sobretudo haxixe. Os miúdos posicionam-se quase sempre nas ruas com mais gente, com o tempo começam a passar pastilhas e recebem quase sempre uma motocicleta como doação. Finalmente, vem a coca, que levam directamente para as universidades, fora das instalações, para a frente dos hotéis, para as estações de metropolitano. Os grupos de baby-passadores são fundamentais na economia flexível do tráfico porque dão menos nas vistas, vendem droga entre um chuto na bola e uma corrida na motocicleta e, com frequência, vão directamente ao domicílio do cliente. Em muitos casos, o clã não obriga os miúdos a trabalhar de manhã, continuam a frequentar a escola, até porque se decidissem sair dela seriam facilmente identificáveis. Muitas vezes, os miúdos filiados, após os primeiros meses de trabalho, andam pelas ruas armados, uma maneira de se defenderem e de se imporem, uma promoção no território que promete a possibilidade de escalar até aos vértices do clã. [...] Quando se tornam fiáveis e obtêm a confiança total de um chefe de zona, então podem assumir um papel que vai muito para além do de *pusher*, tornam-se «vigias». [...] O trabalho é confiado aos miúdos que observam, controlam, dão informação aos chefes de zona [...]. Estes miúdos filiados têm

4.4 De novo o Acórdão do STJ de 27 de Maio de 2010

Aproveitamos, a este propósito, para repescar a análise que fizemos ao Acórdão do STJ de 27 de Maio de 2010³⁶³ e fazemo-lo a partir da seguinte pergunta: a matéria de facto provada permitia ou não concluir pela existência de uma associação criminosa, tendo em conta as características factuais apuradas relativas à forma como as diversas pessoas individualmente consideradas se entendiam entre si?

Resultou provado, como vimos, em tal acórdão que, pelo menos, a partir de 29 de Novembro de 2007, o arguido AA, um outro indivíduo cuja identidade não foi possível apurar, conceberam um plano, com vista à venda, a troco de dinheiro e com fins lucrativos, de heroína e cocaína (facto provado A) e, para a execução de tal plano

comportamentos e responsabilidades de camorristas maduros (sublinhado, conclusivo, nosso). Começam a carreira muito cedo, queimam etapas e a sua escalada aos postos de poder no interior da camorra está a modificar radicalmente a estrutura genética dos clãs. Chefes de zona ainda crianças, *boss* muito jovens tornam-se interlocutores imprevisíveis e impiedosos que seguem novas lógicas, impedindo as forças da ordem e anti-Máfia de compreender as suas dinâmicas. [...] Com a reestruturação do clã [...] divisões inteiras do tráfico são geridas por rapazes de quinze e dezasseis anos que dão ordens a pessoas de quarenta e cinquenta anos, sem sentir nem por um segundo submissão ou inadequação.”, cfr. ROBERTO SAVIANO, *Gomorra, A História Real de um Jornalista Infiltrado no Império Económico da Máfia Napolitana*, Caderno/Leya, 6.ª edição, 2010, págs. 128 e 129. No mesmo sentido de sinalizar o papel desempenhado por crianças no âmbito de organizações criminosas, embora noutro contexto espacial, cfr. MISHA GLENNY, *Némesis, a caça ao criminoso mais procurado do Brasil*, Bertrand Editora, 2016, p. 90: “[a]pesar de estar detido no famoso presídio Bangu, no Rio de Janeiro, Dênis continuava a gerir o seu negócio da droga a partir da cela. A sua autoridade sobre a Rocinha não era contestada e, durante alguns anos, conseguiu garantir que a sua ausência não dava azo a qualquer luta pelo poder. [...] Mas os subalternos eram impetuosos, sobretudo por serem tão jovens. Brasileirinho, o mais novo do quarteto que se ocupara de administrar a operação [do negócio da droga], tinha apenas onze anos.”; este trabalho é muito relevante, não só para a compreensão do que é a “Favela”, enquanto realidade que se converteu num “Estado dentro do Estado”, como para a compreensão da própria história contemporânea do Brasil.

³⁶³ Cfr. *supra* Parte I, Cap. I, Sec. III, 1.2.2.1.

criminoso o arguido AA e o indivíduo cuja identidade completa não foi de todo possível apurar organizaram uma estrutura humana e logística com vista à guarda dos produtos estupefacientes e embalagens destes, ao transporte de tais produtos e das pessoas que viessem a fazer parte da referida estrutura humana e logística, bem como a aquisição de meios de telecomunicações, a selecção dos locais de venda, a celeridade nos contactos e entregas de heroína e cocaína à clientela, a organização da contabilidade, a supervisão das referidas pessoas que viessem a fazer parte da estrutura humana e logística, nomeadamente, distribuidores/vendedores e, por fim, a fiscalização e centralização do grosso das receitas, tendo estas como destino final a entrega ao arguido AA e ao indivíduo cuja identidade completa não foi de todo possível apurar e que, com mais CC e DD, constituíram uma estrutura humana estável e hierarquizada, com distinção de tarefas, de responsabilidade e ganhos, no âmbito da qual desenvolveram actividades ligadas à venda lucrativa de heroína e cocaína de forma intensa e ininterrupta; a factualidade provada faz depois referência a termos como a “organização” ou “estrutura”, “clientes da organização”; ora, esta factualidade permite ou não afirmar a existência de uma “*realidade outra*” autónoma e distinta, no caso, das pessoas humanas que a compõem e que, portanto, vai além da sua participação criminosa, isto é, vai além da sua singular associação para o cometimento dos crimes programados, para aparecer como uma *associação, grupo ou organização* que impele à prática consistente e duradoura de mais crimes? Só uma resposta positiva à questão colocada poderá permitir concluir pela existência da associação criminosa. E o caso concreto, cremos, era de molde a permitir sustentar a existência de uma associação criminosa, na medida em que da conjugação dos factos provados, era possível vislumbrar precisamente a existência de uma reunião de pessoas que, por si só, representava ou densificava a perigosidade suposta no tipo de crime, na medida em que a estrutura organizativa dos diversos elementos integradores

permitia concluir pela sua predisposição para a prática de crimes, de modo indefinido no tempo, assim se podendo afirmar que a existência por si só daquela *associação de pessoas*, com a estrutura apurada a sustentá-la, traduzia uma violação do bem jurídico protegido pelo instituto – a paz pública –, sem necessidade de se alocar a sua actuação a uma [ficcional] entidade transcendental, cujos contornos sempre se têm de delimitar afinal pelas circunstâncias factuais objectivas – estas relacionadas com todas os elementos circunstanciais envolvidos na respectiva estrutura organizativa – e subjectivas – estas relacionadas com a dimensão da participação de cada pessoa, considerada quer na sua relação com as outras pessoas, quer relacionada com a própria estrutura criada – apuradas.

Noutra perspectiva, e na sequência dos exemplos que demos imediatamente *supra*, há um aspecto relevante na matéria de facto provada neste Acórdão e diz respeito à circunstância de não ter sido possível apurar um dos elementos da organização criminosa, mas cuja falta de identificação não serviria de óbice, caso se tivesse concluído pelos demais requisitos da associação criminosa, para que se pudesse concluir pela sua existência, o que corrobora o sentido do que afirmamos a propósito do *supra* exemplo III. Com efeito, a falta de identificação de um dos elementos que compõem a associação criminosa não permite, desde logo, apurar da sua imputabilidade, nomeadamente em razão da idade³⁶⁴.

³⁶⁴ Cfr. n. 362 a propósito do papel de liderança desempenhado por adolescentes na actividade de tráfico de estupefacientes.

Secção V – As circunstâncias objectivas factuais: o papel “interpretativo” da Convenção de Palermo

A propósito da já abordada importância interpretativa da Convenção de Palermo, cremos ser a este respeito muito relevante observar a importância que aí se dá precisamente aos vectores factuais necessários para se poder concluir estar perante algum fenómeno criminalizável por parte de cada um dos Estados Parte e sejam “infracções penais distintas das que impliquem a tentativa ou a consumação da actividade criminosa”.

Com efeito, no art. 5.º da Convenção, cuja epígrafe é “criminalização da participação num grupo criminoso organizado”, incita-se cada Estado Parte a adoptar as medidas legislativas e outras que sejam consideradas necessárias para estabelecer como infracção penal, quando praticadas intencionalmente, as condutas que impliquem, por um lado, ou “[o] entendimento com uma ou mais pessoas para a prática de uma infracção grave, com a intenção directa ou indirectamente relacionada com a obtenção de um benefício económico ou outro benefício material [...]” ou estejam relacionados com “[a] conduta de qualquer pessoa que, conhecendo a finalidade e a actividade criminosa geral de um grupo criminoso organizado, ou a sua intenção de cometer as infracções em questão, participe activamente em: a) actividades ilícitas do grupo criminoso organizado” ou em “b) [o]utras actividades do grupo criminoso organizado, sabendo que a sua participação contribuirá para a finalidade criminosa acima referida.”, ou, por outro lado, se traduza no “acto de organizar, dirigir, ajudar, incitar, facilitar ou aconselhar a prática de um crime grave que envolva a participação de um grupo criminoso organizado.”³⁶⁵, sendo que o “conhecimento, a intenção, a finalidade, a motivação ou o acordo a que se refere o

³⁶⁵ Cfr. Art. 5.º, n.º 1, A), i) e ii) e B) da Convenção de Palermo.

n.º 1 [...] poderão inferir-se de *circunstâncias factuais objectivas*.”³⁶⁶

O principal texto legislativo internacional que promove a criação de tipos legais nos diversos Estados Partes que criminalizem a “participação num grupo criminoso organizado” e que no nosso ordenamento jurídico-penal se pode depreender directamente do tipo de crime de associação criminosa, vai ao pormenor, numa revelação da sua *consciência* do problema, de dirigir aos Estados a mensagem para, no âmbito das suas produções legislativas, terem em consideração que há que “**inferir de circunstâncias factuais objectivas**” a conclusão pela presença dos elementos subjectivos que redundam no *conhecimento, intenção, finalidade, motivação ou acordo*.

A fórmula/tempo verbal utilizada pela norma “*poderão*” inculca, porém, a dificuldade de saber se se trata de uma directriz impositiva ou se, pelo contrário, permite aos Estados dispensar essa *aferição*, no que, a assim se entender, poderá levar a que se conclua por uma diminuição do “sentido” da sua existência.

A questão a colocar será: como aferir o *conhecimento, intenção, finalidade, motivação ou acordo* sem o fazer a partir de circunstâncias factuais objectivas? Porventura, poderá responder-se que tal é possível por exemplo através da confissão dos autores ou da colaboração dos “arrepentidos” com as entidades formais de controlo para a descoberta deste tipo de crime. Aliás, a este propósito, a Convenção de Palermo no seu art. 26.º enuncia “Medidas para intensificar a cooperação com as autoridades competentes para a aplicação da lei”, prevendo, logo no seu n.º 1, que “[c]ada Estado Parte deverá adoptar as medidas adequadas para encorajar as pessoas que participem ou tenham participado em grupos criminosos organizados: a) a fornecerem informações úteis às autoridades competentes para efeitos de investigação e produção de provas,

³⁶⁶ Cfr. Art. 5.º, n.º 2 da Convenção de Palermo.

nomeadamente, i) [a] identidade, natureza, composição, estrutura, localização ou actividades dos grupos criminosos organizados; ii) [a]s ligações, incluindo à escala internacional, com outros grupos criminosos organizados; [a]s infracções que os grupos criminosos organizados praticaram ou poderão vir a praticar; b) [a] prestarem ajuda efectiva e concreta às autoridades competentes, susceptível de contribuir para privar os grupos criminosos organizados dos seus recursos ou dos produtos do crime”, podendo cada “Estado Parte considerar a possibilidade, nos casos pertinentes, de reduzir a pena de que é passível um arguido que coopere de forma substancial na investigação ou no julgamento dos autores de uma infracção prevista na presente Convenção” ou mesmo considerar a possibilidade de “...conceder imunidade a uma pessoa que coopere de forma substancial na investigação ou no julgamento dos autores de uma infracção prevista na presente Convenção” (cfr. n.ºs 2 e 3 do art. 26.º), devendo a tais pessoas ser assegurada a protecção dispensada às testemunhas prevista no art. 24.º.

O GLCOT enuncia a este propósito da interpretação da norma do art. 5.º, n.º 2 que os «legisladores podem desejar considerar a possibilidade de estabelecer normas nesta matéria e de definir claramente o que necessita de ser provado»³⁶⁷, estabelecendo assim tal norma somente uma sugestão ao legislador para concretizar legalmente o que possam ser essas *circunstâncias factuais objectivas*, no que, a suceder, traduziria, por um lado, um acréscimo de clareza, pois essas *circunstâncias factuais objectivas* passariam a ser um elemento típico penal caracterizador da própria “associação”, muito embora pudessem, por outro lado, retirar a plasticidade que tal conceito deve ter por forma a permitir a sua adaptação permanente à realidade da vida, o que sempre poderia ser atenuado caso a técnica adoptada fosse a da mera exemplificação e não já a da produção de um catálogo

³⁶⁷ Cfr. GLCOT, cit., p. 23.

fechado ou estanque.

A alusão que fazemos à norma prevista no art. 5.º, n.º 2 da Convenção de Palermo permite reforçar a ideia da importância de assentar o juízo sobre a existência da “associação” enquanto *entidade outra* distinta das pessoas humanas ou colectivas que a compõem em todos os elementos de facto possíveis, a partir dos quais se possa concluir pela sua existência. Mas esse *outro* não pode ser meramente especulativo, tem de ser factualmente sustentado, em todas as dimensões possíveis: desde a forma como as pessoas se *organizam*, ao modo como a *associação* entre elas se estrutura sob o ponto de vista das suas condições físicas ou materiais, de modo a ser possível explicar, com o máximo pormenor, qual a sua arquitectura global.

Feita a necessária afirmação da dimensão espaço-temporal do *outro* [que se traduz na afirmação da *associação, grupo ou organização*] cumpre, por último, fazer um *exame* decisivo: saber se assume uma perigosidade tal que coloque em perigo o bem jurídico protegido, a paz pública, e só nessa medida se poderá concluir pela existência da *associação, grupo ou organização criminosa*.

Capítulo IV

Lógica da confrontação: uma [outra] perspectiva para a concretização do conceito jurídico-penal de associação criminosa

Secção I – Enquadramento

Creemos que o exercício de distinção entre o que seja a “associação, grupo ou organização” e outras figuras próximas será igualmente relevante para uma mais rigorosa concretização do seu conceito.

O trajecto feito até este momento permite identificar figuras jurídico-penalmente consagradas e conceitos de natureza complexa, de contornos jurídico-criminais mais fluidos, com as quais é possível fazer uma confrontação conceitual, discernindo as suas semelhanças e diferenças e assim permitir alcançar uma resposta mais sólida sobre o que se deva considerar por associação criminosa.

Podemos eleger as figuras jurídico-criminais de *comparticipação criminosa* e *bando*, por um lado, e os conceitos de natureza complexa de *criminalidade organizada* e *rede criminosa*, por outro, como figuras que poderão permitir circunscrever com mais rigor o que se deva considerar como associação criminosa, na medida em que se possa afirmar que esta existe por força de características próprias que supõem características comuns com a *comparticipação criminosa*, mas vai além de tal conceito no que diz respeito à sua intensidade, complexidade e perenidade; noutro sentido, não podemos deixar de afirmar que a *associação criminosa* contém características próprias do conceito da *criminalidade organizada*; esta, porém, extravasa, pela sua *natureza outra*, as características daquela, na medida, como vimos, em que atinge outras áreas temáticas, quer substantivas, quer adjectivas; o conceito de *rede criminosa* permite sublimar a ideia de *associação*

criminosa, mas, por força de um evidente paroxismo, pode conter em si mesma uma tal ideia de premeditação e sofisticação de meios, numa quase total invisibilidade material, que poderá, por força de uma impossibilidade de facto, impedir a sua conciliação, não restando outra alternativa que não seja, em determinado caso concreto, separar de modo definitivo as duas realidades, englobando-as, no entanto, sob a *capa comum* [protectora] do conceito de *criminalidade organizada*.

Tais figuras não devem ser vistas de modo isolado: antes devem ser consideradas como parte de um sistema em sentido amplo, político-criminalmente motivado, que pretende **aliar eficácia** (este, naturalmente, um conceito [quase] arrepiante para o cultor do direito penal) na descoberta dos fenómenos criminosos que atingem a sociedade **ao respeito pelos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos**: este é o equilíbrio absolutamente fundamental e sem o qual é o Direito Penal que sucumbe, pelo menos enquanto ramo de direito de um Estado de Direito Democrático.

Neste sentido, tais figuras devem ser vistas na sua interdependência mútua, o que no âmbito do tema que estudamos assume uma clara importância e é por exemplo notado a propósito da relevância em se considerar um determinado fenómeno criminoso como associação criminosa, portanto, punível enquanto tal de modo autónomo, se não for possível imputar, por recurso às figuras tradicionais da autoria, co-autoria ou participação criminosa, a prática de crimes a determinado agente, considerando as dificuldades de prova que nessa medida possam existir para imputar um determinado crime em concreto a uma determinada pessoa.³⁶⁸

³⁶⁸ «[E]sta autonomía del delito de asociación ilícita puede ser muy importante para castigar adecuadamente algunas formas de criminalidad organizada, ya que el castigo de la pertenencia o la dirección de una asociación ilícita, puede ya de por sí ser suficiente o servir de penalidad alternativa en los casos que no seu puede imputar, conforme a las reglas generales de imputación a título de autoria y participación y a la valoración de la prueba que haga el Tribunal, a todos los miembros de la organización

Quer dizer: pode a associação criminosa, numa abordagem menos comum – dado que a solução mais comum é a de se concluir pela inexistência da associação em detrimento das formas tradicionais da imputação criminal relacionadas com a *comparticipação criminosa* – ser encarada como a única forma de impedir a total impunidade numa determinada situação em que não é possível identificar os autores concretos de determinado(s) crime(s), pela dificuldade intransponível em estabelecer o nexo causal entre a prática de um determinado crime e o seu autor.

1. Associação criminosa *versus* (com)participação criminosa

Não podemos deixar de começar por dizer que o confronto enunciado, por si só, gerará uma imediata perplexidade: estamos, à partida, a comparar duas realidades completamente distintas: uma diz respeito a um tipo específico de crime do ordenamento jurídico-penal português, que integra a parte especial do Código Penal, além de fazer parte de diversos diplomas avulsos que já tivemos oportunidade de localizar neste trabalho; a outra é um instituto complexo integrante da parte geral do Código Penal e portanto de aplicação transversal a toda a criminalidade.

Trata-se, no entanto, de uma discussão teórica necessária, desde logo por força da construção típica do crime associação criminosa, que contém ínsita toda a construção teórica subjacente ao instituto da participação criminosa.

A “associação criminosa” é composta, necessariamente, por uma pluralidade de

los hechos concretos realizados solo por algunos miembros de la misma», cfr. MUÑOZ CONDE, “Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada”, in *Delinquência organizada (Aspectos penales, procesales y criminológicos)*, Universidade de Huelva, 1999, p. 152, *apud* CHOCLÁN MONTALVO, “Criminalidad Organizada...”, cit., págs. 254 e 255.

pessoas, cuja actuação conjunta é orientada para a prática de crimes; nesse sentido, a associação criminosa implica sempre uma participação criminosa colectiva, cuja descrição típica impõe diversas gradações na intensidade dessa participação, todas elevadas, por força da lei, à condição de “autoria”. Mas na medida em que a associação criminosa tem de ser “mais” do que a mera comparticipação criminosa por que é necessariamente composta cabe então tentar definir qual é esse “mais”, porque esse exercício é essencial para a concretização do que seja a associação criminosa. É no encontro dessa “diferença de grau” que encontraremos um conceito mais preciso do que seja a associação criminosa e os efeitos dessa diferença têm-se revelado, por exemplo, na discussão realizada na jurisprudência produzida a seu propósito, no que traduz igualmente uma ajuda muito relevante nesta análise.

Podemos afirmar que a associação criminosa é o resultado de uma comparticipação criminosa qualificada, de tal forma consistente e grave que foi erigida pelo legislador a um crime autónomo: «[a]contece ainda que o reconhecimento pela lei da conveniência de antecipar a tutela penal em crimes cometidos por vários agentes e de maior gravidade induziu o legislador a incriminar e punir a formação de grupos ou associações fundados com a finalidade de crimes; são os crimes de associações criminosas e de organizações terroristas que o Código Penal prevê nos arts. 287.º e 288.º»³⁶⁹.

Neste sentido, há naturalmente uma óbvia similitude entre as duas figuras; há uma raiz comum entre as duas figuras, sobressaindo a associação criminosa da mera comparticipação criminosa, sobretudo, a partir do momento em que se constata um maior grau de intensidade, complexidade e perenidade da *vontade criminosa*; com efeito, enquanto na típica comparticipação criminosa a prática conjunta de determinados factos

³⁶⁹ Assim, CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições...*, 1992, cit., p. 445.

criminosos se esgota tendencialmente nesses mesmos factos, muito embora a lei a encare com mais rigor do que a prática do crime por autor singular³⁷⁰, já na associação criminosa a intensidade da união entre os elementos que programam a prática de crimes é de tal ordem que, em si mesma, emerge na sociedade com um potencial de perigosidade que exige do ordenamento jurídico uma resposta e esta traduz-se na sua consagração como crime, independentemente da prática concreta dos factos criminosos programados³⁷¹.

Sob o ponto de vista dogmático conceitual, acompanhando de perto a lição de MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, «[...] há crimes que podem ser realizados com a participação de vários agentes em que a pluralidade de agentes é essencial [...] denominam-se crimes plurissubjectivos, de participação necessária» e há «[o]s crimes monosubjectivos “podem” ser cometidos por vários agentes e então trata-se de mera participação facultativa» e «[d]o ponto de vista jurídico, importa distinguir a participação criminosa, como forma do crime, dos crimes de participação necessária, bem como do crime de associações criminosas, muito embora em todos estes casos se deva verificar uma pluralidade de agentes. [...] A comparticipação é como que um facto complexo, constituído por uma pluralidade de acções ou factos individuais; porém, crime em sentido próprio é sempre o facto individual no qual assenta a responsabilidade penal. A comparticipação, como facto complexo, consiste numa conexão de acções ou factos

³⁷⁰ «A comparticipação é mais de temer que a autoria singular.», assim, CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições...*, 1992, cit., p. 453 e cfr. imediatamente *infra* a citação que fazemos no texto.

³⁷¹ «Nella partecipazione criminosa, l'accordo si esaurisce con la consumazione dei reati da realizzare, mentre nell'associazione per delinquere esso permane per l'ulteriore attuazione del programma criminoso: dunque, la prova dell'esistenza dell'associazione non puo desumersi dalla sola commissione di fatti criminosi dovendo, invece, essere dimostrata l'esistenza del vincolo associativo. L'associazione per delinquere è, infatti, reato di pericolo, autónomo rispetto ai singoli reati per cui è attuata.», cfr. P. BATTIPEDE/D. BATALONI/A.AMORESE, *Quaderni di Diritto Penale Speciale, Associazione a delinquere, Associazione a delinquere di stampo mafioso*, Edizione Giuseppe Laterza, Bari, p. 17.

individuais. [...] E assim, segundo o direito penal português, consoante já se encontrava estabelecido no Código Penal de 1886, as normas incriminadoras dos crimes em especial só prevêm em regra a sua realização por um único agente (o autor singular). Sempre que haja comparticipação, o modo de participação (participação principal ou autoria e participação secundária ou cumplicidade) é previsto e punível em função das normas extensivas da punibilidade que constam da parte geral do Código Penal (arts. 26.º e 27.º).»³⁷² «A comparticipação é mais de temer que a autoria singular. Por isso, não apenas os que dão causa ao crime, mas também os que o preparam ou facilitam, em conjunto com o autor ou autores, são participantes e, como tais, agentes do crime. [...] Agentes são os que são causa do crime, o possibilitam, preparam ou facilitam, e que, em função da maior ou menor gravidade da sua participação na realização do facto comum, a que todos os modos de participação objectivamente se dirigem, serão considerados autores ou cúmplices.»³⁷³

«Em um crime podem eventualmente participar vários agentes; e é então que o Código Penal rege e disciplina a comparticipação e participação criminosa [...]. O crime monosubjectivo pode ser realizado mediante o concurso de vários agentes. É uma participação que não é essencial à existência do crime, mas uma forma eventual da sua realização. Há, porém, crimes que, por sua natureza, só podem ser cometidos por uma pluralidade de agentes; a pluralidade de agentes é, então, elemento essencial da estrutura do crime. Tais crimes designam-se por crimes plurissubjectivos ou de participação necessária. [...] É, contudo, manifesta a similitude entre crimes de participação

³⁷² Cfr. CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições...*, 1992, cit., págs. 444 a 447, que limita à classificação “Formas do crime” constante do Código Penal os crimes de participação [plural] facultativa e não já os crimes plurissubjectivos ou de participação necessária e ao crime de associações criminosas.

³⁷³ Cfr. CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições...*, 1992, cit., p. 453.

necessária [...] e a participação criminosa em crimes que podem ser eventualmente cometidos por vários agentes. Há uma realidade subjacente que lhes é comum: a pluralidade de agentes.[...] Não obstante a separação, do ponto de vista jurídico, a compreensão da disciplina dos crimes de participação necessária implica a constante referência à similar realidade natural da comparticipação eventual.³⁷⁴

Há assim sob o ponto de vista conceitual um enquadramento distinto entre as duas figuras, tratando-se a comparticipação criminosa de um instituto que abarca as formas *eventuais* de participação na prática de um determinado crime e cuja presença *plural* de agentes não é co-essencial para a sua prática, podendo assumir as formas de co-autoria ou cumplicidade na prática dos factos (consoante a intensidade e/ou essencialidade desse grau de participação) e nem sequer se exigindo que todos os agentes vejam a sua prática punível (por exemplo, não cumprirem os requisitos da imputabilidade penal); já a *associação criminosa* surge como um crime de participação *plural* necessária; porém, é decisivo perceber que este tratamento conceitual, se os permite distinguir sob o ponto de vista teórico, não resolve por si só o que pode ser determinado por cada caso concreto e

³⁷⁴ Cfr. CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições...*, 1992, cit., págs. 498 e 499, que, em reforço do que ensina, prossegue: «O Direito conceptualiza, em razão dos seus fins, a realidade da vida social que lhe cumpre ordenar e dirigir. É que [...] a conceptualização jurídica pode separar a pluralidade de agentes de um crime, quando essencial por força da própria incriminação, da pluralidade de agentes em crimes que podem ser cometidos por um só agente, mas não destrói a similitude da realidade que assim separa. [...] A diferente conceptualização jurídica aconselha, também, que se defina a delimitação recíproca dos conceitos de participação necessária e facultativa. Aos crimes de participação necessária, como aos crimes cometidos em comparticipação eventual, é comum a pluralidade de agentes; mas convém notar que não são crimes de participação necessária aqueles em que intervêm necessariamente várias pessoas, mas só aqueles em que cooperam vários *agentes* do crime. Há, efectivamente, crimes em que é indispensável uma actividade da própria vítima ou ofendido como pressuposto da incriminação do autor ou agentes do crime; o consentimento ou dissentimento (ou oposição) do ofendido não transforma, embora seja circunstância essencial do facto, o ofendido em agente do crime. É o caso de todos os crimes que exigem a violência ou coacção como modo de execução do crime [...]], *passim*.

por isso, como ensina CAVALEIRO DE FERREIRA, «a conceptualização jurídica pode separar a pluralidade de agentes de um crime, quando essencial por força da própria incriminação, da pluralidade de agentes em crimes que podem ser cometidos por um só agente, mas não destrói a similitude da realidade que assim separa.»

2. Associação Criminosa *versus* bando

A figura jurídico-penal de *bando*, além de conter, à semelhança da associação criminosa, os elementos comuns à noção de comparticipação criminosa, acrescenta a estes uma ideia de *predisposição duradoura* na actuação que extravasa a prática concreta de determinados factos criminosos, inculcando assim uma **ideia de permanência** para a prática de crimes, que não é co-essencial à noção de comparticipação criminosa. Esta ideia de permanência é a característica que permite identificar a noção de bando com a noção de associação criminosa; esta, porém, exige muito mais do que a característica de “permanência”; a associação criminosa supõe não só uma permanência no convívio entre mais do que duas pessoas (ou pelo menos com duas pessoas no caso do tráfico de estupefacientes tal como se mostra previsto o crime de associação criminosa praticado em tal âmbito no nosso ordenamento jurídico), como uma conjugação complexa dessa relação pessoal com uma estrutura organizativa que não só seja fruto de uma ideia de permanência, como permita identificar uma sofisticação que supera a mera relação humana coordenada para a prática sucessiva de crimes, como sucede com a noção de *bando*.

Secção II – A associação criminosa e a rede criminosa

Já tivemos oportunidade de adiantar que a relação fundamental a estabelecer, sob o ponto de vista conceitual, entre os dois fenómenos deve essencialmente ter repercussões no que diz respeito à sedimentação jurídico-penal do conceito de criminalidade organizada.

Propomo-nos agora adiantar elementos que permitem tornar mais claros os factores que devem diferenciar, sob o ponto de vista conceitual, a noção de associação criminosa da de rede criminosa, numa busca, assim, de uma delimitação mútua, que propicie uma mais criteriosa definição do que seja afinal a *associação criminosa*.

1. O conceito ou modelo de Rede

O conceito – ou modelo – de rede é dos mais estudados no âmbito do debate teórico, percorrendo a atenção das mais diversas áreas das ciências sociais às ciências exactas.

Tal conceito ou modelo é fruto de uma realidade que se impôs e serve de explicação para os mais variados contextos e áreas da sociedade, sendo a mais óbvia a que surge através do fenómeno da Internet, a rede por excelência, pela qual quase tudo hoje passa, quase tudo hoje vive, quase tudo e quase todos dependem para o desenvolvimento da sua vida, quer ao nível das pessoas individualmente consideradas, quer ao nível da sua relação com o Mundo, quer ainda ao nível do funcionamento das instituições e dos Estados.

O modelo ou conceito de rede permite uma aplicação muitíssimo abrangente e é ajustável a fenómenos tão díspares como a música, o desporto, a arquitectura pós-estruturalista, o terrorismo internacional ou o planeamento da carreira profissional de

cada pessoa³⁷⁵.

A rede enquanto metáfora revela-se de uma plasticidade tal que torna o ponto de partida para a comparação incapaz de suportar todos os contornos que são deduzidos do conceito; o seu sentido empírico, porém, está longe de ser condição para que possamos considerá-lo enquanto ferramenta descritiva de outros fenómenos, como sejam os de natureza social ou de natureza normativa, sendo precisamente essa capacidade descritiva uma das vertentes mais relevantes do conceito³⁷⁶, independentemente do sentido que lhe queiramos dar.

2. O conceito ou modelo de Rede como fonte de legitimação das instituições

Porventura uma das mais aliciantes perspectivas com que podemos encarar o conceito ou modelo de rede é a que permite fundar uma ideia de legitimação das instituições por força da ideia de auto-controlo que tal modelo induz quando se analisa a relação de forças condicionantes da sua actuação, na medida em que se pode considerar que o modelo de representação democrática deve ser questionado, tendo já sido afirmado, e não foi há pouco tempo, que o modelo de representação parlamentar enquanto representante directo da vontade do povo é uma mera ficção³⁷⁷.

Está assim em causa a constatação da existência de poderes e contrapoderes, do

³⁷⁵ Cfr. INO AUGSBERG, “The relevance of Network Models within the Juridic Discourse. Empirical, Sociological, and Epistemological Perspectives”, *German Law Journal*, vol. 10, n.º 4, 2009, p. 383.

³⁷⁶ Cfr. INO AUGSBERG, “The relevance...”, cit., p. 387.

³⁷⁷ Cfr. HANS KELSEN, citado por INO AUGSBERG, “The relevance...”, cit., p. 391, no que não é mais do que a constatação da complexidade em fazer com que um sistema político torne verdade o verso de José Afonso, em *Grândola*, “O povo é quem mais ordena”.

controlo permanente que uma associação horizontal entre [as] pessoas e [as] instituições, em que não se prefigura a supremacia – vertical – de alguma delas, permite; a rede surge, ela própria, numa dúplici função de organização e de referência controladora da actuação das instituições, supondo uma auto-regulação global que permite afirmar um modelo de auto-autoridade procedimental (DERRIDA)^{378 379} e nesta realidade a «democracia surge com a função de manter a complexidade social (LUHMAN), como mecanismo que permite a constante auto-reprodução da sociedade em condições de incerteza (LADEUR)»³⁸⁰.

A ideia de rede é indissociável da ideia de globalização.

O impacto da globalização na conceptualização da lei está ainda muito longe de ter tido o seu epílogo, pelo que será preciso percorrer um longo caminho para apreender a hiper-complexa interrelação entre lei e política, democracia e direitos, não tendo ainda ocorrido uma radical alteração no entendimento institucional e operativo da lei e da política comparável à ocorrida com a emergência do Estado burguês constitucional³⁸¹,

³⁷⁸ Referido por INO AUGSBERG, “The relevance...”, cit., p. 391.

³⁷⁹ «The concept of democracy can...be reformulated more to the effect not of consenting to a basic stock of rules and principals. It is instead the practical, heterarchical, distributed social networks of networks among citizens producing ‘overlapping consensus’, in the sense that citizens are in practice involved in differing networks in differing roles, and a heterarchical organized stock of linkages and co-ordinations arises from their overlapping permeability to each other, that enables a ‘polycontexturally’ distributed self-observation and observation of others by the various patterns of actions produced, continually feeding the associated ‘pool of knowledge’ with novelty.», cfr. KARL-HEINZ LADEUR, “Globalization and the conversion of democracy to polycentric networks: Can democracy survive the end of the nation-state?” (EUI Working Paper Law n.º 4, 2003), p. 107, citado por LARS VIELLECHNER, “The network of networks: Karl-Heinz Ladeur’s Theory of Law and Globalization”, in *German Law Journal*, vol. 10, n.º 4, 2009, p. 523.

³⁸⁰ Cfr. LARS VIELLECHNER, “The network ...”, cit., *ibidem*.

³⁸¹ Cfr. LARS VIELLECHNER, “The network ...”, cit., p. 516, numa referência directa a Niklas Luhmann, no já algo distante ano de 1973 (*Politische Verfassungen im Kontext des Gesellschaftssystems*, 12, Der Staat

sendo a globalização percebida pela maioria, sob o ponto de vista da sua repercussão no conceito de lei, apenas como um desafio³⁸².

1, 4).

³⁸² Cfr. LARS VIELLECHNER, “The network ...”, cit., p. 516; neste trabalho que temos vindo a acompanhar o Autor desenvolve a argumentação em volta da concepção de Karl-Heinz Ladeur como resposta à relação entre lei e globalização feita em diálogo com as ciências sociais, na constatação de que a análise convencional da ciência política e da sociologia não captam as alterações sociais provocadas pela globalização, que não se traduz num processo que tenha por consequência dissolver a ordem pública, nem é equivalente a afirmar o poder de distorção das democracias por parte das empresas multinacionais, antes “the pressure for change under which the political and legal institutions of post-modern societies are emerging is not produced primarily by globalization processes, but instead connected with the basic transformation of the economy into de ‘knowledge society’ (LADEUR, *apud idem*, p. 517); a concepção de Ladeur parte da rejeição da ideia da comunidade política auto-esclarecida e auto-governada a partir da deliberação pública (numa ideia que o opõe de forma clara a Habermas), antes decorre de uma ideia de Eli M Noam, que reconhece como padrão adequado da organização social a radical fragmentariedade da sociedade globalizada, daí derivando a ideia de “network of networks” «of heterarchical social relationships generating collective order as a secondary transsubjective effect of individual cooperation and coordination under conditions of uncertainty» (cfr. *idem*, págs. 517 e 518). Na medida em que a sociedade moderna perdeu a sua legitimidade fundante transcendental e já não dispõe, sob o ponto de vista cognitivo, de uma base de conhecimento central e universal, é impossível a criação da “ordem” através da deliberação pública, esta [ordem], “a-cêntrica”, tem de ser aceite através da “racionalidade relacional” a partir de redes entre indivíduos, numa ideia de “auto-reprodução” da sociedade sob condições de incerteza, no sentido em que partimos da informação incompleta sobre o comportamento dos outros, pelo que só haverá progresso através da prática social do julgamento e do erro, da observação dos outros e da aceitação do inevitável destino da dependência (cfr. *idem*, p. 518); «It can – through the indirect collective effects of the formation of flexible practical networks of relations, the production of experience within a universally acceptable ‘pool of variety’ and possibility of developing trust – secure an enormously more important organizational ordering effect than is conceivable through public debate and politically institutionalized decisions» (cfr. KARL-HEINZ LADEUR, *Globalization and the conversion of democracy to polycentric networks: can democracy survive the end of the nation-state?* (EUI Working Paper Law n.º 4, 2003), p. 106), *apud idem*, p. 519; neste contexto a função da lei é a de distribuir direitos de poder-de-decisão e criar e estabilizar instituições que permitam a absorção e difusão do conhecimento distribuído pelas redes “heterárquicas” de relacionamento como o mais importante “capital social” e dessa forma serve para ligar a incerteza, tendo esta compreensão da lei duas importantes consequências: como primeira consequência destaca-se o significado das convenções para o sistema legal, sublinhando que há uma infraestrutura de regras sociais

Como se destacou, a Internet é o fenómeno que incorpora, por excelência, a ideia de rede, concretizando-a.

A sua criação, em finais dos anos 60 do séc. XX, resultou da necessidade de ser criada uma forma de, «em caso de guerra nuclear, fosse impedida a posse ou a destruição do sistema norte-americano de comunicações pelos soviéticos. De certa forma, foi o equivalente electrónico das tácticas maoístas de dispersão das forças de guerrilha, por um vasto território, para enfrentar o poder de um inimigo versátil e conhecedor do terreno. O resultado foi uma arquitectura de rede que (...) não podia ser controlada a partir de nenhum centro, composta por milhares de redes de computadores autónomos com

implícitas que se desenvolveu na sombra da ordem legal oficial e que é essencial para compreender o sistema como um todo, sendo que diferentes formas de auto-regulação social estão a construir o centro do sistema legal, considerando Ladeur a Constituição e a demais matéria legislativa politicamente produzida como uma “espécie” de superestrutura legal e encarando a produção da lei transnacional como «the rise of global forms of co-ordination beyond public international law can no longer be regarded as anomalous deviation from the right way of state-based law, but as the expression of an evolutionary step towards new forms of the self-organization of societal norms which go beyond the official legal system» (cfr. KARL-HEINZ LADEUR, *Globalization and Public Governance – A contradiction?* In *Public Governance in the age of globalization* 1, 1, 2004, 7) *apud idem*, p. 520; como segunda consequência, esta abordagem de Ladeur permite afirmar a autonomia da lei; com efeito, o conceito moderno de lei sublinha a sua total separação em relação à religião e à moral, tendo perdido a sua natureza transcendental; neste sentido, Ladeur rejeita reivindicações para a legitimação da lei, pois não só estas reivindicações teriam de ser dirigidas exclusivamente à lei estatutária, como tais reivindicações não têm em consideração a separação entre lei e moral enquanto relacionadas com a necessidade de colmatar as suas deficiências através de uma argumentação ético-discursiva tendo por base o seu procedimento; a lei, numa visão liberal, facilita as operações produtivas com resultados colectivos incertos que não podem ser deduzidos de princípios, mas estão legitimados pela descoberta do procedimento prático, não acessível, nem aos Estados, nem aos indivíduos; neste sentido, a lei não pode distribuir justiça, mas apenas criar instituições que, a partir da sua experiência, gerarão uma “espécie” de justiça a longo prazo, no entanto, inconcebível enquanto produto de um processo legislativo público; a lei, neste sentido, nem sequer está apta a ser uma resposta contrafactual de estabilização das expectativas, na concepção de Luhmann; a lei apenas pode permitir condições favoráveis para a coordenação de expectativas para continuar produtiva, orientada para a inovação, prevenindo a distorção da criação do capital social. (cfr. *idem*, págs. 519 a 521).

inúmeras formas de interligação, contornando as barreiras electrónicas. (...) [T]ornou-se a base de uma rede de comunicação horizontal global, composta por milhares de redes de computadores (...), apropriada para responder a todo o tipo de finalidades (...).»³⁸³

Se se entender que a descrita arquitectura da rede é o âmago da própria noção da rede então temos de ter muita cautela quando utilizamos/adaptamos a noção, pelo menos na sua mais rigorosa acepção, à realidade criminosa.

É que, numa certa medida, a rede pode ser, aparentemente, a negação do conceito de associação, organização ou grupo subjacente à nossa lei e aos diplomas internacionais, na medida em que subjacente ao seu conceito está a total ausência de interdependência ou hierarquia³⁸⁴ entre os seus componentes, antes supondo a sua noção uma total autonomia entre os agentes, numa lógica de actuação paralela, sem conexão entre si, muito dificilmente compaginável com a ideia de actuação ao abrigo da existência de uma entidade autónoma a que se reportará toda a prática criminosa.

Todavia, na abordagem feita podemos detectar que “a rede” surge, inevitavelmente, como uma consequência de uma *vontade criadora* que visa objectivos na sua génese e utilização de modo a corresponder a exigências fácticas, supostas ou reais, e pretendem, se a analisarmos sob o ponto de vista da perspectiva do fenómeno criminoso, tornar o *fenómeno* auto-suficiente e o mais oculto possível.

³⁸³ Cfr. MANUEL CASTELLS, *A Era...*, Vol. I, cit., págs. 7 e 8.

³⁸⁴ «La necesidad de una estructura jerárquica no impide el castigo de las organizaciones que adoptan una forma “en red”, pues cada una de sus células puede ser considerada en sí misma una organización delictiva», assim MANUEL CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*, apud, PATRICIA FARALDO CABANA, *Asociaciones ilícitas...*, cit., p. 65; esta “solução” poderá pecar por justificação cabal quando a “célula” da rede for composta apenas por um elemento e mesmo quando só composta por dois elementos, nos termos da lei portuguesa, exceptuando as previsões do art. 28.º da Lei 15/93, de 22 de Janeiro e do art. 2.º, n.º 1 da Lei 52/2003, de 22 de Agosto, também não poderá permitir a sua configuração como associação criminosa (cujo número mínimo exigido é de três pessoas).

Podemos, desde logo, nesse *momento da criação* da rede detectar o elo de ligação à noção de *associação, grupo ou organização*,³⁸⁵ reportando portanto a um momento *fundante* a actuação posterior em rede e nesse sentido o conceito, embora sob o ponto de vista fáctico coloque inevitáveis ou mesmo dificuldades intransponíveis, é compaginável com a possibilidade de actuação ao abrigo da associação, grupo ou organização criminosa; é certo que a dificuldade maior deriva da circunstância de nessa hipótese se imputar a uma mera *ideia* a conexão com a figura jurídico-penal de associação criminosa.

Neste sentido, à aparente ou mesmo efectiva falta de ligação física coordenada entre as diversas células que compõem a rede há que descortinar a **lógica de actuação conjunta** com base na descoberta do momento *criador* ou, se não do *momento* concretamente, da existência da *decisão* que determinou a sua criação, referida a todos os elementos de facto que tornem o mais nítido possível a sua existência³⁸⁶ e que não supõe necessariamente um líder ou um conjunto de líderes, que não supõe a obediência a ordens

³⁸⁵ “[U]ma rede é diferente de uma hierarquia porque se baseia numa partilha de normas *informais* e não num relacionamento de autoridade formal.” mas “[u]ma rede entendida neste sentido pode coexistir com uma hierarquia formal. Os membros de uma hierarquia formal não precisam de partilhar uns com os outros quaisquer normas [...]; as organizações formais podem, no entanto, ter justapostas redes informais de vários tipos, baseadas numa relação de protecção, numa etnia ou numa cultura corporativa comum. [...] Quando uma rede se sobrepõe a uma organização formal, os resultados não são necessariamente benéficos e podem até ser fonte de grandes doses de disfunção organizativa. Todos conhecemos exemplos de redes proteccionistas baseadas no parentesco, na classe social, na amizade, no amor ou em qualquer outro factor. Os membros destas redes partilham entre si normas e valores importantes (sobretudo a reciprocidade) que não partilham com outros membros da organização. [...] As redes proteccionistas constituem um problema para as organizações porque a sua estrutura não é óbvia para quem está de fora, e frequentemente subvertem as relações de autoridade formais. [...] O outro problema com as redes informais é a relação inversa entre a força dos valores ou normas que ligam a comunidade [...] e a sua abertura a pessoas, ideias e influências vindas de fora.”, assim FRANCIS FUKUYAMA, *A Grande Ruptura, A Natureza Humana e a Reconstituição da Ordem Social*, Quetzal Editores, 2000, págs. 295 e 296.

³⁸⁶ Para que não se puna o puro pensamento.

directas, em suma, que não supõe uma relação hierárquica, mas permite configurar cada “célula” ou “elemento” da rede como um núcleo autónomo de actuação, com uma ampla ou total liberdade de conformação aos objectivos da rede.

Há, todavia, que ter a noção das dificuldades que necessariamente se colocam na correspondência entre a exigência típico-legal do que seja uma *associação, grupo ou organização* e o fenómeno de rede. Efectivamente, a correspondência entre uma realidade e outra pode ser de muito difícil percepção em determinada investigação.

Neste sentido, entendemos fazer sentido a proposta que tivemos oportunidade de somente enunciar em momento anterior relativo ao entendimento do **conceito de rede como conceito de aprofundamento do conceito de criminalidade organizada**, na medida em que, perante determinado fenómeno, caso não seja possível fazê-lo integrar no conceito de associação criminosa – o que pode ser desde logo determinado pelo número de pessoas que compõem uma determinada célula, pois se, por exemplo, for uma só ou duas [e, nesta última hipótese, não se tratar de um crime relacionado com o tráfico de estupefacientes ou organização terrorista, já que no nosso ordenamento jurídico-penal fica desde logo afastada a possibilidade da prática do crime de associação criminosa previsto no CP dado que o número exigido mínimo é de três pessoas] – já o poderá ser no âmbito das características mais abrangentes e diversas do que seja a criminalidade organizada, o que no nosso ordenamento jurídico-penal pode significar a possibilidade de utilização dos meios processuais penais mais *eficientes* e, portanto, mais restritivos de direitos, liberdades e garantias, embora necessários para permitir uma investigação adequada à complexidade do fenómeno.

3. O conceito de rede como conceito de aprofundamento do conceito de criminalidade organizada: pressupostos

O modelo de rede pode assim servir como um muito importante conceito de aprofundamento do conceito de criminalidade organizada, permitindo colmatar, diríamos, *insuficiências* ou *ineficiências* (perdoe-se-nos esta linguagem *tecnológica*, mas não deixa de ser apropriada ao fenómeno também ele dominado e assente muitas vezes no mais moderno avanço da ciência) que decorrem da construção legal do tipo de crime de associação criminosa, como seja, por exemplo, o número mínimo de pessoas necessário ou a densidade da *organização* interna.

3.1 Pressupostos [negativos]

Há que num primeiro passo recordar desde logo que entendemos por criminalidade organizada um conceito de natureza sobretudo criminológica, muito embora também entendamos ser fundamental tentar uma sua conceitualização jurídico-penal o mais rigorosa possível, de modo a que se saibam com a máxima clareza quais os limites da actuação do Estado no combate ao fenómeno no âmbito do que é processualmente adequado, necessário e proporcional, portanto, legítimo.

Entendemos, porém, que a criminalidade organizada não pode ser um conceito com contornos absolutamente definidos, mas antes terá sempre de assumir uma natureza polifacetada, fruto de diversas influências, que se pode ser enunciado nalguns dos seus traços, nem por isso se deve entender como algo de definitivo. Neste sentido, as características conceituais da criminalidade organizada deverão permitir no seu âmago a integração do conceito ou modelo de rede.

Com efeito, a *criminalidade organizada* não deve ser um conceito, como já tivemos oportunidade de analisar, que se deva limitar às características que resultam da noção de *associação ou organização criminosa*; é antes fruto da conjugação de diversos diplomas vigentes no nosso ordenamento legal interno, bem como da previsão de diversos diplomas internacionais, e que já analisámos, como seja a Convenção de Palermo ou a Decisão-Quadro 2008/841/JAI de 24 de Outubro; o regime jurídico constante destes diplomas revela, como vimos, um *conceito implícito* de criminalidade organizada que extravasa o estrito conceito jurídico-penal de *associação ou organização criminosa*, atenta a sua abrangência temática, que exorta os Estados a entenderem a *criminalidade organizada* muito além do que é definível como criminalização da “participação em grupo criminoso organizado”.

Secção III – A Associação Criminosa e a Criminalidade Organizada

Cabe neste momento sinalizar esta confrontação, que contribui para uma aproximação mais rigorosa ao conceito do que seja a associação criminosa.

Tivemos a oportunidade de abordar concretamente o que se pode entender por criminalidade organizada, quer no nosso ordenamento jurídico interno, quer o que deva ser como tal entendido sob o ponto de vista do direito comparado/internacional penal, numa visão que não é, no essencial, divergente em cada um desses planos.

Creemos que o sentido da análise feita é o de que estamos perante conceitos distintos, que laboram em planos diferentes, traduzindo-se a associação criminosa num tipo de crime que se integra no conceito mais amplo de criminalidade organizada, e que esta, que além de abranger outras áreas temáticas (processual penal, direito penal internacional,

cooperação judiciária internacional, etc.), assume igualmente uma natureza criminológica, que aliás está na sua própria génese, o que permite abarcar uma fenomenologia criminosa que extravasa o estrito tipo de crime associação criminosa e permitirá, por exemplo, contemplar o fenómeno em que se traduz a rede criminosa.

Secção IV – Direito Penal Individual *versus* Direito Penal de Organização, Grupo ou Associativo

O tópico da *confrontação* enunciado tem subjacente a dialéctica entre dois pólos de observação opostos: um supõe o Direito Penal positivo encimado na responsabilidade individual, a qual, por sua vez, tem por referência o fenómeno criminoso praticado pelo indivíduo; outro, mais recente e menos consistente nos seus contornos, é o que poderemos designar por Direito Penal de Associação, Grupo ou Organização e supõe precisamente uma criminalidade produzida no seio de um *ambiente colectivo, de um grupo, de uma associação ou organização*.

Para fazer face ao *injusto* produzido no seio de uma *associação, grupo ou organização*, os conceitos dogmáticos assentes na responsabilidade individual podem não se adequar, dado que foram produzidos para um fenómeno criminoso praticado pela pessoa individualmente considerada.

Quando a *associação, grupo ou organização* é convolada em agente criminoso a resposta do Direito Penal deve conformar essa “nova realidade” de modo a contornar/adaptar os quadros teóricos que se mostram inicialmente adequados para reagir, de modo exclusivo, à *tradicional* óptica assente na responsabilidade individual.

Neste sentido, pretendemos neste momento do nosso trabalho abrir a discussão

precisamente à análise de *um* direito penal que seja adequado para enquadrar o fenómeno criminoso colectivo, podendo, por recurso essencialmente ao pensamento analógico, observar-se muita pertinência em desenvolvimentos doutrinários feitos para abordar a específica temática da responsabilidade criminal das pessoas colectivas, na medida em que o seu pano de fundo é, precisamente, a procura de respostas que permitam responder a uma criminalidade cometida no seio de uma organização e nesta medida aplicá-las ao fenómeno típico da associação criminosa.

«A organização empresarial moderna é uma realidade social emergente que não pode ser tratada, sem mais, como uma soma de indivíduos, constituindo uma nova realidade deles distinta. Tal obriga a uma reconstrução das estruturas de imputação concebidas para pessoas actuando individual e isoladamente, insuficientes para determinar a eventual responsabilidade de quem actua no seio de uma determinada estrutura organizativa ou empresarial. [...] Se a dogmática tradicional se revela insuficiente para resolver o problema das actividades empresariais organizadas de forma complexa, tal acontece por ainda não ter sido tratada de forma satisfatória uma característica central das sociedades modernas, como é a organização empresarial com a consequente repartição de funções e tarefas dentro da organização. Neste domínio da criminalidade já não encontramos um autor que toma a decisão de realizar um facto típico, com conhecimento do alcance da sua decisão, e que executa essa decisão. Muito pelo contrário. Nas grandes empresas e sociedades potencialmente perigosas para bens jurídicos fundamentais assiste-se a uma atomização ou fragmentação de movimentos corpóreos, decisões de política geral, conhecimento sobre riscos e recolha de informações pelas empresas sobre o seu impacto no ambiente circundante, de tal modo que a partir de um certo grau de complexidade já não é possível encontrar uma pessoa na qual coincidam criação ou participação no risco, com representação desse mesmo risco, ou que disponha

de informação global sobre a actividade empresarial [...] Há um desmembramento entre actividade de direcção, a disponibilidade de informação e o poder de decisão, o que representa um problema central para a determinação da responsabilidade. [...] Devido à descentralização das grandes empresas e à crescente diferenciação funcional, em consequência da sua complexidade, nem sequer é possível, em muitos casos, falar de concentração da informação em qualquer nível da empresa. A teoria dos vasos comunicantes não se adequa às organizações empresariais. [...] A partir desta realidade, a tradicional imputação individualizada, que tem protagonizado a imputação jurídico-penal, encontra sérias dificuldades ante lesões de bens jurídicos que têm a sua origem em determinadas organizações humanas ou configurações organizacionais próprias das empresas modernas que são caracterizadas por uma intensa divisão interna – horizontal e vertical – descentralização e diferenciação de funções e tarefas.»³⁸⁷

Para dar resposta ao fenómeno criminoso colectivo há assim duas abordagens essenciais: uma é precisamente através do tipo de crime associação criminosa, que, como já pudemos observar, se mostra consagrado no nosso ordenamento jurídico há muitas décadas, remontando ao início do século XIX, e tem consagração indiscutível no direito comparado; outra é a responsabilidade criminal das pessoas colectivas, que se revela, no nosso ordenamento jurídico, bem mais recente no tempo e mais controversa no direito comparado, muito embora se possa afirmar que a maior parte dos ordenamentos jurídicos a consagraram, não o tendo feito, porém, um país de referência para toda a ciência do direito penal: a Alemanha.

³⁸⁷ Cfr. BERNARDO FEIJOO SÁNCHEZ, “Autoria e participação em organizações empresariais complexas”, in *Direito Penal Económico e Financeiro, Conferências do Curso Pós-Graduado de Aperfeiçoamento*, Coordenadores: Maria Fernanda Palma; Augusto Silva Dias; Paulo de Sousa Mendes, Coimbra Editora, 2012, págs. 124 a 126.

O nosso tema é assim enquadrável no domínio da responsabilidade criminal que decorre de uma *relação associativa específica*, que se não confunde com a responsabilidade criminal das pessoas colectivas, mas com quem tem afinidades teóricas e práticas, derivando estas, desde logo, da circunstância de a lei prever expressamente a responsabilidade criminal destas pela prática do crime de associação criminosa. A sintonia entre ambas será mais fácil de discernir quando se conclua que determinada pessoa colectiva foi criada exclusivamente para o cometimento de crimes, não obstante, depois, os patamares de aferição da responsabilidade sejam diversos: um estará relacionado com a punição da própria pessoa colectiva, que, para tal, deverá ter cometido, desde logo, um dos crimes do *catálogo* (constantes de legislação avulsa ou do código penal) que permitam a sua punição, outro estará relacionado com a punição das pessoas humanas ou colectivas que componham ou actuem no seio da pessoa colectiva, o que igualmente exigirá uma apreciação dos crimes praticados ou programados pela pessoa colectiva, de modo a aferir se a *associação criminosa* é punível (estamos no domínio, já aflorado em momento anterior deste estudo, da avaliação da gravidade dos crimes cometidos ou programados, que tornem adequada a imputação do crime de *associação criminosa*³⁸⁸ a determinados factos).

Mas a responsabilidade criminal das pessoas colectivas é ainda chamada à nossa discussão por força da circunstância de ter sido erigida político-criminalmente como uma resposta relevante para o combate à *criminalidade organizada* e, portanto, comunga igualmente desta *área temática* mais alargada com o crime de associação criminosa; tal eleição é desde logo confirmada pelo movimento legislativo internacional, que faz constar, como vimos com a Convenção de Palermo e com a Decisão-Quadro

³⁸⁸ Ponderemos o relevante papel interpretativo que a este respeito pode ter a Convenção de Palermo, nos termos já analisados em momento anterior, nesta Parte, Cap. III, Sec. V.

2008/841/JAI, a responsabilidade [criminal] das pessoas colectivas como um dos *topoi* relevantes no regime de *combate* à criminalidade organizada³⁸⁹.

Na medida em que a lei não exige a personalidade jurídica à entidade colectiva e, portanto, não exige a sua existência formal perante o direito e a sociedade, podemos vislumbrar outro possível ponto de contacto com a criminalidade cometida no seio de uma *associação criminosa*, na medida em que se pode concluir pela verificação, em simultâneo, do crime de associação criminosa por força da actuação no âmbito de uma entidade colectiva sem personalidade jurídica e a responsabilidade criminal dela própria pelo cometimento dos crimes praticados no seu âmbito.

Secção V – A Autoria no crime de Associação Criminosa

Afirmar que alguém é *autor* de um crime supõe a afirmação de um *alguém* que praticou um *facto* descrito previamente na lei penal como um comportamento que atinge, de modo grave e insusceptível de ser protegido por outro ramo do direito, um bem jurídico relevante para a sociedade.

O *facto* descrito na lei penal como constituindo a prática do crime de *associação criminosa* reconduz-se a saber se há, numa determinada trama de relações entre pessoas – humanas e/ou colectivas –, precisamente, uma *associação, grupo ou organização criminosa*.

A redundância da lógica subjacente à resposta – e ao critério para a obter – para a pergunta relativa ao – “quem” – agente do crime de associação criminosa é, desde logo, uma particularidade fundamental neste tipo de crime, como aliás tentámos mostrar neste

³⁸⁹ E é igualmente assinalada na doutrina, por exemplo, JOSÉ LUIS DE LA CUESTA, “Organised Crime...”, cit., págs. 798 e 799.

trabalho.

Efectivamente, afirmar que alguém pratica o crime de associação criminosa supõe, desde logo, que possamos afirmar existir essa entidade a que a lei designa por *associação*, *grupo* ou *organização*, enquanto tal para, no momento seguinte, e muito dificilmente dissociável, perguntarmos a que título esse “quem” participa nessa mesma associação.

No exemplo singelo de uma associação composta por três elementos saber se entre si se formou uma associação criminosa prevista no art. 299.º do CP suporá, num primeiro passo lógico, saber se o *objecto* do crime – a associação – existe: o objecto é o facto criminoso previsto pela lei penal como atentatório do bem jurídico-penal protegido; mas, concomitantemente, essa associação para existir depende da confirmação da presença daqueles três elementos para se poder considerar como penalmente relevante; e, portanto, num segundo passo lógico, ao *facto* temos de aliar a pessoa humana ou colectiva que contribui de modo decisivo para a sua existência e, simultaneamente, externizá-la, de modo a dar-lhe a autonomia necessária para podermos afirmar que essa pessoa praticou um *facto* que inevitavelmente temos de afirmar que lhe é externo, mas de que faz parte: não é logicamente possível confundir *facto* e *agente* do crime, como parece convidar a fazer o tipo de crime de associação criminosa. Portanto, é nessa, como já afirmámos noutra momento ³⁹⁰, relação *biunívoca* que temos de conseguir discernir a responsabilidade penal do “quem” que praticou o crime de associação criminosa, sendo que esse “quem” é simultaneamente essencial para a afirmação do próprio facto criminoso; não podemos esquecer que vivemos no domínio do direito penal do facto, sem o qual não há, nem pode haver, crime, pelo que é imprescindível fazer a distinção, muito embora seja muitíssimo difícil e complexo, entre *agente* e *facto* no tipo de crime

³⁹⁰ A propósito da relação entre o elemento objectivo e subjectivo do tipo de crime de associação criminosa, cfr. *supra* em Parte II, Cap. III, Sec. IV, 4.

associação criminosa.

No âmbito do nosso tema querer saber se alguém praticou o crime de associação criminosa previsto no Código Penal é sinónimo de saber se esse alguém faz parte da associação criminosa.

O *facto* criminoso em que se traduz a *associação criminosa* é simultaneamente o *lugar* do agente, num determinado contexto espaço-temporal, que permite afirmar a sua pertença/colaboração a/com pelo menos mais duas pessoas, evidenciando assim a existência de uma *estrutura colectiva* susceptível de se individualizar (mas não necessariamente transcender, como vimos) relativamente aos seus elementos e da qual resulta a [ou a eminência da] prática de crimes, cuja perigosidade/gravidade exige que o ordenamento jurídico-penal actue de modo a que a paz pública seja salvaguardada.

Pretendemos nesta secção fazer a abordagem a esta problemática dos “autores” da prática do crime de associação criminosa, não só porque se trata de matéria central atinente à teoria geral da infracção penal especificamente dirigida ao tipo legal de crime que estudamos, mas porque tal evidenciará particularidades na formulação da típica que exigem uma especial ponderação e pode ter reflexos sérios no modo como deve ser compreendido este tipo de crime.

Neste sentido, começaremos por fazer uma abordagem por comparação relativamente à temática da responsabilidade penal das pessoas colectivas e, no momento seguinte, de forma mais incisiva, abordaremos as diversas dimensões que pode assumir o “quem” que pratica o crime de associação criminosa a partir da redacção do tipo legal de crime.

1. Contributo *temático* do instituto da Responsabilidade Penal das Pessoas Colectivas enquanto tópico de confronto

1.1 Razões para o afastamento: nexo causal e facto

A análise do “quem” subjacente à prática do crime de associação criminosa, numa primeira aproximação, pode parecer ter muito a ganhar com os contributos doutrinários relativos ao estudo da “autoria” no âmbito da responsabilidade penal das pessoas colectivas; no entanto, vistas as suas características com mais atenção, teremos de concluir que se tratam de realidades bem diversas, que exigem uma criteriosa distinção, não obstante se possam encontrar pontos significativos de contacto.

A problemática mais delicada no âmbito do tema da responsabilidade penal das pessoas colectivas não é tanto o “quem” que praticou o crime – pois os possíveis agentes que actuam no âmbito de uma pessoa colectiva são, em regra, perfeitamente conhecidos, dado que tais entes colectivos actuam no mundo da vida sem qualquer constrangimento, pelo que não se coloca o problema – comum no tipo de crime da associação criminosa – da dissimulação dos seus elementos –, mas a definição do *nexo causal* entre a prática do facto e o “quem” que o terá originado; quer isto dizer que no âmbito da responsabilidade penal das pessoas colectivas o problema maior é o da imputação do facto a um “quem”, por vezes difuso, mas que é conhecido ou está perfeitamente identificado, sendo certo que tal análise é muitíssimo complexa, dado que o “facto” praticado no âmbito da pessoa colectiva é produzido por força de uma multiplicidade de causas e factores, que muitas vezes se diluem na complexidade da organização do ente colectivo e na própria complexidade inerente à produção do próprio resultado criminoso, as mais das vezes produzido por força da violação [sucessiva] de deveres de cuidado, no que nos leva para a

temática *outra* dos crimes negligentes, a que é completamente alheia a discussão do tipo de crime em que centramos o nosso estudo.

Noutro sentido, que permite afirmar a natureza *outra* da temática da responsabilidade penal das pessoas colectivas em relação à discussão que envolve o tipo de crime associação criminosa, podemos afirmar que aquela se centra sobretudo na análise do modo como certo comportamento foi produzido no seio do ente colectivo e que terá levado a um certo resultado que lhe é externo, o facto criminoso.

Já no âmbito da associação criminosa, o *facto* produzido é a própria associação criminosa e não já os crimes por si praticados ou previstos, não obstante seja de indubitável relevância saber-se do *propósito* da sua existência, além de que esses mesmos crimes poderão ser precisamente uma das formas de [com]provar a existência da associação criminosa; quer dizer, também a este nível da análise do que seja o *facto* produzido há uma diferença fundamental que cumpre assim ter presente.

1.2 Similitudes: produção colectiva do facto criminoso

Não obstante o que temos vindo a referir, não podemos, noutra perspectiva, deixar de ter a noção que há, ainda assim, vertentes comuns, que podem ser aproveitadas e, nomeadamente, aproximações doutrinárias que podem revelar-se pertinentes na abordagem às duas temáticas, o que é desde logo determinado pela circunstância de ambas se relacionarem com o tema que enunciámos *supra* relativo ao direito penal associativo ou de organização, ou seja, com o tema da produção do facto criminoso, não somente pelo indivíduo, mas por uma *colectividade* de agentes, com relações entre si, a carecerem de abordagens teóricas próprias e que assim os distinguem da aproximação paradigmática clássica do direito penal centrada no indivíduo [único].

Fulcral é ter a noção da particularidade subjacente ao crime que estudamos relativa à prática do *facto*, que é um facto-de-participação-necessária-com-outros e, portanto, que releva do domínio da relação pessoal com o intuito de conjugar ideias e esforços de modo a produzir, por força da sua *associação*, crimes e, neste sentido, partilha essa mesma temática com toda a construção doutrinal da responsabilidade penal [dolosa] das pessoas colectivas.

A figura da autoria mediata no domínio de uma organização dará, sob o ponto de vista dogmático, um enquadramento teórico relevante para a discussão da complexa problemática da responsabilidade individual no seio da associação, grupo ou organização criminosa e na sua relação com a prática dos crimes *fim* objecto da associação criminosa.

1.3 A Pessoa Colectiva enquanto estrutura potencial privilegiada da associação criminosa

Uma pessoa colectiva constitui uma associação entre pessoas (humanas e/ou jurídicas), que se estruturam entre si, com uma ideia de permanência a uni-las, tendo em vista a prossecução de um fim social/colectivo comum.

Perante este enquadramento teórico relativamente incontroverso (embora, nesta sede, necessariamente anunciado de forma sincopada e sem o sentido de consistência que seria exigido no âmbito de um estudo de natureza civilística/comercial) do que seja uma pessoa colectiva e atendendo às características essenciais que apreciamos do que deva ser uma associação criminosa, podemos, sem grande necessidade argumentativa, afirmar que poderá ser, por excelência, uma sede privilegiada desta, caso o fim a prosseguir seja, naturalmente, a prática de um ou mais crimes. Isto é, a existência da “pessoa colectiva” (seja sob que forma for) permite com facilidade preencher os requisitos legais relativos à

“estrutura organizativa” e o “carácter de permanência” exigidos por lei, dos quais, aliás, se retira, de forma directa a conclusão pela existência de um “centro autónomo de imputação”. A pessoa colectiva é, por natureza, um centro autónomo de imputação, na medida em que é gerada, por força da lei, uma entidade jurídica distinta dos elementos concretos que a compõem.

No desenho típico do que seja uma associação criminosa que decorre do art. 299.º do Código Penal é muito relevante perguntar pelo alcance da redacção legal do seu n.º 1, que de seguida transcrevemos destacando o segmento que sublinhamos (e é comum, aliás, embora, nalguns casos com ligeiras diferenças na sua redacção, às outras previsões legais em vigor no nosso ordenamento jurídico do crime de associação criminosa³⁹¹): “quem promover ou fundar grupo, organização ou associação cuja finalidade ou actividade seja dirigida à prática de um ou mais crimes [...]”; com efeito, deve perguntar-se se o texto legal, quando descreve que a “finalidade ou actividade seja dirigida à prática de um ou mais crimes” incute a ideia de exclusividade do fim (criminoso) prosseguido pela associação criminosa ou se, noutra perspectiva, poderá ser compatível com a possibilidade de os fins prosseguidos – estando nós a abordar, neste preciso momento, a possibilidade da existência deste crime no âmbito de uma pessoa colectiva – poderem ser igualmente lícitos.

Se o legislador tivesse querido excluir de forma clara e inequívoca a possibilidade que agora debatemos tê-lo-ia expressado de forma simples aditando “de forma exclusiva” à “finalidade” ou “actividade”. Não o tendo feito, entendemos que a redacção legal permite que se enquadre a prática do crime de associação criminosa praticado (e propiciado) no âmbito de uma pessoa colectiva, mesmo que o seu fim inicial fosse, de

³⁹¹ Cfr. *supra* Parte I, Cap. I, Sec. III, quando abordamos precisamente o crime de associação criminosa noutros diplomas legais.

modo exclusivo, lícito e, com o decorrer da sua actividade, se tenha convertido, total ou parcialmente, num fim criminoso; por maioria de razão, quando desde o início parte da actividade desenvolvida pela pessoa colectiva seja preenchida com o cometimento de um ou mais crimes a par de uma actividade lícita também se poderá confirmar a prática do crime da associação criminosa por parte dos elementos que integrem a pessoa colectiva (ainda que tenha de ser feita a imprescindível análise do papel que cada um desses elementos desempenha para a produção do crime, não bastando uma mera pertença formal tal pessoa colectiva, antes devendo analisar-se qual o papel concreto desempenhado no seu “governo”) a par da prática do mesmo crime pela própria pessoa colectiva (atenta a redacção do art. 11.º, n.º 2 do Código Penal), podendo, naturalmente, ser responsáveis pela prática do crime de associação criminosa elementos que sob o ponto de vista formal não façam parte da pessoa colectiva ou tenham nesta uma posição hierárquica não coincidente com a que assumam no âmbito da associação criminosa.

Em abono desta conclusão podemos, por exemplo, repescar o já anteriormente referido art. 34.º, n.º 1 do DL n.º 376-A/89, de 25 de Outubro (RJIFA), que previa, precisamente, que “[q]uem fundar grupo, organização ou associação cuja actividade principal ou acessória seja dirigida à prática de infracções fiscais aduaneiras previstas no presente Regime Jurídico será punido...”³⁹², onde, de forma expressa, o legislador previa que a actividade desenvolvida pelo grupo, organização ou associação pudesse não ser, de forma exclusiva, criminosa, mas antes compatível com uma actividade lícita.

De modo a sedimentar o que afirmamos vamos trabalhar com um exemplo³⁹³: três

³⁹² Cfr. *supra* Parte I, Cap. I, Sec. III, 2.2.

³⁹³ Inspirado no exemplo que analisámos no estudo de JOÃO MIGUEL DOS SANTOS MARTA, *Da admissibilidade da responsabilidade criminal das pessoas colectivas e equiparadas por cumplicidade no direito penal português*, FDUC, Coimbra, 2015, disponível in <https://estudogeral.sib.uc.pt>, págs. 7 e 8.

peças (A, B e C) constituem uma sociedade comercial por quotas D (que age, por sua vez, através dos seus três sócios, todos gerentes) cujo fim é a exploração agrícola através da utilização de mão de obra escrava; para tal, contratam com uma sociedade por quotas E (gerida pelos seus três sócios gerentes, F, G e H), cujo objecto social é o recrutamento de trabalhadores que, por sua vez, contratam um conjunto de pessoas, prometendo-lhes trabalho agrícola remunerado a favor da sociedade D, sabendo os sócios da sociedade E dos objectivos da sociedade D e dos seus sócios, o que naturalmente oculta dos candidatos que contrata (a par desta concreta actividade, esta sociedade E enceta outras relações comerciais com outras sociedades, contratando pessoas para actividades perfeitamente legítimas, o que aliás é o seu objecto social originário). Feita a “contratação” da mão de obra, que se vem a revelar ser escrava, o lucro que decorre da actividade da sociedade D com a sua exploração agrícola é repartido com a sociedade E.

No exemplo dado, temos uma relação entre duas sociedades comerciais D e E, sendo que a distingui-las há a circunstância de D, originariamente, visar a prática do crime de escravidão, ao contrário de E, que foi criada com o fim legítimo de contratação de mão de obra.

Quanto à sociedade D, dúvidas não há quanto à prática por si, e dos seus sócios, do crime de associação criminosa (art. 299.º, n.ºs 1 e 3 do CP) em concurso com a prática dos concretos crimes de escravidão.

Quanto à sociedade E cremos que também se verificam todos os elementos para que seja responsabilizada, a par dos seus sócios, pela prática do crime de associação criminosa, embora pelo n.º 2 do art. 299.º do CP, não sendo assim relevante que tenha sido constituída para fins lícitos, bastando uma adesão aos fins ilícitos prosseguidos por outrem, nos termos do exemplo dado.

1.4 A autoria do crime de associação criminosa no âmbito de uma Entidade Colectiva: um modelo para a compreensão da autoria no crime de associação criminosa

O tema enunciado decorre da necessidade lógica de abordar a definição do “quem” que pratica o crime de associação criminosa quando a prática deste crime tem de particular a envolvimento de uma “entidade colectiva”³⁹⁴ externa portanto aos membros que a compõem, o que assume uma maior relevância na medida em que o nosso Código Penal passou a prever, como já vimos, a responsabilidade criminal das pessoas colectivas e equiparadas relativamente à prática do crime de associação criminosa.

Como já tivemos oportunidade de abordar, o crime de associação criminosa só é cometível se praticado de forma colectiva, na medida em que é exigida uma pluralidade de pessoas. Neste sentido, a discussão que agora fazemos exclui, necessariamente, as pessoas colectivas que não sejam compostas por uma pluralidade de pessoas, como sucede com as sociedades unipessoais, que têm, por definição, um sócio único. Noutra perspectiva, o cometimento necessariamente colectivo do crime de associação criminosa induz a concluir que a sua prática, quer no âmbito de uma pessoa colectiva, quer fora dela, terá similitudes ou pontos de contacto, pelo que a concreta análise deste tema no âmbito

³⁹⁴ “A ideia de entidade colectiva é antiga e sofreu inúmeras mutações, consoante a dogmática dominante em cada tempo histórico e, também, consoante o poder que os entes colectivos foram criando para si mesmos em confronto com o poder (político) dominante, obrigando este a agir contra si, usando, nomeadamente, a possibilidade de lhes aplicar medidas de cariz criminal.”, cfr. o nosso, *Pessoas Colectivas...*, cit., p. 35 e, para uma mais detalhada análise histórica, *ob. cit.*, n.ºs 36 e 37, revelando-se o conceito de “pessoa colectiva” como muito mais recente na história do que o de “entidade colectiva”; com muito interesse, ver a análise histórica feita por JOÃO CASTRO E SOUSA, in *As Pessoas Colectivas em face do direito criminal e do chamado “Direito de Mera Ordenação Social*, Biblioteca Jurídica, Coimbra Editora, 1985, págs. 23 a 40.

da “entidade colectiva” pode permitir colher proveitos para a sua compreensão mais global, isto é, para a *forma* de cometimento do crime de associação criminosa (seja em que âmbito for, quer contextualizado por uma entidade colectiva, quer o não seja).

Neste âmbito cremos ser muito relevante debater a conhecida doutrina inaugurada por Claus Roxin que o autor intitulou de «domínio por organização como forma independente de autoria mediata»³⁹⁵.

Com efeito, não é difícil associarmos, sob o ponto de vista intuitivo, uma “entidade colectiva” a um “aparato organizado de poder”, muito embora aquela não esgote a figura deste, conforme o apresenta Claus Roxin a propósito do processo promovido em Jerusalém contra Adolf Eichmann³⁹⁶ e, aliás, é recusada [a aplicação da sua concepção doutrinal], diga-se em antecipação à sua própria conclusão, quando aplicada à responsabilidade penal produzida no seio das empresas, o que exigirá, por sua vez, segundo o Autor, uma fundamentação própria de autoria³⁹⁷.

Mas se Roxin recusa aplicar a “sua” doutrina às empresas, convém ter presente que o seu *objecto* visa a explicação da responsabilidade penal no âmbito de uma produção colectiva e complexa de factos criminosos [na sua construção doutrinária com o enfoque especial na prática de factos criminosos que têm a *protegê-los* estruturas poderosas, como sejam os Estados] e é precisamente por esta razão que entendemos dever abordar o seu potencial de *adaptação* ao tipo legal da associação criminosa e fazemo-lo no contexto

³⁹⁵ *Organisationsherrschaft als eigenständige Form mittelbarer Täterschaft*, numa tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva, in Revista Panóptica, Law E – Journal, V. 4, n.º 3, 2009, págs. 69 a 94.

³⁹⁶ Cfr. CLAUS ROXIN, “Domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder”, in Panóptica, Law E – Journal, V. 4, n.º 3, 2009, p. 70; cfr. TERESA QUINTELA DE BRITO, “Domínio do Facto, Organizações Complexas e Autoria dos Dirigentes”, in *Direito Penal Económico-Financeiro*, Coordenadores Maria Fernanda Palma/Augusto Silva Dias/Paulo de Sousa Mendes, Coimbra Editora, 2012, págs. 166 a 168, que faz uma exposição sucinta da doutrina de Roxin.

³⁹⁷ Cfr. CLAUS ROXIN, “Domínio da vontade...”, cit., p. 94.

deste estudo neste momento pela circunstância de ser, a entidade colectiva/pessoa colectiva, um palco *institucional*, por excelência, da produção *colectiva* de factos criminosos.

Feita a apresentação do tema, impõe-se a sua reorganização argumentativa.

Antecipámos uma conclusão decisiva da concepção analítica de Roxin, mas não expusemos o seu pensamento prévio e, sobretudo, não analisámos o âmago da sua teoria e o seu potencial (ou não) de aplicação à fenomenologia criminosa subjacente ao tipo de crime da associação criminosa. É o que tentaremos fazer de seguida, embora circunscrevendo a sua abordagem ao tema que nos (pre)ocupa.

1.4.1 O domínio por organização como forma independente de autoria mediata de Claus Roxin

Foi em 1963 que Claus Roxin apresentou³⁹⁸ o tema em título, que é “considerado hoje um dos principais temas do debate acerca da teoria jurídico-penal da autoria.”³⁹⁹

No essencial a figura jurídica criada por Roxin sustenta que “[n]uma organização criminosa os homens de trás, que ordenam factos puníveis com poder de mando autónomo, também podem ser responsabilizados como autores mediatos (*Schreibtschätter*), se os executores directos igualmente forem punidos como autores plenamente responsáveis.”⁴⁰⁰

Esta teoria veio a ser reconhecida na jurisprudência do Supremo Tribunal alemão, pela primeira vez, em 1994, que condenou um membro do Conselho Nacional de Defesa

³⁹⁸ Cfr. CLAUS ROXIN, *Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate*, GA, 1963, 193 e ss.

³⁹⁹ Cfr. CLAUS ROXIN, “O domínio por organização...”, cit., p. 69.

⁴⁰⁰ Cfr. CLAUS ROXIN, “O domínio por organização...”, cit., págs. 69 e 70.

do antigo governo da Alemanha oriental pela prática de um crime de homicídio doloso, em autoria mediata, por ter ordenado que os fugitivos que quisessem ultrapassar o muro da fronteira (que separava a RDA da RFA) fossem impedidos de realizar o seu propósito, se necessário, através de disparos mortais; os soldados que realizaram os fuzilamentos foram igualmente condenados pela prática do crime de homicídio doloso⁴⁰¹.

Feita esta primeira aproximação à teoria de Roxin – e nunca perdendo de vista que estamos a tratar do crime de associação criminosa – podemos afirmar que o seu potencial de “aplicação” ao nosso tema poderá estar relacionado, não directamente, numa primeira aproximação, com o tipo de crime da associação criminosa, mas com os crimes praticados no seu seio, de modo a confirmar a sua prática em concurso real por parte de quem integra uma *associação criminosa*; isto é: a associação criminosa, com a configuração que já abordámos neste trabalho e com o conceito de *autor* que pressupõe (e iremos abordar imediatamente a seguir com mais detalhe na sua construção típica), pode ter como *autores materiais* pessoas que depois não tomam parte directamente na execução dos crimes programados: e nesse momento, julgamos nós, é muito relevante tentar encontrar apoio na doutrina de Roxin.

Quer dizer, na análise que agora fazemos supomos a *associação criminosa* como composta por quem detém, precisamente, o *domínio da organização* e, enquanto tal, e na

⁴⁰¹ Cfr. CLAUS ROXIN, “O domínio por organização...”, cit., p. 70; o Autor faz ainda referência a decisões posteriores no âmbito do ordenamento jurídico alemão que adoptaram a sua teoria, bem como no âmbito internacional, com especial destaque para o julgamento da Junta Geral Argentina e para a sua consagração normativa no Estatuto do Tribunal Penal Internacional, no art. 25.º, III. Para uma análise detalhada da decisão do *BGHSt* (Bundesgerichtshof für Strafsachen) de 1994 e das decisões judiciais que apreciou, cfr. TERESA SERRA, “A Autoria Mediata através do Domínio de um Aparelho Organizado de Poder”, in *RPCC*, ano 5, Fasc.3-4, Julho-Dezembro, 1995, Aequitas, Editorial Notícias, págs. 303 a 313; cfr., ainda, a referência à doutrina de Roxin feita por ANABELA MIRANDA RODRIGUES in *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial*, Tomo II, 1999, p. 958.

prosecução do objecto da associação, projecta, através da intervenção de outros agentes que lhe são externos/exteriores, a prática dos crimes que cumprem o seu fim. É justamente nesta relação entre os *autores da associação criminosa* e os *autores dos crimes programados* por ela [nas circunstâncias em que não há identidade entre os primeiros e os segundos] que mais se justifica a sua problematização. Noutra perspectiva, também não podemos deixar de afirmar que a prática dos crimes pela associação criminosa não deixa de ser uma das vias privilegiadas para a conclusão pela existência da própria associação criminosa e, nessa medida, o debate do tema tem utilidade plena para a análise do *quem da associação criminosa* e, portanto, pode enquadrar-se directamente no tema que tratamos.

Será que nessa relação se adequa a aplicação de outras figuras dogmáticas, como seja a co-autoria ou a instigação? Para ambas as hipóteses Roxin dá uma resposta negativa. Por um lado, na relação que é estabelecida entre o “homem-de-trás” (equivalente na problematização que fazemos, ao “membro da associação criminosa”) e o homem que executa o crime que lhe é ordenado, não é possível estabelecer uma relação de co-autoria, na medida em que faltam todos os seus pressupostos: não existe uma decisão comum para o facto, na medida em que o cumprimento de uma ordem é exactamente o contrário de uma *tomada de decisão comum* de acordo entre os co-autores, pois, mesmo que haja uma *identificação*, por parte do executor, *com o fim* programado, tal não pode equivaler à tomada em comum da decisão de praticar o crime, podendo tal *identificação* ser igualmente feita por um mero instigador ou por um mero auxiliar⁴⁰².

⁴⁰² Cfr. CLAUS ROXIN, “O domínio por organização...”, cit., págs. 70 a 72; com efeito, a “[...] co-autoria baseia-se na «obrigação» mútua e não na vinculação unilateral do emissor da ordem. Falta, na tomada de decisão, a posição característica de mesma categoria para a co-autoria. A co-autoria tem uma estrutura «horizontal». Onde existe uma estrutura «vertical» inequívoca, como na hierarquia de aparatos de poder, leva-se em conta apenas uma autoria mediata.”, cfr. *ob. cit.*, p. 72; a propósito da posição de Jakobs e dos

Mas, para que se tratasse de uma situação de co-autoria, não falta só uma *decisão comum*: também falta uma execução conjunta do facto, “[p]ois aquele que dá a ordem, de modo geral, não concorre com o seu executor, pelo menos não por meio de uma contribuição fáctica no estágio da preparação. Isto não é suficiente para o cometimento conjunto, mesmo de acordo com o entendimento de que a co-autoria não se limita a contribuições fácticas no momento da execução⁴⁰³. [...] A co-autoria é reconhecida como cooperação baseada na divisão de trabalho através da participação ajustada ao facto. Por isso não se pode discutir aqui por que o homem com a alavanca de poder não quer sujar as próprias mãos e quer deixar o «trabalho» ser realizado por outro. Também uma vinculação mútua dos cúmplices da mesma categoria, que é característica para a co-autoria, não pode apresentar-se no caso do domínio por organização.”⁴⁰⁴

Mas se não é assim viável sustentar uma relação de co-autoria na relação estabelecida entre quem dá a ordem [enquanto homem-de-trás, na nossa perspectiva,

seus seguidores, Roxin afirma que contornam esta questão porque, no âmbito da co-autoria, renunciam à exigência de uma *decisão comum*, considerando suficiente a «adaptação» de um participante – o executor directo – no plano elaborado por outro; todavia, segundo Roxin, tal não pode ser suficiente para fundamentar a co-autoria, perdendo aliás esta, a ser de tal forma entendida, todos os contornos e a sua delimitação em relação à autoria mediata, *passim*.

⁴⁰³ Defendendo, precisamente, que também no Direito Penal português, é o domínio funcional do facto, que cabe ao co-autor e falta ao cúmplice, que distingue estas duas formas de comparticipação, na linha aliás do que defende Figueiredo Dias e Roxin, cfr. MARIA DA CONCEIÇÃO VALDÁGUA, *Início da Tentativa do Co-Autor...*, cit., págs. 134 a 136; cfr., ainda, *ob. cit.*, págs. 145 e ss., quando a Autora faz uma abordagem detalhada à doutrina de Roxin do “domínio funcional do facto” (fultionelle Tatherrschaft), largamente dominante na doutrina alemã; para uma análise da *teoria do domínio do facto* e a sua conexão com a temática da responsabilidade penal das pessoas colectivas e os conceitos restritivos e extensivos de *autor*, cfr., com muito interesse, FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, “O ilícito de mera ordenação social e a erosão do princípio da subsidiariedade”, in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, vol. I, Coimbra Editora, págs. 226 a 235.

⁴⁰⁴ Cfr. CLAUS ROXIN, “O domínio por organização...”, cit., págs. 72 e 73.

membro qualificado – dirigente – da associação criminosa] para a prática do facto e quem a executa, será ainda assim possível sustentar uma relação entre si de *instigação*?

A esta possibilidade, também Roxin responde de forma negativa⁴⁰⁵. Com efeito, “um instigador não está no centro da decisão. Ele desperta a tomada de decisão, mas deve abandonar o desenvolvimento posterior do acontecimento ao instigado, o qual tem o domínio do facto determinante do acontecimento. No domínio por organização ocorre justamente o contrário: o homem-de-trás, que detém a alavanca do poder, decide sobre o «se» do facto, enquanto o executor directo produz, em geral, de forma ocasional a situação concreta de actuação. Ele não pode mudar mais nada de essencial no curso do acontecimento traçado pelo aparato, senão quando muito modificá-lo. Mesmo uma recusa à ordem, em regra, não serviria em nada para a vítima, porque as condições organizatórias-marco geralmente asseguram a execução de uma ordem também para este caso. [...] Portanto, o homem-de-trás tem de longe o máximo «poder sobre o facto» e o «domínio sobre a forma», como já reconheceu o Tribunal Distrital de Jerusalém no caso Eichmann, na medida em que expôs que o mandante na alavanca do poder transfere a responsabilidade principal para o acontecimento: «a responsabilidade aumenta quanto mais nos afastamos daquele que coloca em execução com as suas próprias mãos a arma mortal e chegamos ao nível mais elevado da ordem...». As relações de domínio são mal interpretadas se se julga o executor como autor principal e os organizadores da criminalidade em massa como figuras marginais sem domínio. Os apoiantes da solução da instigação reagem a esta constatação, na medida em que negam que a delimitação entre a autoria mediata e a instigação depende de relações concretas de poder ou na

⁴⁰⁵ O Autor dá-nos notícia de autores como Herzberg, Rotsch e Zaczyk que sustentam ser a figura da *instigação* compatível com o teor do art. 24.º do Código Penal suíço ou com o § 26 do Código Penal alemão, que exigem uma «disposição dolosa» ao facto: cfr. *ob. cit.*, p. 73.

medida em que estabelecem a tese de que o instigador tem o acontecimento nas suas mãos, justamente de modo que, sob o ponto de vista da distribuição de poder, também o controlador do domínio possa ser caracterizado como instigador.”⁴⁰⁶

Mas Roxin esclarece que “o próprio domínio do facto é um princípio normativo que, na verdade, como todos os conceitos jurídicos não pode dissolver os fundamentos factuais correspondentes ao modelo. Se se declara o poder real de condução como irrelevante, abandona-se ao mesmo tempo o critério do domínio do facto. Pois este elemento não terá mais nenhum sentido se for desconsiderado o domínio real sobre o decurso do acontecimento. [...] Instigação e domínio do facto são [...] formas de delito de categoria absolutamente diversa. Hitler e os demais ditadores podiam realizar, com auxílio do aparato existente à disposição deles, uma potencial destruição e violação do direito, que, comparativamente, não se afastava da posição do instigador normal.” [Mas] [s]e se coloca o seu poder de domínio no mesmo nível que a influência de um instigador,

⁴⁰⁶ Cfr. CLAUS ROXIN, “O domínio por organização...”, cit., págs. 73 e 74; com muito interesse, Roxin detalha as posições dos autores que sustentam que não há delimitação entre autoria mediata e instigação; por um lado, cita Herzberg, que afirma «a tentativa de determinar a autoria sobre o poder real de condução, deve ser inteiramente abandonada»; segundo Roxin “[t]rata-se aqui de uma espécie «fáctica» de observação, que pretende opor uma compreensão normativa do facto. De acordo com isso o organizador seria mero instigador, porque o executor directo mesmo não seria responsável pelo seu acto e por trás dele não seria possível uma outra autoria”; com efeito, Herzberg afirma que «Hitler, Himmler e Honecker não cometeram os delitos de homicídio que ordenaram, na qualidade de autores, senão os provocaram como instigadores». A este autor junta-se Zaczyk “na medida em que ele diz que a «inclusão do *aparato organizado de poder* dissolve as circunstâncias que o influenciaram (de forma concreta) ao acto em apreço dentro da rede – que, porém, de maneira presumível não são tão concretas que suprimam a responsabilidade do autor directo.”, sendo certo que a unir estas teses dos autores referidos há o argumento principal segundo o qual por trás de um autor que actua de forma responsável não seria juridicamente justificável a aceitação de um outro autor.” cfr. Roxin, *ob. loc. cit.*, que, mais à frente no seu estudo, detecta três falhas “cujo conhecimento abre o caminho a uma fundamentação convincente da autoria mediata.”, cfr. *ob. cit.*, págs. 78 e ss.

nivelam-se de forma normativamente simplificada enormes diferenças materiais.”⁴⁰⁷

Prossegue Roxin então para a fundamentação da autoria mediata nos casos de domínio por organização⁴⁰⁸.

O argumento principal para negar a autoria mediata nos casos de domínio por organização “baseia-se na hipótese de que por trás de um autor plenamente responsável não pode existir nenhum autor mediato”, na medida em que o “autor directo [...] enquanto detentor do domínio do facto é plenamente responsável pelo seu fazer e é responsabilizado como autor”, pelo que “é impossível pensar em atribuir ao homem-de-trás, ao mesmo tempo o domínio do facto. Assim, o «autor atrás do autor» é uma construção jurídica irrealizável [...]”⁴⁰⁹

⁴⁰⁷ Cfr. CLAUS ROXIN, “O domínio por organização...”, cit., págs. 75 e 76.

⁴⁰⁸ Não deixando de esclarecer que a “sua” proposta relativa à autoria mediata é predominante na discussão científica, com a devida fundamentação bibliográfica, cfr. CLAUS ROXIN, “O domínio por organização...”, cit., p. 77; para uma análise do problema da comparticipação criminosa no âmbito do direito [penal] internacional, com destaque para a compreensão normativa necessária no âmbito da criminalidade perpetrada no âmbito de crimes internacionais, numa “macrocriminalidade que releva do âmbito do direito penal internacional” e que “compreende [...] os comportamentos conformes ao sistema e adequados à situação no interior de uma estrutura de organização, aparelho de poder ou outro contexto de acção colectiva”, e para a análise do sentido da doutrina da *joint criminal enterprise* no âmbito do Estatuto de Roma, que não acolhe tal doutrina, mas que é aceite pelo TPIJ e TPIR, com referências expressas à [aceitação da] doutrina que analisamos de Roxin no âmbito da jurisprudência penal internacional, cfr. JOANA COSTA, *Joint Criminal Enterprise, O Problema da Imputação Individual do Facto Colectivo na Jurisprudência dos Tribunais Penais Internacionais*, Coimbra Editora, 2014, *maxime*, págs. 25 e ss. [de onde retiramos a citação que fazemos] e 309 e ss. e 322 e ss. (sendo que aqui se faz alusão expressa à decisão *Germain Katanga e Mathieu Ngudjolo Chiu*).

⁴⁰⁹ Estamos a acompanhar CLAUS ROXIN, “O domínio por organização...”, cit., págs. 78 e ss.; entre nós, FIGUEIREDO DIAS “não abdica do princípio da auto-responsabilidade do executor como critério delimitador da autoria mediata. Apenas inclui no âmbito da autoria mediata as situações em que, graças a uma actuação do homem-de-trás, o homem-da-frente age de modo não plenamente responsável, de forma que é impossível imputar-lhe o facto a título de dolo. Em seu entender, se o executor for plenamente responsável, o homem-de-trás apenas poderá ser punido como co-autor, instigador ou cúmplice. Portanto,

JORGE DE FIGUEIREDO DIAS rejeita que o domínio sobre um aparelho organizado de poder seja «forma específica de domínio da vontade e fundamento autónomo da autoria.»», cfr. TERESA QUINTELA DE BRITO, “Domínio do Facto..., cit., p. 171, que concorda com Figueiredo Dias, afirmando que “[n]ão me parece que a autoria mediata por domínio da organização [...] ofereça solução adequada para o problema da responsabilidade dos dirigentes pelos factos penais cometidos na e através da organização, seja ela uma organização vinculada ou desvinculada do Direito”, *ob. cit.*, p. 172; neste trabalho a Autora, a propósito do Acórdão do STJ de fixação de jurisprudência n.º 11/2009, analisa a construção de Maria da Conceição Valdágua (a que aquele aresto adere), de Nuno Brandão (que é muito crítico da decisão), aborda o conceito de instigação como autoria de Figueiredo Dias, elencando as quatro vantagens da instigação-autoria sobre a solução da autoria mediata do dirigente em virtude de domínio da organização: “Primeira: perde relevância a questão da dimensão da organização, em ordem a apurar se nela se verifica a rígida hierarquização e o consequente automatismo no cumprimento das ordens, alegadamente imprescindíveis à afirmação da autoria mediata do dirigente. Segunda: não interessa o tipo de relação que existe entre a organização e a ordem jurídica, de modo que a instigação poderá ter larga aplicação nos factos cometidos a partir de empresas. Terceira: a falta de fungibilidade do executor (em virtude da necessidade de conhecimentos e aptidões específicos para a prática do facto) deixa de ser um obstáculo à autoria do dirigente. Quarta: os fenómenos de dependência psicológica e de subordinação voluntária do executor ao homem-de-trás, que não tiram a plena responsabilidade ao homem-da-frente, podem acolher-se na determinação à prática do crime”, cfr. *ob. cit.*, págs. 174 a 178 e, a citação, é da n. 61.

Não obstante a visão que decorre do parágrafo anterior, depois de fazer uma breve análise à transição na doutrina portuguesa (finais dos anos 70 e anos 80) relativamente à noção de comparticipação, com a adesão maioritária à teoria do domínio do facto, que veio a ser consagrada no CP de 1982, escreve FIGUEIREDO DIAS: “[...] el miembro de la organización criminal que se limita a ordenar la práctica de la infracción, sin participar en la ejecución de la misma, nunca puede ser punido como autor mediato, siempre que el autor inmediato actúe con culpabilidad dolosa. En el marco de una vinculación estricta al principio de la responsabilidad, el dominio del-hecho pertenecería, en exclusiva, al ejecutor, constituyendo el “hombre en la sombra” o el homen-de-atrás, en el mejor de los casos, un mero instigador.”, mas prossegue constatando que “[n]o falta quiene, en la actualidad, continúe defendiendo semejante vía. La doctrina mayoritaria no se adhiere, sin embargo, a esta solución. Y el argumento central reside en la consideración de que la calificación del hombre-de-atrás como puro instigador [...] no refleja, en modo alguno, la importancia de su intervención en la puesta en práctica del delito. En el contexto de una organización criminal fuertemente disciplinada, la orden de un superior jerárquico que no interviene en la ejecución bien puede constituirse en factor decisivo para la verificación del crimen. En estos casos, el hombre-de-atrás posee, incluso, un dominio-del-hecho más efectivo que aquél que se comprueba en situaciones pacíficamente integradas en la esfera de la autoría mediata (v.g. cuando el “instrumento” es inimputable o actúa en estado de error o de coacción), circunstancia que, bajo una consideración material, y hasta con

São três as fragilidades que Roxin aponta a este argumento principal: 1.º “quem possibilita ao homem-de-trás a execução das suas ordens, não é só «instrumento» e também não é aquele que, predominantemente, deu causa com as suas próprias mãos” à prática de determinado crime, na medida em que o “verdadeiro instrumento é, ao contrário, o próprio aparato. Este consiste numa diversidade de pessoas que estão inseridas em estruturas pré-estabelecidas, que actuam conjuntamente em diferentes funções condicionadas pela organização e cuja totalidade assegura ao homem-de-trás o

mayor razón, parece implicar el tratamiento de la situación en análisis dentro del ámbito de la autoría.” Depois de referir que, para a situação descrita, acha inadmissível a solução dada por *Jescheck, Jakobs e Otto*, os quais, para salvaguardarem o princípio da responsabilidade como critério limitador da autoria mediata, assimilam a posição do homem-de-trás e do homem-da-frente ao instituto da co-autoria, “dado que no interviene en la fase de ejecución, el hombre-de-atrás nunca podrá ser considerado coautor de la infracción”, e de recusar a tese da autoria de paralela (de *Bockelmann* e de *Volk*), FIGUEIREDO DIAS esclarece “[a] mi entender, se debe a *Claus Roxin* el adecuado encuadre de la cuestión. Para este penalista, como fundamento de la autoría, el dominio-del-hecho reviste las formas del dominio-de-la-acción, del dominio-de-la-voluntad y del dominio-funcional-del hecho (o condominio-del-hecho), según se esté, respectivamente, frente a una autoría inmediata, frente a una autoría mediata o frente a una coautoría. En lo que se refiere a nuestro problema, la innovación ha residido en la introducción, más allá de los tradicionales “dominio-de-la-coacción” e “dominio-de-el-error”, de una nueva subespecie del dominio-de-la voluntad, la del llamado “dominio-de-la-organización” (*Organisationsherrschaft*) como fundamento de la autoría mediata”, prosseguindo no seu trabalho com a análise mais detalhada da doutrina de Roxin, afirmando não concordar com uma aplicação restrita de tal doutrina somente às situações relativas a organizações políticas, militares ou policiais que se apoderam do próprio aparato do Estado e funcionam através dele, e que excluem os movimentos clandestinos e as associações criminosas que operam à margem dos canais e das hierarquias públicas, afirmando que “tal restricción – que en último término, quedaría anclada en la preocupación “garantizadora” de no ensanchar demasiado el ámbito de la autoría mediata – no me parece que deba ser admitida. En efecto, la promiscuidad hoy observable entre los sindicatos del crimen y las administraciones perjudica, desde luego, el establecimiento de una separación radical entre la dos aludidas constelaciones.” cfr. “Autoría y Participación en el Dominio de la Criminalidad Organizada: El “Dominio de la Organización”, in *Delincuencia Organizada, Aspectos Penales, Procesales y Criminológicos*, Juan Carlos Ferré Olivé/Enrique Anarte Borralló (Eds), Universidad Huelva, Fundación El Monte, 1999, págs. 101 a 104.

domínio sobre o resultado.”; neste sentido, o “executor individualmente não desempenha qualquer papel decisivo para a actuação da organização, porque ela pode dispor de muitos outros executores solícitos”⁴¹⁰, pelo que o autor imediato é, assim compreendidas as coisas, totalmente fungível; 2.º o domínio da acção (do autor imediato) é uma noção diversa do domínio por organização (do homem-de-trás), sendo que é este que “garante a produção do resultado por ordem do aparato de poder existente sem a execução do facto pelas próprias mãos”⁴¹¹; 3.º, numa súmula dos factores anteriores, “o domínio do facto do homem-de-trás baseia-se em que por meio de uma ordem sua, através do aparato existente, ele pode causar o resultado com a maior segurança, como no próprio caso de

⁴¹⁰ Cfr. CLAUS ROXIN, “O domínio por organização...”, cit., p. 78, a que acrescenta a ideia segundo a qual “o domínio do facto é sempre apenas o domínio sobre o resultado típico”, *ob. cit.*, p. 79; naturalmente que esta é matéria muito sensível e controversa, cujo debate não podemos, de forma cabal, fazer, cfr., para uma detalhada análise do que sejam os aspectos fundamentais da co-autoria, com relevância para a determinação do regime da imputação do facto ao co-autor, revelando-se as diversas correntes doutrinárias, incluindo o debate feito no âmbito da doutrina portuguesa, bem como abordando os trabalhos preparatórios para a elaboração do Código Penal de 1982, cfr. MARIA CONCEIÇÃO S. VALDÁGUA, *Início da Tentativa...*, cit., págs. 111 e ss.

⁴¹¹ E a este propósito Roxin dá o sugestivo/clássico exemplo de alguém que é coagido por meio de uma ameaça de morte a praticar um facto punível, no que é uma clara possibilidade de um «autor atrás do autor», cfr. CLAUS ROXIN, “O domínio por organização...”, cit., págs. 79 e 80; “Una manipulación de esta clase normalmente se consigue generando en el autor inmediato un déficit de conocimiento o de libertad, ya sea provocando una situación de necesidad coactiva para otra persona, ya sea manipulando una decisión delictiva ajena en contra de un tercero, o bien, provocando un estado de inimputabilidad o un error de prohibición en el hombre de adelante. Pero, en ocasiones, la instrumentalización se obtiene sin necesidad de provocar en el autor inmediato ni un defecto de conocimiento ni de libertad. Me refiero a organizaciones de poder organizadas al margen de la ley, en las que el hombre de detrás dispone de capacidad para dictar órdenes, contando que las mismas serán cumplidas por los inferiores jerárquicos [...]”, assim DAVID FERNANDO PANTA CUEVA, “Breves cuestiones relativas a la autoría mediata en referencia a los aparatos de poder organizados”, *Revista Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología*, in www.iuspenalismo.com.ar/doctrina/doctrinapenal.htm, p. 3, consultado e imprimido a 6 de Fevereiro de 2012.

domínio por erro e por coacção, os quais são reconhecidos de forma quase unânime como casos de autoria mediata.”⁴¹²

Assente que fica, assim, o domínio por organização como uma forma independente de autoria mediata, Roxin trata de analisar os pressupostos sobre os quais se baseia, precisamente, em concreto, esse domínio, que são quatro: 1) o poder de mando, na medida em que só pode ser autor mediato aquele que tem o “poder [...] dentro de uma organização conduzida rigorosamente e o exerce para produzir realizações típicas”, podendo “muitos autores mediatos [...] estar um atrás do outro, em diferentes níveis da hierarquia”; 2) a desvinculação do direito pelo aparato organizado de poder, embora esta desvinculação não precise de o ser “em todos os aspectos, senão apenas no marco dos tipos penais realizados por ele”; 3) a fungibilidade do executor directo, no que é uma característica já acima, cremos nós, perfeitamente clarificada, muito embora nem toda a participação de terceiros possa assumir essa característica, na medida em que pode não existir qualquer pressão coercitiva no sentido da prática de determinada conduta, no que, a ser assim, se estará perante uma situação de instigação (podendo colocar-se outras questões, mas que dizem respeito ao modo como deva ser tratada tal figura na sua ligação à da autoria); 4) a disposição essencialmente elevada dos executores ao facto, que decorre as mais das vezes da circunstância do executor ser um elemento integrante da organização, por exemplo, o “executor solícito [que] teme, por exemplo, no caso de recusa, a perda da sua posição [na organização], o desprezo dos seus colegas ou outros prejuízos sociais; ou, apesar da forte dúvida em relação ao injusto, ele conta com a impunidade do seu fazer ordenado «desde cima»”, sendo certo que “[...] estas misturas alternadas dos factores apresentados não excluem a culpabilidade e nem a

⁴¹² Cfr. CLAUS ROXIN, “O domínio por organização...”, cit., p. 80.

responsabilidade do executor directo e também reduzem muito pouco a sua medida e, em algumas manifestações, até mesmo aumentam, porém convergem num ponto: elas conduzem a uma disposição condicionada dos membros da organização ao facto, que, juntamente com a possibilidade de substituição pelo homem-de-trás, é um elemento essencial de segurança, com base no qual ele poderia confiar no cumprimento das suas ordens.⁴¹³

A tese avançada por Roxin visou, sobretudo, a sua aplicação às situações em que há uma criminalidade produzida dentro dos Estados e exige que os quatro pressupostos para a sua verificação ocorram de forma cumulativa, sob pena de, não se determinando de forma exacta tais pressupostos do domínio por organização, se “chegar a uma ampliação sem limites da autoria mediata.”⁴¹⁴

⁴¹³ Temos vindo a acompanhar CLAUS ROXIN, “O domínio por organização...”, cit., págs. 84 a 86; a este respeito não podemos deixar de concordar com Augusto Silva Dias quando afirma que haverá fundamento para atenuar a culpa e a pena do executante, se este “for sujeito individualmente a situações próximas do domínio da coacção ou do erro pelo homem de trás (v.g. perda do salário, perseguição de familiares, esbulho de bens)”, *apud* TERESA QUINTELA DE BRITO, “Autoria e participação em organizações empresariais complexas”, *Temas de Teoria Geral do Direito Penal na Criminalidade Económico-Financeira*, CEJ, Tomo I, E-Book, 2014, p. 29: é, efectivamente, determinante a concreta análise de todos os detalhes que envolvem a *situação* do agente concreto dos factos na sua relação com a *organização* e avaliar se a sua actuação é, total ou parcialmente, *livre*; há a ponderar, no âmbito de organizações criminosas, cuja história de actuação é conhecida pelos seus membros, com um ambiente permanente de tensão/medo a envolver todos os que a ela pertencem, quer por ameaças externas (por força da actuação das forças formais de poder), quer pelas ameaças internas, decorrentes da necessidade de corresponder às expectativas da própria organização, sob pena de haver medidas de retaliação internas que são pelos seus membros conhecidas e encaradas como expectáveis; neste sentido, há que ter muito cuidado na avaliação da responsabilidade do executor e perceber o grau da sua vinculação à organização, de modo a fazer uma avaliação o mais rigorosa possível da sua *liberdade*, podendo aqui ser ponderado o seu maior ou menor conhecimento das “regras”, aferível, por exemplo, pelo seu *lugar/posição/função* na organização ou pelo seu tempo de permanência na mesma.

⁴¹⁴ Cfr. CLAUS ROXIN, “O domínio por organização...”, cit., p. 88, afirmação feita após a análise de decisões do BGH, que aplica a sua doutrina a situações que, no seu entender, não cumprem, de forma

Voltando ao enquadramento que demos à análise da tese de Roxin, entendemos que é perfeitamente enquadrável pela criminalidade produzida por força da constituição de uma associação criminosa, podendo afirmar-se a prática, em concurso real, por parte de quem, assumindo uma posição de comando/direcção dentro da *associação*, der a ordem para a prática dos crimes programados quando neles não tenha uma participação directa, quer a outros membros, subalternos, da associação, quer a quem, não lhe pertencendo, assuma tal ordem como um comando (independentemente da razão para a sua obediência, seja por temor reverencial, seja por desejo de obtenção de um determinado ganho ou vantagem) obrigatório.

Neste sentido, concluindo como Roxin, “a figura jurídica do domínio por organização pode ser igualmente aplicada, por exemplo, às actividades terroristas e determinadas formas de manifestação de criminalidade organizada⁴¹⁵, contando que existam os seus pressupostos no respectivo caso concreto.”⁴¹⁶.

cumulativa, os quatro pressupostos da sua verificação.

⁴¹⁵ Creemos que já resulta de forma clara deste estudo que o crime de associação criminosa é, sem dúvida, na expressão que citamos de Roxin, uma “manifestação de criminalidade organizada”, o que não implica qualquer coincidência conceitual entre ambos os *fenómenos*, nem, neste momento, de qualquer reforço argumentativo.

⁴¹⁶ Cfr. CLAUS ROXIN, “O domínio por organização...”, cit., p. 87; para a afirmação de uma “autoria imediata do dirigente que manipula o contexto organizacional”, em vez de a fundamentar na figura da autoria mediata, no âmbito de empresas, cfr. FERNANDO TORRÃO, *Societas Delinquere Potest? Da Responsabilidade Individual e Colectiva nos “Crimes de Empresa”*, Almedina, 2010, págs. 208 e 209, enunciando situações que configuram fraude fiscal em que os executores não praticam sequer o facto objectivamente típico, por se enquadrar a sua actividade no âmbito normal das suas funções; ora, em organizações criminosas esta possibilidade é de afastar, pois a actividade dos seus membros é enquadrada por um escopo criminoso, portanto, tem uma existência contrária ao (desvinculada do) Direito, o que, aliás, é, como vimos, um dos quatro pressupostos enunciados por Roxin para a afirmação autónoma da sua construção da autoria mediata por domínio da organização.

2. Os diversos tipos de “autores” contidos no crime de Associação Criminosa

No desenho típico do crime de associação criminosa prevêm-se diversos *tipos* ou *graus/níveis* de autores.

Há, desde logo, o enunciar de dois géneros de “autores” que se revelam distintos: os *dirigentes* e os *dirigidos* e, dentro destes últimos, os que, por um lado, “promovam” ou “fundem” o grupo, organização ou associação e os que, embora elevados à condição de autores (por prestarem algum tipo de *colaboração*, na letra da lei “apoiar” ou “prestar auxílio”), o são por emancipação legal da sua condição de cúmplices.

Entre os “dirigentes” (os que chefiam ou dirigem) e os “dirigidos” a lei cria um muito relevante fosso punitivo, na medida em que os primeiros são punidos com uma pena de prisão de 2 a 8 anos e os segundos com uma pena de prisão de 1 a 5 anos.

Se no n.º 1 do art. 299.º faz a enunciação dos *autores* que “promovem” ou “fundem” o grupo, organização ou associação, no seu n.º 2 mistura duas realidades aparentemente distintas, embora uniformize a reacção penal, pois enuncia, por um lado, os *autores* que “fazem” parte de tais grupos, organizações ou associações e, por outro lado, os que os “apoiam” ou “auxiliam”, embora o “apoio” possa ser feito de forma não tipicamente definida (pois a norma de forma expressa apenas enuncia, a título exemplificativo, que esse “apoio” pode ser dado “*nomeadamente* fornecendo armas, munições, instrumentos de crime, guarda ou locais para as reuniões), sendo que a outra modalidade de “autor não principal” que é enunciado como aquele que presta “qualquer auxílio” (faltando, no nosso modesto entendimento, na redacção legal, para ficar em português correcto, o verbo “prestar” a anteceder a expressão “qualquer auxílio”), a lei limita-o ao que seja prestado “para que se recrutem novos elementos”.

A redacção típica do art. 299.º do Código Penal revela, assim, alguma *indefinição* conceitual relativamente ao “quem” que pratica o crime, mas que pode ser explicada pela sua particularidade, decisiva a nosso ver, como tivemos oportunidade de analisar em momento anterior deste trabalho; com efeito, o que pudemos colher em momento anterior a este respeito é algo de aparentemente paradoxal: na medida em que entendemos que o conceito central do tipo de crime “associação criminosa” é a noção do que seja a definição da própria “associação” e de que a definição desta é fruto de uma relação dialéctica/biunívoca entre as pessoas que a compõem na sua relação espiritual/material, a noção do que seja o “autor” do crime de associação criminosa funde-se com a própria noção da “associação”, concluindo-se pela existência de ambos de forma concomitante.

Não podemos deixar de reconhecer, além do problema que em si mesmo se traduz a aparente elevação da qualidade de *cúmplice* à de *autor* por força da própria lei, que esta multiplicidade de “autores” da prática do crime de associação criminosa cria dificuldades, sobretudo quando se dá o seu confronto com as figuras próximas que tivemos oportunidade de analisar em momento anterior, como seja a comparticipação criminosa e o bando, na medida em que as linhas divisórias entre si se atenuam ainda mais (se não mesmo de modo insuportável nalgumas circunstâncias), exigindo uma ainda maior cautela e rigor na *objectivação* de todos os factos relevantes para a subsunção de uma dada situação da vida à figura da *associação criminosa*.

Mas as dificuldades aumentam, no que diz respeito à consistência do conceito doutrinário do que seja a associação criminosa, na medida em que a lei permite, de forma expressa, a *coabitação* entre elementos com graus muito diversos de responsabilidade e participação para a produção dessa *realidade criminosa* em que se traduz a associação criminosa.

Com efeito, por força da configuração muito alargada e flexível do que seja o *autor*

no crime de associação criminosa (como vimos congrega na figura da *autoria* agentes que prestam *auxílio* na produção do facto criminoso, o que é mais compatível com a figura da cumplicidade, tal como se mostra prevista no nosso art. 27.º do CP, ou seja, “[é] punível como cúmplice quem, dolosamente e por qualquer forma, prestar auxílio material ou moral à prática por outrem de um facto doloso”), é a própria lei que *facilita* a conclusão pela sua existência, pois não exige que a configuração dessa *realidade criminosa* seja igualmente apreendida pelos seus membros e muito menos que o papel entre eles seja equiparável ou tenha a mesma natureza.

Creemos que esta constatação torna ainda mais delicada ou frágil a exigência doutrinária que analisámos nesta parte do nosso trabalho quando perguntámos se a associação, grupo ou organização seria mesmo um *outro* e depois salientámos o papel das circunstâncias factuais objectivas como factor fundamental de aferição da existência da associação criminosa⁴¹⁷, afastando assim, como decisivo, o elemento *transcendental* – traduzível por *centro autónomo de imputação* – tão salientado, como vimos, na doutrina e jurisprudência como determinante para determinar a existência de uma associação criminosa. Este *centro autónomo de imputação*, numa dada situação concreta, poderá efectivamente existir, mas não deve ser o critério determinante ou exclusivo de aferição da associação criminosa. Noutra perspectiva, deve antes ser realçada a necessidade de alicerçar a busca pela conclusão da existência da *associação* em factos que objectivamente a comprovem, que podem assumir a mais variada natureza, assente nas relações estabelecidas entre os seus membros e na estrutura que a sedimenta, nas suas múltiplas vertentes: é da conjugação desta complexidade de elementos que se deverá concluir estarmos, numa determinada situação concreta, perante uma *associação, grupo*

⁴¹⁷ Cfr. Parte II, Cap. III, Sec. IV, 4 e Sec. V.

ou organização criminosa.

Creemos que só [permitam-nos a ousadia] esta perspectiva permite, sob o ponto de vista da definição legal do que seja o *autor* do crime de associação criminosa, conjugar a existência de membros com papéis tão díspares entre si, podendo, entre três elementos, por exemplo, *um* ser o líder, *outro* um subordinado que participa directamente na produção do facto e um *outro* um mero auxiliar na sua concretização.

Mas será que o tipo legal de crime, tal como se mostra redigido, enuncia nos seus primeiros três números os autores do crime de associação criminosa ou antes, numa aparente assimilação à categoria de “autor” afinal permite autonomizar a figura de quem participe na prática do facto como mero cúmplice, apesar de o punir com a mesma pena?

Façamos então uma análise mais sistemática do tipo legal, concentrando-nos no “quem” que pode praticar o crime de associação criminosa.

O *autor* da prática do crime de associação criminosa encontra-se *descrito* no n.º 1 do art. 299.º do CP, aí se contemplando que “[q]uem promover ou fundar grupo, organização ou associação cuja finalidade ou actividade seja dirigida à prática de um ou mais crimes é punido com pena de prisão de um a cinco anos.”, exigindo o n.º 5 do mesmo artigo que, para estarmos perante um “[...] grupo, organização ou associação” é exigido que “esteja em causa um conjunto de, pelo menos, três pessoas, actuando concertadamente durante um certo período de tempo.”

Chamamos a atenção para a circunstância de o n.º 5 do art. 299.º não fazer remissão para qualquer dos números anteriores, mas antes para todo o artigo, na medida em que no seu início consta: “para efeitos do presente artigo [...].”

Há, portanto, este primeiro passo lógico, que resulta da conjugação do n.º^{os} 1 e 5 do art. 299.º do CP para permitir definir o *autor* do crime e, por consequência, para definir em que circunstâncias se pode estar perante a existência da *associação, grupo ou*

organização.

Mas, num momento seguinte, há que fazer o trabalho de adequação dos n.ºs 2 e 3 do mesmo art. 299.º relativamente ao n.º 1, de modo a perceber se, em tais previsões, é possível integrar a qualidade de *autor* prevista no n.º 1. Desde já se deve afirmar que nenhuma questão se coloca a esse respeito quanto ao n.º 3, na medida que aí se prevê a punição do “autor líder” ou “chefe”.

E, para este segundo passo, entendemos ser de fazer uma separação entre duas circunstâncias principais que se mostram previstas no n.º 2 do art. 299.º, na medida em que aí se prevêem duas situações distintas: **1)** “[n]a mesma pena incorre **quem fizer parte** de tais grupos, organizações ou associações”, que inculca de modo expreso a possibilidade de existir uma *adesão* da parte de *alguém* a uma associação, grupo ou organização preexistente, pois só assim se pode fazer a distinção daqueles que, no n.º 1, *promovem* ou *fundam* o grupo; isto significa assim que nesta circunstância a qualidade de *autor* de todos os elementos é indiscutível e, portanto, pode relevar para se poder continuar a considerar estarmos perante uma *associação, grupo ou organização* naquelas situações em que haja um *abandono* (independentemente do motivo, que pode ser voluntário ou involuntário) de um dos *autores originários* e que assim pode ser “substituído” por um *autor superveniente* da associação; isto é, nesta situação, este *autor superveniente* pode ser relevante, sob o ponto de vista da exigência típica prevista no n.º 5 do art. 299.º, para garantir um número mínimo de [três] elementos sem os quais não se pode considerar estarmos perante uma *associação criminosa*; estamos assim perante *autores qualificados*, na medida em que a sua actuação permite *qualificar* a associação como criminosa; **2)** “[n]a mesma pena incorre [...] **quem os apoiar, nomeadamente fornecendo armas, munições, instrumentos de crime, guarda ou locais para as reuniões, ou qualquer auxílio para que se recrutem novos elementos.**”, e aqui cremos

poder estar descrita, sob o ponto de vista *material*, não a verdadeira condição de *autor*, mas a de *cúmplice* – cuja punição, todavia, é equivalente à do *autor* –, mas que não deve autorizar a total assunção à condição de autor sob o ponto de vista *material* e, por essa razão, a sua existência [a do *cúmplice* ou *autor não qualificado*, na medida em que a sua actuação não permitirá ser considerada válida para a “qualificação” da associação como criminosa, antes supõe a sua existência por força de, pelo menos, três autores qualificados] deve ser considerada irrelevante sob o ponto de vista da exigência típica do número mínimo de três elementos, isto é, o seu *apoio* ou *auxílio* não deve contar para efeitos de contabilização dos elementos que constituem a *associação, grupo ou organização*.

Quer isto assim dizer que, caso estejamos perante uma situação em que duas pessoas, de modo consistente, se reúnem e organizam com vista à prática de um ou mais crimes, com carácter de permanência, e, para o êxito do seu projecto, se socorrem de um elemento tal como se mostra descrito no n.º 2, 2.ª parte do art. 299.º do CP, isso não deve ser considerado suficiente para podermos concluir que estamos perante o número mínimo de três elementos exigido por lei, sob pena de se desvirtuarem as categorias legais e dogmáticas de *autor* e de *cúmplice*, tal como estas se mostram desde logo consagradas nos arts. 26.º e 27.º do Código Penal.

Mas para a conclusão acabada de enunciar há um elemento literal decisivo, atenta a remissão feita pelo artigo definido plural “os”, na medida em que este “quem” (da 2.ª parte do n.º 2 do art. 299.º) está vinculado aos anteriormente enunciados (os do n.º 1 e n.º 2, 1.ª parte), que são quem constitui a “associação criminosa”.

Mas esta interpretação do texto legal não implica necessariamente que estes *autores* descritos na 2.ª parte do n.º 2 do art. 299.º não sejam verdadeiros autores, na medida em que a sua função pode ser decisiva, com a sua contribuição material, para a consistência do projecto criminoso pretendido pelos elementos criadores; todavia, se é certo que a lei

os pune com a mesma pena, não menos certo é que a mesma lei supõe que a associação já está criada no momento em que a sua colaboração se dá, atenta a remissão feita pelo artigo definido plural “os” (plural, precisamente, porque a lei obriga a essa pluralidade para a constituição da associação). O que estamos é em presença de um *autor não qualificado* do crime de associação criminosa, sendo no entanto punido enquanto autor, na medida em que a sua colaboração, nos termos tipicamente descritos, não ignora que a sua contribuição é relevante para a produção do “facto principal” que todavia foi criado – e teve que ser criado, de acordo com a redacção típica – por outros que não ele.

É claro que esta descrição típica constante da 2.^a parte do n.º 2 do art. 299.º cria uma situação de fronteira muito ténue entre o *autor* como o acabamos de considerar (como *não qualificado*) e o verdadeiro cúmplice, residindo aqui, no nosso modesto entender, o problema mais delicado da sua interpretação, admitindo que possam considerar-se situações que permitam autonomizar essa colaboração prevista de forma expressa na 2.^a parte do n.º 2 do art. 299.º da pura situação de *cumplicidade*, por força do que dispõe o art. 27.º do CP⁴¹⁸.

Podemos compreender que, por razões de política criminal, o legislador tenha, aparentemente, optado por punir o cúmplice com uma pena igual à do autor; mas já não devemos aceitar que, por força dessa equiparação para efeitos da pena aplicável, se permita afirmar que os papéis desempenhados por um *autor qualificado* ou por um *autor não qualificado* ou *cúmplice* se possam equivaler sob o ponto de vista da sua relevância para efeitos da concretização do facto criminoso principal.

⁴¹⁸ Cfr. FIGUEIREDO DIAS, *Comentário...*, cit., págs. 1167 e ss. e, sobretudo, fls. 1172 e 1173, os exemplos aí dados e a exposição feita, mas que confirma, no nosso entender, a dificuldade enorme que há na autonomização das situações de cumplicidade e as de *autoria não qualificada* que resultam do desenho típico da 2.^a parte do n.º 2 do art. 299.º do CP.

Com efeito, cúmplice é aquele que, por qualquer forma, presta auxílio material ou moral à prática por outrem de um facto doloso e, nessa medida, a “cumplicidade diferencia-se da co-autoria pela ausência do domínio do facto; o cúmplice limita-se a facilitar o facto principal, através do auxílio físico (material) ou psíquico (moral), situando-se esta prestação de auxílio em toda a contribuição que tenha possibilitado o facto principal ou fortalecido a lesão do bem jurídico cometida pelo autor. A cumplicidade traduz-se num mero auxílio, não sendo determinante da vontade dos autores nem participa na execução do crime, mas é sempre auxílio à prática do crime e nessa medida contribui para a prática do crime, é uma concausa da prática do crime”⁴¹⁹; ou, por outras palavras, pode ler-se no Ac. do STJ de 5 de Junho de 2012 que “[...] a cumplicidade pressupõe a existência de um facto praticado dolosamente por outro, estando subordinada ao princípio da acessoriedade. O cúmplice não toma parte no domínio funcional dos actos constitutivos do crime, isto é, tem conhecimento de que favorece a prática de um crime, mas não toma parte nela, limitando-se a facilitar o facto principal.”⁴²⁰; quer dizer, nas palavras de JOSÉ DE FARIA COSTA, “[...] a cumplicidade experimenta uma subalternização, relativamente à autoria. [...] Isto é, fazendo apelo a um velho critério – que apesar de tudo é altamente operatório –, deparamo-nos aqui com uma causalidade não essencial. A infracção sempre seria praticada, só que o seria em outro tempo, lugar ou circunstância.”⁴²¹

Como forma de condensarmos o que temos vindo a expor, cremos ser oportuno

⁴¹⁹ Cfr. Ac. da Relação de Évora, de 11 de Março de 2014, in www.dgsi.pt, consultado e imprimido em 28 de Setembro de 2016, relatado por José Martins Simão.

⁴²⁰ Cfr. www.dgsi.pt, Processo 148/10.3SCLSB.L1.S1, relatado por Armindo Monteiro, consultado e imprimido em 23 de Setembro de 2016.

⁴²¹ Cfr. “Formas do Crime”, in *Jornadas de Direito Criminal, O Novo Código Penal Português e Legislação Complementar*, Fase I, CEJ, 1983, p. 174.

avancar com dois exemplos de forma a deixar mais clara a mensagem que queremos transmitir.

Exemplo I: **A**, **B** e **C** constituíram uma associação criminosa. **C** entretanto faleceu. **A** e **B** decidem prosseguir com o seu intuito criminoso não obstante o falecimento de **C** e, para tal, contactam **D** para que este lhes forneça um local para esconder as armas de que precisam para a realização dos seus objectivos. Na situação descrita **A**, **B** e **C** são os autores do crime de associação criminosa e o falecimento de **C** extingue quanto a este naturalmente a sua responsabilidade criminal (art. 127.º do CP), mas não quanto a **A** e **B**, que sempre serão condenados pela prática do crime de associação criminosa, mesmo que o seu conhecimento por parte das autoridades formais de controlo seja posterior ao falecimento de **C**. Já quanto a **D**, que não tomou parte em qualquer facto relativo à criação/formação/adesão da associação criminosa, mas apenas colaborou da forma descrita após a morte de **C**, cremos que não pode ser considerado responsável pela prática do crime de associação criminosa, quer como autor, quer como cúmplice e, portanto, o seu papel é irrelevante para a conclusão pelo número mínimo de três elementos exigidos por lei para que se possa estar perante uma associação criminosa, podendo ter praticado algum outro crime relacionado com os que, em concreto, puderem ter sido programados e concretizados no seio da associação criminosa originariamente constituída; nesta situação, os crimes objecto (programados) da associação criminosa que tenham sido cometidos ainda em vida de **C** devem ser punidos em concurso real com o de associação criminosa e, poderia perguntar-se se a resposta deverá ser diferente depois do falecimento deste último, na medida em que só subsistem dois dos elementos originários (**A** e **B**); com efeito, esta última hipótese poderá permitir concluir que deixou de subsistir a *associação criminosa* por falta do número mínimo de elementos exigidos por lei, pelo que somente poderiam ser condenados pelos crimes projectados e não já também pelo crime de associação

criminosa, na medida em que deixou de estar verificado um dos pressupostos típicos, precisamente, o número mínimo de três elementos. Todavia, caso se conclua que a colaboração de **D**, não obstante deva ser considerada irrelevante quanto a este – dada a sua condição material de *cúmplice* ou de *autor não qualificado* – permita continuar viva a “ideia” criada por A, B e C, então essa circunstância pode permitir ponderá-lo como terceiro elemento sem o qual não pode haver associação criminosa; nesta situação, relativamente a **A** e **B**, o recrutamento de **D** permite prosseguir o projecto criminal inicial e, relativamente a eles, concluir pela subsistência da *associação criminosa*, pois são quem tem o total domínio do facto e, para eles, sob o ponto de vista do projecto inicial da *associação criminosa*, o papel de **D** é essencial para o seu prosseguimento, muito embora, para este, o não seja, pois não tomou qualquer participação essencial, antes desempenhando um papel meramente instrumental. Isto é, nesta última situação, no momento em que se dá a intervenção de **D** já não subsistem os três elementos essenciais para se concluir pela associação criminosa, pelo que, quanto a ele, não pode verificar-se a sua emancipação à condição de autor, que somente seria possível perante “os” (artigo definido plural utilizado pela norma, como vimos, que incute a ideia de remissão para “os” que constituíram a associação e têm de ser no mínimo três) elementos integradores da associação.

Exemplo 2: numa ligeira, mas decisiva, alteração factual relativamente ao exemplo anterior, e sempre no pressuposto de que estão reunidos todos os pressupostos para se concluir existir uma associação criminosa, **D** iniciou a sua colaboração com **A**, **B** e **C**, fornecendo um local para que seja depositadas armas fornecidas por estes. Nesta situação, a lei faz equivaler o papel de **D** ao de autor (2.^a parte do n.º 2 do art. 299.º), nessa medida, a sua punição será, em abstracto, igual à de **A**, **B** e **C**, muito embora, naturalmente, tenha de haver um reflexo do seu real papel – materialmente de cúmplice ou, como *supra*

designámos, de *autor não qualificado* – quando em comparação com os de **A**, **B** e **C** no momento da graduação da medida concreta da pena.

Com estes dois exemplos pretendemos que fique clara a nossa ideia no sentido de se poder afirmar que as categorias da *autoria* e da *cumplicidade* só aparentemente são alvo de total aglutinação no tipo legal da associação criminosa, antes mantendo toda a sua autonomia, quedando-se a sua efectiva equiparação no que diz respeito à pena aplicável em abstracto que é igual, muito embora, no momento da sua aplicação concreta não possam deixar de ser valorados os critérios legalmente previstos que obrigam a destringir o grau de contribuição de cada um para a produção do facto criminoso, em obediência ao que se dispõe desde logo no art. 40.º, n.º 2 do CP, pois “[e]m caso algum a pena pode ultrapassar a medida da culpa”, mas também os demais critérios de determinação da medida da pena que se mostram previstos no art. 71.º do CP, sendo certo que, como critério geral, se tem de considerar que a “determinação da medida da pena, dentro dos limites definidos na lei, é feita em função da culpa do agente e das exigências de prevenção.”, cfr. n.º 1 do art. 71.º do CP e, efectivamente, em concreto, no exemplo 2 referido, não são naturalmente equiparáveis os papeis desempenhados em concreto por A, B e C e o desempenhado por D.

Mas esta necessidade de destringir os papeis desempenhados no âmbito de uma associação criminosa pelos seus autores sob o ponto de vista material e os que lhe fornecem o contributo enquanto cúmplices ou *autores não qualificados* (não obstante ao nível da punição tenham a mesma pena abstracta) tem ainda relevo quanto aos crimes que são concretizados pela ou através da associação criminosa.

Com efeito, entendemos que o concurso real com tais crimes é indiscutível relativamente aos *autores* da associação criminosa, tal como estes se mostram descritos nos n.ºs 1 e 2.º, 1.ª parte e 3 do art. 299.º do CP, mas não com a mesma facilidade

relativamente aos *autores* (que como tentámos mostrar são, sob o ponto de vista material, verdadeiros *cúmplices*) que se encontram previstos na 2.^a parte do n.º 2 do art. 299.º do CP, pois a sua participação para o cometimento desses outros crimes, por um argumento de maioria de razão, não será maior (se é que por vezes há alguma e, nessa circunstância, nenhuma responsabilidade criminal lhes poderá ser assacada) do que aquela que têm no âmbito da própria associação criminosa e, nessa medida, a sua condição efectiva de cúmplice será a que poderão ter *eventualmente* no âmbito desses crimes concretizados pela associação criminosa e só como tal poderá a sua conduta ser punida e não mais do que isso; por outras palavras, não pode haver um efeito de contágio da equiparação que, sob o ponto de vista da punição, se assiste entre *autor qualificado* e *autor não qualificado* no âmbito do art. 299.º, relativamente aos crimes cometidos pela associação criminosa, sendo essencial averiguar, relativamente a estes concretos crimes cometidos, qual o papel que nos mesmos desempenha aquele que, sob o ponto de vista material, é apenas um verdadeiro *cúmplice* da associação, grupo ou organização criminosa.

2.1 A atenuação especial e/ou ausência de punição do n.º 4 do art. 299.º do Código Penal

O n.º 4 do art. 299.º do CP⁴²² tem a seguinte redacção: “As penas referidas podem ser especialmente atenuadas ou não ter lugar a punição se o agente impedir ou se esforçar seriamente por impedir a continuação dos grupos, organizações ou associações, ou comunicar à autoridade a sua existência de modo a esta poder evitar a prática de crimes.”

⁴²² Podemos observar normas de natureza semelhante nos arts. 89.º, n.º 4 da Lei n.º 15/2001, de 5 de Junho, do art. 2.º, n.º 5 da Lei n.º 52/2003, de 22 de Agosto, do art. 13.º, n.º 2 da Lei n.º 50/2007, de 31 de Agosto e art. 45.º, n.º 4 da Lei n.º 27/2009.

Diríamos ser muito interessante a redacção da norma agora alvo da nossa atenção, pelas questões que coloca e decorrem da sua redacção típica e, sobretudo, pelas que não resolve.

É desde logo muito claro que a atenuação especial ou a ausência de punição ocorre supondo sempre que o crime de associação criminosa está consumado, “não havendo [...] lugar a uma punição autónoma da tentativa, não haverá também lugar, em princípio, a uma verdadeira **desistência** [...]”⁴²³.

Se podiam subsistir algumas dúvidas quanto a saber se ao tipo de crime de associação criminosa podiam ser aplicadas os institutos da tentativa e da desistência constantes da parte geral do CP, em face desta norma fica mais claro que deve ser precisamente essa a conclusão, razão por que FIGUEIREDO DIAS diz “por isso mesmo se compreende que, para alcançar finalidades político-criminais idênticas às tidas em vista com aqueles preceitos o legislador se tenha visto na necessidade de editar a regulamentação contida no art. 299.º, n.º 4”⁴²⁴.

Nenhum esforço argumentativo acrescido merece esta constatação, que é aliás coerente com a antecipação da tutela penal que justifica a existência do tipo de crime da associação criminosa.

A previsão legal surge, assim, como uma forma de compensar os agentes do crime de associação criminosa em duas situações: 1.º impedirem ou fizerem um esforço sério

⁴²³ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Comentário...*, cit., p. 1170, § 38 e 39.

⁴²⁴ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Comentário...*, cit., p. 1170, § 39, numa abordagem mais conciliadora do que aquela que teve oportunidade de explanar em trabalho anterior, *As Associações Criminosas...*, cit., págs. 69 e ss. em que se mostrou muito crítico da redacção do à data n.º 4 do art. 287.º do CP, na medida em que afirmava que “o disposto no n.º 4 do art. 287.º [...] parece surgir como *lex specialis* perante o regime constante dos [...] artigos 24.º e 25.º, e aqui reside uma fonte de inúmeros problemas.”, *ob. cit.*, p. 69.

por impedir a sua continuação enquanto associação criminosa; 2.º comunicarem à autoridade a sua existência de modo a esta poder evitar a prática de crimes.

Analisemos brevemente cada uma das circunstâncias.

A primeira diz respeito à circunstância de o agente impedir ou fizer um esforço sério por impedir a continuação da associação criminosa.

Esta primeira circunstância está, sob o ponto de vista típico, circunscrito ao crime de associação criminosa em si mesmo considerado e este é o pressuposto que a faz distinguir da outra circunstância, que pressupõe a análise dos crimes praticados pela associação criminosa⁴²⁵.

Perante os requisitos legais enunciados cumpre perguntar então de que forma podem ser avaliadas as duas exigências: 1) Impedir a continuação da associação criminosa e o 2) Fizer esforço sério por impedir a continuação da associação criminosa.

Na situação de o agente impedir a continuação da associação criminosa, para a atenuação especial e/ou ausência de punição deve ser ponderado o tempo de duração da associação, os crimes entretanto praticados e as consequências globais dos factos praticados para a comunidade, aferível pelo grau de lesão dos bens jurídicos violados; deve, ainda, ponderar-se a “motivação” do agente para decidir por tal atitude na sua relação interna com os demais agentes da prática do crime.

Por outro lado, como deve ser avaliada a forma como se consubstancia esse impedir?

⁴²⁵ Nesta medida cremos que a ponderação afirmada por FIGUEIREDO DIAS a propósito deste requisito quando diz que “basta [ao agente] que o cometimento de *um* crime pela organização tenha sido impedido ou tenha havido esforço sério por o impedir – sobretudo tratando-se de um crime essencial ou importante para a consecução ou a continuação das actividades criminosas da organização” [in *Comentário...*, cit. p. 1171, § 40, *in fine*] deverá ser ponderado a propósito da segunda circunstância prevista na norma, isto é, de o agente comunicar à autoridade a existência da organização de modo a esta poder evitar a prática de crimes.

Cremos que pode ser através da sua auto-exclusão quando a sua função for preponderante na existência da associação criminosa, nomeadamente, por assumir uma posição de liderança e, nas associações compostas apenas por três elementos, tal auto-exclusão for suficiente para a extinção da associação criminosa⁴²⁶.

Pode perguntar-se, noutra perspectiva, se o agente está obrigado a denunciar os demais elementos que compõem a associação? Cremos que esse é um elemento muito relevante para poder a decisão ser mais favorável ao agente denunciante (quer pela decisão de uma medida da pena mais benévola no quadro da atenuação especial da pena, quer permitindo com mais facilidade a opção pela ausência de punição). Cremos que poderá ainda ser suficiente revelar a estrutura organizativa da associação, permitindo decompor parcial ou totalmente a sua infra-estrutura, revelando, por exemplo, meios de financiamento, locais de reunião ou de armazenamento de bens provenientes dos crimes ou de armas utilizadas na sua perpetração, sempre dependendo de cada caso concreto aferir do grau de essencialidade dessa *estrutura* revelada para a destruição da associação criminosa, sendo que se originar esta última poderá ser feita, com menos resistência, a opção pela ausência de punição.

E como avaliar o esforço sério para impedir a continuação da associação criminosa?

Figueiredo Dias afirma que a actuação do agente neste sentido deverá ser *voluntária*, em termos análogos aos que ocorrem na autêntica desistência da tentativa, tal como se mostram previstos nos arts. 24.º e 25.º do CP⁴²⁷, o que merece a nossa concordância,

⁴²⁶ Nesta medida discordamos da afirmação de FIGUEIREDO DIAS quando afirma que “já não será suficiente porém que o agente tenha revelado a sua indisponibilidade para o cometer [o crime de associação criminosa] ou nele participar.”, cfr. *Comentário...*, cit., p. 1171.

⁴²⁷ Cfr. *Comentário...*, cit., p. 1171, § 40; cfr., com muito interesse, a propósito do que deva ser considerado “esforço sério”, FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, *A Relevância da Desistência em Situações de Participação*, Almedina, 1992, págs. 206 a 229.

muito embora não seja assim o regime legal muito claro na definição do seu regime, dando um critério muito pouco preciso para fazer tal aferição. Decisiva será sempre a análise de todos os elementos de facto de que o tribunal se possa socorrer para fundamentar tal conclusão relativa à seriedade do esforço, que tanto mais reconhecido será quanto maior tiver sido o êxito obtido com a atitude do agente, no sentido de ter sido impedida a continuação da associação criminosa.

Analisemos agora a **segunda circunstância**: o agente comunicar à autoridade a existência da associação criminosa de modo a esta poder evitar a prática de crimes.

Este requisito está directamente relacionado com o *objecto* da associação criminosa, pelo que é relevado o comportamento do agente que comunica à autoridade a existência da associação e, por essa via, permite à autoridade evitar a prática de crimes.

Em face da redacção legal, não acompanhamos FIGUEIREDO DIAS quando afirma que “ao contrário do que sucede na hipótese anterior, parece tornar-se necessário [...] que a comunicação tenha *efectivamente evitado* a prática de (pelo menos) um crime pela organização, tomando deste modo o agente inteiramente sobre si o risco de que a actividade persecutória e/ou preventiva das autoridades não tenha logrado êxito.”⁴²⁸ Entendemos que a redacção legal, à semelhança da primeira circunstância referida, não exige ao agente, com a sua comunicação às autoridades, uma *obrigação de resultado*, devendo antes este, a existir, ser ponderado, em face de todas as demais circunstâncias globais apuradas, para decidir pela atenuação especial da pena ou pela ausência de punição. Aliás, cremos que a alteração promovida à redacção deste n.º 4 do art. 299.º, quando comparada com a que constava do anterior n.º 4 do art. 287.º do CP de 1982, permite reforçar, sob o ponto de vista teleológico, o sentido que pugnamos.⁴²⁹

⁴²⁸ Cfr. *Comentário...*, cit., p. 1171, § 41.

⁴²⁹ Cfr. *supra* Parte I, Cap. I, Sec. II, 4, onde pudemos constatar que o legislador, com as alterações

2.1.1 Uma norma com ou sem sentido?

Da jurisprudência nacional, desde a entrada em vigor do CP de 1982, não temos conhecimento de qualquer decisão que a tenha aplicado.

Apenas tomámos conhecimento de um Acórdão do STJ⁴³⁰ que aplicou a norma do art. 31.º do D.L. n.º 15/93, de 22 de Janeiro⁴³¹ (cuja redacção congrega os requisitos constantes do n.º 4 do art. 299.º do CP, mas alia ainda outras influências que se podem colher do instituto da atenuação especial da pena prevista no art. 72.º do CP) cuja fundamentação para a aplicar não deixa de ter relevância, na medida em que se socorre não só de critérios que a própria norma em causa exige, mas pondera circunstâncias de outra natureza, que são efectivamente decisivas numa criminalidade que se caracteriza

introduzidas, incutiu uma ideia de menor exigência para que o agente pudesse beneficiar da atenuação especial da pena ou da ausência de punição.

⁴³⁰ Cfr. Ac. STJ de 12 de Janeiro de 1994, relatado por Ferreira Vidigal, in *BMJ*, n.º 433, Fev/1994, págs. 237 a 247; por exemplo, o Acórdão do STJ, de 22 de Outubro de 2008, relatado por Armindo Monteiro, processo 08P2832, in www.dgsi.pt, não aplicou a norma do art. 31.º, n.º 1 do DL n.º 15/93, de 22 de Janeiro, definindo-a como “uma norma premial, ditada por especiais razões para um contexto particular, em que abunda o risco reduzido de reincidência ou a cooperação na luta contra o crime por banda do agente”, e adiantando que o “auxílio a que se reporta [...] tanto pode ter em vista a captura ou identificação de pessoas singulares como as pertinentes a grupos, associações ou organizações.”, estando “[...] longe de preencher os [seus] pressupostos materiais [...] o arguido que mantém o consumo regular de haxixe e não presta qualquer auxílio decisivo na recolha de provas no âmbito do processo em causa – embora tenha fornecido às autoridades, relativamente a um outro inquérito que versa sobre tráfico de estupefacientes, informações importantes referentes a um indivíduo, sendo certo que informações importantes não são decisivas, na exigência da lei, no sentido de sem elas a perseguição penal ficar comprometida ou fortemente dificultada.”

⁴³¹ Com a seguinte redacção: “Se, nos casos previstos nos artigos 21.º, 22.º, 23.º e 28.º, o agente abandonar voluntariamente a sua actividade, afastar ou fizer diminuir por forma considerável o perigo produzido pela sua conduta, impedir ou se esforçar seriamente por impedir que o resultado que a lei quer evitar se verifique, ou auxiliar concretamente as autoridades na recolha de provas decisivas para a identificação ou captura de outros responsáveis, particularmente tratando-se de grupos, organizações ou associações, pode a pena ser-lhe especialmente atenuada ou ter lugar a dispensa de pena.”

pela sua complexidade e violência.

Afirma-se o seguinte em tal decisão: “Face a um circunstancialismo que se teve como altamente atenuativo, o ora recorrente foi beneficiado com uma atenuação extraordinária da pena, não obstante a extrema gravidade das imputações e do que quanto a elas se provou. [...] De acentuar que tudo quanto beneficia o agente é posterior à prática dos delitos, o que deixa subsistir a ilicitude do seu comportamento e o dolo com que sempre actuou. De todo o condicionalismo enunciado [...] vê-se que o [recorrente], pragmaticamente, ainda que com bastante interesse prático, apenas concorreu para a recolha de provas e captura de outros responsáveis, o que, impondo a atenuação que teve lugar, é claramente insuficiente para dar lugar a uma dispensa de pena. [...] Não é despiciendo que se haja reconhecido que a sua colaboração com as autoridades comporta riscos pessoais, para si e sua família, conquanto tais riscos se não vislumbrem em concreto mas em razão da experiência da vida.”⁴³²

Que dizer de uma norma que não é aplicada? Cremos ser legítimo afirmar, perante uma norma que não é aplicada, que a sua existência se não justifica⁴³³, não só pelas críticas justamente dirigidas por FIGUEIREDO DIAS⁴³⁴, mas sobretudo porque esta é

⁴³² Cfr. Ac. STJ de 12 de Janeiro de 1994, in *BMJ*, cit., p. 245.

⁴³³ Razão assistia a FIGUEIREDO DIAS quando enunciou o fracasso previsível desta norma, in *As Associações Criminosas...*, cit., págs. 69 a 72.

⁴³⁴ Cfr. FIGUEIREDO DIAS, in *As Associações Criminosas...*, cit., págs. 71 e 72, nomeadamente ao afirmar que a sua redacção coloca tal norma “contra as instantes exigências político-criminais que justificam, em casos como estes, o alargamento do privilégio da desistência e o faz conter – como *lex specialis* derogante do regime geral dos artigos 24.º e 25.º – uma regulamentação inútil, contraditória e em definitivo imprestável. Que não deixa de o ser mesmo quando se considere legítima uma interpretação o mais possível *extensível* do disposto naquele n.º 4, em qualquer uma das alternativas que prevê. Interpretação extensiva esta que conduziria, por um lado, a considerar que no «impedir a continuação dos grupos, organizações ou associações» se incluíam também as acções que, não afectando estruturalmente a associação, todavia, impedem o prosseguimento, com êxito, dos seus fins criminosos. [...]”, *ob. cit.*, págs.

matéria que obrigaria a um repensar de toda a resposta do nosso ordenamento jurídico-penal para estas situações em que há uma colaboração de arguidos em criminalidade como a que envolve o tipo de crime da associação criminosa.

Em face da ausência de decisões jurisprudenciais relativas à aplicação de um regime de atenuação especial da pena ou de ausência de punição em casos de colaboração de agentes neste tipo de crime, podemos retirar uma conclusão e alimentar uma suspeita: a conclusão é a de que o regime actual é absolutamente ineficaz; a suspeita é a de que a colaboração dos agentes é feita segundo regras não escritas e, portanto, não controláveis e, assim, permitindo que entre agentes de crimes e os [seus] investigadores se criem laços e cumplicidades que são de todo inaceitáveis num Estado de Direito, gerando, com relativa facilidade, problemas “outros” como sejam fenómenos de corrupção entre investigados e investigadores.

Creemos ser urgente que o sistema jurídico-processual-penal seja munido de uma resposta legislativa que enquadre o comportamento dos “arrepentidos” da prática de crimes como o da associação criminosa, de forma a ser avaliado todo o contexto de tal arrependimento (mesmo que “pragmático”, como é relatado no Ac. do STJ *supra* referido), com regras claras relativas à exigência de resultados a tal colaboração, bem como regras claras relativas à “compensação” devida aos arrependidos, seja

71 e 72; muito embora concordemos com a sua ideia segundo a qual teria sido melhor a adopção de uma norma como a que estava prevista no Anteprojecto da Parte Especial do Código Penal de EDUARDO CORREIA, que acrescentava, ao n.º 5 [em tudo semelhante à previsão do n.º 4 do art. 299.º] um n.º 6 ao art. 241.º [do Projecto], cuja redacção era a seguinte: «Quando o efeito previsto no número anterior se verificar independentemente da acção de um agente, bastará, para que este beneficie da atenuação ou isenção, que ele se tenha voluntária e seriamente esforçado para o conseguir.», na medida em que a questão diz respeito à ausência de resposta do sistema jurídico-penal como um todo, como, de forma muito sintética, afirmamos em texto, pois esta é temática, embora fundamental, que não podemos, com cabal profundidade, analisar neste trabalho.

relativamente à possibilidade de atenuação especial da pena ou da ausência de punição, seja relativamente à execução da pena (com regimes especiais de protecção), seja ainda relativa a um regime de protecção da integridade física/vida dos colaboradores e seus familiares, não devendo ser posta de parte permitir uma mudança de identidade de quem assim colabora.

Creemos que uma muito relevante fonte orientadora e inspiradora poderá ser, no nosso ordenamento jurídico, o regime estabelecido na Lei n.º 93/99, de 14 de Junho, que prevê a aplicação de medidas para protecção de testemunhas em processo penal, da qual destacamos, por um lado, a sua natureza excepcional (na medida em que só podem ser aplicadas as medidas aí previstas quando, em concreto, se mostrarem necessárias e adequadas à protecção das pessoas e à realização das finalidades do processo) e, por outro, a necessidade de assegurar o princípio do contraditório, que garanta o justo equilíbrio entre as necessidades de combate ao crime e o direito de defesa (cfr. o seu art. 1.º, n.ºs 4 e 5); este diploma deve ser devidamente conjugado com o regime jurídico constante do DL n.º 190/2003, de 22 de Agosto (com a actualização promovida pelo DL n.º 227/2009, de 14 de Setembro), que regulamentou, de forma pormenorizada e cuidadosa, a protecção de testemunhas estabelecido pela Lei *supra* em referência, prevendo, nomeadamente, não só o modo como se pode concretizar a confidencialidade da identidade, como medidas pontuais de segurança, desde a protecção policial à segurança na prisão (com isolamento em relação a outros reclusos e o transporte em viatura diferente) e prevendo, no âmbito de um programa especial de segurança, a alteração da identidade (temporária) e o local físico de residência habitual.

Temos infelizmente como fundada a ideia segundo a qual “[s]em arrependidos a história do poder não poderia ser escrita. A verdade dos factos, os pormenores, os mecanismos, sem arrependidos só são descobertos dez ou vinte anos depois, um pouco

como se um homem só depois da morte compreendesse como funcionavam os seus órgãos vitais.”⁴³⁵

Aliás, esta ideia é antiga, como já tivemos oportunidade de observar pela referência que é feita à conveniência de prometer a impunidade aos arrependidos ou aos desistentes ou a redução das penas a quem contribua para que o mal anunciado não se venha a realizar, em pleno século XIX, no Código das Duas Secílias⁴³⁶.

Neste sentido ainda se compreendem as recomendações decorrentes de legislação internacional, de que destacamos: a) a Resolução do Conselho de 20 de Dezembro de 1996⁴³⁷, relativa às pessoas que colaboram com a justiça na luta contra a criminalidade organizada internacional, enunciando que “[c]onvictos de que é possível melhorar consideravelmente o conhecimento das associações criminosas e tornar mais eficaz a repressão das suas actividades se se utilizarem as declarações prestadas às autoridades competentes pelos membros dessas associações que aceitarem colaborar com a justiça”, então “[c]onvida os Estados-membros a analisarem [...] em conformidade com os princípios gerais do respectivo direito nacional, benefícios às pessoas que, tendo deixado de fazer parte de uma associação criminosa, se empenhem no sentido de impedir a continuação da actividade criminosa [...]”, pelo que convida “os Estados-membros a adoptarem medidas de protecção adequadas de qualquer pessoa, bem como, sempre que necessário, dos seus pais, filhos e outras pessoas próximas [...]”; b) a já abordada neste estudo Convenção de Palermo, que no seu artigo 26.º, n.º 1 prevê que “[c]ada Estado adoptará as medidas adequadas para encorajar as pessoas que participem ou tenham

⁴³⁵ Cfr. ROBERTO SAVIANO, *Gomorra...*, cit., p. 320.

⁴³⁶ Cfr. *supra* n. 11, *máxime*, in fine; ou, outro exemplo, noutro momento temporal, mais recente, e já referido neste estudo, a lei alemã da testemunha-chave, cfr. *supra* n. 236.

⁴³⁷ JO n.º C 010 de 11/1/1997, págs. 1 e 2.

participado em grupos criminosos organizados” e, nessa medida, cada Estado “poderá considerar a possibilidade, nos casos pertinentes, de reduzir a pena de que é passível um arguido que coopere de forma substancial na investigação ou no julgamento dos autores de uma infracção prevista na presente Convenção⁴³⁸” (n.º 2) ou “poderá considerar a possibilidade, com conformidade com os princípios fundamentais do seu ordenamento jurídico interno, de conceder imunidade a uma pessoa que coopere de forma substancial na investigação ou no julgamento dos autores de uma infracção prevista na presente Convenção”⁴³⁹; c) ou ainda o art. 4.º da também já abordada Decisão-Quadro 2008/841/JAI, de 24 de Outubro, que prevê que “[c]ada Estado-Membro pode tomar as medidas necessárias para garantir que as penas previstas [...] possam ser reduzidas ou que o autor da infracção possa beneficiar de uma isenção de pena caso, nomeadamente: a) renuncie às actividades criminosas e b) forneça às autoridades administrativas ou judiciais informações que essas autoridades não teriam podido obter de outro modo e que as ajudem a i) prevenir, fazer cessar ou limitar os efeitos da infracção, ii) identificar ou levar a julgamento os demais autores da infracção, iii) encontrar provas, iv) privar a organização criminosa de recursos ilícitos ou do produto das suas actividades criminosas, ou v) impedir a prática de outras infracções a que se refere no artigo 2.º (infracções relativas à participação em organização criminosa).”

⁴³⁸ Devemos salientar que as infracções previstas na Convenção de Palermo vão além da associação criminosa, como seja o branqueamento de capitais (arts. 6.º e 7.º) e a corrupção (art. 8.º).

⁴³⁹ Para uma abordagem mais completa a esta matéria, onde se faz a abordagem ao estatuto do “arrepentido” em Espanha e em Itália, cfr. FERNÁNDEZ LAREDO ASUNCIÓN, *El arrepentimiento en la criminalidad organizada*, Universidad de Alcalá, 2009, E_Buah Biblioteca digital de la Universidad de Alcalá, Tesis Doctorales, págs. 67 e ss., 146 e ss. e 211 e ss.

Abordagem conclusiva à Parte II

Nesta Parte II avançamos com mais detalhe na análise do tipo de crime “associação criminosa”, começando pelo que intitulamos de confrontações objectivas e subjectivas, e, de modo concomitante, entrando no debate relativo à distinção deste tipo de crime com o conceito de “criminalidade organizada”.

Nesse sentido, socorremo-nos da análise comparada (permitindo discernir com mais rigor as influências internacionais na sedimentação do conceito de criminalidade organizada e, simultaneamente, apercebendo-nos do modo como foi consagrado, em algumas parte do globo, o tipo de crime da associação criminosa).

Detivemo-nos, com detalhe, na concepção de criminalidade organizada de Figueiredo Dias (a que dedicámos o Cap. II) e tentámos mostrar que a [sua] estrita conexão feita ao tipo de crime de associação criminosa pode ter consequências que fragilizam a plasticidade do conceito de criminalidade organizada, que é, assim, um conceito mais amplo e de natureza outra (também criminológica), que não deve ficar “amarrado” ao tipo de crime da associação criminosa e que, desse modo, poderá permitir abarcar fenómenos criminosos não compatíveis com o tipo de crime da associação criminosa, mas que podem ser enquadrados, por exemplo, pelo conceito de rede criminosa; neste sentido, fizemos uma abordagem à sua destriça mútua, avançando com a ideia de rede criminosa como conceito de aprofundamento do conceito de criminalidade organizada (tendo, num momento posterior, regressado com mais detalhe a este conceito de rede criminosa, por contraposição com o tipo de crime da associação criminosa).

Retomámos, após a abordagem feita à criminalidade organizada (e com o fito de a ela voltar num momento posterior deste trabalho, agora com o enfoque no que possa ser o conceito sob a perspectiva da nossa Constituição), à análise do tipo de crime da

associação criminosa, tentando discernir o que se deva entender pelo subconceito de “associação”, questionando se este se deve circunscrever a uma estrita ideia de “transcendência”, que a permita afirmar com um “outro” completamente distinto dos membros que a compõem; tentámos pôr em causa tal perspectiva, com a afirmação da essencialidade da análise das “circunstâncias factuais objectivas” que envolvem a prática do crime de associação criminosa, num estímulo analítico que é dado, desde logo, pela Convenção de Palermo; nesta medida, regressámos ao Acórdão do STJ de 27 de Maio de 2010, no sentido de saber se a factualidade aí apurada permitia, ou não, concluir pela existência de uma associação criminosa, tendo concluído pela positiva, considerando que havia elementos de facto que permitiam afirmar a existência de uma verdadeira *associação criminosa*; alicerçámos a nossa posição numa ideia essencial: a ideia de “transcendência”, por si só, pode ser sinónimo de falta de controlo concreto das circunstâncias que se devem exigir para se afirmar a existência de uma “associação” criminosa, sob pena de a decisão judicial, em busca dessa tal transcendência, poder alicerçar a sua “ideia” em critérios subjectivos não fundamentada em factos mas em meras conclusões, cuja arbitrariedade pode assim ser uma consequência indesejável, mas a que se chega por força do pressuposto teórico exigido, no que será um resultado paradoxal e, a todos os títulos, de evitar.

Na lógica segundo a qual da discussão nasce a luz, optámos, de forma tópica, por confrontar o tipo de crime da associação criminosa com diversas figuras com as quais pode ter semelhanças, algumas das quais foram sendo referidas em momento anterior; nesta medida, confrontámos a associação criminosa com as noções de participação criminosa, de *bando*, rede criminosa e com a própria criminalidade organizada.

Após o confronto “dialéctico” referido, regressámos, convencidos de estarmos na posse de mais elementos orientadores, à análise do tipo de crime da associação criminosa,

procurando decompor o tipo legal, no sentido de definir os critérios de definição da Autoria no âmbito do crime em causa; a este propósito, buscámos os pontos de contacto e afastamento com a temática da responsabilidade penal das pessoas colectivas, e até elegemos estas como estrutura potencial privilegiada da associação criminosa.

No momento seguinte focámo-nos na análise do conceito complexo de autor suposto na redacção legal do tipo de crime e concluímos que, numa das suas vertentes, a figura do cúmplice foi elevada à de autor, daí tendo sido retiradas diversas consequências para a compreensão do tipo de crime, tal como se mostra redigido; procurámos mostrar que, não obstante a equiparação entre as figuras de autoria e cumplicidade, só aparentemente as categorias de autoria e cumplicidade se fundem no tipo de crime, antes mantendo a sua autonomia conceitual, na medida em que é fundamental destringer os papéis desempenhados, sob ponto de vista material, no âmbito da associação criminosa, de modo a ser encontrada a pena adequada e proporcional ao seu desempenho, mas também para aferir do efectivo concurso real com os crimes cometidos no seio ou através da associação criminosa.

A propósito ainda da possibilidade da afirmação do concurso efectivo de crimes relativamente a quem assuma uma posição de liderança dentro de uma associação criminosa mas não tome parte directa na prática dos crimes programados, abordámos a teoria de Claus Roxin relativa à autoria mediata no âmbito do domínio por organização, tendo concluído que a sua tese é perfeitamente enquadrável pela criminalidade produzida no seio de uma associação criminosa, podendo afirmar-se a prática, em concurso real, por parte de quem, assumindo uma posição de comando/direcção dentro da *associação*, dar a ordem para a prática dos crimes programados, mesmo que neles não tenha uma participação directa, quer a outros membros, subalternos, da associação, quer a quem, não lhe pertencendo, assuma tal ordem como um comando (independentemente da razão para

a sua obediência, seja por temor reverencial, seja por desejo de obtenção de um determinado ganho ou vantagem) obrigatório.

Com esta Parte II pretendemos atingir, no essencial, dois objectivos: um, relativo à abordagem comparativa e dissociativa entre a associação criminosa e criminalidade organizada; outro, aprofundar a análise ao tipo de crime da associação criminosa que havíamos iniciado na Parte I, tentando salientar dois dos seus aspectos fundamentais: um diz respeito à essencialidade do subconceito de “associação”; outro diz respeito à noção de “autor”, por abarcar situações de verdadeira *autoria*, mas também outras típicas da *cumplicidade*, devendo daí retirar-se consequências concretas.

Abordámos, por fim, a possibilidade de premiar, com a atenuação especial da pena ou mesmo com a ausência de pena, os arguidos que prestarem uma relevante colaboração para a descoberta das associações criminosas e dos crimes praticados no seu âmbito, tendo colocado em crise a eficácia do regime jurídico português e chamado a atenção para a necessidade de se regulamentar, de forma cabal e completa, tal colaboração no processo penal, definindo um regime transparente, de forma a evitar a subversão dos princípios do processo penal e das regras do próprio Estado de Direito, por força de uma colaboração *informal/clandestina* entre investigados e investigadores.

Percorremos nas duas Partes anteriores um caminho normativamente ascendente, desde a sua concretização na lei ordinária (directamente referenciada sobretudo em normas de natureza jurídico-processual-penal) à sua consagração internacional e, na Parte III, procuramos na Constituição um critério mais sólido de definição jurídico-penal do conceito de criminalidade organizada.

Parte III - Conceito jurídico-penal-constitucional de criminalidade organizada: uma presença ou uma ausência?

Capítulo I – Criminalidade Organizada: à procura de um conceito jurídico-penal-constitucional. Secção I – As referências. Secção II – Criminalidade “altamente” organizada: o Tribunal de Júri e a Lei Constitucional 1/97, de 20 de Setembro. 1 – Enquadramento. 2 – O Acórdão do Tribunal Constitucional de 24 de Setembro de 2008. 2.1 Apreciação crítica. 3. Do regime legal e constitucional do tribunal de júri: [mais uma] contribuição para o conceito [constitucional] de *criminalidade altamente organizada*. 3.1 Tribunal de júri e os crimes do catálogo – art. 13.º, n.º 1 do CPP – puníveis com pena máxima igual ou inferior a cinco anos. 3.2 Da possibilidade do julgamento pelo tribunal de júri do crime de tráfico de influência, previsto e punido pelo art. 335.º do Código Penal. 4. Breve balanço relativamente ao regime jurídico-constitucional e processual-penal do tribunal de júri: o avançar de uma proposta. Secção III – Criminalidade “altamente” Organizada: a entrada no domicílio à noite e a Lei Constitucional 1/2001, de 12 de Dezembro. 1. Sobre a noção [constitucional] de domicílio. 1.1 O conceito de *domicílio* antes da Lei Constitucional n.º 1/2001. 1.1.1 O exemplo do Ac. Tribunal Constitucional n.º 507/94. 1.2 O conceito de *domicílio* com a Lei Constitucional n.º 1/2001. 1.2.1 Da discussão em sede de Comissão Eventual para a Revisão Constitucional. 1.2.2 Da discussão em Plenário da Assembleia da República. 2. Breve balanço e concretização do [duplo] critério material de aferição constitucional da criminalidade [altamente] organizada. Secção IV – Sinais do Direito Penal para o Inimigo no regime jurídico-penal da Criminalidade Organizada e da Associação Criminosa. 1. Breve enunciado. 2. Enquadramento doutrinário do “Direito Penal contra o Inimigo”. 2.1 Primeira apresentação da temática: *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*. 2.2 Aprofundamento, por Jakobs, da temática do Direito Penal para o Inimigo. 3. Críticas à doutrina do Direito Penal contra o Inimigo. 3.1 A apreciação crítica de Gomes Canotilho. 3.2 Uma breve apreciação de conjunto: entre o Direito penal para o inimigo e a sua crítica. Abordagem conclusiva à Parte III.

Parte III

Conceito jurídico-penal-constitucional de criminalidade organizada: uma presença ou uma ausência?

Nesta terceira e última parte do nosso trabalho pretendemos, num primeiro momento, ajudar à concretização do conceito de criminalidade organizada, supondo naturalmente o caminho entretanto percorrido, mas com um enquadramento distinto, com o intuito de encontrar elementos que possam ajudar à sua concretização na Constituição.

Num segundo momento desta terceira parte faremos o enquadramento dogmático da temática que nos ocupa sob a perspectiva polémica e muito debatida do conceito – para uns – ou simplesmente um *rótulo* – para outros – do «direito penal do – preferimos *para o* – inimigo», num questionamento inevitável da sua conformidade com diversos princípios constitucionais.

Capítulo I

Criminalidade organizada: à procura de um conceito jurídico-penal-constitucional

Secção I – As referências

1. Neste momento do nosso trabalho, num movimento analítico que partiu da base legislativa ordinária e passou pela dimensão normativa internacional devidamente acolhida pelo nosso sistema interno – por força da “graduação” normativa enquadrada, como vimos, pela Constituição –, vamos tentar a densificação/definição do conceito de

criminalidade organizada a partir de um olhar sobre a Constituição Portuguesa, no sentido de podermos concluir se aí encontramos elementos necessários que permitam dar contributos relevantes para uma definição mais consistente do conceito.

Na sequência assim de um percurso normativamente “ascendente” – piramidal – chegamos à análise constitucional do que possa ser entendido como criminalidade organizada, a partir das referências textuais expressas, com repercussões jurisprudenciais *eventualmente* densificadores do seu sentido.

A Constituição será assim a paragem final deste nosso percurso, cuja intencionalidade última é contribuir – sem qualquer ensejo de se encontrar uma resposta acabada – para uma melhor definição jurídico-penal do que se deva entender por criminalidade organizada tendo por referência o [nosso] sistema jurídico-penal-constitucional, sem deixar de ter presente o enquadramento jurídico-penal do instituto da *associação criminosa*, cujos contornos distintivos já tivemos oportunidade de explanar.

Pressentimos que resultará do excursus proposto mais um sentimento de dúvida e inquietação do que o da segurança de quem chega a “bom porto” em dia de tempestade. Numa temática tão lata e complexa, quer sob o ponto de vista fenomenológico – que, estando suposto neste trabalho, não é o fulcro do nosso estudo –, quer doutrinário, a *porosidade conclusiva* será inevitável e inelutavelmente, em última análise, o resultado deste nosso caminho.

2. Em momentos temporalmente distintos, a CRP acolheu de forma expressa o conceito de «criminalidade [altamente] organizada».

A primeira consagração do conceito de «criminalidade altamente organizada» resultou da revisão constitucional permitida pela Lei Constitucional 1/97, de 20 de

Setembro, com o aditamento ao art. 207.º (à data era o art. 210.º⁴⁴⁰) da CRP da referência expressa a tal “natureza” de criminalidade, proibindo a intervenção do tribunal de júri, quando em causa estivesse precisamente a “criminalidade altamente organizada”; antes desta alteração somente se fazia constar tal impossibilidade de constituir o tribunal de júri, no âmbito dos crimes graves, relativamente ao crime de terrorismo (por força das alterações impostas pela Lei Constitucional n.º 1/89, de 8 de Julho).

A segunda consagração do conceito de «criminalidade altamente organizada» dá-se por força das alterações introduzidas pela Lei Constitucional 1/2001, de 12 de Dezembro (a quinta revisão constitucional) ao art. 34.º, n.º 3, com o aditamento do último segmento «salvo em situação de flagrante delito ou mediante autorização judicial em casos de criminalidade especialmente violenta ou altamente organizada, incluindo o terrorismo e o tráfico de pessoas, de armas e de estupefacientes [...]», criando assim excepções à proibição de entrada durante a noite no domicílio de qualquer pessoa sem o seu consentimento.

Esta última inserção do conceito na Constituição, ao estar associado a outro conceito normativo – como de criminalidade especialmente violenta – e a diversas formas concretas de criminalidade – como o terrorismo e os tráficos de pessoas, armas e estupefacientes –, permitirá densificar com mais amplitude ou consistência o seu sentido constitucional; a problemática maior será, precisamente, avaliar o *sentido* de tal

⁴⁴⁰ No texto originário da CRP, de 2 de Abril de 1976, publicada pelo Decreto de Aprovação da Constituição da República Portuguesa, no *DR* n.º 86, de 10 de Abril de 1976, esta matéria mostrava-se prevista no art. 216.º, n.º 2; por força da Lei Constitucional n.º 1/82, de 30 de Setembro, publicada no *DR*, I Série, n.º 227, de 30 de Setembro de 1982, procedeu-se à junção num só artigo, o art. 217.º, das matérias antes previstas pelos arts. 216.º e 217.º; por força da Lei Constitucional n.º 1/89, de 8 de Julho, publicada no *DR* 1.ª série, n.º 155, de 8 de Julho de 1989, procedeu-se à renumeração do art. 217.º para o art. 210.º, tendo sido nesse momento criada a excepção dos crimes de terrorismo aos crimes graves susceptíveis de poderem ser julgados por um tribunal de júri.

associação entre os respectivos conceitos normativos e a criminalidade que lhe está associada e que, aparentemente, serve de sua exemplificação difusa.

Prosseguimos assim para análise mais detalhada das duas alusões expressas constante da CRP ao conceito de criminalidade [*altamente*] organizada, seguindo a ordem cronológica da sua aparição no texto fundamental.

Certamente que a análise às duas alusões ao conceito na Constituição de criminalidade altamente organizada terá repercussões quanto à mais precisa definição do conceito sob o ponto de vista jus-constitucional.

Secção II – Criminalidade “altamente” Organizada: o Tribunal de Júri e a Lei Constitucional 1/97, de 20 de Setembro

1. Enquadramento

A Lei Constitucional *supra* em referência, como já se referiu, veio impedir que o tribunal de júri pudesse intervir nos casos em que estivesse em discussão, no âmbito da criminalidade grave (para a qual a intervenção de tal tribunal está, na sua génese constitucional, especificamente vocacionada⁴⁴¹), a «criminalidade altamente organizada», no que se traduziu na segunda excepção relativa à proibição da intervenção de tal tribunal, tendo a primeira sido prevista por força da Lei Constitucional 1/89, relativamente ao crime de terrorismo.

Um sentido para esta limitação constitucional, a par das situações de terrorismo, pode encontrar-se na discussão realizada na Assembleia da República quando se abordou

⁴⁴¹ É a seguinte a redacção do originário art. 216.º, n.º 2 da CRP: «O júri intervém no julgamento dos crimes graves e funciona quando a acusação ou a defesa o requeiram.»

o problema, no que é, em primeira linha, a fonte primordial do *espírito do legislador*, ainda que saibamos terem as palavras, por vezes, o condão de transcenderem o sentido de quem as profere e até o seu próprio sentido inicial, numa transmutação que deriva desde logo da sua própria natureza polissémica, mas também da dinâmica do devir social e da necessidade de assim conformar as Leis ao sistema como um todo, cuja racionalidade e coerência são postas potencialmente em causa a cada momento em que há necessidade de realizar a complexa tarefa da *interpretação jurídica [constitucional]*.⁴⁴², fazendo-se esta,

⁴⁴² Para a abordagem do contexto teórico-político da interpretação constitucional, que deve ser apresentado como *pano de fundo* fundamental a ter presente na análise da problemática relativa à *interpretação constitucional* indissociável da nossa discussão neste momento, cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, cit., págs. 1195 e ss., com a aproximação às principais correntes doutrinárias norte-americanas e alemãs, sendo que nas primeiras se faz a análise entre duas principais correntes, as *interpretativistas* (estas, embora não se confundindo com o *literalismo*, apontam como “[...] limites de competência interpretativa a textura semântica e a vontade do legislador [...]”, pelo que, o “controlo judicial dos actos legislativos tem dois limites claros; o da própria constituição escrita e o da vontade do poder político democrático [...]” e de acordo assim com estas correntes “[...] o poder político democrático é o «valor» fundamental da constituição, pelo que o poder de fiscalização dos actos do legislativo pelo judicial deve ser sempre considerado como um mecanismo excepcional [...]”, ou seja, [...] o controlo judicial em relação a decisões de órgãos politicamente responsáveis só é admissível (e possível) quando o texto, o elemento genético da interpretação («vontade dos pais fundadores») e a delimitação constitucional de competências permitam deduzir uma «regra» clara que sirva de parâmetro seguro ao juízo de constitucionalidade”, cfr. *idem*, págs. 1195 e 1196) e as *não interpretativistas* (para estas, cujo um dos autores mais representativos é R. Dworkin, “[...] os pontos de partida são os seguintes: (1) a *soberania da constituição*, pois o direito da maioria é limitado pela constituição, quer quando existem regras constitucionais específicas (como exigem os interpretativistas) quer quando as formulações constitucionais se nos apresentam sob a forma de «standards» (conceitos vagos); (2) a *objectividade interpretativa* não é perturbada pelo facto de os juízes recorrerem aos princípios da justiça, da liberdade e da igualdade [...] ancorados num determinado *ethos* social, pois a interpretação da *constituição* faz-se sempre tendo em conta o texto, a história, os precedentes, as regras de procedimento, as normas de competência que, globalmente considerados, permitem uma actividade interpretativa dotada de tendencial objectividade; (3) de resto, a interpretação substancial da constituição deve perspectivar-se em moldes diferentes dos proclamados pelas teorias interpretativistas: o *direito* não é apenas o «conteúdo» de regras jurídicas concretas, é também formado constitutivamente por *princípios jurídicos abertos* como justiça, imparcialidade, igualdade,

nas palavras de GOMES CANOTILHO, “mediante a utilização de determinados critérios (ou medidas) que se pretendem objectivos, transparentes e científicos (*teoria ou doutrina hermenêutica*). [...] Interpretar a constituição é uma *tarefa* que se impõe *metodicamente* a todos os aplicadores das normas constitucionais (legislador, administração, tribunais). [...] Considerar a interpretação como tarefa significa, por conseguinte, que toda a norma é «significativa» mas o significado não constitui um dado prévio; é, sim, o resultado da tarefa interpretativa.”⁴⁴³

Podemos observar assim que tal alteração da CRP visou salvaguardar a “segurança do cidadão que faça parte de um júri, da sua família e dos seus bens”, que assim podem ser ameaçados “por força dessa organização que pode continuar a existir cá fora em simultâneo com o processo de julgamento, o que pode redundar em violações, atentados, pressões ou outras formas atentatórias da liberdade, segurança e da tranquilidade a que todo o cidadão tem direito e que, mais do que isso, constitui um seu direito inalienável que deve ser sempre preservado e protegido pelo Estado [...] É este, portanto, o contexto [institucional/parlamentar] da alteração ao n.º 1 do art. 210.”⁴⁴⁴; com efeito, “[...] nos países cujos sistemas têm por norma o funcionamento de júris existe, de facto,

liberdade. A mediação judicial concretizadora destes princípios é uma tarefa indeclinável dos juízes.” – cfr. *idem*, cit., págs. 1196 e 1197) e nas segundas (as alemãs), com pontos de contacto relativamente à “querela entre interpretativistas e não interpretativistas”, onde também se colocam em confronto “duas posições distintas [...]: [o] método científico-espiritual” (segundo o qual a “interpretação da constituição não pode separar-se da ideia de constituição como «**ordem de valores**», cujo sentido só pode captar-se através de um método que tenha em conta não apenas o «texto», mas também os conteúdos axiológicos últimos da ordem constitucional”) e [...] [o] método jurídico, o qual defende que “a interpretação da constituição não se distingue da interpretação de uma lei e, por isso, para se interpretar o sentido da lei constitucional devem utilizar-se as regras tradicionais da interpretação.” – cfr. *idem*, p. 1198.

⁴⁴³ Cfr. *Direito Constitucional*, cit., págs. 1206 e 1207.

⁴⁴⁴ Cfr. intervenção do Deputado Luís Marques Guedes na reunião plenária de 25 de Julho de 1997, *in DAR*, VII Legislatura, 2.ª Sessão Legislativa, I.ª Série, n.º 102, p. 3851.

determinado tipo de criminalidade onde, pela participação de um qualquer cidadão num júri ao abrigo desse dever cívico, podem ocorrer violações graves da sua segurança e tranquilidade ou da segurança e tranquilidade da respectiva família e bens. Tal acontece, nomeadamente, quando estamos em presença da chamada criminalidade organizada”⁴⁴⁵; nesta citação podemos não só observar o *fundamento material* para a inclusão da excepção à intervenção do tribunal de júri em processo penal, como, na última parte, podemos vislumbrar a utilização da expressão «criminalidade organizada», sem, portanto, a aplicação do advérbio de modo – com função adjectiva – «altamente», no que não pode deixar de ter relevo valorativo, pois trata-se de uma *relativização* feita à adjectivação, suprimindo-a no enunciar do conceito de “criminalidade organizada”, por parte de quem interveio como membro do órgão legiferante constitucional.

Ainda colocando a nossa atenção nos trabalhos desenvolvidos para a revisão constitucional de 1997, e perante a questão colocada relativa a saber onde está a fronteira entre o “altamente e o medianamente organizado”⁴⁴⁶, foi, por um lado, respondido que “o conceito de criminalidade altamente organizada está hoje [...] conceptualizado no art. 1.º do Código de Processo Penal português [...] [p]ortanto existe já uma densificação exacta deste conceito: ele não foi inventado mas, sim, transposto de outro lugar da ordem jurídica portuguesa, em sede de lei ordinária”⁴⁴⁷, tendo noutro momento sido acrescentado “[q]uanto ao conceito relativamente indeterminado utilizado [...] o de «criminalidade altamente organizada», ele resultou de uma reflexão que tem vindo a ser feita no âmbito da Assembleia da República, tanto em sede de legislação ordinária como

⁴⁴⁵ Cfr. Deputado Luís Marques Guedes, *ibidem*.

⁴⁴⁶ Cfr. Presidente da Assembleia da República, in reunião plenária de 25 de Julho de 1997, in *DAR*, VII [...], cit.

⁴⁴⁷ Cfr. Deputado Luís Marques Guedes, *ibidem*.

de instrumentos de direito internacional, tendente a isolar um conceito que recorte certos tipos de criminalidade de especial gravidade, em que os elementos de organização e, logo, de eficácia e perigosidade são elementos relevantes. O Código de Processo Penal, no seu art. 1.º, n.º 2, recortou esse conceito como integrando aqueles crimes que dolosamente se dirigem contra a vida, a integridade física ou a liberdade das pessoas e sejam puníveis com pena de prisão de máximo igual ou superior a 5 anos”⁴⁴⁸, muito embora não fosse intenção do legislador “[...] constitucionalizar este segmento normativo do Código de Processo Penal [...]” ou “[...] importar para a Constituição este exacto recorte normativo. O legislador ordinário é livre de desenhar noutros termos o que seja a criminalidade altamente organizada e pode fazê-lo, com uma limitação: é que o que prima aqui são precisamente os elementos da organização e da especial gravidade das infracções que essa organização visa perpetrar.”⁴⁴⁹

Creemos que a argumentação levada a cabo no âmbito da revisão constitucional de 1997, que criou uma outra excepção à intervenção do tribunal de júri⁴⁵⁰ no âmbito da criminalidade grave, não é plenamente esclarecedora quanto ao real âmbito do conceito

⁴⁴⁸ Cfr. Deputado José Magalhães, reunião plenária de 25 de Julho de 1997, *in DAR*, VII Legislatura, 2.ª Sessão Legislativa, I.ª Série, n.º 102, p. 3852.

⁴⁴⁹ Cfr. Deputado José Magalhães, *ibidem*.

⁴⁵⁰ O que levou à afirmação por parte de um dos deputados de que se estava perante um proposta restritiva em si mesma e também “por outra razão: se formos à lei actual [...] encontramos lá que, nos crimes contra as pessoas, o júri pode intervir quando forem puníveis com mais de 8 anos de prisão. [...] [C]om a proposta da CERC [...] o júri deixa de poder intervir nos crimes contra a integridade física e a liberdade, quando sejam punidos com mais de 5 anos de prisão. Aqui tem a prova em como se restringe a possibilidade de intervenção dos jurados nos julgamentos!”, cfr. Deputada Odete Santos, reunião plenária de 25 de Julho de 1997, *in DAR*, VII Legislatura, 2.ª Sessão Legislativa, I.ª Série, n.º 102, p. 3853; referia-se a Senhora Deputada ao regime previsto no DL n.º 387-A/87, de 29 de Dezembro, no art. 2.º, n.º 2, nos termos do qual «Compete ainda ao tribunal de júri julgar os processos que [...] respeitarem a crimes cuja pena máxima, abstractamente aplicável, for superior a oito anos de prisão.»

“criminalidade organizada”, que, como vimos, para um dos deputados da CERC parecer um significado equivalente ao conceito “criminalidade altamente organizada”, para outro deputado é designado de conceito relativamente indeterminado, ambos concordando que é um conceito tributário da noção desde logo plasmada no art. 1.º, n.º 2 do CPP, a qual, na visão de um dos deputados, traduz uma *densificação exacta do conceito* e que, como tal, foi *transposto* [e nós perguntamos: transposto para a CRP?] *de outro lugar da ordem jurídica portuguesa* [do CPP] muito embora tenha ficado expressa a ideia, por parte de outro deputado, aparentemente contraditória com a ideia de *transposição* referida, de que não era intenção do legislador *constitucionalizar* ou importar para a CRP tal segmento normativo.

Há, analisados os trabalhos do legislador constituinte, uma indefinição relativamente ao conceito de *criminalidade altamente organizada*, que decorre da indefinição quanto à sua matriz, quanto à sua génese, revelando-se assim, a alteração produzida, de um *voluntarismo legislativo* baseado no entanto num propósito claro: proteger o cidadão comum da sua condição de jurado em processos que envolvam crimes complexos/*altamente organizados* supondo-se assim a sua perigosidade para as pessoas envolvidas no seu julgamento. E é o legislador constituinte, tal como se revela nos trabalhos de revisão, perante o uso inespecífico ou relativamente indeterminado quanto à fonte (sobretudo da lei processual penal, mas também do direito internacional), da noção de *criminalidade altamente organizada*, que obriga à sua concretização através, precisamente, da análise do conceito a partir dessas mesmas referências.

“A Constituição determina casos em que a constituição ou mera previsão legal do tribunal de júri está excluída. São os casos de terrorismo ou de criminalidade *altamente organizada*. A razão de ser desta exclusão, constitucionalmente imposta, deriva de uma presunção inilidível – à luz da Constituição – de que os juízes leigos não têm, nestes

casos, a capacidade para administrar a Justiça, face ao grau de ameaça ou intimidação que o julgamento de tais casos poderia comportar. Sendo estas razões fundadas, os conceitos restritivos, a que a norma apela, suscitam algumas dificuldades, nomeadamente no caso de *criminalidade altamente organizada*. Com efeito, esta exclusão pressupõe que se determine exactamente o que seja *criminalidade altamente organizada*, tal qual estava subjacente à *mente* do legislador constituinte (ou seja, de acordo com o conceito do Código de Processo Penal, entretanto redefinido pela Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto, que revê o CPP”⁴⁵¹.

Na citação acabada de fazer DAMIÃO DA CUNHA afirma que a exclusão da “criminalidade altamente organizada” do âmbito do julgamento por parte do tribunal de júri pressupõe a sua definição *exacta tal qual estava subjacente à mente do legislador*, muito embora o Autor o faça apelando a uma dupla dimensão, no nosso entender, com o devido e justo respeito, pouco conciliável; por um lado, por referência ao conceito do Código de Processo Penal (naturalmente o conceito vigente à data da revisão constitucional) e, por outro lado, apelando ao sentido adoptado pelo legislador ordinário na redefinição alcançada por força da Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto, no que nos parece ser um exercício de interpretação “actualista” do espírito do legislador constituinte problemático, que apela, para aferir do espírito do legislador constituinte, à análise posterior da reforma da lei ordinária, que não estava naturalmente, como tal, por força da natureza das coisas, na sua mente; está o Autor a realizar o difícil exercício de definição do *âmbito de protecção* da norma constitucional, que se traduz na “delimitação intencional e extensional dos bens, valores e interesses protegidos por uma norma. Este âmbito é, tendencialmente, o resultado proveniente da delimitação dogmática feita pelos

⁴⁵¹ Cfr. JOSÉ M. DAMIÃO DA CUNHA, in Jorge Miranda/Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo III, Coimbra Editora, 2007, págs. 94 e 95.

órgãos ou sujeitos concretizadores através do confronto de normas do direito vigente”⁴⁵² no âmbito do *espaço de interpretação* “dentro do qual o *programa normativo* (medida de ordenação expressa através de enunciados linguísticos) se considera ainda compatível com o texto da norma”⁴⁵³ Mas este exercício permite encontrar, utilizando as palavras do Autor em referência, *a definição exacta tal qual estava subjacente à mente do legislador?* É precisamente este seu enunciado (isto é, o modo como o Autor coloca a si próprio o *problema*) que torna muito problemático ou duvidoso o seu exercício interpretativo actualista, pois parece ser contraditório *definir exactamente o espírito subjacente à mente do legislador à data da produção da norma*, por referência a alterações posteriores produzidas na legislação ordinária; e cremos que o seu problema é precisamente esse, quer dizer, o modo como enunciou o problema e não tanto o exercício seguinte de buscar nas alterações posteriores da lei processual penal uma noção *actualista* do conceito de *criminalidade altamente organizada* tal como se mostra plasmado na Constituição, que parece relevante e mesmo necessário, de modo a permitir, tratando-se de um conceito indeterminado e, portanto, dotado de intrínseca plasticidade, a sua *actualização*. Por outro lado, sempre se pode colocar em dúvida o próprio pressuposto de que parte o Autor, isto é, se faz sentido, para aferirmos do que seja, sob o ponto de vista constitucional, a *criminalidade altamente organizada*, qual a *definição exacta do conceito subjacente à mente do legislador à data da produção da norma*; com efeito, como veremos imediatamente *infra* (a propósito do conceito de *crimes graves*) pode ser que estejamos

⁴⁵² Cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, cit., p. 1203; e o Autor, a propósito da definição do que seja o *âmbito de protecção*, dá o exemplo relativo à definição do âmbito de protecção da liberdade de expressão e informação, que se determina “[...] através do confronto das normas constitucionais entre si e destas com os preceitos do Código Penal e da Lei de Imprensa relativos a crimes relacionados com essa liberdade.”, cfr. *ob. loc. cit.*

⁴⁵³ Cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, cit., p. 1203.

perante um conceito que é fruto, nas palavras de GOMES CANOTILHO, de uma ideia de *abertura e incompletude normativa intencional* e que assim não carece de uma definição a montante, mas antes é consequência da tarefa ou operação interpretativa constitucional. Noutra perspectiva, o pressuposto enunciado pelo Autor parece ter subjacente a ideia seguinte relativa à função do intérprete, que consiste “[...] em descobrir a vontade pré-existente contida na norma para depois, a partir dela, resolver os problemas concretos.”⁴⁵⁴, no que, a assim ser, parece acolher o “método jurídico” como processo de interpretação da constituição, encarando assim esta “[...] embora num grau superior [...]” como “[...] uma lei como as outras e a sua interpretação levantaria os mesmos problemas, devendo ser levada a cabo através dos mesmos processos – os processos que tinham sido desenvolvidos pelos jusprivatistas e que se tinham consagrado na época da construção dogmática do direito público sob o nome significativo de «método jurídico»⁴⁵⁵ ou «método hermenêutico clássico»⁴⁵⁶, cujo maior defensor foi FORSTHOFF; todavia, adianta com muita clareza VIEIRA DE ANDRADE que, no âmbito da constituição “[n]ão pode pretender-se que [...] a interpretação seja a procura de uma *vontade* preexistente, à qual o intérprete deve «obediência», pois as normas não contêm uma regulamentação

⁴⁵⁴ Cfr. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Almedina, Coimbra, 1987, p. 117.

⁴⁵⁵ Cfr. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais...*, cit., págs. 116 e ss., *maxime*, págs. 119 e ss., onde o Autor desenvolve os fundamentos para contestar a aplicação do método jurídico ao processo de interpretação da contestação, embora o faça sobretudo sob a perspectiva do «carácter especial dos preceitos constitucionais relativos aos direitos fundamentais», os quais, quando comparados com a maioria das regras do direito, não têm a “mesma certeza de conteúdo, a mesma clareza de sentido, a mesma determinabilidade conceitual” (*idem*, p. 119), nem, ao contrário daquelas, é possível a sua “referência a uma qualquer continuidade ou tradição dogmática” (*idem*, p. 120), concluindo que é “[...] precisamente esta solidão constitucional e aquela *abertura* estrutural que, somadas e multiplicadas entre si, determinam a insuficiência e a impropriedade das regras tradicionais de interpretação.”

⁴⁵⁶ Cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, cit., págs. 1210 e 1211.

concreta definitiva ou inequívoca: não há uma vontade pré-determinada, há sim um *problema* normativo a resolver. Poder-se-á dizer, com HESSE, que, na maior parte dos casos, a decisão jurídico-constitucional ainda não está tomada, que a aplicação das normas pressupõe uma actividade interpretativa não meramente lógica («derivatio»), mas verdadeiramente criadora («inventio»). [...] De facto, os mecanismos clássicos de investigação da vontade normativa não bastam para o preenchimento dos conceitos indeterminados [...] ⁴⁵⁷, “[n]em servem para a harmonização necessária entre os diversos preceitos normativos” ⁴⁵⁸, pois “[q]uer a concretização do sentido dos conceitos normativos, quer a harmonização dos preceitos que concorrem nos casos concretos exigem o recurso a considerações políticas, sociológicas e históricas, por um lado, e a dados culturais e a princípios de valor comunitários por outro lado. Isto é, exigem que a descoberta das soluções jurídicas se efectue no contexto sociológico e espiritual e no momento em que as normas são aplicadas. Reconhecer apenas as regras de SAVIGNY representaria, por isso, remeter para o arbítrio do aplicador do direito a determinabilidade das soluções constitucionais, sem garantias de reflexão, de objectividade e de racionalidade e sem possibilidades de controle.” ⁴⁵⁹

⁴⁵⁷ Cfr. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais...*, cit., p. 121, prosseguindo o Autor com exemplos do que se possam considerar conceitos indeterminados na constituição, como seja a «integridade moral» (art. 25.º, n.º 1), a «liberdade» e a «segurança» de todos os cidadãos (art. 27.º), a «família» que todos têm direito a constituir, a «justa causa» dos despedimentos dos trabalhadores ou a sua «realização pessoal».

⁴⁵⁸ Cfr. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais...*, loc. cit., dando o exemplo da invocação do direito à informação, tendo em conta a segurança do Estado ou a determinação do «conteúdo essencial» dos preceitos relativos aos direitos, liberdades e garantias.

⁴⁵⁹ Cfr. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais...*, cit., págs. 121 e 122.

2. O Acórdão do Tribunal Constitucional de 24 de Setembro de 2008⁴⁶⁰

A respeito destas considerações relativas ao que seja a definição do *espírito do legislador constituinte* e, mais concretamente, do que seja a sua noção do conceito de *criminalidade altamente organizada* que agora se debatem, surge ainda, uma outra vertente, porventura a mais relevante, e se mostra problematizada no Acórdão do Tribunal Constitucional de 24 de Setembro de 2008, que parte do problema (auto)imposto nos seguintes termos: “[I]mporta [...] determinar quais os crimes que, à luz da Constituição, se revestem dessa mesma qualidade [“altamente organizados”]: Bem entendido, a mera circunstância de a recente Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto, ter procedido a uma definição legal de “*criminalidade altamente organizada*”, através do aditamento da alínea *m*) do artigo 1.º do CPP, não se afigura apta a evidenciar o critério preconizado pelo legislador constitucional. Ainda que a referida alínea *m*) do artigo 1.º do CPP qualifique os crimes de “*tráfico de estupefacientes ou de substâncias psicotrópicas*” como tal, essa opção legislativa ordinária não é bastante para concluir pela inclusão daqueles crimes no conceito jus-constitucional de “*criminalidade altamente organizada*”. Fazer o contrário seria interpretar a Lei Fundamental à luz da lei ordinária, ao invés daquilo que impõe a Ideia de Garantia da Constituição, enquanto parâmetro de validade das demais normas.”; o Ac. em referência prossegue imediatamente a sua análise, em busca do *espírito do legislador constituinte* “enquanto mero instrumento auxiliar interpretativo” dos trabalhos preparatórios das sucessivas revisões constitucionais, os quais, nos aspectos relevantes a respeito da sua definição de “*criminalidade altamente*

⁴⁶⁰ Cfr. Ac. TC de 24 de Setembro de 2008, relatado por Ana Maria Guerra Martins, in *DR*, 2.ª Série, n.º 209, de 28 de Outubro de 2008.

organizada”, já tivemos oportunidade de abordar *supra*, sem que o resultado se possa considerar muito consistente; todavia, o Ac. do TC em análise retira, dessa discussão ocorrida na CERC, uma conclusão relevante, na medida em que afirma que de tais trabalhos “decorre que o conceito de *criminalidade altamente organizada*, aditado ao então art. 210.º da Constituição (actual art. 207.º) assentou no conceito jus-penal decorrente do Direito Internacional e do conceito (então) fixado pela lei processual penal [e ao aceitar esta última consequência o Ac. em referência entra em aparente contradição, atenuada, ainda assim, com o que a seguir acrescenta], ainda não haja uma identidade absoluta entre este último e o conceito constitucional.”⁴⁶¹, concluindo que “o conceito constitucional de “*criminalidade altamente organizada*” pressupõe: i) um elevado grau de organização do processo criminoso; ii) uma especial lesividade e perigosidade das condutas criminosas.”⁴⁶², no que é assim uma primeira concretização jurisprudencial relevante do que seja, sob o ponto de vista material, o conceito jus-constitucional de “*criminalidade altamente organizada*”, que reproduz, com vimos imediatamente *supra*, a discussão havida nos trabalhos parlamentares de revisão constitucional e, portanto, assenta directamente no “espírito do legislador constituinte”, isto é, na fonte directa do texto constitucional.

No Ac. do TC de 24 de Setembro de 2008 em referência debate-se o seguinte problema concreto: se o crime de tráfico de estupefacientes faz parte ou não do conceito de *criminalidade altamente organizada* tal como este estava previsto no CPP e, portanto, era o vigente à data do aditamento ao art. 207.º da CRP⁴⁶³; é precisamente esse o ponto de

⁴⁶¹ Ac. TC, de 24 de Setembro, *ibidem*.

⁴⁶² Ac. TC, de 24 de Setembro, *ibidem*, numa conclusão que é fruto da análise feita à intervenção sobretudo do Deputado José Magalhães, que tivemos oportunidade de *supra* já citar devidamente e aqui nos dispensamos de repetir.

⁴⁶³ “[...] [S]ucedeu que a redacção do (então) n.º 2 do artigo 1.º do CPP dispunha que, “*para efeitos do*

partida de aferição do sentido constitucional a dar ao conceito de *criminalidade altamente organizada*, o qual, acrescente-se é, no caso *sub iudice* aí em análise, ainda complementado com o teor do art. 51.º, n.º 1 do DL n.º 15/93, de 22 de Janeiro⁴⁶⁴, o que leva à conclusão no aresto referido “[...] que, quando os membros da CERC de 1997 pretenderam remeter o conceito de *criminalidade altamente organizada* para aquele adoptado pela lei processual penal, não podiam ter deixado de ter em conta a circunstância de o regime processual penal não decorrer exclusivamente das normas incluídas no CPP, mas igualmente daquelas normas processuais penais incluídas em diplomas avulsos [...]. Ou seja, quando pretenderam retirar o conceito de *criminalidade altamente organizada* daquele adoptado pela lei processual penal [e é curiosa esta asserção de exclusividade feita pelo TC, pois vai efectivamente além do que foi afirmado em sede de discussão da comissão eventual de revisão constitucional, que, embora sem expressamente pormenorizar, salientou o relevante papel do direito internacional na conformação do conceito em causa], não podem ter deixado de nele incluir os crimes de tráfico de estupefacientes, visto que estes já naquele eram incluídos desde a entrada em

disposto no presente Código, apenas podem considerar-se como casos de terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada as condutas que: a) Integrem os crimes previstos nos arts. 299.º, 300.º e 301.º do Código Penal; ou b) Dolosamente se dirigirem contra a vida, a integridade física ou a liberdade das pessoas e forem puníveis com pena de prisão de máximo igual ou superior a cinco anos”. Significaria isto que, à data do aditamento do conceito *criminalidade altamente organizada* ao actual art. 207.º da Constituição, o legislador constituinte aparentou não querer abranger – pelo menos de modo expresso – os crimes de tráfico cujo bem jurídico especialmente tutelado é a vida, a integridade física ou a liberdade das pessoas.”

⁴⁶⁴ Na medida em que se dispõe no art. 51.º, n.º 1 do DL n.º 15/93, de 2 de Janeiro o seguinte: “Para efeitos do disposto no Código de Processo Penal, e em conformidade com o n.º 2 do artigo 1.º do mesmo Código, consideram-se equiparadas a casos de terrorismo, criminalidade violenta ou especialmente organizada as condutas que integrem os crimes previstos nos artigos 22.º a 25.º e 28.º desta lei.”

vigor do Decreto-lei n.º 15/93.”⁴⁶⁵; e, a partir desta relevante referência literal constante do art. 51.º, n.º 1 do DL n.º 15/93, o Tribunal Constitucional, associada às alterações profundas provocadas ao art. 34.º, n.º 3 da CRP, com a revisão constitucional de 2001 (como analisaremos imediatamente *infra*) conclui que se apresenta “[...] incontroverso que o legislador constituinte acolheu uma actualização do conceito de *criminalidade altamente organizada*, de modo a que este passasse a abranger não só os crimes tipificados na redacção do n.º 2 do artigo 1.º do CPP [no que é uma adopção plena e directa do conceito afirmado pelo legislador ordinário], tal como vigente [*sic*] no momento da aprovação da Lei Constitucional n.º 1/97, mas igualmente crimes que, entretanto, passaram a justificar uma especial intervenção punitiva do Estado, atenta a sua particular lesividade e capacidade de organização do respectivos agentes. [...] Retirando as necessárias consequências para o caso em apreço nos presentes autos, resta reforçar que a circunstância de o artigo 13.º do CPP não excluir expressamente a possibilidade de

⁴⁶⁵ Cfr. Ac. TC de 24 de Setembro de 2008, cit., que assim presume um *conhecimento* por parte do legislador constituinte de legislação processual penal avulsa, embora não expressamente revelada nos trabalhos preparatórios da revisão constitucional, mas que se pode considerar irrelevante, pois a questão primordial é garantir a coerência sistemática e essa só fica garantida com o repescar da norma constante do art. 51.º, n.º 1 do DL n.º 15/93, sem que isto signifique a nossa concordância com a solução final a que chegou o TC no Ac. em referência; aliás, o Ac. em debate faz precisamente esta abordagem, colocando a possibilidade de o legislador constituinte não se ter confrontado com tal norma: “E, ainda que assim não fosse, o elemento meramente histórico (v.g., a referência exclusiva ao então n.º 2 do artigo 1.º do CPP, em sede de trabalhos preparatórios) não pode afigurar-se como determinante da vontade do legislador constituinte, na medida em que tal implicaria uma cristalização no tempo dos conceitos jurídicos plasmados na Lei Fundamental. Cristalização que impediria uma interpretação actualista da Constituição que garantisse a sua permanente vivificação e adaptação ao devir social e político”; cremos que, todavia, o argumento fulcral não diz respeito à “interpretação actualista”, mas antes tem a ver com a salvaguarda da coerência do sistema, na medida em que o art. 51.º, n.º 2 do DL n.º 15/93 existia a par do art. 1.º, n.º 2 do CPP, à data dos trabalhos de revisão constitucional e, ignorá-lo seria uma grave distorção sistemática, pois a integração do crime de tráfico de estupefacientes foi feita expressamente pelo legislador ordinário, não carecendo por essa razão de qualquer esforço interpretativo que não o meramente literal.

formação de tribunais de júri para efeitos de julgamento de crimes de tráfico de estupefacientes não permite uma interpretação normativa que autorize tal formação. Por força do art. 207.º da Constituição, que prevalece necessariamente sobre as normas ordinárias, incluindo as processuais penais, enquanto parâmetro decisivo de validade, não é permitido nem ao legislador autorizar a formação de tribunal de júri, nem ao julgador dar execução àquela formação, sempre que estejam em causa *crimes altamente organizados*, entre os quais se inserem os crimes de tráfico de estupefacientes. [...] Em suma, o art. 207.º da Constituição impede a formação de tribunais de júri para julgamento dos crimes de tráfico de estupefacientes previstos nos artigos 22.º a 25.º [sic] e 28.º do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, na medida em que aqueles se inserem no conceito jurídico-constitucional de *criminalidade altamente organizada*”; e a decisão final do Ac, no que diz respeito à matéria que aqui debatemos, é a seguinte: “Conceder provimento ao recurso [...] julgando inconstitucional a norma extraída dos n.ºs 1 e 2 do artigo 13.º do Código de Processo Penal [na redacção anterior à Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto], conjugado com o artigo 51.º do Decreto-Lei n.º 15/93, de 2 [sic] de Janeiro, quando interpretada no sentido de que o tribunal de júri é competente para julgar o crime de tráfico de estupefacientes enquanto criminalidade altamente organizada, tal como é definida no artigo 1.º, n.º 2 do C.P.P. [na redacção anterior à Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto].”

2.1 Apreciação crítica

Da conjugação dos diversos argumentos utilizados pelo Ac. do TC na sua fundamentação e tendo em consideração a conclusão a que chegou, cremos não ser abusivo concluir que o para si decisivo foi, precisamente, *o argumento literal*, na medida

em que o TC deu primazia à referência literal expressa contida na lei ordinária (conjugando o teor do art. 51.º do DL n.º 15/93, de 22 de Janeiro, com o teor do art. 1.º, n.º 2 do CPP) em, diríamos nós, detrimento do duplo (o qual, não obstante não resultar explicitado, nos parece dever ser de natureza cumulativa) critério *material* contido no mesmo Ac., quando enuncia dois requisitos para que se possa estar perante o conceito de *criminalidade altamente organizada*, isto é, quando afirma expressamente que “o conceito constitucional (sublinhado nosso) de “*criminalidade altamente organizada*” pressupõe: 1.º) um elevado grau de organização do processo criminoso; 2.º) uma especial lesividade e perigosidade das condutas criminosas.”

Há, cremos, na *metódica* seguida pelo Ac. em análise algo de dificilmente conciliável: por um lado, começando por enunciar que a interpretação da Constituição não pode ser feita “à luz da lei ordinária” (fazendo referência expressa à recente – tendo em conta a data da sua prolação – alteração ao CPP, provocada pela Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto), segue a sua fundamentação, precisamente, buscando os argumentos literais que resultam dessa mesma lei ordinária, na medida em que (não existindo, à data da situação debatida no caso *sub iudice*, a nova redacção do art. 1.º, al. *m*) do CPP) conjuga o disposto no art. 1.º, n.º 2 do CPP com o disposto no art. 51.º do DL n.º 15/93, de 22 de Janeiro, para concluir que o crime de tráfico de estupefacientes, sem cuidar de minimamente debater a sua complexidade, e com a amplitude permitida pela ponderação dos arts. 22.º a 25.º e 28.º do DL n.º 15/93, de 22 de Janeiro (tal como resulta, de modo expresso, da sua fundamentação, apesar de, como veremos imediatamente *infra*, de se tratar de um lapso claro quanto à [sua] redacção da norma), traduz o conceito *constitucional* de *criminalidade altamente organizada*, pura e simplesmente, porque assim está definido, literalmente, na lei ordinária; não retirando desse modo, por outro lado, as devidas consequências do critério material que havia enunciado e onde,

naturalmente, não cabe toda a fenomenologia relativa à criminalidade derivada do tráfico de estupefacientes, bastando para o efeito lembrar o dimensão do tráfico de estupefacientes de menor gravidade, previsto no art. 25.º do DL n.º 15/93, de 22 de Janeiro, o qual é punível com pena de prisão de 1 a 5 anos e, por essa razão, para o seu julgamento, não deve ser competente o tribunal de júri, não porque deva ser, sob o ponto de vista constitucional, considerado *criminalidade altamente organizada* [entendimento nosso ao arrepio assim da jurisprudência constitucional tal como resulta do aresto em análise do TC], mas porque não parece preencher o requisito fundamental constitucional de poder ser considerado *criminalidade grave* para poder ser objecto do julgamento por um tribunal de júri, que foi o propósito do legislador constituinte; e, se assim parece ser, então, por maioria de razão, surge ainda mais difícil considerar que deva ser considerada, à luz da Lei Fundamental, *criminalidade altamente organizada* e, conseqüentemente, susceptível de ser alvo de um julgamento com a intervenção do tribunal de júri, vocacionado para a criminalidade grave⁴⁶⁶.

Esta *ponderação de bens ou interesses* (juízo por natureza intrínseco à ideia de direito e, portanto, não pode e não deve ser afastado da discussão em torno do direito penal) é revelada, por excelência, na actividade jurisprudencial, de que podemos destacar a este preciso respeito decisões muito significativas – e de acentuado carácter simbólico – derivadas da actividade do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem⁴⁶⁷.

⁴⁶⁶ Cfr. *supra*, para mais desenvolvimentos, Parte I, Cap. I, Sec. IV, 1.

⁴⁶⁷ Por exemplo, na decisão *Jalloh vs Alemanha*, de 11 de Julho de 2006, no TEDH foi analisada a admissibilidade de uma intervenção médica através da qual ao arguido foi administrada, contra a sua vontade, uma substância – um emético (*Brechmittel*) – que o levou a vomitar e, assim, a ser extraída do seu estômago uma substância estupefaciente, no caso 0,2182 de cocaína, que estava dentro de um pequeno saco que havia engolido, prática da investigação feita ao abrigo do disposto no art. 81a § 2 do StPO (norma que permite a intervenção médica sem consentimento do arguido e sem a prévia autorização por parte de um juiz, se a não intervenção “urgente” puser em perigo o êxito na obtenção da prova “expectável” em face das

circunstâncias): em causa estavam indícios da prática, pelo arguido, do crime de tráfico de estupefacientes; o arguido suscitou a invalidade da prova obtida através da intervenção de que foi alvo contra a sua vontade, nomeadamente, invocando o art. 136a do StPO com a alegação de que teria sido perfeitamente possível esperar pela extracção natural de tal substância sem necessidade assim da prática invasiva desproporcionada e atentatória da sua dignidade, tratando-se assim, na sua óptica, de um método proibido de prova; o arguido veio a ser condenado, em 23 de Março de 1994, pela prática de um crime de tráfico de estupefacientes, na pena de um ano de prisão, suspensa na sua execução, com regime de prova, rejeitando o tribunal que a intervenção médica de que foi alvo tenha sido um meio desproporcionado para recuperar o saco contendo o estupefaciente; o tribunal de recurso rejeitou o recurso interposto na parte em que era invocada a invalidade da prova obtida, embora tenha diminuído para seis meses o período de suspensão da pena de prisão, sustentando que a não intervenção médica nos termos realizados teria podido frustrar a investigação, tendo assim sido um meio necessário para garantir a prova segura do crime de tráfico, não tendo a saúde do arguido sido posta em causa, bem como não havia sido posto em causa o princípio da proporcionalidade. Em sede de recurso, o arguido invocou a violação dos arts. 1.º e 2.º da *Grundgesetz*, isto é, a violação dos princípios da dignidade e da liberdade da pessoa humana, esta na vertente sobretudo da protecção da sua integridade física (cfr. § 2, do art. 2.º da GG) – mas igualmente na vertente do direito à não autoincriminação, *maxime* resultante do disposto no art. 2.º, § 1 da GG – o que não veio a ser reconhecido, quer pelo Tribunal de Recurso de Düsseldorf, quer pelo Supremo Tribunal Federal Alemão (BVerG), sendo que este último afirmou igualmente que o recurso não seria igualmente de proceder por força do princípio da subsidiariedade, na medida em que o arguido não invocou todos os mecanismos processuais de que poderia dispor para pôr em causa a condenação de que foi alvo (*alle prozessualen Möglichkeiten*). Nos tribunais alemães foi debatida a possibilidade conferida pelo art. 81a do StPO de administrar eméticos, em circunstâncias semelhantes às do caso concreto analisado, encontrando-se decisões que o admitem (cfr., por exemplo, decisão do Tribunal de Recurso de Bremen de 19 de Janeiro de 2000, in *NSZ-RR*, 2000, p. 270, *apud* Ac. do TEDH em análise) e outras a negarem tal possibilidade (cfr., por exemplo, decisão do Tribunal de Recurso de Frankfurt, de 11 de Outubro de 1996, *apud* Ac. do TEDH em análise, que considerou que a administração de eméticos não estava abrangida pela possibilidade concedida pelo art. 81a do StPO, na medida em que a norma em causa permite, é certo, a procura de objectos estranhos no corpo de uma pessoa, mas não já a “recuperação” de objectos, cuja existência efectiva é somente uma probabilidade, pelo que se trata de uma prática enquadrável mais sob a norma do art. 102.º do StPO ou dos arts. 94 e ss. do StPO (relativo à apreensão de bens) – embora estes artigos não prevejam a possibilidade de interferência na integridade física dos arguidos –, considerando que tal prática viola assim o princípio da *passividade* (*Grundsatz der Passivität*), concluindo que tal prática traduz uma violação da integridade física, cuja protecção é garantida pelo art. 2 § 1 da GG, e assim viola o dever de protecção da dignidade humana e os direitos de personalidade do arguido, assegurados pelos arts. 1 § 1 e 2 § 2 da GG); no decorrer da fundamentação do Ac. do TEDH, depois de fazer uma exaustiva abordagem à

discussão da matéria, na jurisprudência e doutrina alemãs, bem como da opinião médica (com médicos a defenderem a intervenção médica “coerciva” de modo a ser prevenida uma eventual intoxicação do próprio investigado que pode pôr em perigo a sua vida com a absorção da substância estupefaciente; mas outros a defenderem que há perigo relevante na introdução forçada de eméticos através de tubagem nasogástrica, sendo que ocorreram duas mortes na Alemanha após a toma forçada de eméticos), o Ac. faz alusão à Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 10 de Dezembro de 1984 [adoptada e aberta à assinatura, ratificação e adesão pela Resolução n.º 39/46 da AGNU, com entrada em vigor na ordem jurídica internacional em 26 de Junho de 1987, assinada por Portugal a 4 de Fevereiro de 1985, aprovada para ratificação pela Resolução da AR n.º 11/88, de 21 de Maio, publicada no *DR*, I Série, n.º 118/88, ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 57/88, de 20 de Julho, publicado no *DR*, I Série, n.º 166/88], trazendo à colação os seus arts. 1.º § 1, 15.º e 16.º § 1, seguindo depois com a análise de dois casos judiciais dos Estados Unidos [um, *Rochin vs Califórnia*: na sequência de uma busca domiciliária, no quarto do arguido, com este presente, três polícias tentaram extrair, pela força, cápsulas de droga que aquele havia colocado na boca; levado ao hospital, ao arguido foi, contra a sua vontade, através de um tubo, administrado um emético, o que o levou a regorgitar duas cápsulas que se concluiu conterem morfina; o Supremo Tribunal, a 2 de Janeiro de 1952, veio a considerar inválida a prova assim obtida, por ter sido fruto de um método praticado em violação da Cláusula *Due Process*, de acordo com a 14.ª Emenda (1868, nota nossa), podendo ler-se no seu texto as seguintes considerações: “Applying these general considerations to the circumstances of the present case, we are compelled to conclude that the proceedings by which this conviction was obtained do more than offend some fastidious squeamishness or private sentimentalism about combating crime too energetically. This is conduct that shocks the conscience. Illegally breaking into the privacy of the petitioner, the struggle to open his mouth and remove what was there, the forcible extraction of his stomach’s contents – this course of proceeding by agents of government to obtain evidence is bound to offend even hardened sensibilities. They are methods too close to the rack and the screw to permit of constitutional differentiation. [...] It has long since ceased to be true that due process of law is heedless of means by which otherwise relevant and credible evidence is obtained. This was not true even before the series of recent cases enforced the constitutional principle that the States may not base convictions upon confessions, however much verified, obtained by coercion. [...] They are inadmissible under Due Process Clause [...]. Coerced confessions offend the community’s sense of fair Play and decency. [...]» No outro caso, e em sentido contrário relativamente à decisão anterior, *State of Ohio v. Dario Williams*, estava em causa o seguinte: um suspeito, que havia sido observado a fazer uma típica transacção de droga em plena rua foi posteriormente mandado parar na sua viatura e, perante os polícias, engoliu produto presumivelmente estupefaciente, atentas as circunstâncias; nessa sequência, foi levado ao hospital, onde foi submetido, contra a sua vontade e sob o efeito de sedativos, a uma lavagem gástrica, tendo-se concluído que se tratava de cocaína; o Tribunal concluiu que tal actuação se mostrou correcta, na medida em que, não só estava em causa a obtenção da

prova relativamente à prática de um crime, como também a própria saúde/vida do suspeito; nesta decisão, o tribunal de recurso faz alusão ao caso paradigmático anterior *Rochin v. California*, tecendo as seguintes considerações: «*Rochin* is not dispositive, however. After *Rochin*, the United States Supreme Court decided *Schmerber v. California* [...] in which a police officer ordered an individual suspected of driving while intoxicated to submit to a blood test at the hospital where he was being treated for injuries sustained in an automobile collision. The Supreme Court noted that “the Fourth Amendment’s [1791, nota nossa] proper function is to constrain, not against all intrusions as such, but against intrusions which are not justified in the circumstances, or which are made in an improper manner”... Finding no Fourth Amendment violation, the Court set forth several criteria to be considered in determining the reasonableness of an intrusive search: 1) the government must have a clear indication that incriminating evidence will be found; 2) the police officers must have a warrant, or, there must be exigent circumstances, such as the imminent destruction of evidence, to excuse the warrant requirement; and 3) the method used to extract the evidence must be reasonable and must be performed in a reasonable manner.” Esta última decisão – que assenta também na ideia de que a extracção por limpeza gástrica é menos traumática do que a administração de eméticos, tal como sucedeu no caso *Rochin* – no que é uma decisiva diferença de facto entre ambas – faz uma muito relevante análise das “*circunstâncias do caso*”, como factor fulcral para a ponderação da proporcionalidade da actuação por parte da investigação criminal, enunciando depois critérios que podem/devem ser ponderados para concluir pela correcta prática das autoridades formais de controlo, que assim não podem fazer valer somente o critério da “busca da verdade material”]. Prossegue o Ac. do TEDH em referência com uma avaliação dos países que no âmbito do Conselho da Europa não utilizam eméticos para recuperar saquetas de estupefaciente engolidas por suspeitos (cerca de 33, nos quais se inclui Portugal), os que têm base legal para o seu uso (cerca de 3: Croácia, Polónia e Eslovénia, embora sem que haja informação se foram efectivamente usados ou não) e aqueles relativamente aos quais não há qualquer informação disponível relativamente ao uso de eméticos (cerca de 6), para prosseguir a sua fundamentação relativa ao caso concreto (não sem antes fazer um resumo das alegações do arguido e do Estado alemão e expondo a orientação de diversa jurisprudência do TEDH relativamente a diversos casos que cita), expondo a sua posição relativamente ao caso concreto, à luz dos princípios consagrados *maxime* nos arts. 3.º (com a epígrafe *Proibição da tortura* e que tem a seguinte redacção: “Ninguém pode ser submetido a torturas, nem penas ou tratamentos desumanos ou degradantes.”) e 8.º (com a epígrafe *Direito ao respeito pela vida privada e familiar*, cuja redacção é a seguinte: “1. Qualquer pessoa tem o direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. 2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros.”) da CEDH (que foi assinada por Portugal em 22 de Setembro de 1976, aprovada para ratificação pela Lei n.º 65/78, de 13

de Outubro, publicada no *DR I Série*, n.º 236/78, rectificada por Declaração da AR, publicada no *DR, I Série*, n.º 286/78, de 14 de Dezembro e entrou em vigor na ordem jurídica portuguesa a 9 de Novembro de 1978), concluindo pela violação dos princípios subjacentes àquelas duas normas, a que adita a discussão relativamente à norma do art. 6.º, n.º 1 da CEDH (com a epígrafe *Direito a um processo equitativo*) e concluindo que, no caso concreto, o princípio da proibição da auto-incriminação contido nesta última norma se mostra abrangido. Esta última *consequência* revela-se de *extensão* problemática e muito discutível – na medida em que faz incluir, no âmbito de protecção da norma, o direito à não auto-incriminação, dificuldade que ressalta aliás da argumentação do próprio aresto e tem, por exemplo, refracção na nossa realidade, como sucede na discussão feita no Ac. TC em volta do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* que «[...] abrange, no seu conteúdo potencial máximo, como corolários, o direito ao silêncio e o direito de não facultar meios de prova [...]», cfr. Ac. n.º 461/2011, relatado por Catarina Sarmento e Castro, onde, no entanto, nenhum problema de constitucionalidade no caso concreto foi vislumbrado, ou no Ac. n.º 155/2007, relatado por Gil Galvão, onde se colocava a questão relativa à colheita de vestígios biológicos na pessoa do arguido, através da recolha de saliva, depois de advertido o arguido de que tal diligência sempre seria feita mesmo que contra sua vontade, o que o fez não resistir, e do qual resultou, com aturado desenvolvimento, a declaração de inconstitucionalidade, por violação do disposto nos arts. 25.º, 26.º e 32.º, n.º 4 da CRP, da norma constante do art. 172.º, n.º 1 do CPP, quando interpretada no sentido de possibilitar, sem autorização do juiz, a colheita coactiva de vestígios biológicos de um arguido para determinação do seu perfil genético, quando este último tenha manifestado a sua expressa recusa em colaborar ou permitir tal colheita e a inconstitucionalidade do art. 126.º, n.ºs 1, 2, als. a) e c) e n.º 3, na medida em que permita a validade de prova produzida da forma descrita, muito embora – citando diversos arestos nacionais e internacionais e relevante doutrina, nomeadamente GOMES CANOTILHO, em parecer junto àqueles autos, em que o eminente Autor afirma que “a doutrina dominante e uma boa parte da jurisprudência nacional e internacional de direitos humanos têm entendido que a presunção de inocência do arguido abrange apenas o direito a permanecer calado e a beneficiar da existência de uma dúvida razoável, não impedindo a recolha de material biológico para efeitos de análise de DNA” – conclua que “[n]a verdade, essa colheita não constitui nenhuma declaração, pelo que não viola o direito de não declarar contra si mesmo e a não se confessar culpado. Constitui, ao invés, a base para uma mera perícia de resultado incerto, que, independentemente de não requerer apenas um comportamento passivo, não se pode catalogar como obrigação de auto-incriminação.” – in www.tribunalconstitucional.pt.

Podemos assim, no que não for desde logo considerado como método proibido de prova (diríamos, numa formulação que não é nova e, na nossa lei, tem guarida no regime jurídico previsto no art. 126.º, n.ºs 1 e 2 do CPP, que prevê os *meios absolutamente proibidos de prova*), configurar situações que podem ser como tal ponderadas desde que um juízo de proporcionalidade as desaprove em função dos bens jurídicos que possam estar em causa/perigo por força de determinadas práticas criminosas especialmente gravosas ou não (*meios relativamente proibidos de prova* – cfr. art. 126.º, n.º 3 do CPP): é este juízo de ponderação que

entendemos ser fundamental quando, como é agora o nosso alvo de atenção, buscamos uma definição *material* do que seja, sob o ponto de vista constitucional (mas não só), a *criminalidade – altamente – organizada* e só desse modo pode ficar garantida a coerência do próprio sistema, como tentamos discutir neste trabalho, no confronto de diversos institutos e, assim, a que a aproximação a fazer nunca deixe de ponderar as repercussões que uma determinada conclusão ou *enquadramento teórico justificador* relativamente a um determinado caso concreto possa ter noutros âmbitos, tal como sucede precisamente com o sentido encontrado pelo TC para o conceito de criminalidade altamente organizada – meramente literal – se aplicado, por exemplo, numa determinada investigação criminal e assim possa levar à ocorrência de práticas investigatórias abusivas, como as narradas nos casos que *supra* nesta nota pudemos, perfunctoriamente, expor.

Para uma análise do regime constante do art. 126.º do CPP (tendo por pano de fundo o regime estabelecido pelos arts. 32.º, n.º 8 e 34.º da CRP), com explanação de jurisprudência e doutrina lusas, e onde se faz a análise do regime relativo aos “Métodos proibidos de prova”, discutindo, por exemplo, o regime de invalidade que deve ser seguido, se o da nulidade, se o da inexistência jurídica, cfr. Ac. STJ de 14 de Julho de 2010, relatado por Raul Borges, Proc. 149/07.9.JELSB.E1.S1, in www.dgsi.pt, consultado e imprimido em 16 de Setembro de 2015: “Apesar da ligação estreita entre o regime das nulidades e as proibições de prova, trata-se de figuras ou realidades autónomas [...]” assim citando o Ac. do STJ de 8 de Fevereiro de 1995, relatado por Vaz dos Santos, in CJSTJ, 1995, Tomo 1, pág. 194, também disponível in www.dgsi.pt, e do qual, em complemento, para completa compreensão da frase citada, consta: “As nulidades tornam inválido o acto em que se verificarem, bem como os que dele dependerem e aqueles que puderem afectar [...]. A proibição da prova tem a ver com a sua inadmissibilidade no processo.”.

Cfr., com muito interesse, para uma análise deste juízo de ponderação, recorrendo à análise de decisões do TEDH e do Supremo Tribunal dos Estados Unidos, CAROLINA GIRÃO DE ALMEIDA SANTOS, “*Proibições de valoração de prova como reacção contrafáctica a violações de direitos fundamentais. O entendimento do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e do Supreme Court norte-americano.*”, in JusJornal, n.º 2063, 13 de Janeiro de 2015.

A análise que temos vindo a fazer nesta nota, debatendo soluções alicerçadas num juízo de *ponderação* de bens jurídico-penais em confronto [*maxime* nas realidades alemã e norte-americana] quando em causa podem estar níveis de gravidade diversos de criminalidade, está muito longe de ser nova: é, por exemplo, muito bem explicitada no trabalho de referência de MANUEL DA COSTA ANDRADE – *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Coimbra Editora, 1992 – quando, a propósito da “[...] leitura material-substantiva das proibições de prova [...] no direito alemão – pelo menos a nível da *praxis* jurisprudencial – acaba por prevalecer [...] o entendimento assente na *ponderação entre os bens jurídicos tutelados pelas proibições de prova e os valores encabeçados na perseguição criminal* [e] que [...] podemos reconduzir à ideia de *Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege* para que vem apelando o Tribunal Constitucional Federal e a que o BGH se vem sistematicamente acolhendo, sobretudo no tratamento da

criminalidade grave.” (cfr. *ob. cit.*, p. 198), explicitando-se assim a problemática maior subjacente a este juízo de ponderação e que “[...] tem contrariado as tentativas de enunciado de princípios gerais e universalmente válidos, encaminhando a resposta para a ponderação casuística das singularidades dos interesses em concreto pertinentes” (cfr. *ob. cit.*, p. 199), dando o Autor conta que o Tribunal Constitucional alemão tem “repetidamente assinalado as exigências inarredáveis de uma eficaz perseguição penal e luta contra a criminalidade, enfatizando o interesse público pela investigação da verdade e apontando o esclarecimento efectivo dos crimes mais graves como tarefa essencial de uma comunidade organizada em Estado de Direito” (cfr. *idem*), constatando o Autor que o Tribunal Constitucional alemão, no aresto que analisa e cita no seu trabalho “a propósito da compreensão e extensão do conteúdo material da *área nuclear inviolável*” mais não faz do que levar ao “inescapável esbatimento das suas fronteiras”, na medida em que, “[s]egundo o Tribunal Constitucional Federal cairão fora deste conceito, ficando expostos à devassa processual, os factos, registos ou provas que mantenham uma qualquer conexão com o crime em questão, por mais unívoca que se afigure a sua pertinência ao círculo mais estreito da privacidade. Para além disso, a devassa será mesmo legítima em nome da necessidade de acesso à conduta anterior e à personalidade do arguido, para efeito do juízo de culpa. O que deixa como desafio ao engenho mais especulativo a identificação dos dados ou factos susceptíveis «de serem cobertos pelo manto da tutela inviolável da personalidade.” (cfr. *ob. cit.* págs. 200 e 201); a este, diríamos, *relativismo* alemão [aliás comprovável na decisão Jalloch vs Alemanha, com que iniciámos esta nota], contrapõe o Autor a lei portuguesa que “dita as proibições de prova e determina as suas consequências em termos que não apelam para uma *ponderação* com os valores subjectivados *sub nomine* e no interesse da realização da justiça penal. A ordem jurídica portuguesa parece assentar, assim, no desfasamento e distanciação qualitativa entre duas ordens de valores: os valores material-substantivos tutelados pelo direito penal substantivo e, também e em primeira linha, pelas proibições de prova; e os valores adjectivos de relevo endoprocessual e recondutíveis à ideia de *eficácia funcional (Funktionstüchtigkeit)* da justiça penal. E sem deixar de subsistir entre as duas ordens de valores os momentos de comunicabilidade indispensáveis à plena operatividade do princípio de ponderação.” (cfr. *ob. cit.*, p. 201), concluindo que “[...] a gravidade do crime a perseguir não será, só por si e enquanto tal, razão bastante para legitimar a danosidade social da violação das proibições de prova. Menos o será ainda nos casos em que a violação da proibição de prova releva também do ilícito jurídico-penal.” [...] Por opção do legislador, a perseguição do criminoso e a descoberta do crime – *por mais grave que ele seja* – não bastam para abrir as portas do processo às gravações feitas ou utilizadas à custa de atentado ao *direito à palavra* ou à *imagem*. Considerações idênticas valerão, com as devidas adaptações, para a violação do *segredo profissional*. Como valerão outrossim e a *fortiori* para as proibições de prova enunciadas sob a rubrica dos *métodos proibidos de prova.*” (cfr. *ob. cit.*, págs. 201 e 202).” O Autor tem clara noção das consequências da sua análise e como que eleva o regime processual penal luso a um patamar de *excepção* (quando comparado desde logo com o alemão que lhe serviu de directa inspiração) na medida em que “[o] que fica dito não deve ser levado à conta de proposta duma leitura do direito

português das proibições de prova como um ordenamento asséptico de conflitualidade. [...] Só que não pode desatender-se a circunstância decisiva de o regime positivamente plasmado ser, já ele próprio, a expressão codificada dos juízos de ponderação assumidos e sancionados pelo legislador.”, concluindo, com directo interesse para o tema a que nos dedicamos, que a nossa lei contém “[u]m programa [por referência à “expressão codificada dos juízos de ponderação”] a que presta claramente homenagem o regime de «privilégio» reservado à perseguição da chamada *criminalidade violenta ou altamente organizada* (cfr., v. g. arts. 143.º, n.º 4 [o Ministério Público pode determinar que o detido não comunique com pessoa alguma antes do primeiro interrogatório judicial, salvo o defensor], 174.º, n.º 4, al. c) [entretanto, por força da Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto, passou a ser o n.º 5, al. a) do mesmo art. e já citado *supra* nesta nota], 177.º, n.º 2 [entretanto, por força da Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto, esta remissão é actualmente feita para o n.º 2, al. a) e n.º 3 do mesmo artigo] e 187, n.º 2, al. a)” – a edição de 2013 deste trabalho é somente uma reimpressão, pelo que não traz qualquer actualização, *maxime* legislativa, relativamente à edição original; no entanto, estas suas considerações estão perfeitamente em linha com o que, AMELUNG, por si citado, afirma relativamente à realidade alemã: «O legislador tomou sobre si o ónus da ponderação quanto a saber em que medida há-de outorgar-se o primado ao interesse da informação (*Informationsbeherrschungsinteresse*) ou ao interesse na perseguição criminal. Uma decisão a que os demais órgãos do estado estão vinculados. O legislador só reconhece o direito subjectivo do domínio da informação àquele espaço que, de antemão, se lhe afigura adequado no contexto de uma ponderação entre os interesses da liberdade e os interesses da perseguição criminal», *Informationsbeherrschungsrechte*, p. 9 (cfr. *apud*, *ob. cit.*, p. 40); para um enquadramento mais geral do *princípio da ponderação de bens ou interesses* na Alemanha, cfr. *ob. cit.*, págs. 28 a 40, onde se explanam os principais argumentos a favor (jurisprudenciais e doutrinários) e contra (doutrinários) a sua consagração relativamente ao regime das proibições de prova. Mas a tradição jurisprudencial alemã, relativa ao princípio da *ponderação de bens e interesses* [ainda que, deve esclarecer-se, no âmbito da discussão do instituto do estado de necessidade] pode ser encontrada já na segunda década do séc. XX, como nos dá ainda conta COSTA ANDRADE, in *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, Coimbra Editora, 1990, quando cita o seguinte excerto de uma decisão do *Reichsgericht* de 11 de Março de 1927: «Há situações da vida em que uma acção, que pelo seu recorte externo preenche a factualidade típica de um crime, constitui o único meio de defesa de um bem jurídico ou o cumprimento de um dever imposto ou reconhecido pelo direito. Em tais casos, a qualificação como conforme ao direito, não proibida ou ilícita, da mesma acção terá de decidir-se a partir das referências de valor entre os bens jurídicos ou deveres em conflito, sancionados pelo direito vigente – princípio da ponderação de bens e deveres. [...] [T]erá de ser partir das valorações que encontram a sua expressão nas cominações legais do direito vigente e ditadas em nome da tutela dos bens jurídicos. (RGSt, 61, 254).», que assim “contribuiu para a criação do «estado de necessidade supra legal” (cfr. *ob. cit.*, págs. 163 e 164, n. 66), e cujo antecedente doutrinário mais longínquo se pode ir encontrar a MERKEL, em finais do séc. XIX, que, pela primeira vez falou do *Prinzip des überwiegenden Interesses*, e cuja doutrina foi entretanto

enriquecida por LENCKNER (cfr. *ob. loc. cit.*, autor que se ocupou insistentemente da “problemática suscitada pelo princípio da *prevalência de interesses*”, cfr. *ob. cit.*, p. 190, n. 44); como oportunamente afirma o Autor, em tom crítico, que “[d]esta perspectivação aberta dos problemas não serão naturalmente de esperar soluções unívocas, linearmente decorrentes e sustentadas por relações de cogência lógica. Elas não constituirão, pelo menos, a regra. Normais serão as soluções oneradas por coeficientes de relatividade e contingência, muitas vezes só logradas mediante a invocação do «juízo de valor da comunidade».” (*passim*). Todavia, os recortes absolutos, por muito que os princípios possam justificá-los, são incompatíveis muitas vezes com as circunstâncias da vida, em que o bizarro, o absurdo, a total ausência de valores [morais] e a afirmação do terror podem exigir que os ordenamentos jurídico-penais de cada Estado possam ter formas de agir de modo a adaptarem a sua actuação, com flexibilidade, permitindo-se fazer um juízo de ponderação efectiva de bens, valores e interesses relativamente a casos concretos que vão para além do que a lei, geral e abstracta, pudesse prever ou permitir abarcar pelo seu sentido teleológico. A afirmação absoluta de princípios perante casos concretos que, por sua vez, levem ao extremo a violação de outros princípios, deve poder ser alvo de uma atenta, cuidada, controlada e efectiva *ponderação* que, por o legislador não poder antecipar tudo (ninguém o afirma e antes é reconhecida a absoluta e incontornável dinâmica da vida, que exige uma adaptação permanente da lei e por isso a leva a uma permanente adaptação), será a última forma de o próprio sistema poder sobreviver sem uma negação de si mesmo. E é este o principal ensinamento que podemos (re)colher do princípio da *ponderação de valores, bens ou interesses* subjacente às diferentes decisões jurisprudenciais *supra* mencionadas e ao sentido colhido nas diversas orientações doutrinárias. De outro modo, como afirmar, sem essa possibilidade de ponderação a jusante (mas só assumi-la a montante, supondo uma autosuficiência absoluta do sistema, que tudo ponderou, que tudo avaliou e que tudo pode resolver), a coerência de um sistema que, em nome dos seus próprios princípios, permite a violação de outros – que, todavia, também assume querer proteger – e que, porventura num determinado caso concreto poderão ser mais relevantes, mas que se permite sejam atingidos, em nome de um “sistema” ponderado de forma abstracta? Recorramos a um exemplo escola, cuja oportunidade reside apenas na problematização, que, aliás, nada de novo traz, mas somente permite recolocar um problema e permite, com a sua leitura, um repensar, um reapreciar, mesmo que as nossas soluções sejam depois imediatamente dadas e nada portanto o exemplo ponha em causa: António abre a caixa do correio de um vizinho - o José -, retira uma carta e abre-a e nela consta um plano pormenorizado, segundo um qual, no dia seguinte, durante o horário de funcionamento, irá ser invadido um Banco, pelo próprio José e mais dois homens com armas automáticas, estando plenamente assente que, para garantir o êxito da operação, poderiam recorrer à utilização das armas de modo a afastarem qualquer resistência à sua actuação. O que temos aqui, desde logo, é a possibilidade de, a partir da prática de um crime por parte de um particular, podermos evitar a prática de outro ou outros crimes. Ou então, noutra exemplo, substituamos o António por um agente policial, que actua do modo descrito, sem ter qualquer autorização por parte da autoridade competente. Nesta última variação do exemplo temos um agente que está sujeito, não só às normas

previstas no Código Penal (que punem a violação de correspondência), como as previstas no Código de Processo Penal (que já não se dirigem ao particular, no caso ao António). Estes dois exemplos simples/escola colocam a questão precisamente da possibilidade ou não de valoração de prova obtidas através de condutas que em si mesmas configuram a prática de crimes, mas das quais resulta o conhecimento da prática de outros crimes ou da eminência dessa prática, colocando-se par a par a inevitável ponderação dos bens jurídicos envolvidos, por um lado, os protegidos pelas normas que protegem a correspondência [privacidade, intimidade] de uma pessoa e, também, no caso do polícia (protegem todos os cidadãos da actuação das forças formais de controlo através do cumprimento de regras processuais), por outro lado, os protegidos pelas normas que protegem o património, a integridade física ou a vida; estamos no âmbito do problema, para utilizar as palavras de COSTA ANDRADE, relativo às «incongruências entre o direito penal substantivo e o direito processual penal» (cfr. *Sobre as Proibições...*, cit., págs. 40 a 55), partindo da ideia de direito penal “[e]nquanto tutela de *ultima ratio* dos bens jurídicos fundamentais, indispensáveis ao livre desenvolvimento ético do Homem e à subsistência e funcionamento duma comunidade jurídica e democraticamente organizada [...] assume-se intencionalmente como fragmentário e descontínuo. O que converte a ilicitude *penal* numa expressão qualificada de ilicitude, extremado-a, pelo teor particularmente elevado das suas exigências face às demais manifestações de ilicitude e antinormatividade” (cfr. *ob. cit.* p. 41) e como “acertadamente anota OTTO: «O perigo de afronta à dignidade humana através da valoração pode vedar a valoração de um meio de prova obtido de forma lícita, sempre que a situação dos interesses no momento da obtenção e da valoração do meio de prova se mostre essencialmente divergente. Bem pode, por exemplo, considerar-se justificada a vigilância de uma pessoa através da utilização de meios técnicos, quanto tal é necessário para a defesa contra ataques aos fundamentos existenciais da ordenação social basilar, livre e democrática, ou contra uma extorsão com a ameaça de armas nucleares. Contudo, e nos termos do direito vigente, isto não significará, de forma alguma, a valoração do correspondente meio de prova no processo, para fins de ordenação e punição do agente»” (cfr. *ob. cit.*, págs. 42 e 43); é na gradação entre a prova obtida de modo ilícito (apesar da citação fazer referência mesmo a prova obtida licitamente, num limite argumentativo que, todavia, podemos aproveitar no nosso discurso), penal ou processual penal, e os valores que se visam proteger que a *ponderação* é inexoravelmente feita – é a realidade que o impõe, se não em juízo, na própria vida, a cada passo –, sendo tanto mais complexa quanto menor for a disparidade entre a dimensão [gravidade] da ilicitude da prova obtida e o grau de protecção merecido pelos valores a proteger e tanto menos complexa quanto maior for essa diferença, por ser mais simples a resposta – afirmativa ou negativa – à necessidade de cedência de algum dos princípios em confronto. Mas o problema maior que suscita o *pensar* sobre estes exemplos está colocado num momento anterior e tem a ver com a própria possibilidade de tal ponderação ser um exercício possível ou *ponderável* (perdoe-se-nos o pleonasma) em sociedades democráticas regidas pelo Direito. Não temos respostas (a tentativa de as obter não seria sequer possível neste estudo tematicamente delimitado) para os inúmeros problemas colocados e agravados facilmente, bastando para tal requintar os exemplos

Mas o critério *material* que defendemos deve imperar numa definição [constitucional] do que seja a *criminalidade altamente organizada* (definição essa que não tem de ser necessariamente literal/expressa e pode resultar da actividade jurisprudencial e da doutrina na medida em que, cremos, há elementos bastantes, quer literais, quer sistemáticos, que permitem a sua densificação e de que o Ac. do TC em análise e citado se socorre na sua fundamentação, embora sem que extraia os devidos efeitos na sua conclusão) tem ainda uma muitíssimo mais relevante repercussão se desviarmos o nosso olhar e o incidirmos no âmbito da admissibilidade dos meios [intrusivos] de obtenção de prova quando em causa está um fenómeno criminoso categorizável como tal; e entendemos não ser recomendável que esta categorização seja meramente literal e não atente à dimensão concreta dos bens jurídicos em confronto numa determinada investigação criminal, permitindo-se que o mero “rótulo” [e depois cabe saber por quem, em que momento da investigação e com que critério] tudo [dentro, naturalmente, do que a lei permite] pudesse permitir, sem uma rigorosa exigência, *a montante*, na medida do possível e do exigível. Com efeito, não podemos deixar de ter presente que os meios de prova admissíveis para a investigação da criminalidade altamente organizada são [e devem ser] muito mais intrusivos do que os admissíveis para a investigação da criminalidade menos grave; a mero título de exemplo tenhamos presente as revistas e buscas que podem ser efectuadas, a título excepcional, sem autorização prévia por parte da autoridade judiciária competente, por órgãos de polícia criminal nos casos de terrorismo e criminalidade violenta ou altamente organizada (cfr.

sucessivamente, adicionando complexidades. Deixamos, todavia, uma ideia a este respeito: perante a vida e as suas intermináveis variáveis nada pode deixar de ser questionado, sob pena de fazermos dos princípios que queremos preservar armas de arremesso típicas da atitude fundamentalista e cujo valor afirmamos de modo absoluto aos outros, como homens feitos deuses; agindo assim estaremos a contribuir para a nossa autodestruição enquanto sociedade, num processo de implosão inexorável.

art. 174.º, n.º 5, al. a) do CPP) ou, quando em causa estiver o mesmo de tipo de criminalidade, as buscas domiciliárias que podem ser realizadas entre as 21h e as 7h (cfr. art. 177.º, n.º 2, al. a) do CPP) e podem ser ordenadas pelo Ministério Público ou ser efectuadas por órgão de polícia criminal (cfr. art. 177.º, n.º 3, al. a) com remissão para o disposto no art. 174.º, n.º 5 ambos do CPP) ou o regime especial das escutas telefónicas previsto no art. 187.º, n.º 2, al. a) – sendo curiosa a destrição, pouco compreensível, feita no mesmo art., no n.º 1, al. b), quando faz a alusão expressa aos crimes relativos ao tráfico de estupefacientes, dado que estes são já qualificáveis como criminalidade altamente organizada, precisamente por força do disposto no art. 51.º, n.º 1 do D.L. n.º 15/93, de 22/1 – ou, ainda, os “regimes processuais penais especiais”, como seja o constante da já abordada neste trabalho Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro, que prevê um regime específico de “[...] combate à criminalidade organizada”, como se pode ler no seu título, elencando um conjunto de crimes no seu art. 1.º, dos quais, saliente-se, em abono da orientação legislativa, não faz parte, dentro da criminalidade relativa ao tráfico de estupefacientes, o tráfico de menor gravidade, o que aliás é coerente com a redacção - rectificadora - do art. 51.º do DL n.º 15/93, de 22 de Janeiro e torna ainda mais frágil toda a construção argumentativa subjacente ao Ac. do TC que analisámos.

Todavia, esta nossa alusão argumentativa/exemplificativa ao art. 25.º do D.L. n.º 15/93, de 22 de Janeiro, baseada no teor argumentativo do Ac. do TC em análise é apenas justificável com base nesse mesmo Ac. e não já sob o ponto de vista do que é a lei: com efeito, no Ac. do TC há um lapso muito relevante na indicação da redacção do disposto no art. 51.º, n.º 1 de tal diploma, pois, ao invés do que aí resulta citado e transcrito, a redacção de tal artigo veio a ser alterada por força da Declaração de Rectificação n.º 20/93, de 20 de Fevereiro, portanto, antes ainda da entrada em vigor do diploma (cfr. art. 76.º do D.L. n.º 15/93, de 22 de Janeiro, que previu uma *vacatio legis* de 30 dias): lapso

material que poderá ter tido relevância na apreciação e discussão argumentativa da matéria de fundo, dado que a exclusão, por força da lei, do crime de tráfico de estupefacientes de menor gravidade do conceito de criminalidade altamente organizada, por si só, poderia ter levado os juízes conselheiros a ponderarem melhor a conclusão *literal* a que chegaram, na medida em que a *ideia* subjacente à lei, dada a destrição que em si mesma é possível retirar, permitiria uma outra conclusão, que daquele modo o Ac. não tirou, alicerçando o seu raciocínio numa redacção da lei que não estava, nem nunca esteve, em vigor.

Quer dizer, o Ac. do TC em referência inicia a sua retórica-argumentativa parecendo não querer, por um lado, fazer uma interpretação da Constituição com base na mera subsunção do texto legal ordinário ao texto constitucional e, por outro lado, parece querer trilhar um caminho interpretativo próximo do *método científico-espiritual* (método valorativo, sociológico), segundo o qual a interpretação da Constituição “deve ter em conta: (i) as bases de valoração (a ordem de valores, sistema de valores) subjacentes ao texto constitucional; (ii) o sentido e a realidade da constituição como elemento do *processo de integração*. O recurso à ordem de valores obriga a uma «captação espiritual» do conteúdo axiológico último da ordem constitucional [...]”⁴⁶⁸, na medida em que

⁴⁶⁸ Cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, cit., págs. 1212 e 1213; não cremos ser adequado que o ponto de partida do TC no Ac. em referência possa ser associado, sob o ponto de vista da sua metódica interpretativa à corrente *tópico-problemática* e que se reconduz “[...] a um *processo aberto de argumentação* entre os vários participantes (pluralismo de intérpretes) através do qual se tenta adaptar ou adequar a norma constitucional ao problema concreto” e em que os “aplicadores-intérpretores servem-se de vários *tópoi* ou pontos de vista, sujeitos à prova das opiniões pró ou contra, a fim de descortinar, dentro das várias possibilidades derivadas da polissemia de sentido do texto constitucional, a interpretação mais conveniente para o problema. A tónica seria, assim, uma arte de invenção (*inventio*) e, como tal, técnica do pensar problemático. Os vários tópicos teriam como função: (i) servir de *auxiliar* de orientação para o intérprete; (ii) constituir um *guia de discussão* dos problemas; (iii) permitir a decisão do problema *jurídico* em discussão.”, pois a premissa valorativa interpretativa encontrada pelo TC não deve ser considerada

enuncia dois critérios materiais (no nosso entender, de natureza preferencialmente cumulativa) para se poder concluir estarmos perante o conceito constitucional de *criminalidade altamente organizada*, fazendo supor que tais requisitos serão fulcrais na interpretação posterior a dar e que, assim, se *impõem* à mera literalidade assente na lei ordinária o que, como vimos, afinal, não veio a acontecer, caindo numa simples e directa interpretação da Constituição de acordo com a previsão constante da lei ordinária, não acrescentando dessa forma nada à sua conceptualização e reduzindo assim o conceito constitucional à dimensão que começara por negar no início da sua fundamentação.

O que faz o Ac. do TC, na decisão em análise, é, afinal, uma “*leitura da constituição de baixo para cima*, justificadora de uma nova compreensão da constituição a partir das leis infraconstitucionais” [...] o que, quando este tipo de *exercício interpretativo* é realizado, [...] “pode conduzir à *derrocada* interna da constituição por obra do legislador e outros órgãos concretizadores, e à formação de uma *constituição legal* paralela, pretensamente mais próxima dos momentos «metajurídicos».⁴⁶⁹

A Ideia de Garantia da Constituição, que, no início da fundamentação do Ac. do TC, como vimos, serviu para afastar a utilização de um conceito legal ordinário como critério de definição do conceito constitucional⁴⁷⁰ – e que supõe a auto-suficiência

como *casuísta* ou que tivesse partido assim do “problema para a norma, mas desta para os problemas”, na medida em que “[a] interpretação é uma actividade normativamente vinculada, constituindo a *constitutio scripta* um limite ineliminável (Hesse) que não admite o sacrifício da primazia da norma em prol da prioridade do problema (F. Müller)”, assim, na crítica ao método tópico-problemático, cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, cit., págs. 1210 e 1211.

⁴⁶⁹ Aproveitamos as palavras de GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, cit., p. 1230, que assim, com o devido respeito, fazemos nossas.

⁴⁷⁰ E que, por exemplo, deve fundamentar a rejeição liminar da possibilidade da interpretação autêntica (que, por definição é aquela levada a cabo pelo órgão que produziu um determinado acto normativo, “[...] p. ex.: o sentido de uma lei é fixado «autenticamente» por outra lei [...]”) da Constituição poder ser feita pelo legislador ordinário, cfr., mais detalhadamente, GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, cit.,

axiológico-normativa da Lei Fundamental – é assim posta em causa quando, por força da actividade jurisprudencial interpretativa, o argumento encontrado para fundamentar uma decisão de constitucionalidade assenta exclusivamente no argumento literal proveniente da previsão do legislador ordinário; deste modo, o TC nega assim a devida relevância à dimensão *material* por si pré-anunciada e discutida como critério *aparente* de aferição do conceito jus constitucional de *criminalidade altamente organizada*, mas entretanto abandonada, em face das consequências da decisão final tomada sobre o *problema da constitucionalidade*.

Por ora, quer-nos parecer que no art. 207.º da Constituição, tal como resulta da decisão do TC analisada, encontramos uma densificação pouco consistente do conceito de *criminalidade “altamente” organizada*, com a incorporação do sentido proposto pelo legislador ordinário tal qual ficou previsto no CPP, sujeito assim às suas *nuances*, às suas alterações a cada momento e, portanto, sujeita às fragilidades decorrentes das reformas entretanto encetadas ou, noutra perspectiva, fixando, em cada momento da revisão constitucional, o sentido que estiver contido na lei ordinária.

O sentido da nossa crítica ao teor Ac. do TC diz respeito, sobretudo, à sua lógica intrínseca e não já às dimensões necessárias para o exercício interpretativo de encontrar um sentido mais preciso para conceito de *criminalidade altamente organizada* a partir das diversas alterações observáveis nas sucessivas alterações legislativas e a sua conexão com a previsão constitucional.

Não se trata de defender, de forma absoluta, a «interpretação da constituição conforme as leis» (*gesetzeskonform Verfassungsinterpretation*), expressão tributária do pensamento de Leisner, com ela querendo significar-se “[...] que o *problema da*

concretização da constituição poderia ser auxiliado pelo recurso a leis ordinárias. Nestas leis encontraríamos, algumas vezes, sugestões para a interpretação das fórmulas condensadas e indeterminadas, utilizadas nos textos constitucionais.”⁴⁷¹, o que é precisamente o que faz o TC na decisão analisada, embora, num primeiro momento o recuse, num exercício interpretativo que consideramos natural e, diríamos, inevitável, atenta a limitação das alternativas na busca do sentido a dar ao conceito indeterminado de *criminalidade altamente organizada*.

Assim, partindo do problema que foi colocado ao TC na decisão que temos vindo a analisar, entendemos ser relevante aprofundar este exercício de buscar o sentido do conceito de *criminalidade altamente organizada* pressupondo a relevância do seu sentido na lei ordinária, e das suas alterações, para a definição do conceito tal como ficou enunciado na Constituição – tendo-a, todavia, como pilar ou centro de referência; nesta perspectiva, não há razões para deixar de recorrer a outras normas, ou conjunto de

⁴⁷¹ Cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, cit., págs. 1233 e 1234, que enuncia os pressupostos desta actividade interpretativa e que “seria particularmente visível quando se tratasse de leis mais ou menos antigas, cujos princípios orientadores lograram posteriormente dignidade constitucional. A interpretação da constituição de acordo com as leis não aponta apenas para o passado. Ela pretende também abarcar as hipóteses de alterações do sentido da constituição mais ou menos plasmadas nas leis ordinárias. Estas leis, que começaram por ser actuações ou concretizações das normas constitucionais, acabariam, em virtude da sua mais imediata ligação com a realidade e com os problemas concretos, por se transformar em «indicativos» das alterações de sentido e em operadores de concretização das normas constitucionais cujo sentido se alterou.” (*idem*), prosseguindo o Autor com o enunciar dos argumentos que colocam reticências a tal tarefa interpretativa, na medida em que parte “[...] da ideia de uma constituição entendida não só como espaço aberto mas também como campo neutro, onde o legislador iria introduzindo subtilmente alterações. Em segundo lugar, não é a mesma coisa considerar como parâmetro as normas hierarquicamente superiores da constituição ou as leis infraconstitucionais. Em terceiro lugar, não deve afastar-se o perigo de a interpretação da constituição de acordo com as leis ser uma *interpretação inconstitucional*, quer porque o sentido das leis passadas ganhou um significado completamente diferente da constituição, quer porque as leis novas podem elas próprias ter introduzido alterações de sentido inconstitucionais.” (*ibidem*).

normas, que contribuirão para essa mesma definição, e não já somente o que se dispõe estritamente no art. 1.º do CPP ou noutras normas de natureza processual penal em que o conceito é expressamente utilizado, como sucede com o art. 51.º, n.º1 do DL n.º 15/93, de 22 de Janeiro, mas antes a partir de uma visão mais alargada ou abrangente relativa ao regime do tribunal de júri.

Com efeito, este caminho é tanto mais justificado quanto se possa considerar ou admitir que o conceito de criminalidade altamente organizada é afinal um “conceito pré-constitucional ou exógeno” e, como tal, à semelhança de outros conceitos dessa natureza, “uma vez situados em disposições da Constituição formal, têm de ser entendidos em conexão com os demais e analisados tendo em conta quer o seu originário sentido (em princípio «recebido») quer o que lhe advém da sua colocação sistemática”⁴⁷²;

⁴⁷² Acompanhamos JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo II, 3.ª edição, Coimbra Editora, 1991, págs. 259 e 260 que, partindo da distinção destes conceitos pré-constitucionais ou exógenos relativamente aos conceitos indeterminados, reconhece que aqueles colocam problemas semelhantes aos colocados por estes; tem especial interesse a alusão feita pelo Autor ao problema de definição do conceito de *pena maior* (constante do Código Penal de 1886, mas não do de 1982) à face dos arts. 27.º, n.º 3, 160.º, n.ºs 2 e 3 e 199.º do texto da CRP anterior a 1989. A questão que se colocou foi a de saber qual o sentido a dar ao conceito de *prisão maior* adoptado pela Constituição a partir do conceito preexistente no art. 63.º do CP de 1886 a partir do momento em que o novo Código Penal de 1982 veio acabar com tal conceito, embora ele tenha persistido no texto da Constituição, tendo o art. 51.º do DL n.º 402/82, de 23 de Setembro, previsto o seguinte: “Sem prejuízo das disposições constantes deste decreto-lei, para efeito da aplicação de quaisquer normas que façam referência a prisão maior, considera-se prisão desta natureza a de medida superior a 2 anos.”, o que colocou o problema de saber da admissibilidade da aplicação da prisão preventiva a crimes puníveis com pena máxima de 3 anos, embora com a pena mínima de 1 mês. O Tribunal Constitucional, pelo Acórdão n.º 328/86, de 26 de Novembro de 1986 (in *Diário da República*, 2.ª série, n.º 39, de 16 de Dezembro de 1986), considerou inconstitucional o art. 59.º (*sic*) – trata-se de um lapso do Autor, pois o artigo apreciado pelo Ac. referido foi o 51.º – do Decreto-Lei n.º 402/82, de 23 de Setembro, por ter atribuído ao conceito um conteúdo diferente do que lhe fora dado pelo legislador anterior à Constituição – cfr. *ob. cit.*, p. 259, n. 3; o Ac. do TC n.º 328/86, relatado por Martins da Fonseca, que julga inconstitucional o art. 51.º do Decreto-Lei n.º 402/82, de 23 de Setembro, remete, por sua vez, no essencial, para a fundamentação do Ac. do TC n.º 70/85, de 24 de Abril de 1985, relatado por Mário de

neste sentido, a absoluta autonomia dos conceitos contidos na Constituição, suposta na afirmação citada do Ac. do TC de 24 de Setembro de 2008, por força da Ideia de Garantia da Constituição, tem de ser relativizada, importando assim saber da génese desses

Brito, onde tal artigo foi julgado inconstitucional pela primeira vez; ainda assim, há asserções no mesmo constantes que se revelam muito interessantes sob o ponto de vista doutrinário, na medida em que extravasam a questão apreciada em concreto, como, por exemplo: “Parece evidente que, quando a Constituição recebe um determinado conceito legal com um certo sentido, este fica, por assim dizer, «constitucionalizado», deixando de estar à disposição do legislador. Por exemplo, se o conceito de «pena maior» foi recebido na Constituição [cfr. artigo 27.º, n.º 3, al. a)] com um certo sentido, não pode a lei vir a alterar o conceito, de modo a modificar significativamente o sentido do preceito constitucional.”, no que, em bom rigor, permite concluir que está vedada a interpretação actualista de um determinado conceito originariamente de natureza não constitucional mas entretanto constitucionalizado por força da sua adopção pela Constituição, cristalizando o seu sentido à data de tal inserção e, portanto, não permitindo que uma evolução posterior do legislador ordinário tenha repercussões por sua vez no correspondente sentido constitucional; esta evolução, tal como é tratada no Ac. do TC referido, é abordada, com mais profundidade no Ac. do TC n.º 70/85, de 24 de Abril de 1985, e neste enuncia-se o problema, ou a sua dimensão, de modo muito claro e com o mesmo relevo doutrinário: “Resta saber se uma norma ordinária pode, de certo modo, interpretar uma norma constitucional.” e, neste sentido, “[...] a questão não está em determinar o sentido correcto do artigo 51.º do Decreto-Lei n.º 402/82; está sim em saber se a interpretação que lhe foi dada nessa deliberação, e que parece estar de acordo com a generalidade da doutrina, viola o disposto no texto constitucional”, pelo que, “[...] sabido que a Constituição não define «pena maior» - não há de pena maior um «conceito constitucional autónomo», - importa determinar o conceito por ela utilizado.”, prosseguindo o Ac. em análise, pegando nas palavras de Gomes Canotilho e Vital Moreira (em Constituição da República Portuguesa Anotada, 2.ª edição, 1.º vol., 1984, no n.º V das anotações ao art. 27.º): “A análise do sentido de conceitos pré-constitucionais, que foram «recebidos» no texto da Constituição, conduz a duas hipóteses fundamentais: a) a CRP «recebeu» os conceitos com o sentido que lhes era dado na ordem jurídica interna anterior ou em convenções internacionais; b) a CRP «transformou» o espaço semântico (significado, sentido) dos conceitos pré-constitucionais. Os exemplos da primeira hipótese são numerosos e encontram-se, entre muitos outros, nos conceitos de «prisão preventiva», «flagrante delito» e «pena maior» (art. 127.º-3/a) [...]. Parece evidente que, quando a Constituição recebe um determinado conceito legal com um certo sentido, este fica, por assim dizer, «constitucionalizado», deixando de estar ao dispor do legislador. Por exemplo, se o conceito de «pena maior» foi recebido na Constituição (art. 27.º - 3/a), com um certo sentido, não pode a lei vir alterar o conceito, de modo a modificar significativamente o sentido do preceito constitucional.”

conceitos, que, não sendo de geração espontânea, contêm uma carga de sentido que, não obstante a sua consagração constitucional, sobrevivem a esta, muito embora condicionados por esta, por força do «novo» padrão alcançado, precisamente, o «padrão constitucional».

3. Do regime legal e constitucional do tribunal de júri: [mais uma] contribuição para o conceito [constitucional] de *criminalidade altamente organizada*

Procuramos, neste momento, encontrar a *coerência possível* entre o regime do tribunal de júri com estatuto constitucional e o modo como veio a ser *regulamentado* por parte do legislador ordinário, de modo a podermos conseguir assim alcançar mais um contributo no sentido da *densificação* do conceito *constitucional* de criminalidade [*altamente*] organizada.

Para começar convoquemos, a este respeito, o regime que o legislador ordinário previu para a criação, definição e composição do tribunal de júri.

O CPP, aprovado pelo DL n.º 78/87, de 17 de Fevereiro, entrou em vigor a 1 de Junho de 1987 e, no art. 13.º, veio prever, a propósito do tribunal de júri, o seguinte: “1- Compete ao tribunal do júri julgar os processos que [...] respeitarem a crimes previstos no título II e no capítulo I do título V do livro II do Código Penal. 2- Compete ainda ao tribunal de júri julgar os processos que, não devendo ser julgados pelo Tribunal singular [...] respeitarem a crimes cuja pena máxima, abstractamente aplicável, for superior a oito anos de prisão.”

O DL n.º 387-A/87, de 29 de Dezembro, portanto, já após a entrada em vigor do CPP, veio definir todo o regime relativo à constituição e definição do tribunal de júri,

prescrevendo o art. 2.º relativo à competência exactamente o mesmo regime previsto no CPP, na sua versão originária, apenas aditando, como n.º 3, que o júri intervém na decisão das questões da culpabilidade e da determinação da sanção.⁴⁷³

Por força da entrada em vigor do CP de 1995, o art. 13.º, n.º 1 do CPP veio a ser alterado (cfr. DL n.º 317/95, de 28 de Novembro), no sentido de o adequar à nova sistemática do CP (na versão originária introduzida pelo DL n.º 48/95, de 15 de Março), passando assim o tribunal de júri a ser competente nos processos que “respeitem crimes previstos no título III e no capítulo I do título V do livro II do Código Penal” e, por força da Rectificação n.º 105/2007, de 9 de Novembro, foi aditado, ao n.º 1, *in fine*, do art. 13.º, que o tribunal de júri é igualmente competente para julgar os crimes previstos na Lei Penal Relativa às Violações do Direito Internacional Humanitário, aprovada por força da Lei n.º 31/2004, de 22 de Julho (que, por sua vez, introduziu a 17.ª alteração ao Código Penal e adaptou a legislação portuguesa ao Estatuto do Tribunal Penal Internacional, tipificando as condutas que constituem crimes de violação de direito internacional humanitário), alterada entretanto pela Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro (que introduziu a 22.ª alteração ao Código Penal).

Observemos agora os crimes que concretamente podem ser julgados, sob o ponto de vista do legislador ordinário, pelo tribunal de júri e que estão entre os previstos no título III⁴⁷⁴ e no capítulo I⁴⁷⁵ do título V do livro II do Código Penal; dos crimes que constam

⁴⁷³ Aliás, por força da evolução legislativa posterior, temos de concluir terem os dois primeiros números do art. 2.º do DL n.º 387-A/87, de 29/12 sido derrogados pelas alterações posteriores ocorridas ao art. 13.º do CPP, mantendo-se somente em vigor este número. Não deixa, no entanto, de ser criticável esta deficiente técnica legislativa, que consiste em criar duas normas precisamente iguais, para vigorarem em simultâneo, e que, por força da evolução de uma delas, e à falta de norma expressa revogatória, implica a derrogação tácita da outra, sob pena de subsistir um conflito inconciliável entre ambas (pois só uma delas foi actualizada), sendo certo que, sob o ponto de vista hierárquico constitucional é semelhante o seu valor.

⁴⁷⁴ A epígrafe deste título III é a seguinte: “Dos crimes contra a identidade cultural e integridade pessoal”,

dos títulos e capítulos referidos da parte especial do CP, encontramos, a título de exemplo, os crimes de “Incitamento à guerra” (art. 236.º), “Aliciamento de forças armadas” (art. 237.º), “Genocídio” (art. 239.º), “Crimes de guerra contra civis” (art. 241.º), “Tortura e outros tratamentos cruéis, degradantes ou desumanos graves” (arts. 242.º e 243.º), “Traição à pátria” (art. 308.º)⁴⁷⁶, “Violação do segredo de Estado” (art. 316.º), “Espionagem” (art. 317.º), “Alteração violenta do Estado de direito” (art. 325.º), “Atentado contra o Presidente da República” (art. 327.º), “Tráfico de influência” (art. 335.º)⁴⁷⁷.

O tribunal de júri é ainda competente, como vimos, para julgar os crimes previstos

que é composto pelos artigos 236.º ao 246.º.

⁴⁷⁵ Intitulado “Dos crimes contra a segurança do Estado”, o capítulo I do Título V é composto pelos arts. 308.º a 346.º.

⁴⁷⁶ Embora este crime, caso seja praticado por um titular de cargo político, tal como se mostra previsto no art. 7.º da Lei n.º 34/87, de 16 de Julho, não seja susceptível de ser julgado por um tribunal de júri, por força do disposto no art. 40.º da mesma lei; para uma análise de quais os *cargos políticos* para efeitos da lei referida descritos no seu art. 3.º; apreciando precisamente a questão da constitucionalidade do art. 40.º da Lei n.º 34/87, de 16 de Julho, concluindo pela sua conformidade constitucional, cfr. Ac. do TC n.º 460/2011, de 11 de Outubro de 2011, publicado no *DR*, 2.ª série, em 2 de Dezembro de 2011, relatado por Cura Mariano, onde foi apreciada a (in)admissibilidade da intervenção do tribunal de júri prevista no referido art. 40.º relativamente aos crimes de participação económica em negócio, corrupção passiva para acto ilícito e de abuso de poder, praticado por um titular de um cargo político, lendo-se, na sua fundamentação, que a Constituição conferiu liberdade ao “[...] legislador ordinário, além de poder conformar livremente a composição do tribunal de júri, ganhou igualmente a liberdade de determinar a sua constituição obrigatória e de, seguindo critérios de razoabilidade, seleccionar entre os crimes graves quais os que permitem a intervenção do tribunal de júri, ficando-lhe apenas vedada a possibilidade de prever a possibilidade dessa intervenção nos crimes de pequena gravidade e nos de terrorismo e de criminalidade altamente organizada.”

⁴⁷⁷ O qual, por sua vez, faz parte do rol de crimes que permite preencher o conceito processual penal legal de *criminalidade altamente organizada*, constante do art. 1.º, al. m) do CPP, no que traduz uma *aparente* contradição expressa perante a proibição prevista na CRP de intervenção do tribunal de júri quando em causa estiver a criminalidade altamente organizada, matéria que, *infra*, abordaremos com mais pormenor.

na Lei Penal Relativa às Violações do Direito Internacional Humanitário, aprovada por força da Lei n.º 31/2004, de 22 de Julho, e entre os quais podemos encontrar os crimes de genocídio (art. 8.º) – e que já se mostrava previsto no CP –, crimes contra a humanidade (art. 9.º), crimes de guerra contra as pessoas (art. 10.º), crimes de guerra por utilização de métodos e meios de guerra proibidos (arts. 11.º e 12.º), cuja moldura penal revela penas aplicáveis muito elevadas, entre 10 a 25 anos de prisão.

A CRP, na sua versão originária, no art. 216.º, n.º 2 previa que “[o] júri intervém no julgamento dos crimes graves e funciona quando a acusação ou a defesa o requeiram”. Com a revisão constitucional de 1982, os n.ºs 1 e 2 do art. 216.º passaram a constituir o n.º 1 do novo art. 217.º, cuja redacção era a seguinte: “O júri é composto pelos juízes do tribunal colectivo e por jurados, intervém no julgamento dos crimes graves e funciona quando a acusação ou a defesa o requeiram.”. A redacção da norma constitucional (que, no essencial, não sofreu alterações entre a redacção originária e a provocada pela Lei Constitucional n.º 1/82, de 30 de Setembro) tinha de ser compaginada com a noção de “crimes graves”, podendo esta colher-se, por exemplo, na previsão que constava do CPP, no art. 1.º, als. *i*) a *m*) (na sua versão originária), isto é, os crimes inseridos na noção de terrorismo, criminalidade violenta (puníveis com pena de prisão de máximo igual ou superior a 5 anos), especialmente violenta (puníveis com pena de prisão de máximo igual ou superior a 8 anos) e criminalidade altamente organizada, sendo que, por Declaração de 31 de Março de 1987, as noções constantes do art. 1.º, antes dispersas por diversas alíneas, foram concentradas no n.º 2, passando a prever-se que “[p]ara efeitos do disposto no presente Código, apenas podem considerar-se como casos de terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada as condutas que: *a*) Integrarem os crimes previstos nos artigos 287.º, 288.º ou 289.º do Código Penal; ou *b*) Dolosamente se dirigirem contra a vida, a integridade física ou a liberdade das pessoas e forem puníveis com pena de prisão

de máximo igual ou superior a cinco anos.”, que, no essencial, não alteravam o conceito de “crimes graves”, portanto, puníveis com penas iguais ou superiores a 5 anos de prisão.

A Lei Constitucional n.º 1/89, de 8 de Julho, veio introduzir uma relevante alteração ao regime constitucional do tribunal de júri, na medida em que passou a prever, agora no art. 210.º, n.º 1, a exclusão de tal tribunal quando em causa estivessem os crimes de terrorismo, portanto, os previstos no n.º 2 (originariamente a al. i) do art. 1.º do CPP, de organização terrorista, terrorismo e terrorismo internacional).

Analisado o texto constitucional podemos concluir que o tribunal de júri foi previsto para o julgamento de “crimes graves”, sendo que a sua conceitualização se pode encontrar no CPP, nos termos vistos, pelo que a CRP deixou para a lei ordinária o desiderato da sua *qualificação*.

O art. 13.º do CPP, nos termos que enunciámos *supra* e que não sofreu alterações relevantes à sua redacção, veio concretizar o âmbito de intervenção do tribunal de júri, prevendo especificamente os crimes relativamente aos quais podia ser requerido (no n.º 1) e, no n.º 2, limitando a sua intervenção aos crimes puníveis com pena máxima superior a oito anos (restringindo, no nosso entendimento, o critério constitucional adoptado, que previa “crimes graves” e estes, como vimos, podiam assim ser considerados quando puníveis com penas máximas iguais ou superiores a cinco anos).

Atenta a sua previsão normativa, não é difícil concluir que os crimes susceptíveis de poderem vir a ser julgados pelo tribunal de júri, tal como estão previstos no art. 13.º, n.º 1 do CPP, revestem, em regra, a gravidade que é assumida pela Constituição como pressuposto para a sua intervenção e que é atestada desde logo, mas não só, pelas suas molduras penais abstractas, que, em muitos dos casos, oscilam entre os 10 e os 25 anos de prisão, embora também se observem outros puníveis com penas máximas abstractamente aplicáveis muito inferiores aos 8 anos previstos pelo n.º 2 do art. 13.º do

CPP, como por exemplo sucede com os crimes de perturbação do funcionamento de órgão constitucional (punível com penas máximas de prisão que podem ir dos 6 meses aos 3 anos) ou o crime de tráfico de influência (punível com penas máximas de até 5 anos ou de até 6 meses), cuja gravidade, à luz do critério processual penal é assim muito discutível.

3.1 Tribunal de júri e os crimes do catálogo – art. 13.º, n.º 1 do CPP – puníveis com pena máxima igual ou inferior a cinco anos.

Pode ser questionado se, relativamente aos crimes puníveis com penas máximas de prisão iguais ou inferiores a 5 anos, está cumprido o critério constitucional, que impõe a intervenção do tribunal de júri somente quando em causa estão “crimes graves” e estes, tal como decorre da previsão do CPP, dificilmente podem ser assim considerados quando as penas máximas são iguais ou inferiores a 5 anos; é certo que se pode entender que o conceito de “crimes graves” previsto na Constituição não se deve retirar directa ou exclusivamente do regime previsto no CPP e que, por exemplo, pode contribuir para esse conceito constitucional de “crimes graves” o sentimento geral da comunidade, quando em causa estão determinados bens jurídicos, cuja protecção é especialmente reivindicada, muito embora tal se não repercuta directamente na moldura penal abstracta, por exemplo, for força da ideia de *sentimento jurídico geral da comunidade*.

Todavia, cremos que este conceito – de «crimes graves» – constituirá uma daquelas situações em que se pode afirmar estarmos perante “«espaços jurídicos livres» (*rechtsfreie Räume*) ou «abertura» (reenvio, remissão) para regulamentações infraconstitucionais. [...] [P]ode dar-se o caso de ser a própria Constituição a deixar

intencionalmente por regular certos domínios da realidade social ou a remeter a sua disciplina normativa para o legislador (liberdade de conformação legislativa). Verifica-se aqui, com mais intensidade de que noutros domínios jurídicos, a ideia de *abertura e incompletude normativa intencional*, para permitir [...] a liberdade de conformação do legislador, a adaptação da disciplina normativa à evolução da vida (realidade) constitucional. Dir-se-á que aqui a incompletude é conforme o *plano regulativo-constitucional* [...]»⁴⁷⁸.

À falta de uma definição expressa na Constituição, confessamos ter algumas dificuldades em argumentar pela conformidade constitucional destes crimes do catálogo previsto no n.º 1 do art. 13.º do CPP, atento o pressuposto enunciado “crimes graves”, que surge no texto constitucional como um conceito *importado* do CPP e, por essa via, assim ficou *constitucionalizado* devendo impor uma *gravidade* cujo critério fundamental de avaliação é, precisamente, a sua moldura penal abstracta e não já outros factores mais difusos, como o *sentimento jurídico geral da comunidade*.

O regime do tribunal de júri, compaginado entre a sua previsão constitucional e processual penal, é objecto da nossa análise de modo a podermos encontrar contributos para aferir com mais rigor qual o conceito de *criminalidade* [altamente] *organizada* que se mostra plasmado na Constituição.

⁴⁷⁸ Cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, cit., p. 1236, citação enquadrada na discussão da temática do significado constitucional da integração, distinguindo o Autor as situações em que há uma verdadeira *lacuna de regulamentação*, contrária, nas palavras do Autor, ao *plano regulativo constitucional*, por oposição às situações, como nos parece ser o caso concreto do conceito de “crimes graves”, de *incompletude intencional constitucional*, ideia esta reforçada, no nosso entender, pela circunstância de tal conceito se tratar de uma questão de natureza estritamente técnico-jurídica, sem uma relevante dimensão axiológica (ou apenas de *dimensão axiológica indirecta*, na medida em que do seu conceito dependa a definição de consequências processuais penais mais ou menos gravosas, sob o ponto de vista da afectação de bens jurídicos fundamentais).

A sua análise mais detalhada, traz à luz, cremos, problemas muito interessantes e até imprevistos à partida, que podem ajudar a moldar o conceito que ocupa a nossa atenção; todavia, temos a consciência que se trata de uma abordagem feita a partir de uma determinada perspectiva, que coloca em tensão um outro conceito – neste caso o de criminalidade organizada –, mas que não pode ser encarada como a única forma de abordar e, por isso, as conclusões que possamos tirar a partir desta abordagem não são naturalmente válidas para o tratamento de todo o conceito; devem ser entendidas como um contributo que, a juntar à análise a partir de outras perspectivas, permite certamente aprofundar a matéria em debate.

Vimos que a CRP, ao instituir o tribunal de júri, na sua previsão originária, limitou a sua intervenção, fazendo apelo a um conceito relativamente indeterminado, por referência aos *crimes graves*. Entretanto, o legislador ordinário veio concretizar os diversos crimes que podem ser susceptíveis de ser julgados pelo tribunal de júri e cuja gravidade, à luz da Constituição, pode ser posta em causa, tendo em conta as suas molduras penais abstractas; porém, por outro lado, também não há dúvidas quanto à possibilidade de o tribunal de júri intervir relativamente a crimes de muitíssima gravidade e relativamente aos quais, por maioria de razão, se podem aplicar as razões substanciais que levaram a CRP a prever excepções à intervenção do tribunal de júri, mas são, todavia, susceptíveis de serem objecto do seu julgamento, como sucede por exemplo com os já citados crimes de “alteração violenta do Estado de Direito”, de genocídio, contra a humanidade, de guerra contra as pessoas, de guerra por utilização de métodos e meios de guerra proibidos; e quanto a estes não é possível deixar de reconhecer que a situação de fragilidade em que ficam colocados os jurados é pelo menos igual àquela em que ficariam perante os crimes que a CRP não admite sejam por si julgados, como sucede com os crimes de terrorismo ou relativos à criminalidade altamente organizada. E, observado o elenco dos crimes

susceptíveis de serem julgados pelo tribunal de júri, surge um tipo de crime que, expressamente, pode ser objecto do seu julgamento, mas, por força da sua integração no conceito de *criminalidade altamente organizada*, torna aparentemente muito duvidosa tal possibilidade: é o caso do crime de tráfico de influência.

3.2 Da possibilidade do julgamento pelo tribunal de júri do crime de tráfico de influência, previsto e punido pelo art. 335.º do Código Penal

O crime de tráfico de influência, previsto e punido pelo art. 335.º do CP é susceptível de ser alvo de julgamento por parte do tribunal de júri, por força da sua integração no catálogo de crimes previstos no art. 13.º, n.º 1 do CPP.

Porém, numa aparente orientação de sentido inverso, o crime de tráfico de influência integra igualmente um outro catálogo: o relativo aos crimes evidenciadores do conceito processual penal de «criminalidade altamente organizada», constante do art. 1.º, al. *m*) do CPP; neste sentido, parece que está vedada a intervenção do tribunal de júri quando estiver em discussão um crime de tráfico de influência, na medida em que está previsto no art. 207.º da Constituição que tal tribunal não pode intervir nos casos em que estiver em causa a *criminalidade altamente organizada*.

Na visão que decorre do Ac. do TC de 24 de Setembro de 2008 *supra* analisado, não obstante se ter confrontado com outro tipo de crime (no caso, o de tráfico de estupefacientes), dado o seu discurso argumentativo (assente, no essencial, na remissão literal para o conceito de criminalidade altamente organizada que decorre do catálogo dos crimes previstos no art. 1.º, al. *m*) do CPP) cremos não ser incorrecto deduzir que o crime

de tráfico de influência não é susceptível de ser objecto de julgamento por parte do tribunal de júri, na medida em que integra, sob o ponto de vista legal processual penal, o conceito de *criminalidade altamente organizada*, à semelhança do crime de tráfico de estupefacientes (sendo que este até integra tal conceito, não directamente, mas por força da norma remissiva do art. 51.º do DL n.º 15/93, de 22 de Janeiro, no que pode ser considerado um argumento *a fortiori* de defesa da inserção do crime de tráfico de influência em tal conceito, por estar inserido impressiva e directamente na norma do art. 1.º, al. m) do CPP).

Esta última conclusão tem no entanto subjacente – ou implícita – a ideia segundo a qual o conceito de *criminalidade altamente organizada* constante da Constituição decorre directamente do conceito constante da lei processual penal, o que pretendemos, precisamente, pôr em discussão neste momento.

Esta *aparente* contradição legislativa – isto é: o crime de tráfico de influência pertence ao catálogo dos crimes que, independentemente da sua moldura abstracta, são susceptíveis de ser objecto de julgamento por parte de um tribunal de júri e, por outro lado, está vedado o seu julgamento, caso se entenda ser parte integrante do conceito de criminalidade altamente organizada, tal como se mostra plasmado na Constituição – permite confrontar precisamente qual o *sentido da identidade* do conceito processual penal e constitucional da *criminalidade altamente organizada*.

Creemos ser necessário explicitar um pouco melhor os termos ou pressupostos da *aparente* contradição enunciada, enunciando a conclusão a que se pode chegar consoante se entenda que os conceitos constitucional e processual penal de criminalidade altamente organizada sejam *coincidentes* – situação em que não restarão dúvidas relativamente ao regime legal contraditório – ou *não sejam coincidentes* e, neste caso, há margem para concluir pela contradição ou não (embora os argumentos para aferir da eventual

contradição possam não dizer respeito exclusivamente à discussão em torno do conceito de criminalidade altamente organizada, mas também no que está relacionado com o conceito já sinalizado de «crimes graves» tal como se mostra fixado constitucionalmente, por referência ao conceito processual penal).

Não há dúvidas quanto à influência decisiva da noção de *criminalidade altamente organizada* constante do CPP na sua integração da CRP; todavia, e por força do que temos vindo a desenvolver, não cremos que seja correcto afirmar a sua total equivalência, desde logo, pela contraposição da *dinâmica das alterações* efectuadas nos dois planos: no plano do legislador ordinário, num ritmo quase frenético; e no plano constitucional, ao ritmo cadenciado e muito mais conservador das revisões constitucionais⁴⁷⁹.

Esta diferença de *ritmo* deve sugerir, pelo menos, um redobrar do cuidado na afirmação de tal equivalência de planos, que não é defensável no plano doutrinário (como vimos), nem o deve ser, a jusante, no plano da sua aplicação concreta.

É precisamente quando nos confrontamos com problemas como o enunciado que podemos colher entendimentos ou chegar a conclusões que extravasam esses mesmos problemas e podem assim incorporar valor doutrinário com relevância alargada, aplicável a outras circunstâncias que envolvam tais conceitos, embora noutros contextos.

A possibilidade relativa ao julgamento por parte do tribunal de júri de um caso em que esteja em discussão o crime de tráfico de influência coloca assim problemas relativos à sua admissibilidade, por duas ordens de razões, assentes ambas na Constituição: 1) por um lado, é um crime punível com uma pena cuja moldura abstracta o coloca num patamar que parece não se adequar integralmente com o conceito de «crimes graves», tal como

⁴⁷⁹ Com a Lei Orgânica n.º 2/2014, de 6 de Agosto, foi introduzida, entre Leis, Decretos-Leis e Rectificações, a 26.ª alteração ao CPP; ao passo que a CRP, com a Lei Constitucional n.º 1/2005, de 12 de Agosto, sofreu a 8.ª revisão.

este decorre do próprio CPP e foi adoptado pela Constituição como critério fundamental para a admissibilidade do julgamento com intervenção do tribunal de júri; 2) por outro lado, fazendo parte do catálogo dos crimes que *compõem* o conceito processual penal de *criminalidade altamente organizada* fica assim a questão de saber se também deverá integrar esse mesmo conceito de cariz constitucional e, se assim for será vedado o seu julgamento por parte de um tribunal de júri.

Neste trabalho é sobretudo este último tópico que justifica a nossa atenção, surgindo o primeiro tópico como vector – episódico – de reflexão e não tanto como objecto em si mesmo de análise.

Se pela sua inserção no catálogo constante do art. 1.º, al. e) do CPP o crime de tráfico de influência integra o conceito de *criminalidade altamente organizada* (precisamente nesse contexto processual penal), o que pretendemos, sem que no entanto se justifique o seu tratamento exaustivo neste trabalho, é buscar, sob o ponto de vista material ou substantivo, a sua ligação a tal conceito, cuja natureza tentamos neste trabalho concretizar o melhor que nos for possível.

O crime de tráfico de influência mostra-se previsto no CP desde a reforma penal de 1995, por força do DL n.º 48/95, de 15 de Março⁴⁸⁰, contendo a sua actual redacção as

⁴⁸⁰ Era a seguinte a sua redacção originária: “Quem obtiver, sem que lhe seja devida, para ou para terceiro, vantagem patrimonial ou a sua promessa, para, abusando da sua influência, conseguir de entidade pública decisão ilegal sobre encomendas, adjudicações, contratos, empregos, subsídios, subvenções ou outros benefícios é punido com pena de prisão de 6 meses a 5 anos, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.”, que, muito pouco tempo depois, sofreu uma significativa alteração, por força da Lei n.º 65/98, de 2 de Setembro, passando a ter a redacção seguinte: “Quem, por si ou por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação, solicitar ou aceitar, para si ou para terceiro, vantagem patrimonial, ou a sua promessa, para abusar da sua influência, real ou suposta, com o fim de obter de entidade pública encomendas, adjudicações, contratos, empregos, subsídios, subvenções, benefícios ou outras decisões ilegais favoráveis, é punido com pena de prisão de 6 meses a 5 anos, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.”

alterações que lhe foram introduzidas pela Lei n.º 108/2001, de 28 de Novembro⁴⁸¹, no que se pode considerar ser deste modo um tipo de crime com uma versão consolidada no ordenamento jurídico-penal português.

Traduzindo este tipo de crime “[...] uma certa vaga de *moralização* e luta pela *transparência* das relações entre a Administração e os administrados”⁴⁸², relativamente à identificação do bem jurídico protegido “[...] é certamente um dos casos em que [...] dificilmente se pode fazer num momento prévio ao da interpretação da norma, pois o interesse protegido será, em larga parte, um *resultado* dessa interpretação”⁴⁸³, sendo que as “[...] variações históricas do recorte típico da infracção fizeram-na oscilar entre a protecção da *legalidade e imparcialidade da Administração Pública* (venda de uma influência real cujo exercício afecta a autonomia do decisor, provocando uma decisão prejudicial ao interesse público, por aí se aproximando do crime de *corrupção*, e a protecção do *património* do comprador da influência (venda de uma influência inexistente [...]), por aí se aproximando do crime de *burla*.”⁴⁸⁴. Todavia, “[p]arece dever

⁴⁸¹ É a seguinte a sua redacção actual: “1 - Quem, por si ou por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação, aceitar ou solicitar, para si ou para terceiro, vantagem patrimonial ou não patrimonial, ou a sua promessa, para abusar da sua influência, real ou suposta, junto de qualquer entidade pública, é punido: a) Com pena de prisão de 6 meses a 5 anos, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal, se o fim for o de obter uma qualquer decisão ilícita favorável; b) Com pena de prisão até 6 meses ou com pena de multa até 60 dias, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal, se o fim for o de obter uma qualquer decisão lícita favorável. 2 - Quem, por si ou por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação, der ou prometer vantagem patrimonial ou não patrimonial às pessoas referidas no número anterior para os fins previstos na alínea a) é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa.”

⁴⁸² Assim, PEDRO CAEIRO, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo III, Coimbra Editora, 2001, p. 275.

⁴⁸³ Cfr. PEDRO CAEIRO, in *Comentário...*, cit., p. 276, citando Margarida Silva Pereira, *Jornadas sobre a Revisão do CP*, AAFDL, 1998, págs. 293 e 307.

⁴⁸⁴ Cfr. PEDRO CAEIRO, in *Comentário...*, cit., p. 276.

afastar-se [...] a possibilidade de a lei pretender proteger [...] sequer parcialmente, o *património* do comprador da influência: para além da colocação sistemática da norma, a protecção deste bem jurídico contra tal espécie de fraudes, quando deva existir, é satisfatoriamente assegurada pelo tipo de crime da *burla*; por outro lado, é propósito expresso da norma abarcar as situações em que o agente vende uma influência *real* que vem a actualizar – caso em que o comprador não será prejudicado.”, pelo que a [...] punição do tráfico de influência se reconduz, tal como sucede com os crimes de corrupção [...] à protecção da autonomia intencional do Estado⁴⁸⁵.

Este tipo de crime é associado directamente, no nosso ordenamento jurídico, ao fenómeno da criminalidade altamente organizada por força desde logo da sua inserção no catálogo de crimes previstos no art. 1.º, al. *m*) do CPP; e o que procuramos encontrar é o *critério* utilizado pelo nosso legislador para fazer tal opção, o que aconteceu por força das alterações introduzidas pela Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto. Antecipando uma conclusão, cuja perenidade no entanto desde já relativizamos, cremos que a *proximidade temática* com o *tema* corrupção (que, como vimos, é doutrinariamente sustentada) pode explicar muito dessa opção, sobretudo por via da influência internacional, sendo relativamente a este fenómeno, por sua vez, que se observa uma conexão directa com o

⁴⁸⁵ Cfr. PEDRO CAEIRO, *in Comentário...*, cit., págs. 276 e 277, que acrescenta, com relevância, “[...] à semelhança do que se passa com os crimes de corrupção [...] pode afirmar-se que, em *certos casos* [...] a disponibilidade do agente para, contra a entrega ou promessa de uma vantagem, abusar da sua influência junto de um decisor público, de forma a obter dele uma decisão ilegal, cria um *perigo abstracto* de que a influência abusiva venha a ser exercida e, conseqüentemente, de que o decisor venha a colocar os seus poderes funcionais ao serviço de interesses diversos do interesse público. Deste modo, parece que o local apropriado para incluir a presente infracção teria sido o Capítulo IV do Título V (*Dos crimes cometidos no exercício de funções públicas*), onde já se acolhe a *corrupção activa*, cuja punição não requer que o agente exerça funções públicas”, *ob. loc. cit.* e, acrescentamos nós, eliminaria a dificuldade em resolver a aparente contradição que assinalamos em texto, dada a sua actual inserção no catálogo de crimes susceptíveis de serem julgados por um tribunal de júri.

fenómeno da criminalidade organizada.

Vejamos, de modo sintético.

Na publicação, em 1997, no seio do Conselho da Europa, de vinte princípios para o combate contra a corrupção⁴⁸⁶, que foram enunciados no pressuposto de que a “*corrupção representa uma ameaça séria para os princípios básicos e valores do Conselho da Europa, minando a confiança dos cidadãos na democracia, com erosão do princípio do primado da lei [...]*”⁴⁸⁷, destacamos um dos princípios: o que visa “assegurar em cada aspecto do combate contra a corrupção, a possibilidade da sua conexão com o crime organizado e a lavagem de dinheiro”⁴⁸⁸.

Por Decisão do Conselho de 28 de Fevereiro de 2002 (2002/187/JAI) foi criada a Eurojust, cuja epígrafe enuncia o seu sentido da “[...] criação da Eurojust a fim de reforçar a luta contra as formas graves de criminalidade”, constando como parágrafo primeiro das suas motivações o seguinte: “É necessário melhorar ainda mais a cooperação judiciária entre os Estados-Membros, nomeadamente, na luta contra as formas graves de criminalidade frequentemente praticadas por organizações transnacionais” e logo no parágrafo terceiro se adianta que a sua criação decorreu do intuito de “[...] reforçar a luta contra as formas graves de criminalidade organizada”⁴⁸⁹, decidida no “[...] Conselho Europeu de Tampere, de 15 e 16 de Outubro de 1999,

⁴⁸⁶ “*On the twenty guiding principles for the fight against corruption*”, adoptado pelo Comité de Conselho de Ministros do Conselho da Europa, de 6 de Novembro de 1997, na sequência da Declaração adoptada pela segunda cimeira dos chefes de Estado e de Governo, que ocorreu em 10 e 11 de Outubro de 1997 relativa à secção III, parágrafo 2.º, intitulado de “Combate à Corrupção e ao Crime Organizado, do Plano de Acção.

⁴⁸⁷ Cfr. Parágrafo 2.º dos “*On the twenty guiding principles for the fight against corruption*”.

⁴⁸⁸ Cfr. Princípio 19.º

⁴⁸⁹ Numa formulação que supõe, *a contrario*, a existência de formas *menos graves* de criminalidade organizada.

nomeadamente no ponto 46 das suas conclusões”⁴⁹⁰; consta do art. 4.º desta Decisão que a Eurojust tem competência, para a criminalidade relativa a “fraude e corrupção [...]”, além de outro tipo de criminalidade grave, como por exemplo, “a participação numa organização criminosa na acepção da Acção Comum 98/733/JAI do Conselho de 21 de Dezembro de 1998⁴⁹¹, relativa à incriminação da participação numa organização criminosa nos Estados-Membros da União Europeia.”⁴⁹².

No 2.º parágrafo do Preâmbulo da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção é afirmada a preocupação “[...] com as ligações existentes entre a corrupção e outras formas de criminalidade, em especial a criminalidade organizada e a criminalidade

⁴⁹⁰ Que decidiu criar uma unidade composta por procuradores, magistrados ou oficiais de polícia com prerrogativas equivalentes, precisamente a Eurojust; pode ler-se o seguinte no referido ponto 46, 2.ª parte, das conclusões de Tampere, inserido na parte C. intitulada “Luta contra a criminalidade a nível da União”: “A Eurojust deverá ter por missão facilitar a coordenação adequada entre as autoridades repressivas nacionais e dar apoio às investigações criminais em processos de crime organizado, designadamente com base nas análises da Europol [...]”. Pode ainda ler-se no ponto 48 de tais conclusões que: “Sem prejuízo dos domínios mais amplos previstos no Tratado de Amesterdão e no Plano de Acção de Viena, o Conselho Europeu considera que, no que diz respeito à legislação nacional em matéria penal, os esforços para que sejam aprovadas definições, incriminações e sanções comuns deverão incidir em primeiro lugar num número limitado de sectores de particular importância, tais como a criminalidade financeira (branqueamento de capitais, corrupção – sublinhado nosso –, contrafacção do euro), o tráfico de droga, o tráfico de seres humanos, nomeadamente a exploração de mulheres, a exploração sexual de crianças, os crimes de alta tecnologia e os crimes contra o ambiente.”

⁴⁹¹ Cfr. *supra* Parte I, Cap. II, Sec. II., 1, *maxime*, n. 158.

⁴⁹² Por Decisão do Conselho de 16 de Dezembro de 2008 (2009/426/JAI) foram produzidas alterações à referida Decisão 2002/187/JAI, no sentido de, pode ler-se na sua epígrafe, produzir um “[...] reforço da Eurojust [...]” que, no entanto, manteve inalterado o *supra* citado art. 4.º, sem que assim fosse alterado o *âmbito material* da sua actuação; pode, no entanto, ler-se no seu parágrafo décimo uma referência, ainda que lateral, ao crime de corrupção; esta Decisão 2009/426/JAI produziu alterações sobretudo ao nível do funcionamento organizacional e burocrático da Eurojust enquanto órgão europeu de investigação dedicado à criminalidade grave de natureza transfronteiriça europeia com o aperfeiçoamento de mecanismos de cooperação judiciária internacional entre os Estados-Membros.

económica, incluindo o branqueamento de capitais.⁴⁹³

E se alguma dúvida pudesse subsistir relativamente à inserção da temática da corrupção no âmbito do tema da criminalidade organizada, é na própria Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional – na Convenção de Palermo que já abordámos noutra lugar⁴⁹⁴ – que no artigo 8.º se prevê que cada Estado Parte deverá adoptar as medidas legislativas e outras que considere necessárias para estabelecer como infracções penais determinados actos que constituam a prática de corrupção, quer activa, quer passiva⁴⁹⁵; por outro lado, no seu artigo 9.º são enunciadas “Medidas contra a corrupção” que cada Estado Parte deverá adoptar para “promover a integridade e prevenir, detectar e punir a corrupção dos funcionários públicos.”

Assente que está a conexão *material* ou *substantiva* entre o crime de corrupção e o

⁴⁹³ Curiosamente, nas conclusões de Tampere pode ler-se no parágrafo 51, inserido num específico tópico X, intitulado “Acção específica contra o branqueamento de capitais”, o seguinte: “O branqueamento de capitais está no cerne da criminalidade organizada (sublinhado nosso), pelo que deverá ser erradicado onde quer que ocorra. O Conselho Europeu está decidido a garantir que sejam tomadas medidas concretas para detectar, congelar, apreender e confiscar os produtos do crime.” A curiosidade desta conclusão está relacionada com o “centrar” do fenómeno do branqueamento de capitais em torno da criminalidade organizada, permitindo, pela sua redacção, a conclusão, algo paradoxal (daí o nosso sublinhado), de que é o “branqueamento de capitais” que de algum modo motiva o fenómeno da criminalidade organizada, quando se mostra mais correcto afirmar antes que há uma associação fenomenológica entre a criminalidade produzida de forma organizada e o objectivo de camuflar os frutos dessa mesma criminalidade assim se originando o fenómeno do *branqueamento*.

⁴⁹⁴ Cfr. *supra* Parte I, Cap. II, Sec. III.

⁴⁹⁵ É a seguinte a redacção do citado art. 8.º, n.º 1 da Convenção de Palermo: “Cada Estado Parte deverá adoptar as medidas legislativas e outras que considere necessárias para estabelecer como infracções penais os seguintes actos, quando praticados intencionalmente: a) O facto de prometer, oferecer ou conceder a um funcionário público, directa e indirectamente, um benefício indevido, em seu proveito próprio ou de outra pessoa ou entidade, a fim de que este pratique ou se abstenha de praticar um acto no desempenho das suas funções oficiais; b) O facto de um funcionário público pedir ou aceitar, directa ou indirectamente, um benefício indevido, para si ou para outra pessoa ou entidade, a fim de praticar ou se abster de praticar um acto no desempenho das suas funções oficiais.

fenómeno da criminalidade organizada revelada pelos textos legislativos internacionais referidos, esclareçamos agora a afinidade legislativa entre aquele crime e o crime de tráfico de influência.

A ligação entre o crime de tráfico de influência e o crime de corrupção é feita expressamente na Convenção Penal sobre a Corrupção do Conselho da Europa, assinada em Estrasburgo a 30 de Abril de 1999, aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 68/2001 e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 56/2001, ambos em 26 de Outubro⁴⁹⁶, cujo artigo 12.º, cuja epígrafe é, precisamente, “Tráfico de Influências”⁴⁹⁷.

Na Convenção contra a Corrupção, adoptada pela Assembleia das Nações Unidas em 31 de Outubro de 2003, aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º

⁴⁹⁶ Cfr. *DR*, I Série-A, n.º 249, de 26 de Outubro de 2001; de destacar o teor do Preâmbulo desta Convenção, “[s]ublinhando que a corrupção constitui uma ameaça para o Estado de direito, a democracia e os direitos do homem, mina os princípios da boa administração, de equidade e de justiça social, falseia a concorrência, entrava o desenvolvimento económico e faz perigar a estabilidade das instituições democráticas e os fundamentos morais da sociedade”, onde se faz, com interesse, o resumo dos trabalhos desenvolvidos antes da sua aprovação.

⁴⁹⁷ É a seguinte a redacção do art. 12.º em referência: “Cada Parte adoptará as medidas legislativas e outras que entenda necessárias para classificar como infracção penal, nos termos do seu direito interno, o facto de uma pessoa, intencionalmente, prometer, oferecer ou entregar, directa ou indirectamente, quaisquer vantagens indevidas a título de remuneração a quem afirmar ou confirmar que tem capacidade para exercer influência sobre a tomada de decisão de qualquer pessoa referida nos artigos 2.º (agentes públicos nacionais), 4.º a 6.º (membros das assembleias públicas nacionais, com poderes legislativos ou administrativos, agentes públicos estrangeiros e membros de assembleias públicas estrangeiras com poderes legislativos ou administrativos) e 9.º a 11.º (funcionários de organizações internacionais, membros de assembleias parlamentares internacionais e juízes e funcionários de tribunais internacionais), quer essa vantagem se destine a si próprio ou a terceiros, bem como solicitar, receber ou aceitar a oferta ou a promessa de oferta, a título de remuneração pela referida influência, quer venha ou não a ser exercida ou a suposta influência conduzir ou não ao resultado pretendido.”; cfr., ainda, o art. 1.º da Convenção referida que contém as respectivas definições.

47/2007 e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 97/2007, ambos em de 21 de Setembro de 2007⁴⁹⁸, consta no seu artigo 18.º o seguinte: “Cada Estado Parte deverá considerar a adopção de medidas legislativas e de outras que se revelem necessárias para classificar como infracções penais, quando praticadas intencionalmente: a) A entrega, directa ou indirecta, de vantagens indevidas feita a um agente público ou a qualquer outra pessoa, para que tal agente ou pessoa abuse da sua influência, real ou suposta, com o fim de obter de uma administração ou autoridade pública do Estado Parte vantagens indevidas em proveito do instigador da prática do acto ou de qualquer outra pessoa; b) O pedido ou o recebimento, directo ou indirecto, por parte de um agente público ou de qualquer outra pessoa, de vantagens indevidas, para si ou para outra pessoa, para que tal agente ou pessoa abuse da sua influência, real ou suposta, com o fim de obter de uma administração ou autoridade pública do Estado Parte vantagens indevidas.”

Podemos assim, sem que corramos grande risco de errar, afirmar a afinidade doutrinária e legal entre o crime de tráfico de influência e o crime de corrupção e, através deste último, afirmar que aquele – numa relação assim de contágio temático com este – faz parte ou integra o intitulado fenómeno da criminalidade organizada, tal como é desde logo internacionalmente enquadrado, assim se compreendendo e explicando a sua inserção, com argumentos *substantivos* ou *materiais*, no catálogo constante da alínea *m*) do art. 1.º do CPP; noutra perspectiva, podemos assim reconhecer que a sua inserção, por estes argumentos *substantivos*, afastará a *vontade de política criminal* como fonte exclusiva de integração em tal temática.

Com a conclusão que antecede – e da qual resulta compreendida, cremos ter mostrado, a inserção do crime de tráfico de influência no âmbito dos crimes que

⁴⁹⁸ Cfr. DR, I Série, n.º 183, de 21 de Setembro de 2007.

permitem configurar o conceito processual penal de criminalidade altamente organizada –, só parcialmente resolvemos a questão que nos colocámos; relembremos que a nossa preocupação maior diz respeito à equivalência ou não dos conceitos de criminalidade altamente organizada constantes do CPP e da CRP.

Com efeito, só assim será possível dar uma resposta à contradição ainda mais exposta, em função da consistência processual penal da integração do crime de tráfico de influência no catálogo de crimes que formam o conceito processual penal de criminalidade altamente organizada, da sua inserção em simultâneo no catálogo de crimes susceptíveis de serem julgados por um tribunal de júri. E cremos que, desta resposta, poderão surgir argumentos bastantes para podermos afirmar ou a equivalência das duas dimensões – processual penal e constitucional – do conceito ou a sua autonomia, permitindo assim *âmbitos materiais divergentes*.

Efectivamente, dada a consistência substantiva da inserção do tipo de crime em análise no catálogo de crimes que enunciam a criminalidade altamente organizada processual penal relevante, e, em função da norma do art. 207.º da CRP, será claro que a sua inserção no catálogo de crimes constante do art. 13.º do CPP se revela frontal e nitidamente inconstitucional, na hipótese de se entender que o conceito de criminalidade altamente organizada é o mesmo em ambos os planos.

4. Breve balanço relativamente ao regime jurídico-constitucional e processual-penal do tribunal de júri: o avançar de uma proposta.

Pudemos, com a análise perfunctória realizada, ficar com uma visão geral [relativa à (in)coerência] do regime jurídico do tribunal de júri: este foi originariamente previsto na

Constituição para poder ser constituído quando em causa estivesse a criminalidade grave, permitindo assim nesses casos um reforço da legitimidade, por força da participação *popular*, dos tribunais; no entanto, apesar dessa sua carga genética, a concretização legal do seu regime jurídico apresenta um catálogo de crimes susceptíveis de serem julgados por tal tribunal do qual podemos observar crimes cujo critério da *gravidade* é duvidoso que corresponda ao critério [*material*, por referência aos requisitos constantes do CPP, que a CRP parece assumir como seus] previsto na Constituição; por outro lado, as excepções à possibilidade de constituir o tribunal de júri que são impostas pela CRP, atendendo às aludidas razões *materiais* (e que, no essencial, dizem respeito à especial vulnerabilidade do cidadão comum perante o julgamento de crimes tão graves e complexos, em contraposição com a *circunstância outra* que é a dos juízes profissionais, com um estatuto próprio profissional enformado por valores constitucionalmente garantidos) que presidiram à sua previsão, parecem pouco compatíveis com a subsistência da sua possibilidade relativamente a outros crimes, nomeadamente os do catálogo previstos no art. 13.º do CPP, cuja gravidade é pelo menos equivalente aos que vieram a ser excepcionados.

Há, assim, dimensões contraditórias no regime jurídico constitucional do tribunal de júri, com reflexos inevitáveis na coerência dos conceitos utilizados pelo seu regime e nos quais se inclui o conceito de criminalidade altamente organizada, por sua vez um conceito indeterminado, cujo conteúdo é caracterizado pela remissão legal para determinados crimes, cuja coerência entre si é igualmente complexa e difícil de estabelecer.

Todavia, e sem prejuízo do que viermos a desenvolver na secção seguinte, cremos ser relevante aqui lembrar o duplo critério material avançado pelo Ac. do TC a que *supra* fizemos referência para determinar se, numa concreta situação de vida estaremos,

não obstante o enunciado *formal* da lei, perante algum fenómeno criminoso que possa ser considerado: 1.º) com um elevado grau de organização do processo criminoso; 2.º) uma especial lesividade e perigosidade das condutas criminosas; caso, nessa situação concreta, se possa afirmar estarmos em presença de circunstâncias que possam preencher tal *duplo critério material constitucional* então teremos de considerar que há uma correspondência total com o enunciado literal constante da lei e, nessa medida, o tribunal de júri não poderá ser convocado para a realização do julgamento; caso a resposta seja negativa, isto é, caso a situação concreta de vida, não obstante esteja em causa a prática de um crime de *tráfico de influência*, não leve a considerar que está em causa, de forma cumulativa, aquele duplo critério material, então poderá o julgamento ser realizado pelo tribunal de júri, tal como a lei prevê expressamente, atenta a remissão feita.

Esta solução, poderá permitir conciliar ou articular as fórmulas linguísticas constantes da CRP e da lei ordinária, ultrapassando as contradições aparentes e dando um conteúdo útil às exigências constitucionais, sem deixar de permitir fazer valer a orientação expressa e literal dos requisitos plasmados na lei ordinária.

Mas o caminho para podermos chegar a uma conclusão mais consistente exige que se faça a abordagem à outra referência constante da CRP relativa à criminalidade altamente organizada, o que faremos imediatamente na secção seguinte deste trabalho.

Secção III – Criminalidade “altamente” Organizada: a entrada no domicílio à noite e a Lei Constitucional 1/2001, de 12 de Dezembro.

A segunda referência ao conceito de «criminalidade altamente organizada» na CRP foi introduzida pela Lei Constitucional n.º 1/2001, de 12 de Dezembro (a quinta revisão

constitucional).

Por força da alteração constitucional agora em análise foi feito um aditamento ao último segmento da norma constante do n.º 3 do art. 34.º, que passou a ter a seguinte redacção:

«Ninguém pode entrar durante a noite no domicílio de qualquer pessoa sem o seu consentimento, salvo em situação de flagrante delito ou mediante autorização judicial em casos de criminalidade especialmente violenta ou altamente organizada, incluindo o terrorismo e o tráfico de pessoas, de armas e de estupefacientes, nos termos previstos na lei».

Com esta nova redacção dada ao art. 34.º, n.º 3, foram criadas, pela primeira vez, excepções à proibição de entrada durante a noite no domicílio de qualquer pessoa sem o seu consentimento, o que antes desta alteração constituía uma proibição absoluta.

Constatamos que esta última inserção do conceito de «criminalidade altamente organizada» na Constituição está associado a outro conceito normativo – o de criminalidade especialmente violenta – e a diversas formas concretas de criminalidade – como o terrorismo e os tráficos de pessoas, armas e estupefacientes –, o que poderá permitir densificar com mais amplitude ou consistência o seu sentido constitucional; a problemática maior, como já tivemos oportunidade de enunciar em momento anterior será, precisamente, a de avaliar o *sentido* de tal *associação* entre os respectivos conceitos normativos e a criminalidade que lhe está associada e que, aparentemente, serve de sua exemplificação difusa.

Creemos ser igualmente relevante ter presente que esta [nova] previsão surge depois de ter sido consagrado o mesmo conceito na revisão constitucional introduzida pela Lei Constitucional n.º 1/97 e que na secção anterior tivemos oportunidade de abordar, sendo legítimo depreender que o legislador quis dar-lhe um sentido equivalente, embora nesse

momento tenha surgido *isoladamente*, isto é, sem a associação a qualquer outro *conceito* ou *género* de criminalidade.

Fica assim esboçado o quadro global necessário à análise a realizar em seguida ao conceito de criminalidade altamente organizada tal como decorre da sua referência expressa na CRP na norma do art. 34.º, n.º 3.

A propósito desta exceção relativa à possibilidade de entrada no domicílio durante a noite sem o consentimento da pessoa visada por uma determinada investigação de natureza criminal, teremos oportunidade de abordar a temática do *direito penal do* [preferimos *para*⁴⁹⁹] *o inimigo*, por ser precisamente uma vertente que é revelada, de modo exponencial, pelo seu simbolismo, por esta consagração constitucional.

Cremos ser justificado o *pretexto* para abordar tal temática: com efeito, a entrada no domicílio de uma pessoa durante a noite no âmbito de uma investigação criminal, pela elevada carga lesiva de direitos fundamentais protegidos constitucionalmente, é uma forma exemplar de iniciarmos a abordagem a tal *problema* criado pela corrente doutrinal inaugurada por GÜNTHER JAKOBS, no já – quase – longínquo ano de 1985⁵⁰⁰.

⁴⁹⁹ “Para” incute a ideia que efectivamente reflecte, na língua portuguesa, o sentido querido pelo Autor da expressão, na medida em que o Direito Penal produzido é o “nosso” que assim é dirigido ao “outro”, o inimigo. A utilização do “do inimigo” incute a ideia de que o Direito Penal é do “outro”, do próprio “inimigo”, dirigido ao “nós”, e não é manifestamente esse, cremos nós, o sentido em que se traduz a teoria desenvolvida por Jakobs que estuda, precisamente, o “nosso” direito penal e a sua evolução em função da necessidade de resposta a uma criminalidade mais grave, típica de *um inimigo*, de *um ser outro*. Cremos ser igualmente adequada a tradução de *Feindstrafrecht* adoptada por GOMES CANOTILHO como “direito penal contra o inimigo”, in *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, 2.ª edição, 2008, p. 235 (com a justificação constante da n. 7, p. 236) pois vai precisamente no sentido que pugnamos e terá a vantagem de incutir o sentido *bélico* subjacente na noção de *inimigo*.

⁵⁰⁰ Cfr. “Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung”, *ZStW*, 97, 1985, págs. 751 a 785, com tradução para a língua espanhola, por Enrique Peñaranda Ramos, “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, in *Estudios de Derecho Penal*, UAM, Ediciones, Edit., Civitas, Madrid, págs. 293 a 324; este texto é fruto de uma apresentação feita pelo autor nas jornadas dos penalistas alemães

Naturalmente que contextualizaremos a *questão* doutrinal partindo daquilo que entendemos ser o justo e devido ponto de partida – precisamente o texto *inaugural* de JAKOBS de 1985 e que nos parece ser muitas vezes esquecido quando se lhe tecem críticas contundentes; recusamos desse modo uma abordagem voluntarista⁵⁰¹ – motivada mais por, diríamos, uma vertente estética, como se a mera designação/enunciação, não acompanhada da devida análise cuidada, constituísse, por si só, um atentado contra o direito penal, naquilo que este envolve, por inerência, de garantístico e fundamental num Estado de Direito Democrático.

Entre o “Capitão Nemo” e “Jeremias, o fora da lei”⁵⁰², faremos uma abordagem à noção de “inimigo”, como pressuposto ou referência da evolução do direito penal das sociedades democráticas observada por Jakobs, que, no seu entender, tem pólos de afastamento relativamente ao que chama de “direito penal das liberdades” típico do que qualifica como *cidadãos*.

realizadas em Frankfurt, em Maio de 1985.

⁵⁰¹ Por auto-imposição racional na medida em que também não temos uma especial simpatia pela designação adoptada, cujo enunciado é, em si mesmo, susceptível de “provocar” ou atentar contra a *ideia de direito penal em sentido amplo* típico de sociedades democráticas.

⁵⁰² Dois *protótipos* antagónicos do conceito de “inimigo”: um, o primeiro, de Júlio Verne (em “As vinte mil léguas submarinas”) auto-afirmado inimigo da sociedade que quis desta desvincular-se, criando no mundo submarino um modo auto-suficiente de sobrevivência – através do seu submarino Nautilus, alimentado por um misteriosa fonte de energia e da sua ilha Vulcânia, o seu refúgio territorial onde escondia um tesouro que não queria viesse a ser partilhado pela Humanidade, dados os perigos que encerrava a sua utilização pelos Homens –, dando sinal da sua existência, no entanto, atingindo a sociedade – de que se quis afastar definitivamente – para atacar os navios da marinha que simbolizavam a guerra e a destruição e alimentavam a injustiça no Mundo, por exemplo, permitindo o transporte de escravos e de matérias-primas perigosas; o segundo, uma criação de Jorge Palma, alguém que, sendo “descendente por linha travessa do famigerado Zé do Telhado”, “jamais lhe passou pela cabeça alterar a Constituição”, mas antes optando pela prática de crimes, agindo “por amor ao que é belo e por vocação”, portanto, na sua afirmação dentro da sociedade, que não quer combater, mas antes lhe serve de meio para através do crime se realizar.

Ao exemplo – constitucional – permitido para expor esta corrente doutrinária somar-se-ão com certeza outros exemplos que revelarão quão permissiva pode ser a lei penal e processual penal no sentido de permitirem uma actividade investigatória por parte das autoridades formais de controlo muito intrusiva da vida dos cidadãos atingidos (e convém ter desde já presente que os rotulamos de *cidadãos* e não de *inimigos* ou de *não cidadãos*, como muitos pretendem ver no pólo central da doutrina inerente ao *direito penal para o inimigo*), sempre tendo presente as dimensões axiológicas conflituantes em causa: por um lado a dimensão da ameaça social inerente a determinada actuação, ou perigo de actuação, criminosa e, por outro lado, a necessidade de a poder evitar ou descobrir, permitindo desde logo salvaguardar o sentimento geral da comunidade de confiança na validade das normas.

Naturalmente que, tal como resulta expresso pelo Autor no referido texto *inaugural* da corrente relativa ao *direito penal para o inimigo*, não podemos deixar igualmente de fazer uma relação expressa entre tal conceito e o de *associação criminosa* que tratamos neste estudo, na medida em que, a sua punição, se revela uma *actuação* do legislador que vai no sentido de punir, como vimos, a conjugação de ideias/pensamentos dos membros que a constituem (ainda que, naturalmente, visando objectivos concretos, portanto, com carácter de *exterioridade* relativamente a si próprios, mas que não deixam de ser, em si mesmos, somente pensamentos/ideias) sem se exigir uma efectiva perturbação exterior ou *visível* para a sociedade; com efeito, tal como resulta do título que JAKOBS deu ao seu trabalho [“criminalização num estado prévio à lesão do bem jurídico”], a punição da associação criminosa enquadra-se, sob a perspectiva dos bens jurídicos protegidos pelos tipos de crimes envolvidos no “objecto” da associação, numa evidente antecipação da tutela penal na medida em que o autor de tal crime é punido independentemente de ter levado à prática os crimes projectados e se os concretizar é punido, em concurso real,

também por estes; e neste sentido a problemática da *antecipação da tutela penal* é assunto comum também a questões centrais da doutrina geral do direito penal, como sejam os conceitos de *actos preparatórios*, de *tentativa*, de *crimes de perigo abstracto* e ou *concreto*, tendo por pano de fundo a *protecção de bens jurídicos* como missão fundamental do direito penal, que se deve reger pelo *princípio do facto*, não podendo assim relevar o mero *contexto interno* em que as *acções* são, num momento prévio, *produzidas*, na medida em que “[d]espojar [...] o sujeito da sua esfera privada não corresponde ao Direito Penal dos cidadãos, mas ao Direito Penal dos [para os] Inimigos”⁵⁰³.

Ora, como já tivemos oportunidade de referir neste trabalho, no crime de associação criminosa, o *contexto interno* é precisamente o *momento fulcral* gerador da *ideia criminosa*, que se tem de exigir mais do que mera ideia, que se tem de exigir como *facto*, mas cuja imaterialidade coloca um problema muito difícil e poderá ser enquadrável na doutrina *inaugurada* por JAKOBS (sem, todavia, deixarmos de afirmar, desde já, que o crime de associação criminosa só existe enquanto tal na medida em que o bem jurídico protegido pela incriminação é efectivamente atingido na exacta proporção em que, sem a sua punição, não há a necessária reacção contrafáctica suposta na norma incriminatória; e, nessa medida, podemos afirmar a *relativização* da própria ideia de *antecipação da tutela*

⁵⁰³ Cfr. GÜNTHER JAKOBS, “Criminalización...”, cit., p. 313; esta breve citação, como veremos, permite, desde já, colocar a questão, tal como é colocada pelo próprio Autor, não sob o ponto de vista da legitimação de um “qualquer” direito penal para o inimigo (desejado), mas do ponto de vista da constatação de institutos consagrados na lei penal e, também, em regimes processuais penais “especiais”, que se vislumbram compatíveis, não com o direito penal das liberdades, mas com um direito penal que as não respeita, antes dirigindo-se a um certo tipo de “autores”, cuja existência se revela perigosa logo ao nível do seu próprio pensamento, sem se exigir uma cabal e efectiva interferência externa do seu comportamento e que afecte a esfera jurídica de outras pessoas; teremos *infra* oportunidade de desenvolver esta questão com mais detalhe.

penal, na medida em que há um bem jurídico que se visa proteger com a incriminação que é, ele próprio, um bem jurídico que fica *a montante* dos demais bens jurídicos protegidos pelas normas que prevêm os crimes *projectados* pela associação, mas que pela via da criação normativa em que se traduz o tipo de crime “associação criminosa”, são assim, de forma indirecta, também alvo de protecção).

Portanto, se o pretexto imediato para a abordagem da temática do *direito penal contra o inimigo* é a enunciada alteração ao conceito de *domicílio* por força da alteração ao art. 34.º, n.º 3 da CRP – *motivo simbólico* – naturalmente que o tema que tratamos é o seu *fundamento e limite de análise*, quer por ter subjacente uma realidade criminológica que evidencia uma grande dificuldade na sua descoberta e dilucidação, quer porque a *reação* por parte do legislador no sentido de agir relativamente tal criminalidade permite enquadrar uma actuação formal que coloca questões muito delicadas relativamente à protecção de direitos, liberdades e garantias, na medida em que o direito penal pode ser um instrumento perigosamente manipulável, convertendo-se assim num verdadeiro *inimigo* da sociedade, muito embora o possa fazer sob o pretexto do *inimigo* que enuncia querer combater; e adiantámos também “limite de análise” porque esta temática é vasta e assim a circunscreveremos em torno do nosso tema, muito embora consequências laterais possam vir a ser retiradas para o nosso estudo.

1. Sobre a noção [constitucional] de domicílio

De modo a ser melhor apreendido o sentido da evolução constitucional no que diz respeito à introdução da excepção relativa à possibilidade de entrada à noite no domicílio no âmbito de uma investigação criminal, faremos uma abordagem ao conceito de *domicílio* sob o ponto de vista constitucional, de forma a podermos concluir do grau de

relevância da referida evolução *excepcional*, tendo subjacente a seguinte lógica, diríamos, prosaica: quanto maior densidade tiver o sentido constitucional da *protecção* dada ao domicílio mais excepcional se revelará toda a possibilidade da sua intromissão à revelia do consentimento do seu titular e, portanto, mais relevante se tornará o alcance ou a teleologia subjacente à alteração constitucional, na medida em que passa a permitir o que antes proibia de forma absoluta.

1.1 O conceito de *domicílio* antes da Lei Constitucional n.º 1/2001

“Ninguém pode entrar durante a noite no domicílio de qualquer pessoa sem o seu consentimento.” – art. 34.º, n.º 3 da CRP, na sua versão originária.

«A inviolabilidade do domicílio [...] está relacionada com o direito à *intimidade pessoal* (esfera privada espacial), previsto no art. 26.º, considerando-se o domicílio como projecção espacial da pessoa [...]. É ainda um direito à liberdade da pessoa, e assim é que a Constituição considera a «vontade», o «consentimento» da pessoa como condição *sine qua non* da possibilidade de entrada no domicílio dos cidadãos fora dos casos de mandato judicial. As restrições ao direito à inviolabilidade do domicílio [...] estão sob *reserva da lei* – a qual deverá tipificar os casos em que pode ter lugar [...] e as formas – e sob *reserva de decisão judicial*, constituindo o n.º 3 um limite absoluto à discricionariedade legislativa neste campo, para além daqueles que resultam do art. 18.º, n.º 3. [...] A protecção da inviolabilidade do domicílio adquire carácter absoluto durante a noite.»⁵⁰⁴

Na citação acabada de fazer – e que é contemporânea da redacção anterior

⁵⁰⁴ Cfr. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, 3.ª edição revista, Coimbra Editora, 1993, págs. 212 e 213.

(originária) à alteração introduzida pela Lei Constitucional n.º 1/2001 –, fica clara a dimensão da protecção dada ao domicílio enquanto símbolo máximo do direito à intimidade pessoal, como *projecção espacial da pessoa*, permitindo-nos, deste modo, ter a noção da relevância da alteração introduzida pela revisão constitucional de 2001 – e assim resistiu às anteriores revisões constitucionais – que deve ter este enquadramento de modo a percebermos a excepcionalidade do [novo] regime previsto, dado que a «[...] redacção originária, que correspondia à nossa tradição, era rígida – *ninguém pode entrar durante a noite no domicílio de qualquer pessoa sem o seu consentimento* – admitindo-se, porém, a quebra da regra em circunstâncias excepcionais legitimadas pelo estado de necessidade.»⁵⁰⁵

⁵⁰⁵ Assim, GERMANO MARQUES DA SILVA, in JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra Editora, 2005, p. 373; neste sentido, GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição...*, 3.ª ed., cit., p. 213, esclarecem que “[f]ora dos casos previstos neste artigo, deve entender-se que em *certas circunstâncias excepcionais* (ex.: incêndios, inundações, epidemias) o estado-de-necessidade pode legitimar, nos termos gerais, a violação do domicílio.”. Podemos observar em anteriores Constituições portuguesas a alusão e/ou factualização expressa de circunstâncias subsumíveis precisamente ao referido estado de necessidade: no art. 145.º (artigo que dispunha sobre a inviolabilidade dos Direitos Cívicos e Políticos dos Cidadãos Portugueses) § 6 da Carta Constitucional de 26 de Abril de 1826, outorgada por D. Pedro a Portugal, fazia-se menção expressa a essas circunstâncias: «Todo o cidadão tem em sua Casa um asilo inviolável. De noite não se poderá entrar nela senão por seu consentimento, ou em caso de reclamação feita de dentro, ou para o defender de incêndio, ou inundação; [...]»; no art. 16.º, III da Constituição de 1838 previa-se que à noite se poderia entrar *na casa do Cidadão* «Por necessidade de socorro.»; no art. 3.º, n.º 15 da Constituição de 1911 previa-se que «[d]e noite e sem consentimento do cidadão, só se poderá entrar na casa deste a reclamação feita por dentro ou para acudir a vítimas de crimes ou desastres [...]»; na Constituição de 1933 a redacção da norma não consagra, à semelhança da Constituição de 1976, uma redacção expressa onde constem circunstâncias, tal como sucedia com as anteriores Constituições, nos termos vistos, que *factualizem* o estado de necessidade; todavia, a similitude entre as Constituições de 1933 e 1976 a este respeito cinge-se somente a esta constatação de não ser *factualizado* o estado de necessidade, já que, no mais, há um *mundo de diferença*: na Constituição de 1933 afirma-se a inviolabilidade do domicílio (e também da correspondência), no art. 8.º, n.º 6, como um direito, liberdade e garantia individual, mas

E é tanto mais rigorosa a protecção quanto a própria noção *constitucional* de domicílio é ampla, devendo entender-se como tal «[...] desde logo o local onde se habita, a habitação, seja permanente seja eventual, seja principal ou secundária. Por isso, ela não pode equivaler ao sentido civilístico, que restringe o domicílio à residência habitual [...], abrangendo também a residência ocasional (como o quarto de hotel) ou ainda os locais de trabalho (escritórios, etc.); dada a sua função constitucional, esta garantia deve estender-se quer ao domicílio voluntário geral quer ao domicílio profissional (Cód. Civil, arts. 82.º e 83.º) [...]”, sendo que os “[...] destinatários do direito à inviolabilidade de domicílio são todas as entidades públicas e privadas (cfr. art. 18.º, n.º 1).»⁵⁰⁶

E esta noção protectora – ampla e rigorosa – de domicílio foi igualmente acolhida na jurisprudência portuguesa, sendo que a sua inviolabilidade traduz assim um direito fundamental “sujeito ao regime de direitos, liberdades e garantias”⁵⁰⁷ previsto na CRP.

remetendo para a lei o seu regime, sem impor, tal como resulta da Constituição de 1976, um limite inultrapassável claro a esse regime, o que pode ser explicado pela raiz não democrática de tal diploma fundamental.

⁵⁰⁶ Cfr. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição...*, 3.ª ed., cit., p. 213; no mesmo sentido, cfr. GERMANO MARQUES DA SILVA, in JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição...*, cit., p. 372.

⁵⁰⁷ Cfr. J. MARTINS DA FONSECA, “Conceito de domicílio, face ao art. 34.º da Constituição da República”, in *RMP*, Ano 12, n.º 45, p. 45 e ss., onde se faz uma muito eloquente visão histórica do conceito de domicílio, desde os gregos e romanos, passando pelas “*disposições dos forais* e nos costumes registados nos foros”, onde a “casa era asilo onde o criminoso, quando nela conseguisse refugiar-se, ficava ao abrigo dos seus inimigos”, sendo que “[...] a partir de 1211 a protecção da casa passou a ser Direito de todo o reino, o que parece dever transformar a sua quebra em delito contra o rei [...]”, citando a lição de Marcelo Caetano (cfr. *ob. cit.*, págs. 50 e ss.), sendo o domicílio [...] um prolongamento da liberdade individual. A liberdade individual seria uma palavra vã, desde o momento em que se não encontrasse completada pela inviolabilidade do domicílio.”, na citação feita da lição de Marnoco e Sousa (cfr. *ob. cit.*, p. 53).

1.1.1 O exemplo do Ac. Tribunal Constitucional n.º 507/94

No Ac. do TC n.º 507/94⁵⁰⁸ afirma-se no parágrafo que antecede a apreciação de (in)constitucionalidade o seguinte: “[...] a lei ordinária não pode prescindir do *consentimento do visado pela medida* [...] ainda que, porventura, se entenda que a tal consentimento se tenham de juntar outros actos de consentimento, provenientes de outros co-domiciliados”, e, na decisão final, conclui o TC conceder provimento, nessa parte, ao recurso, “[...] julgando que violam a Constituição os artigos 174.º, n.º 4, al. b), 177.º, n.º 2 e 176.º, n.º 3 do Código de Processo Penal, na interpretação perfilhada na decisão recorrida, isto é, no sentido de que a busca domiciliária em casa habitada e as subsequentes apreensões efectuadas durante aquela diligência, podem ser realizadas por órgão de polícia criminal, desde que se verifique o consentimento de quem, não sendo visado por tais diligências, tiver a disponibilidade do lugar de habitação em que a busca é efectuada [...]”]; na situação concreta analisada neste Ac., e que havia sido declarada válida por Ac. do STJ – que assim foi alvo de censura por parte do TC – tratava-se, entre outras questões, de avaliar a validade de uma busca feita numa casa onde determinado arguido coabitava com a sua mãe (sendo a casa dos pais), tendo a mãe do arguido consentido na busca domiciliária e assim permitido a apreensão de roupa do seu filho, que serviria de prova do crime de violação⁵⁰⁹. Neste Ac., portanto, sob o ponto de vista do

⁵⁰⁸ Publicado no *DR*, II Série, de 12 de Dezembro de 1994, relatado por Ribeiro Mendes.

⁵⁰⁹ No Ac. em referência é de realçar o amplo e fundamentado voto de vencido de Nunes de Almeida, que evidencia uma visão distinta da que fez vencimento e, adiante-se, com argumentos consistente que passamos a expor, pois ajudam à própria compreensão do contexto jurídico-factual do Ac. em referência e assim permitir concluir pelo elevado grau de exigência colocado pela dimensão constitucional do conceito de domicílio, tal como resultou da decisão sobre a (in)constitucionalidade: “Cabe perguntar se [...] se pode falar de intromissão ilegítima no domicílio do ora requerente, sabendo-se do processo que este ocupava, como quarto de dormir, apenas uma dependência da habitação, governada e mantida pela sua mãe, que

consentimento para a realização de uma busca, restringiu-se a possibilidade da sua concretização de acordo com a norma processual penal, à autorização da pessoa concretamente visada pela investigação, não bastando assim a autorização de outra pessoa que permanecia/vivia nesse mesmo domicílio; nesta decisão, o TC não se bastou com a autorização feita por um dos titulares do domicílio (diríamos: um dos visados da busca, sob o ponto de vista da formulação da norma processual penal, pela actuação policial, na medida em que se tratava de um dos titulares do domicílio cuja entrada era suscitada) – que, a nosso ver, com todo o respeito pela opinião contrária que fez maioria na decisão, dava as garantias necessárias relativas à transparência da prova recolhida pela entidade policial –, acomodando de modo proporcional a disponibilidade do consentimento para a *perturbação* da intimidade da vida privada, na medida em que uma das pessoas titulares da mesma permitia a sua intromissão. Exigir, como decorre da decisão do TC em causa, atendendo às circunstâncias concretas do caso, ao crime

vivia separada do seu marido. Isto é, não pode considerar-se, no caso, que o arguido detinha na residência em questão um domicílio autónomo, tal como ocorreria se, por exemplo, o arguido residisse habitualmente numa pensão ou hotel – caso em que o seu quarto integraria, com autonomia, o seu domicílio. [...] Nessa medida, esse quarto não poderá considerar-se uma área de privacidade exclusiva do arguido, separável das outras divisões, bem como as coisas que nela se encontravam, surgem como uma unidade, colocada, no caso concreto, sob a disponibilidade de uma única pessoa, no caso, repete-se a mãe do arguido. Acresce que da matéria de facto provada na decisão recorrida nem sequer se pode retirar que os objectos apreendidos se encontrassem no espaço físico correspondente ao quarto de dormir do recorrente, eventualmente susceptível de qualificação, nesse específico contexto, como domicílio para os efeitos da disposição constitucional aplicável. Mas mesmo que as peças de roupa fossem provenientes dessa dependência da habitação, a problemática da constitucionalidade teria de se deslocar do instituto da protecção do domicílio para a sede da protecção da privacidade. Ou seja, não sendo o quarto de dormir uma área de utilização e acesso exclusivos do arguido, vedada a outras pessoas que não o próprio, só mereceriam protecção zonas que, dentro desse espaço, o próprio tivesse pretendido subtrair à devassa, *maxime* armários, móveis em geral, gavetas inclusivamente, fechados com chave não facultada a outra pessoa; de igual modo locais onde estivessem escondidos objectos, só susceptíveis de ser encontrados através de meios intencionalmente dirigidos à descoberta dos mesmos.”

cometido, aos valores constitucionalmente protegidos em confronto, uma prévia definição, por parte da autoridade policial, das pessoas que *comparticipam* do mesmo domicílio, quando há provas a recolher, urgência nessa recolha e o perigo da sua destruição (desde logo por parte de quem é assim alertado pela actuação policial), ao mesmo tempo que o próprio grau de participação dos factos é ainda pouco claro (e, por exemplo, pode permitir concluir pela prática do crime, mesmo que noutros graus de participação, como seja a título de cumplicidade por parte, por exemplo, da pessoa que concretamente autorizou a entrada no domicílio) parece-nos uma desproporcionada protecção do valor constitucional inerente à protecção do domicílio com prejuízo das dimensões atinentes à descoberta da verdade material que protegem, em primeira linha, a vítima de um crime e, naturalmente, o valor da própria realização da justiça, com a dimensão essencial que decorre da *reação contrafáctica* das normas sempre associado à *reação* do sistema perante a violação de normas e consequente perseguição dos autores da prática de crimes, isto é, que atentam contra bens jurídicos penal e constitucionalmente protegidos⁵¹⁰.

⁵¹⁰ No Ac. do TC n.º 7/87, de 9 de Janeiro de 1987, relatado por Mário de Brito, entre diversas matérias sob apreciação [este Ac foi tirado em sede de fiscalização preventiva suscitada pelo Presidente da Republica aquando da promulgação do CPP de 1987], decidiu-se, ainda que relativamente a matéria não estritamente conexiada com a que em texto apresentamos, mas com valoração semelhante no que diz respeito aos bens constitucionais em confronto, que “[n]a sua remissão para a alínea a) do n.º 4 do art. 174.º, ela não pode haver-se como inconstitucional, por o direito a inviolabilidade do domicílio, enunciado nos n.ºs 1, 2 e 3 do art. 34.º da Constituição, dever compatibilizar-se com o direito à vida e com o direito à integridade pessoal, consignados respectivamente nos arts. 24.º e 25.º da lei fundamental e que aquela alínea a) procura defender, direitos que não-de entender-se como limites imanescentes do direito em causa.”

“[O] processo penal constitui um dos lugares por excelência em que tem de encontrar-se a solução do *conflito* entre as exigências comunitárias e a liberdade de realização da personalidade individual. Aquelas podem postular, em verdade, uma «agressão» na esfera desta; agressão a que não falta a utilização de meios coercivos (prisão preventiva, exames, buscas, apreensões) e que mais difícil se torna de justificar e suportar por se dirigir, não a criminosos convictos, mas a meros «suspeitos» – tantas vezes inocentes – ou mesmo a

«terceiros» (declarantes, testemunhas e até pessoas sem qualquer participação processual). [...] Daqui que o interesse comunitário na prevenção e repressão da criminalidade tenha de pôr-se *limites* – inultrapassáveis quando aquele interesse ponha em jogo a dignitas humana que pertence mesmo ao mais brutal delinquente; ultrapassáveis, mas só depois de cuidadosa ponderação da situação, quando conflitue com o legítimo interesse das pessoas em não serem afectadas na esfera das suas liberdades pessoais para além do que seja absolutamente indispensável à consecução do interesse comunitário. É através desta ponderação e da justa decisão do conflito que se exclui a possibilidade de abuso do poder – da parte do próprio Estado ou dos órgãos a ele subordinados – e se põe a força da sociedade ao serviço e sob o controlo do Direito; o que traduz só, afinal, aquela *limitação do poder do Estado* pela possibilidade de livre realização da personalidade ética do homem que constitui o mais autêntico critério de um verdadeiro Estado-de-direito”, cfr. lição de FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, 1.ª Ed., 1974, Reimpressão, Coimbra Editora, 2004, p. 59. “Indiscutida parece ser a ideia de que as finalidades primárias a cuja a realização o processo penal se dirige são, de uma parte, a realização da justiça e a descoberta da verdade material, de outra parte a protecção perante o Estado dos direitos fundamentais das pessoas e, de outra parte, o restabelecimento da paz jurídica comunitária posta em causa pelo crime e a conseqüente reafirmação da validade da norma violada. [...] A protecção perante o Estado dos direitos fundamentais das pessoas surge [...] como finalidade do processo penal. [...] [T]ambém é verdade que aquela que foi historicamente a arma do Estado de Direito – a persistência na convicção de que, em todas as circunstâncias, os direitos de cada pessoa devem ser defendidos e a sua liberdade salvaguardada – tem vindo a ser relativizada: o Estado de Direito não exige apenas a tutela dos interesses das pessoas e o reconhecimento dos limites inultrapassáveis, dali decorrentes, à prossecução do interesse oficial na perseguição e punição dos criminosos. Ele exige também a protecção das suas instituições e a viabilização de uma eficaz administração da justiça penal, já que pretende ir ao encontro da verdade material. Assim, e vendo agora as coisas sob um outro prisma, em certas circunstâncias, para que os interesses assinalados se concretizem, necessário se torna pôr em causa direitos fundamentais das pessoas.”, cfr. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal, lições coligidas por Maria João Antunes*, Secção de textos da FDUC, 1988-9, págs. 21 a 23. Assim, perante a impossibilidade de conseguir a harmonização integral de todas as finalidades do processo penal (e são elas a *realização da justiça e a descoberta da verdade material*, a *protecção dos direitos fundamentais das pessoas* e o *restabelecimento da paz jurídica*), “[o] remédio [...] estará numa tarefa – infinitamente penosa e delicada – de operar a *concordância prática das finalidades em conflito*. Tal tarefa implica, relativamente a cada problema concreto uma mútua compressão das finalidades em conflito, por forma a atribuir a cada uma a máxima eficácia possível: de cada finalidade há-de salvar-se, em cada situação, o máximo conteúdo possível, optimizando-se os ganhos e minimizando-se as perdas axiológicas e funcionais (FIGUEIREDO DIAS, *ob. cit.*, p. 25).

É assim fundamental, a cada passo, fazer a rigorosa, cuidada e sensível ponderação entre o interesse público subjacente a toda a investigação criminal e os interesses/valores privados em causa e/ou em perigo

Por outro lado, a *comparticipação* de um domicílio tem já ínsita uma partilha de intimidade, que, no pólo oposto, tem uma dimensão de abdicação da *intimidade exclusiva* desse mesmo domicílio, pelo que terá implícita uma *cedência* relativamente ao *domínio* total desse domicílio; por outras palavras: o consentimento prestado pelo *comparticipante do domicílio* tem ínsito o consentimento prévio que lhe foi dado pelo suspeito na investigação, na medida em que esse mesmo suspeito havia previamente abdicado do domínio exclusivo do espaço, pois havia abdicado de tal domínio absoluto ao partilhar nesse local a sua vida com outrem (o autor do consentimento); não obstante o que se deixa dito, à semelhança do voto de vencido constante do Ac. do TC em análise e que analisamos em nota, concordamos que, não obstante a partilha do domicílio, “só mereceriam protecção zonas que, dentro desse espaço, o próprio [suspeito] tivesse pretendido subtrair à devassa, *maxime* armários, móveis em geral, gavetas inclusivamente, fechados com chave não facultada a outra pessoa; de igual modo locais onde estivessem escondidos objectos, só susceptíveis de ser encontrados através de meios intencionalmente dirigidos à descoberta dos mesmos.”; com efeito, cremos dever ser de proteger a privacidade concreta de um participante de um determinado domicílio quando na sua organização interna (aferível precisamente por locais de uso exclusivo de um dos co-domiciliados, sejam divisões, locais ou espaços cujo acesso está perfeita e

em tal prossecução, na medida em que, quando, por exemplo, dominava o princípio inquisitório “[...]esta forma processual [penal], embora criada para a realização do eminente interesse público de não permitir que nenhum criminoso ficasse impune, por outro lado esquecia um outro interesse público fundamental: a liberdade e segurança dos indivíduos que possam ser objecto de uma suspeita de crimes. [...] Importa defender estes indivíduos contra as desmedidas agressões da actividade encarregada de realizar a justiça penal, como importa dar-lhes possibilidades de se defenderem das acusações de que são objecto. Até mesmo porque se interessa ao Estado punir os culpados, não lhe interessa menos só punir os culpados. Já diziam os romanos: «*satius esse nocentem absolvi quam innocentem damnari*» e «*cavendum ne respectu nocentis innocentis patiatur.*», cfr. EDUARDO CORREIA, *Processo Criminal*, Coimbra, 1954, págs. 7 e 8.

completamente controlado pelo seu beneficiário) é possível fazer essa mesma delimitação e, nessa medida, o consentimento na sua intromissão deverá sê-lo igualmente por parte de quem tem o *dominium* exclusivo dessa circunscrita área previamente harmonizada entre os co-domiciliados.

Apelando ao raciocínio analógico, cujo sentido último visa permitir uma resposta coerente sob o ponto de vista do sistema jurídico como um todo, e de modo a melhor clarificarmos o que pretendemos transmitir, passamos a dar três exemplos muito simples:

Exemplo 1: o indivíduo **A** entra na casa de **B**, com a sua autorização e, aproveitando a distração deste, retira uma carteira que se encontrava numa prateleira da estante da sala de estar, contendo no seu interior 200 euros, que pertence a **C**, co-habitante da casa com **B**;

Exemplo 2: o indivíduo **A** entra na casa de **B**, com a sua autorização e, aproveitando a distração deste, retira uma carteira que se encontrava numa gaveta de um móvel da sala de estar, que se encontrava fechada à chave, forçando a respectiva fechadura, contendo no seu interior 200 euros, que pertence a **C**, co-habitante da casa com **B**;

Exemplo 3: o indivíduo **A** entra na casa de **B**, com a sua autorização e, aproveitando a distração deste, entra num dos quartos da casa, que se encontrava fechado à chave, forçando a respectiva fechadura, e retira uma carteira que continha no seu interior 200 euros, que pertence a **C**, co-habitante da casa com **B**.

No exemplo 1 o indivíduo **A** pratica um crime de furto simples, previsto e punido pelo art. 203.º do CP; no exemplo 2 o indivíduo **A** pratica um crime de furto qualificado, previsto e punido pelo art. 204.º, n.º 1, al. *e*) do CP e no exemplo 3 o indivíduo **A**) pratica um crime de furto qualificado, previsto e punido pelo art. 204.º, n.º 2, al. *e*) do CP.

Estes exemplos permitem precisamente configurar a relevância do consentimento dado por um dos co-habitantes da casa, sem que o outro desses co-habitantes da casa

tenha tido qualquer intervenção nesse consentimento. Todavia, se, dentro da casa, há espaços de acesso exclusivo a um dos co-habitantes então a sua violação não pode ser feita sem que haja o consentimento do titular desse, diríamos, *subespaço*.

Ora, entendemos que a ponderação subjacente aos exemplos dados – e naturalmente que os exemplos, sempre susceptíveis de permitir múltiplos enquadramentos, funcionam como base para a exposição do *sentido* que propomos e valem nessa precisa medida – pode ser aplicada *mutatis mutandis* à busca domiciliária desencadeada com o *consentimento* de um dos titulares do domicílio; quer dizer: quem dirige a operação de busca domiciliária deve fazer essa avaliação rigorosa no sentido de salvaguardar que o consentimento dado – ou o mandado de busca emitido – não extravasa o seu próprio âmbito espacial permitido no contexto do domicílio, na justa medida em que não abranja ou atinja espaços vedados ao próprio outorgante do consentimento pelo *titular* efectivo dos *subespaços* existentes no domicílio – ou não devidamente ponderados no momento em que a busca domiciliária foi autorizada pela autoridade judiciária.

Aliás, o sentido que se propugna tem reflexo directo na lei, na medida em que este cuidado é exigido, de modo expresso, pela própria lei processual penal, dada a redacção do art. 177.º, n.º 1 do CPP, ao enunciar como regra geral que “[a] busca em casa habitada ou numa sua dependência fechada (sublinhado nosso) só pode ser ordenada ou autorizada pelo juiz [...]”⁵¹¹. Quer dizer: é o próprio legislador que faz o enquadramento da

⁵¹¹ Fórmula presente desde a versão originária e que já estava presente no Projecto, cfr. MAIA GONÇALVES, *Código de Processo Penal anotado*, 7.ª edição, 1996, p. 319, de onde, com pertinência (embora de forma sucinta e a merecer outros cuidados de análise) se pode ler, na sequência do exercício de conformação que deixamos em texto e inevitável entre normas de sinal contrário de natureza constitucional, que “[o] regime próprio estabelecido para as buscas domiciliárias foi determinado pela existência de normas constitucionais que lhes impõem limitações e também por se entender que, em casos específicos muito ponderosos [...] a demora na realização [das buscas domiciliárias] poderia traduzir-se em grave risco para os bens jurídicos de grande valor e constitucionalmente protegidos. Neste domínio, as normas

subdivisão do domicílio, consagrando a figura da *dependência fechada* no contexto maior da *casa habitada*, funcionando esta como o domicílio principal e aquela como um seu espaço integrante, embora dotado de autonomia suficiente para exigir o cuidado de o mandado de busca o concretizar, sob pena de se produzir uma diligência inválida⁵¹², caso não seja obtido o consentimento prévio da pessoa titular desse concreto espaço, por

constitucionais podem mesmo entrar em conflito [...]. Assim, se for necessário entrar em casa de alguém durante a noite e sem o seu consentimento, para despoletar um engenho com que se prepara para destruir uma povoação e sacrificar vidas humanas, essa prática será constitucional e legal, porque assim se sacrifica um bem (inviolabilidade do domicílio) que tem menor valoração que o outro (vida humana).”, cfr. *idem*, págs. 319 e 320 (posição mantida pelo Autor em edições posteriores, como seja a 17.^a, 2009, cfr. págs. 439 e ss.).

⁵¹² Cremos assim, a título de exemplo, que no Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa, de 22 de Setembro de 2009, *in CJ*, 2009, Tomo IV, p. 134, se não terá cuidado devidamente desta exigência legal, na medida em que se afirma o seguinte: “I. Numa vulgar habitação, embora haja espaços que se possam considerar de uso exclusivo de um dos habitantes, nomeadamente o quarto de dormir, não deixam todos de ter acesso a todo o espaço da mesma, razão por que um quarto, nestas situações de partilha de uma casa por várias pessoas, em particular quando se trata de uma família, não possa ser visto como uma unidade separada da própria habitação concreta, mas como um elemento da casa habitada abrangido pela autorização judicial da busca”; de modo mais adequado à redacção do texto legal e, claro, da sua intencionalidade interpretativa restritiva da possibilidade de lesão de bens jurídico-constitucionalmente protegidos, no nosso ver, enuncia-se no Ac. da Relação de Lisboa de 22 de Outubro de 2008, depois de se debater a validade do consentimento (por quem era analfabeto), mas partindo do pressuposto que nenhum problema se colocava a esse nível, o seguinte: “IV. Mesmo que esse consentimento fosse válido, ele não podia nunca legitimar a realização de uma busca ao quarto do filho maior dessa pessoa porquanto, a partir do momento em que esse acto deixava de ter por objecto o quarto da mãe [a titular do consentimento na situação concreta] (ou mesmo os espaços comuns) e passava a ter por objecto o espaço privado do filho, o visado passava a ser este último. V. A exigência de consentimento do visado nada tem a ver com a tutela da propriedade, do domínio ou da titularidade do domicílio, mas sim com a privacidade, direito de personalidade que apenas cabe ao próprio exercer.”, *in* www.dgsi.pt, Proc. 6945/2008-3; nesta última situação, e lida a factualidade relevante para a decisão, fica-nos no entanto a dúvida quanto a saber do “*grau de privacidade*” que o visado pela busca tinha cedido aos demais co-domiciliados (no caso, no âmbito relação familiar), pois caso se pudesse concluir que o seu quarto era acedido sem restrições por parte de quem havia dado o consentimento para a busca por ser a titular genérica do domicílio, nos termos já expostos em texto, cremos que teria sido o bastante para permitir a realização da busca.

violação desde logo do art. 32.º, n.º 8 da Constituição.

1.2 O conceito de *domicílio* com a Lei Constitucional n.º 1/2001

Com a revisão constitucional de 2001 foi dado o sinal político-criminal mais sensível relativamente à necessidade de permitir alargar a investigação criminal nos casos em que estão em causa os crimes qualificáveis como “criminalidade especialmente violenta ou altamente organizada, incluindo o terrorismo e o tráfico de pessoas, de armas e de estupefacientes, nos termos previstos na lei”, quando antes dessa alteração havia, como vimos, uma proibição absoluta (só sendo permitida essa invasão da privacidade/intimidade quando fosse dado o consentimento pelo visado na investigação ou quando estivessem reunidos os pressupostos que permitissem tal intromissão em estado de necessidade).

Quanto à [nova] redacção do n.º 3 do art. 34.º da CRP impõe-se desde logo uma apreciação quanto à sua precisão terminológica: com efeito, parece ser escusado, após a referência à “criminalidade especialmente violenta ou altamente organizada”, acrescentar-se “incluindo o terrorismo e o tráfico de pessoas, de armas e de estupefacientes”, pois nenhuma dúvida razoável a lei permitiria sustentar relativamente à qualificação destes crimes como integráveis nos conceitos indeterminados [de *criminalidade especialmente violenta ou altamente organizada*⁵¹³] que dão consistência à

⁵¹³ Bastará ter presente a redacção do art. 1.º, n.º 2 do CPP vigente à data da alteração constitucional em análise; noutra perspectiva, deve reconhecer-se ter havido, nas ulteriores alterações a este artigo, sobretudo, pela Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto, uma maior definição/concretização conceitual, nomeadamente nas suas alíneas *i*) a *m*), no que diz respeito ao que deva considerar-se “criminalidade altamente organizada”, na alínea *m*) e onde se faz menção expressa aos crimes de tráfico de pessoas, tráfico de armas e tráfico de estupefacientes, mantendo o tratamento autónomo do conceito de terrorismo, na alínea *i*), embora este

excepção constitucional criada; a aparente clarificação constitucional, ao aditar esta fenomenologia criminológica aos conceitos indeterminados referidos permite, noutra perspectiva, precisamente pôr em dúvida qual o enquadramento dogmático [constitucional] a dar a tal criminalidade, pois surge, pelo aditamento feito, a dúvida se o legislador constituinte, afinal, entende que tal criminalidade não deva ou não possa, sem qualquer dúvida, ser considerada como tal, não obstante a lei ordinária o induzir [e para a qual a própria CRP remete para tornar tal inserção conceitual perfeitamente clara]; e, se assim for, tem subjacente um relativismo conceitual quanto ao que resulta da lei ordinária que poderá pôr em causa a classificação que aí podemos encontrar de outros crimes tidos como integráveis nos conceitos de criminalidade altamente violenta ou organizada.

Ainda que temendo ou admitindo uma excessiva simplificação, cremos que tudo se resume a uma redacção da norma que repercute um sentido conceitual pouco definido por parte do legislador constituinte, condicionado por uma proporcional inexactidão por parte do legislador ordinário, do que seja, com rigor, esta criminalidade, o que aliás, também cremos, já teremos mostrado em momento anterior deste trabalho.

Perguntar-se-á, assim sendo, ser o nosso esforço de encontrar alicerce [mais] sólido do que seja o conceito de criminalidade organizada na Constituição algo inglório; porém, o que pretendemos é, precisamente, interpretando os *sinais linguísticos* constantes da CRP, conjugados com as remissões expressas para a lei ordinária, encontrar o *melhor* sentido para o conceito que, tendo assento constitucional – motivando em seu redor consequências muito sérias e relevantes ao nível do regime [de restrição] dos direitos,

sempre se reconduzisse, no essencial, ao outro conceito processual penal enunciado de “criminalidade especialmente violenta”, dado que os seus crimes são puníveis, em regra, com penas máximas de prisão iguais ou superiores a 8 anos. Convém ter presente, todavia, que esta maior definição legal pode não levar à conclusão por uma melhor concretização ao nível dos conceitos, antes podendo gerar uma maior possibilidade de contradição objectiva.

liberdades e garantias –, deve ter nessa sede uma dimensão orientadora suficientemente densa, que limite no essencial ao nível da legislação ordinária a sua efectiva dimensão, de modo a não deixar exclusivamente para esta sede tal protecção.

Temos no entanto de reconhecer, noutro pólo e como consequência da ausência de um *sentido* constitucional sólido para os conceitos em foco, um amplo espaço de conformação para a actividade jurisprudencial e doutrinal na sua definição mais precisa, adequando o seu sentido a cada situação concreta colocada e com a virtualidade de permitir a sua permanente actualização, a sua permanente adequação à evolução dos tempos.

O legislador constitucional veio, com a excepção criada pela Lei Constitucional 1/2001, permitindo uma *dessacralização* do conceito de *domicílio* para fazer face a uma fenomenologia criminosa muito inquietante nas sociedades actuais – pelas graves repercussões que decorrem dos seus crimes –, concretizar um melhor equilíbrio na ponderação dos bens jurídicos conflituantes, na medida em que passou a permitir a intervenção no âmbito de uma investigação, sem consentimento do visado e sem a necessidade de estarem reunidos os pressupostos do estado de necessidade, em espaços antes absolutamente protegidos, o que, de facto, se não mostrava equilibrado sob o ponto de vista da protecção de [outros] bens jurídicos fundamentais protegidos pela Constituição, como seja a vida ou a integridade física, em primeira linha postos em causa pela criminalidade muito grave.

Devemos dar por assente que a alteração constitucional teve em vista o alcançar de certos objectivos concretos, ponderando, no seu contexto histórico, os valores em causa: por um lado, o sólido conceito de “protecção do domicílio” tal como havia sido previsto na versão originária da CRP e, por outro lado, o alcance pretendido com a sua

flexibilização – ainda que aqui sem a mesma solidez – fazendo apelo a uma fenomenologia criminosa integradora dos conceitos avançados pela nova redacção ao art. 34.º, n.º 3 da CRP, concretamente de: criminalidade especialmente violenta ou altamente organizada, incluindo o terrorismo e o tráfico de pessoas, de armas e de estupefacientes, nos termos previstos na lei.

Sem dúvida que o legislador constituinte tem a noção dos seus próprios limites e, no final da sua asserção, remete para os *termos previstos na lei*, portanto, ponderando o que de relevante, sob o ponto de vista conceitual, nessa sede – a legal – pudermos encontrar como suporte para o conceito constitucional avançado.

Já fomos adiantando diversas dimensões que devem ser ponderadas neste contexto, pelo que pretendemos agora fazê-lo de modo mais sistemático, acrescentando argumentos mais sólidos na sustentação do que defendemos ou propugnamos como *sentido constitucional* para o conceito de *criminalidade organizada*.

Deste jeito, cremos ser relevante, num primeiro momento – diríamos *cronológico* – investigar o sentido *originário* ou *histórico* do “espírito” do legislador constitucional, como *fonte* primeira das alterações promovidas e, nessa sede, perceber quais os elementos ponderados para promover as alterações à CRP neste específico âmbito.

“Uma norma de direito não brota dum jacto, como Minerva armada da cabeça de Júpiter legislador”, nas palavras de MANUEL DE ANDRADE⁵¹⁴.

Tratamos assim de um dos elementos da interpretação, “[...] ou seja, elementos de que o intérprete se pode socorrer para determinar o sentido da lei”⁵¹⁵, mais concretamente do *elemento histórico*, sendo que um dos seus “[p]ontos particulares [...] são os

⁵¹⁴ In *Ensaio Sobre a Teoria da Interpretação das Leis*, 4.ª Edição, Coimbra, 1987, p. 143.

⁵¹⁵ Nas palavras de JOÃO CASTRO MENDES, *Introdução ao Estudo do Direito*, 1994, Livraria Petrony, Lisboa, p. 221.

trabalhos preparatórios. Muitas vezes estão publicados os estudos, projectos e anteprojectos que serviram de base à lei; tratando-se de um diploma da Assembleia da República, há a contar com os debates publicados no «Diário da Assembleia da República». Todos estes elementos [...] podem ser úteis para clarificar o sentido das normas.”⁵¹⁶

Embora devamos sempre salvaguardar a devida distância entre tal sede, como a expressão enuncia, *preparatória* da sede legal propriamente dita [da lei feita], pois “[e]stá hoje refutada a obsoleta concepção que, identificando o legislador com o redactor da lei, dava a tais discussões e opiniões quase a autoridade duma interpretação autêntica. [...] Parte-se agora da observação exacta de que semelhantes escritos e discursos são coisa interna dos órgãos legislativos e não se transfundem na lei publicada: trata-se de debates internos, de modos de ver dos diversos relatores ou preopinantes (*dissertanti*), de

⁵¹⁶ Cfr. JOÃO CASTRO MENDES, *Introdução...*, cit., p. 229; o Autor, a par dos trabalhos preparatórios, enumera, como elementos históricos relevantes, o preâmbulo ou relatório dos decretos-leis e decretos e a *occasio legis*, isto é, o “conjunto de circunstâncias que justificam o aparecimento da lei, com o conteúdo que tem – as «circunstâncias em que a lei foi elaborada», de que fala o artigo 9.º, n.º 1 do Código Civil.”, *ob. cit.*, p. 230. Ou, nas palavras de MANUEL DE ANDRADE, in *ob. cit.*, p. 146 “[o]s trabalhos preparatórios podem esclarecer-nos relativamente às ideias e ao espírito dos proponentes da lei ou de alguns votantes, e valem como subsídio, quando puder demonstrar-se que tais ideias e princípios foram incorporados na lei.”, que, todavia, alerta, de modo expressivo: “Em caso diverso devem considerar-se momentos estranhos à lei e sem influência jurídica. [...] Tanto mais se reconhece a verdade disto, quando é certo haver casos em que da lei votada resultam consequências não previstas ou diversas das que se tinham em vista ao compilá-la [...]. E [...] não é difícil que uma lei encontre nos *Trabalhos preparatórios* uma falsa justificação, ou que lá apareça desvirtuado o seu espírito. Mas nem por isso o intérprete será vinculado pelas considerações erróneas ou limitadas dos redactores da lei, antes deverá apreciar a norma no seu valor objectivo, e em conexão com o sistema do direito. Tudo isto basta para desacreditar suficientemente os *Trabalhos preparatórios*, os quais amiúde não nos dizem nada ou são uma caótica mixórdia de teorias opostas em que todo o intérprete pode achar cómoda confirmação para as opiniões próprias. Quando muito, podem valer como *indício* de certa vontade legislativa, mas devem ser utilizadas com cautela e circunspeção.”

tendências individuais, e não de pensamentos do *legislador*.”⁵¹⁷

Não sendo, feito o devido enquadramento doutrinal, o elemento histórico revelado pelos trabalhos preparatórios, por si só, determinante para aferir da *interpretação verdadeira/certa/correcta da lei*, não deixa de ser um contributo que pode e deve ser avaliado na sua justa medida, ponderando-se as *palavras* e *expressões* utilizadas e os respectivos conceitos explícita ou implicitamente revelados, tendo ainda em linha de conta o seu *significado* no “ordenamento jurídico em globo”⁵¹⁸.

⁵¹⁷ Cfr. MANUEL DE ANDRADE, in *ob. cit.*, p. 145, que continua, em reforço do que citamos em texto: “COSACK comparou os trabalhos preparatórios duma lei aos debates preliminares dum contrato, e como estes, em princípio, não têm influência sobre o contrato definitivo, que é fruto de transacções de interesses, assim também àqueles falta autoridade sobre o texto definitivo da lei, que deriva do cruzamento de opiniões e tendências opostas dos vários órgãos legislativos.” A título de curiosidade, JOÃO CASTRO MENDES, *ob. cit.*, p. 229, n. 2 dá notícia de que “em Inglaterra não se podem usar os trabalhos preparatórios como elemento de interpretação: «há um preceito da *Common Law* segundo o qual ao interpretar uma lei não se deve tomar em conta nada que foi dito em discussão enquanto a lei passou pelos vários trâmites no Parlamento; as palavras da lei devem tanto quanto possível falar por si.» - William Geldart, «Elements of English Law», 7.^a ed., Londres, 1966, p. 4.”, portanto, uma concepção *objectivista*. Dando conta das duas posições fundamentais na interpretação da lei, da *posição subjectivista* – segundo a qual “a lei deveria ser interpretada de harmonia com a *vontade ou intenção do legislador*, isto é, da pessoa ou pessoas que elaboraram o texto legal e lhe imprimiram força vinculativa, melhor dizendo, do *órgão legiferante*, unipessoal ou pluripessoal – e da *posição objectivista* – “nos termos da qual, ao interpretar a lei, deve abstrair-se do *legislador* e atender à própria *lei*, em si mesma considerada. A lei, diz-se, tem incorporada uma *vontade*, e é à descoberta dessa vontade que devem tender os esforços interpretativos –, optando por uma “posição intermédia”, segundo a qual, “os partidários desta outra corrente sustentam que se deve agir do seguinte modo: há que começar por tentar descobrir a *vontade real do legislador*, só no caso de se tornar impossível apurar *inequivocamente* essa *vontade psicológica* [...] é que vale com um *sentido objectivo*, aquele que um *intérprete normal* lhe imputará, tendo em conta nomeadamente os critérios constantes do n.º 3 do artigo 9.º do Código Civil [...]”, cfr. INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Introdução ao Estudo do Direito*, vol. I, 11.^a Edição, Reimpressão, Coimbra Editora, 2010, págs. 264 a 266.

⁵¹⁸ Expressão de Santi Romano citada por JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito, Introdução e teoria geral*, 2.^a Edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1980, p. 350, no seguinte contexto: “[O] que vulgarmente se chama interpretação da lei...é sempre interpretação, não de uma lei ou norma singular, mas de uma lei ou norma que se examina atendendo à posição que ocupa no ordenamento jurídico em

Esta ponderação supõe, naturalmente, o nosso acordo, juntando-nos a CASTRO MENDES, relativamente à tese intermédia das correntes *subjectivistas e objectivistas* da interpretação, que vislumbra um melhor resultado na ponderação de ambas as perspectivas, em cada momento concreto, de modo a almejar a melhor solução hermenêutica.

Devemos reconhecer, no entanto, que a solenidade suposta na produção legiferante constitucional (dada a função estruturante da Constituição e a sua mais alta hierarquia no quadro das leis da Nação e tendo em conta os limites *objectivos* [auto]impostos para a sua concretização: limite de cinco anos para as revisões ordinárias e da aprovação de 4/5 dos deputados para as revisões extraordinárias), poderá permitir vislumbrar uma importância acrescida na análise dos trabalhos feitos para a sua alteração/revisão; esta primazia hierárquica da Constituição tem reflexo no próprio processo de *formação* do processo de alteração/revisão, como veremos imediatamente *infra*, revestindo-se de especificidades que diferem de modo substancial do processo de produção das leis ordinárias, o que reforça, no nosso entender, a relevância da análise dos trabalhos que presidiram à concretização das suas alterações.

globo: o que quer dizer que o que efectivamente se interpreta é esse ordenamento e, como consequência, a norma singular.” e, acrescenta o Autor, nas suas próprias palavras, “a interpretação é sempre revelação de um trecho da ordem global, pelo que esta é condição da relevância de cada elemento, e determina o seu significado [...]. O ordenamento é o traço de ligação de todos os elementos, mas cada esforço de interpretação arranca duma fonte dada, e recorre aos outros elementos na medida em que forem relevantes para a finalidade em vista.”, *idem*, p. 351.

1.2.1 Da discussão em sede de Comissão Eventual para a Revisão Constitucional⁵¹⁹

Os deputados, enquanto tal, são a fonte primordial subjacente a cada revisão constitucional, na medida em que “[u]ma das peculiaridades do procedimento de revisão constitucional consiste na reserva de iniciativa dos deputados, – a iniciativa de revisão pertence aos deputados – pelo que os restantes titulares do poder de iniciativa legislativa ordinária – ou seja, os grupos parlamentares, enquanto tais, o Governo e as Assembleias Legislativas das RAs e os grupos de cidadãos eleitores (v. art. 161.º/a) – não podem apresentar projectos ou propostas de revisão (nem propostas de alteração aos projectos de revisão apresentados pelos deputados). É este um dos traços da especificidade da formação das leis de revisão constitucional [...], face às demais leis [...]. Trata-se de sublinhar a competência exclusiva da AR quanto à revisão constitucional, não permitindo a iniciativa senão aos seus próprios membros (os deputados), que através dela representam todos os cidadãos portugueses (art. 147.º).”⁵²⁰ “Da leitura do título respeitante à revisão constitucional é possível extrair [...] o **papel absolutamente**

⁵¹⁹ Cfr. Resolução da AR n.º 9/89, de 13 de Abril, publicada no DR I Série, págs. 1616 (2) (3), produzida ao abrigo do art. 178.º, n.º 1 da CRP; nos termos do seu art. 2.º consta o seguinte: “A discussão e votação das alterações à Constituição fazem-se com base num texto de sistematização elaborado pela Comissão Eventual para a Revisão Constitucional (CERC), o qual inclui: a) As propostas de alteração a cada preceito constitucional constantes dos projectos de revisão constitucional cuja aprovação pelo Plenário é sugerida pela CERC; b) Os textos de substituição cuja aprovação pelo Plenário é sugerida pela CERC; c) As propostas de alteração a cada preceito constitucional que não tenham sido retiradas.”

⁵²⁰ Cfr. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição...*, vol. II, cit., p. 999. Ainda assim, apesar desta imposição directa da Constituição, “no que à iniciativa dos Deputados concerne, as revisões constitucionais têm sido dominadas pelos partidos políticos [...]”, cfr. JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição...*, cit., p. 901.

central conferido à Assembleia da República e aos Deputados.”⁵²¹

Neste sentido, o enquadramento feito pelos próprios deputados em sede de discussão de cada revisão constitucional é uma fonte decisiva no perscrutar do *espírito do legislador*⁵²².

Cremos ser assim importante, não só acompanhar a discussão em sede de plenário da AR (que se confronta com a necessidade de apreciar e votar o projecto de revisão submetido à aprovação), como também os trabalhos prévios a essa discussão, de que a CERC é o momento mais relevante. E estes momentos da discussão dão origem precisamente ao **projecto de revisão**, cujo valor é tal, que “*delimitam* o objecto da eventual revisão constitucional, não podendo vir a ser aprovadas alterações que não tenham sido propostas ou de preceitos cuja alteração não tenha sido proposta.”⁵²³

A CERC, cremos poder assim afirmar, é o berço originário *institucional* da revisão constitucional, onde se debatem diversos projectos da revisão constitucional apresentados pelos deputados e cuja finalidade é, precisamente, dar origem ao **projecto de revisão constitucional** a ser apreciado no momento seguinte em plenário da AR.

Se antes foi tomada a decisão política de avançar para a revisão constitucional, a subsequente produção dos projectos por parte dos deputados dos diversos grupos

⁵²¹ Cfr. JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição...*, cit., p. 894, onde depois se desenvolve a sua argumentação no sentido de afirmar que ao processo de revisão constitucional está vedada a participação de outros órgãos de soberania, ao ponto de estar “interdita ao próprio Presidente da República a competência para recusar a promulgação da lei de revisão.”, *ibidem*; cfr, ainda, *ob. cit.*, págs. 900 e 901.

⁵²² E, nessa exacta medida, com o mesmo objectivo, socorremo-nos na secção anterior igualmente dos mesmos elementos a propósito da alteração constitucional ocorrida em 1997.

⁵²³ Cfr. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição...*, vol. II, cit., p. 1000; tem interesse a este respeito a consulta do regime jurídico relativo ao «Processo especial de apreciação e votação da revisão constitucional», onde se retira o regime de funcionamento da CERC: Resolução da AR n.º 9/89, de 13 de Abril, publicada no DR I Série, págs. 1616 (2) (3).

parlamentares encontra na CERC o seu – primeiro – enquadramento institucional organizado, na medida em que no Parlamento, nessa sede, as diversas forças partidárias se organizam para o debate em torno das alterações propostas, preparando num momento seguinte a sua discussão para a aprovação final em plenário da Assembleia da República⁵²⁴.

Como já se referiu, a alteração dada ao art. 34.º, n.º 3 da CRP ocorreu no âmbito da quinta revisão constitucional⁵²⁵, cujo carácter foi extraordinário, e, “embora centrada nas alterações necessárias à ratificação do Tratado de Roma, aproveitou o «momento constituinte» para introduzir novas alterações.”⁵²⁶

⁵²⁴ “Quanto à competência [da revisão constitucional], ela pertence exclusivamente à AR (v. art. 161.º/a) estando mesmo reservada aos deputados a iniciativa da revisão (art. 285.º). A reserva do poder de revisão constitucional para a AR é congruente, por um lado, com o princípio democrático-representativo e, por outro lado, com a formação originária da própria CRP, aprovada que foi por uma assembleia constituinte (cfr. Preâmbulo, *in fine*, e art. 296.º). Daí que esteja afastado também o *referendo*, já como meio de revisão constitucional, já como ratificação das leis de revisão constitucional (art. 115.º-4/a).”, cfr. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição...*, vol. II, cit., p. 996.

⁵²⁵ A iniciativa relativa à alteração deste artigo partiu dos deputados do grupo parlamentar do CDS/PP no Projecto de Revisão Constitucional n.º 3/VIII, propondo a alteração a este artigo com o seguinte enquadramento na sua exposição de motivos: “O actual n.º 3 deste artigo 34.º estabelece uma proibição absoluta de realização de buscas domiciliárias durante a noite, facto que tem favorecido a prática de determinados crimes – nomeadamente associados ao tráfico de estupefacientes – precisamente naquele período.”, propondo a seguinte redacção ao art. 34.º, n.º 3 da CRP: A entrada no domicílio de qualquer pessoa durante a noite depende da verificação de um dos seguintes pressupostos: a) O consentimento do visado, ou visados; b) Ordem de autoridade judicial competente, no caso de criminalidade relacionada com tráfico de estupefacientes, e segundo as formas previstas na lei.”, in DAR II série A n.º 53/VIII/2 2001.05.03, págs. 1744–1745.

⁵²⁶ Cfr. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição...*, vol. II, cit., p. 997 e, prosseguem estes Autores, em tom crítico da abrangência material das revisões extraordinárias da Constituição, nomeadamente a propósito da 5.ª revisão, “[e]stes processos transportam intransparência, pouco compatível com a lógica de carácter extraordinário da revisão. Em último termo, extraordinário é só o tempo de revisão. Em termos materiais, o âmbito desta revisão é igual ao da revisão normal.”, *ob. loc. cit.*; com efeito, “antes de decorrido o quinquénio sobre a última revisão, desde que a AR assumia prévia e expressamente poderes

Foi o deputado Narana Coissoró o autor do projecto de revisão do seu grupo parlamentar que concretamente sugeriu a alteração ao art. 34.º, n.º 3⁵²⁷; na apresentação do “seu” projecto afirma o seguinte: “Sabemos que, hoje em dia, a luta contra o crime organizado, o crime de terrorismo e das associações de malfeitores está a consumir grande parte da actividade das nossas polícias e está colocado na agenda política. A criminalidade ligada ao terrorismo, ao branqueamento de capitais, à toxicod dependência, ao contrabando, à corrupção⁵²⁸ e a um sem número de factores, que, não só em Portugal

de revisão constitucional mediante deliberação aprovada por uma maioria particularmente exigente – 4/5 dos deputados em efectividade de funções (n.º 2, do art. 171.º) – [...]. Trata-se de uma válvula de segurança para permitir antecipar a revisão, desde que esta se torne imprescindível e inadiável; daí a exigência de maioria especialmente qualificada.”, *ibidem*. No entanto, relativizando esta crítica, “[é] duvidoso [...] o fundamento constitucional para sustentar que a assunção de poderes de revisão extraordinária delimita o âmbito material da revisão. Falta, desde logo, uma base literal para o referido entendimento. Além disso, a assunção de poderes de revisão extraordinária é, em rigor, tal como está delimitada constitucionalmente, um acto livre no fim, não dependendo – ao contrário do que sucedia, por exemplo, na Constituição de 1933 em relação aos poderes do Chefe de Estado em matéria de assunção de poderes de revisão – da verificação de uma situação em que o bem público imperiosamente exija a antecipação da revisão. A Constituição de 1976 compensa a liberdade dos Deputados quanto ao fim da revisão extraordinária com a exigência de uma maioria particularmente qualificada na deliberação de assunção de poderes de revisão.”, cfr., assim, JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição...*, cit., p. 898.

⁵²⁷ O Presidente da CERC (José Vera Jardim), após ter sido finalizada a apresentação do projecto do PSD, a propósito do art. 15.º, expõe o seguinte: “Segue-se a apresentação do artigo 34.º (inviolabilidade do domicílio e correspondência), naturalmente seguida das questões que os Srs. Deputados entenderem colocar, em relação ao qual foi apenas apresentada uma proposta de alteração pelo CDS-PP. Para fazer a sua apresentação, em nome do Grupo Parlamentar do CDS-PP, tem a palavra o Sr. Deputado Narana Coissoró”, que, após uma breve introdução, diz: “Quer o Sr. Presidente quer os demais Srs. Deputados devem ter verificado que, ao apresentar o meu projecto de revisão constitucional (sublinhado nosso e com o qual se pretende sustentar a afirmação feita em texto a propósito da autoria *personalizada* do projecto, o que, aliás, faz todo o sentido atendendo ao monopólio concedido aos deputados em matéria de revisão da Constituição, como vimos), o CDS-PP não invocou o facto de esta revisão ter sido necessária para trazer à ordem jurídica interna a problemática do Tribunal Penal Internacional.”, cfr. DAR, II Série-RC- Número 3, de 30 de Maio de 2001, p. 15.

⁵²⁸ Esta referência expressa em sede de CERC, por si só, relativiza muito (se é que não o refuta mesmo) o

como na Europa e noutras partes do mundo, é cada vez mais grave e sofisticada, representa um verdadeiro risco para o normal funcionamento do Estado de direito. O que sucede é que muitas das garantias, que estavam pensadas para uma situação normal da convivência social e política, estão a ser rompidas através da sofisticação e desvirtuação destes meios, que as organizações terroristas e a criminalidade de alto grau aproveitam e utilizam dentro das nossas fronteiras. Um exemplo disso é o de a maior parte destes negócios serem feitos dentro de casa e de estas organizações terroristas e associações de malfeitores [...] [actuarem] durante a noite, porque têm cobertura legal, clássica, dos direitos fundamentais, de que ninguém pode ser perturbado ou atacado na sua residência ou no seu domicílio, desde o pôr do sol até ao nascer do sol.”⁵²⁹ A exposição feita pelo Deputado autor do projecto, independentemente da terminologia por si utilizada ou da própria correcção material do que é por si afirmado – cujo contexto oral da apresentação não será alheio para o uso de, por exemplo, conceitos em desuso, como seja o de associação de malfeitores – é depois complementada, aludindo à necessidade de ser feita a alteração ao art. 34.º, n.º 3 da CRP de modo a dar cobertura ao que já se mostrava à data previsto no CPP, nomeadamente nos seus arts. 177.º, n.ºs 1 e 2 e no art. 174.º, n.º 4, alíneas *a*) e *b*) e n.º 5: “Daí a necessidade de dar uma cobertura constitucional a estas

argumento literal enunciado por quem defende a inconstitucionalidade da alínea *m*) do art. 1.º do CPP, por ir além do conceito condensado na Constituição Portuguesa, na revisão de 2001, por incluir os conceitos de corrupção e tráfico de influência, que, segundo argumentam, não estiveram no espírito do legislador constitucional, cfr., neste sentido, como vimos, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE que defende a inconstitucionalidade de tais alterações, *Comentário...*, cit., págs. 42 e 43; aliás, esta argumentação não pondera, salvo melhor opinião, que a previsão constitucional não se limita a enunciar crimes, mas antes enuncia categorias ou conceitos indeterminados nos quais tais crimes se inserem, quer no plano do nosso direito interno, quer no plano do direito internacional, como já tivemos oportunidade de referir neste trabalho, *supra* n. 118.

⁵²⁹ Cfr. DAR, II Série-RC- Número 3, de 30 de Maio de 2001, p. 16.

hipóteses, já previstas no Código de Processo Penal. Elas representam uma circunstância absolutamente excepcional, ou porque há o perigo iminente, ou porque há o consentimento do próprio visado, ou porque há o flagrante delito, ou (agora em quarto lugar) porque há o fundado receio de que, em determinado «domicílio», estão a ser desenvolvidas, durante aquelas horas, das 21 às 7 horas, actividades por parte de associações criminosas, terroristas, de criminalidade violenta ou altamente organizada.»⁵³⁰

Após a audição de diversas personalidades em sede de CERC⁵³¹ e na sequência das matérias aí debatidas, o PSD apresentou uma proposta de alteração ao n.º 3 do art. 34.^{o532}, a que se seguiram outras propostas de alteração feitas pelo PS e pelo próprio CDS/PP⁵³³, todas no sentido de alargar o âmbito material da criminalidade susceptível de permitir o tratamento de excepção relativo à entrada no domicílio durante as 21h e as 7h, sendo sintomática alguma da argumentação produzida na Comissão no sentido de remeter para a lei ordinária – processual penal – a respectiva e mais concreta definição dos crimes em causa, além da própria *natureza* da criminalidade abrangida pela excepção criada, evitando-se o que poderia ser uma excessiva delimitação típica dos crimes em causa, quer pelo enunciar concreto dos tipos legais, quer por referência à moldura penal abstracta, mas antes seguindo num caminho de referência a conceitos tratados na lei ordinária,

⁵³⁰ Cfr. DAR, II Série-RC- Número 3, de 30 de Maio de 2001, p. 17; aqui notando-se o uso de expressões mais consentâneas com a *actualidade* do desenvolvimento da terminologia jurídico-penal e processual-penal e, diga-se, a ir bem mais além do teor do próprio projecto elaborado pelo deputado apresentante.

⁵³¹ Cfr. DAR, II Série-RC - Número 5, de 6 de Junho de 2001, DAR, II Série-RC - Número 10, de 30 de Junho de 2001.

⁵³² Cfr. DAR, II Série-RC - Número 14, de 19 de Julho de 2001.

⁵³³ Cfr. DAR, II Série-RC - Número 17, de 18 de Setembro de 2001 e Cfr. DAR, II Série-RC - Número 18, de 19 de Setembro de 2001, esta, aliás, a documentar o encerramento dos trabalhos em sede de CERC.

complementado pelo enunciar de alguns tipos concretos de crimes.⁵³⁴

⁵³⁴ A título de exemplo, o Deputado Jorge Lacão afirma que se trata de “levantar um princípio de proibição absoluta com sede constitucional quanto às buscas domiciliárias nocturnas e, neste domínio, põe-se a questão de saber se, no momento em que a Constituição admitir superar este princípio restritivo, deve fazê-lo na base de uma cláusula genérica, remetendo uma credencial autorizativa para o legislador ordinário regular quais são os tipos legais de crime que devem admitir as buscas domiciliárias nocturnas, ou se deveremos procurar uma delimitação material em sede constitucional para a tipologia dos crimes que permita essa excepção ao princípio geral da proibição. Como sabem, a proposta inicial apresentada pelo CDS-PP fazia uma delimitação material extremamente restritiva, no sentido em que a admitia tão-só para o tráfico de droga. Do conjunto de impressões aqui trocadas em Comissão, e também nas audições que tiveram lugar, de alguma maneira foi-se criando entre nós um consenso no sentido de alargar o seu âmbito de aplicação. O problema põe-se agora em termos de tecnicidade jurídico-constitucional: ou alargar o âmbito de aplicação segundo uma cláusula aberta, de tal maneira que o legislador ordinário possa conformá-la como entender, segundo o seu critério, ou, em todo o caso, tentar uma delimitação material um pouco mais trabalhada em sede constitucional. [...] Portanto [...] entendemos que devem ser aqui ressalvados, pela natureza dos crimes em causa e como critério material, aqueles casos que envolvam criminalidade especialmente violenta ou altamente organizada, incluindo tipos materiais, necessariamente, o terrorismo, o tráfico de pessoas, de armas e de estupefacientes. Pensamos que esta delimitação material quanto à natureza dos crimes que permita excepcionar a regra da proibição das buscas domiciliárias nocturnas corresponde ao conjunto de todas as preocupações formuladas no nosso debate, dá uma credencial ao legislador ordinário, mas, em todo o caso, estabelece a delimitação do âmbito material em que essa credencial pode ser utilizada.”, Cfr. DAR, II Série-RC - Número 17, de 18 de Setembro de 2001 e Cfr. DAR, II Série-RC - Número 18, de 19 de Setembro de 2001; o Deputado Luís Marques Guedes, na mesma sede, expôs as duas hipóteses alternativas que se apresentaram para “uma previsão mais genérica na Constituição [...]. A primeira alternativa seria da enunciação taxativa dos crimes para os quais esta abertura de excepção para as buscas nocturnas passaria a ser possível, mas optámos por não o fazer por entendermos que o enunciado taxativo tem sempre o risco tremendo, que é o de ficar alguma coisa de fora [...]. A segunda alternativa que equacionámos, mas que também abandonámos, foi a de enunciar taxativamente o tipo de crimes, apresentar uma tal estratégia, tal como já acontece no Código Penal relativamente a várias matérias, mediante a delimitação de uma moldura penal [...]”, tendo surgido “o mesmo tipo de preocupações, isto é, de podermos estar a deixar alguma coisa de fora [...]”, concluindo que o melhor caminho seria, “porque a Constituição tem essa prerrogativa [...] não precisa de tipificar, de esmiuçar exactamente o crime A, o crime B ou o crime C; pode referir-se genericamente à criminalidade organizada, ao terrorismo, ao tráfico de pessoas, de crianças.” O Deputado Narana Coissoró, após a intervenção dos dois deputados *supra* referidos, na mesma sede, em tom conclusivo para a enunciação que veio a fazer vencimento e passou para a nova redacção do art. 34.º, n.º 3 da CRP, adiantou que “qualquer enunciação

1.2.2 Da discussão em Plenário da Assembleia da República

Da análise da discussão em sede de CERC fica clara a assunção, por parte dos deputados que a compuseram e votaram favoravelmente a alteração ao art. 34.º, n.º 3 da CRP, no sentido de a norma constitucional se adaptar a novas formas de criminalidade que não devem ter na concepção de *domicílio* uma fonte de protecção desproporcionada da actividade criminosa, pelo que, por um lado, deveria ver a sua redacção alterada partindo dos seguintes pressupostos: 1) não prever um *numerus clausus* de crimes susceptíveis de permitirem a entrada no domicílio entre as 21h e as 7h sem o consentimento do visado; 2) não excluir crimes somente tendo por critério as molduras abstractas das penas; 3) adoptar uma redacção *aberta* que permitisse uma suficiente flexibilidade/adaptabilidade/maleabilidade relativamente a cada caso concreto, recorrendo a conceitos previstos na legislação ordinária, como sejam os conceitos de criminalidade altamente organizada ou violenta, não deixando de enumerar, a título exemplificativo, alguns tipos de crimes em que tal intromissão seria sempre admissível tendo em conta a sua indiscutível gravidade.

constitucional dos crimes seria sempre uma espécie de *numerus clausus*. A ser assim, a vida mostra que há sempre crimes que não ficam previstos e, depois, seria preciso proceder-se a uma nova revisão constitucional e estar sempre a alterar esse artigo. [...] Por isso, desde que tenhamos confiança no legislador ordinário, desde que consideremos que este não é atrabiliário, que tem respeito pela Constituição e pelos seus princípios informadores, entendemos que esta deve ser uma norma aberta, naturalmente da responsabilidade do legislador ordinário, que é esta Casa, no fundo. Pois, tratando-se de matéria penal, o legislador ordinário é a Assembleia da República. Ora, não podemos desconfiar da Assembleia da República e pensar que esta retire aos cidadãos direitos que deve consagrar.” Esta última retórica-argumentativa acaba por revelar, de modo claro, uma ideia de *cedência* de sentido constitucional de remissão para a lei ordinária do que seja o verdadeiro âmbito da excepção criada por força das circunstâncias *abertas*, dados os conceitos relativamente indeterminados para os quais passou a prever a possibilidade das buscas nocturnas.

O autor da proposta inicial de alteração ao art. 34.º, n.º 3 da CRP, o Deputado Narana Coissoró, em sede de discussão final em Plenário da AR, deu precisamente conta dos trabalhos realizados em sede de CERC a esse respeito, deste modo ficando clara a importância *dessa fase processual da produção constitucional* no resultado final em que desembocou a revisão⁵³⁵; neste sentido, para efeitos de ponderação do que seja a motivação (*espírito*) do legislador constituinte cremos ser insuficiente a consulta do debate que tenha ocorrido em sede de Plenário da AR, revelando-se de toda a importância o que haja sido discutido no momento parlamentar preparatório prévio, pois foi aí que a discussão ocorreu com muito mais detalhe, durante mais tempo, com consulta inclusivamente a opiniões de diversas personalidades externas ao próprio Parlamento⁵³⁶ e cuja argumentação/opinião contribuiu para a formação das ideias dos deputados na produção da alteração em causa⁵³⁷.

⁵³⁵ Cfr. DAR, Reunião plenária de 4 de Outubro de 2001, publicado no dia 6 de Outubro de 2001, I Série, número 9, da VIII Legislatura, na 3.ª Sessão Legislativa, onde afirma o seguinte: “Durante o debate, verificou-se um consenso geral [...] no sentido de que o elenco dos crimes para efeito de busca domiciliária nocturna deveria ser alargado. Não nos opusemos a esse desiderato na medida em que, verdadeiramente, o crime de tráfico de estupefacientes é, por sua vez, uma parte dos crimes de associação criminosa ou de branqueamento de dinheiros.”

⁵³⁶ Basta ter presente que a CERC funcionou entre Maio e Setembro de 2001 e a reunião em Plenário da AR para a aprovação das alterações à CRP ocorreu numa só sessão parlamentar, precisamente de 4 de Outubro de 2001. “Juntamente com o Plenário, as **comissões parlamentares** são órgãos típicos da estrutura parlamentar da AR. Embora órgãos subsidiários ou ancilários têm um importante papel parlamentar. Na prática parlamentar esse papel pode ainda ser maior do que o que resulta directamente da Constituição, dado que o processo legislativo se desenrola predominantemente em comissão, não só porque a maior parte das leis são aí votadas na especialidade (art. 168.º, n.ºs 3 e 4); mas também porque frequentemente o debate e votação no plenário fazem-se sobre textos preparados em comissão [...]”, cfr. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição...*, vol. II, cit., págs. 393 e 394.

⁵³⁷ Cfr. a *supra* citada intervenção do Deputado Jorge Lacão, em que expressamente reconhece tal contribuição, in DAR, II Série-RC - Número 17, de 18 de Setembro de 2001; de destacar, a este respeito, a audição parlamentar feita ao PGR e ao Ministro da Justiça, respectivamente, cfr. DAR, II Série-RC -

Feita a análise aos trabalhos preparatórios relativos a esta alteração constitucional, podemos fazer uma constatação, no mínimo, curiosa: nenhuma referência é feita à anterior utilização, por parte da Constituição, do conceito de *criminalidade altamente organizada*, introduzida precisamente pela Lei Constitucional n.º 1/97.

Quer dizer, o legislador constituinte, perante a necessidade de criar uma excepção tão relevante ao regime protector que vigorava no ordenamento jurídico-constitucional relativo ao domicílio, avançou com os respectivos pressupostos, os quais assentaram, no plano da sua discussão, de modo exclusivo, em conceitos existentes ou trabalhados em sede de lei ordinária, “esquecendo-se”, todavia, que já havia uma referência constitucional à figura da *criminalidade altamente organizada*, trabalhada com algum detalhe, em sede de trabalhos preparatórios, em termos que tivemos oportunidade de aflorar na anterior secção deste trabalho.

Efectivamente nenhuma referência é feita ao conceito que já se mostrava plasmado na CRP, nem sequer aos trabalhos preparatórios onde se havia discutido o sentido para a sua inclusão no texto constitucional, sendo certo que a amplitude da discussão justificaria plenamente tal alusão.

Parece ter sido assim, aquela que se produziu em 2001, uma discussão *ex novo* sem cuidar de articular com o conceito que já se mostrava inserido no texto constitucional: há, no nosso entender, uma razão, diríamos *inconsciente* ou *implícita*: a aparente *segurança conceitual* relativamente ao que seja *criminalidade altamente organizada* por parte do legislador constitucional de 1997 e de 2001 tem uma mesma fonte: numa primeira linha, a lei ordinária e, num segundo momento ou plano, os diplomas internacionais, na medida em que estes condicionaram a assunção do conceito no plano legislativo interno, o que é

Número 5, de 6 de Junho de 2001 e DAR, II Série-RC - Número 10, de 30 de Junho de 2001.

precisamente revelado pelos trabalhos preparatórios que analisámos.

2. Breve balanço e concretização do [duplo] critério material de aferição constitucional da criminalidade [altamente] organizada

O caminho empreendido para encontrar um sentido mais consistente para o conceito constitucional de *criminalidade [altamente] organizada*, a propósito da noção constitucional de *domicílio*, não pode dizer-se que tenha sido linear ou tenha tido um resultado especialmente frutuoso na medida em que cremos ser seguro poder afirmar que não há pilares constitucionais auto-suficientes para a sua definição.

Com efeito, a análise feita permite mostrar que o tratamento por parte do legislador constituinte do que seja *criminalidade organizada* não trouxe quaisquer inovações relativamente ao conceito utilizado pelo legislador ordinário, podendo mesmo afirmar-se que é, nesta última sede, que encontramos sistemáticas referências por parte do legislador constituinte na utilização do conceito. Neste sentido, poderá afirmar-se que há como que um aparente “pecado constitucional”, na medida em que a Constituição, devendo ser a sede por excelência de referência axiológico-normativa da restante legislação produzida, parece não cumprir cabalmente tal função quanto ao sentido a dar à criminalidade organizada, na medida em que o importou do legislador ordinário. Cremos, todavia, ser precipitado fazer tal afirmação e, portanto, é incorrecto negar por completo tal função de referência axiológico-normativa à Constituição relativamente ao conceito de criminalidade organizada: ao importar o conceito desenvolvido pelo legislador ordinário está a “constitucionalizá-lo”, assim o cristalizando, e, nessa medida, a tornar as sucessivas alterações por parte do legislador ordinário limitadas ao conceito tal como ele foi, em dado momento histórico, importado, não impedindo, ainda assim, a sua

interpretação actualista relativamente a cada situação concreta.

Perante a voragem que caracteriza a produção legislativa ordinária (as sucessivas alterações aos principais Códigos e a cadência da produção de legislação avulsa são prova inequívoca dessa voragem) há assim, por força da consagração constitucional do conceito de criminalidade organizada o cumprir da função de garantia por parte da Constituição; quer isto assim dizer, que a Constituição, ao importar o conceito ao legislador ordinário, se apropria dele e o *constitucionaliza*, impedindo assim a sua total disponibilidade por parte daquele. É claro que esta *operação de apropriação* não resolve tudo, na medida em que sempre persistirá a necessidade de fazer o esforço para encontrar os contornos constitucionais do conceito e, nesta medida, há um amplo espaço para a produção dogmática e jurisprudencial.

Nesta medida, e recuperando o *supra* analisado Ac. do TC de 24 de Setembro de 2008⁵³⁸, que colocou, como ponto de partida de análise do problema que lhe foi colocado, a questão primacial de saber quais os crimes que, à luz da Constituição, podem ser considerados como integrantes do conceito *criminalidade [altamente] organizada*, adiantou dois relevantes critérios substantivos: 1) elevado grau de organização do processo criminoso; 2) uma especial lesividade e perigosidade das condutas criminosas.

As duas características substanciais referidas, como pudemos já afirmar neste trabalho, surgem assim como uma primeira e muito relevante concretização jurisprudencial constitucional do que deva ser, sob o ponto de vista material, considerado o conceito jus-constitucional de *criminalidade organizada*, definindo balizas suficientemente sólidas, por um lado, mas abertas, por outro, de modo a permitir fazer *respirar* o conceito em sede legislativa ordinária, com toda a sua potencial plasticidade; a

⁵³⁸ Cfr. Parte III, Cap I, Sec. II, 2.

sua consagração constitucional permitirá aferir se tal produção legislativa ordinária respeita de forma cabal aqueles dois requisitos materiais, surgindo estes como critério maior orientador para apreciar a sua constitucionalidade.

Quer isto assim dizer que perante determinada apreciação em concreto da conformidade constitucional de uma norma que permita a restrição de direitos, liberdade e garantias, em nome da punição da criminalidade organizada, a análise fundamental a fazer é, precisamente, a de saber se estão cumpridos os dois requisitos materiais ou substantivos referidos, isto é, se se está perante uma tipificação que exija, por um lado, um elevado grau de organização do processo criminoso e, por outro lado, se se prevê a proibição de um fenómeno criminoso que represente uma especial lesividade e perigosidade das condutas criminosas; caso se responda de forma positiva e cumulativa a estes dois requisitos materiais poder-se-á afirmar com segurança a conformidade constitucional da norma que inclua o conceito de criminalidade organizada.

Imediatamente *infra* complementaremos o sentido que pode ser adquirido pelo advérbio *altamente* no contexto do debate do *Direito penal para o inimigo*⁵³⁹, dando um sentido à distinção, sem aparente critério definido (como já vimos), entre a noção de “criminalidade organizada” e “criminalidade altamente organizada”.

Com efeito, o advérbio de modo “*altamente*” pode ser compatível com a caracterização da intensidade criminosa subjacente ao conceito de “autor” que é pressuposto pelo *Direito penal para o inimigo*.

⁵³⁹ Cfr. imediatamente *infra* Sec. IV, 3.2.

Secção IV – Sinais do Direito Penal para (ou contra) o Inimigo no regime jurídico-penal da Criminalidade Organizada [e da Associação Criminosa]

1. Breve enunciado

O título que damos a esta secção impõe, para começar, uma explicação: o termo “sinais” incute a ideia da análise sintética que pretendemos fazer sobre um tema que, devemos reconhecer, como já referimos, gera muito naturais resistências a quem estuda os temas do direito penal numa sociedade democrática de raiz liberal iluminista; a mera enunciação do “inimigo”, num contexto de discussão de temas ligados ao direito penal produz arrepios compreensíveis em quem vê (definitivamente uma esmagadora maioria), neste ramo do direito, não um enunciado contra o criminoso, mas uma imprescindível forma de lhe permitir, com a sua punição, a sua reintegração numa sociedade a que pertence; de algum modo, isto é o reflexo do papel absolutamente central que todo o instituto das “Consequências Jurídicas do Crime” ocupa na doutrina penal.

Com efeito, o direito penal (em sentido amplo) é, de entre todos, o ramo do direito que utiliza a “coacção” em maior grau, pelo que a sua dimensão punitiva é essencial para a sua compreensão. E o fim que se visa com a punição de uma pessoa, tratado pelo instituto das “Consequências Jurídicas do Crime”, não pode deixar de ver o “outro” a quem se dirige como um “eu” inserido num todo social que agrediu mas a que pertence e irá regressar e deve regressar com a mais consistente garantia possível de não repetição do comportamento censurado.

Por outro lado, tratar deste tema numa “Secção” deste trabalho, e não por exemplo, num Capítulo ou mesmo numa sua Parte (a literatura sobre o assunto é vastíssima e

portanto é perfeitamente possível preencher páginas em catadupa com a explanação das suas mais variadas subtemáticas), é consequência da vontade que temos em fazer a tal análise sintética e simultaneamente dar um outro “sinal” de autocensura pela escolha que fazemos. Isto é: entendemos que o tratamento do tema não pode deixar de ser feito num trabalho que trata desta temática específica, mas que não merece o destaque que significaria a sua inserção sistemática além da escolha da “Secção”. É assim, em si mesmo, somente mais um sinal a juntar aos sinais que não podemos ou queremos deixar passar.

Por último, devemos explicar o motivo por que colocamos entre parêntesis recto “e da Associação Criminosa”. A razão é a seguinte: a associação criminosa traduz um tipo de crime que é integrável, como já pudemos em momento anterior deste estudo afirmar, no conceito mais amplo da “criminalidade organizada”, o que, por si só, dispensaria a clarificação que assim pretendemos fazer ao acrescentar o parêntesis recto; a sua alusão, além da ideia de clarificação que tem subjacente, surge como uma nota que igualmente pretende fazer lembrar ser a Associação Criminosa o tipo de crime que expressa, por excelência, a fenomenologia criminológica em que se traduz, embora não se confunda [com], a criminalidade organizada e foi com este tipo de crime que iniciámos este trabalho e a partir dele avançámos no (e para o) estudo mais amplo, mas também complementar, da criminalidade organizada. Não podemos deixar de reconhecer a ousadia do título na medida em que se supõe existir um regime jurídico-penal da criminalidade organizada, cuja busca cremos ser trabalho condenado à “inconclusividade”, como lamentavelmente sucederá a este respeito com o que desenvolvemos.

2. Enquadramento doutrinário do “Direito Penal para o Inimigo”

2.1 Primeira apresentação da temática: *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*

Günther Jakobs é o autor da expressão, que originou uma verdadeira corrente doutrinária (sobretudo alimentada pela crítica contra si desenvolvida), *Feindstrafrecht*, que surgiu pela primeira vez no seu trabalho intitulado *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung* na apresentação feita nas Jornadas dos penalistas alemães realizadas em Frankfurt em Maio de 1985⁵⁴⁰.

Embora Jakobs tenha voltado a tratar do tema que “inaugurou” (em dose relevante como resposta às críticas entretanto feitas à sua exposição inaugural) em trabalhos posteriores (nos quais *actualizou e aprofundou* a sua reflexão), entendemos ser muito relevante fazer uma análise de mais pormenor ao enunciado inaugural da sua teoria (se é que, na fórmula inaugural se revela acertado o rótulo de “teoria” ou se será antes uma mera conceitualização de um fenómeno preexistente relativamente ao qual o Autor quis criar uma apelativa, e provocatória, designação).

A motivação central de Jakobs para o trabalho apresentado está desde logo reflectida no título por si dado e pode ser traduzido como “criminalização num momento prévio à lesão de um bem jurídico”⁵⁴¹; aliás, neste trabalho anuncia precisamente ser esse o

⁵⁴⁰ Publicado em língua alemã in *ZStW*, vol. 97, 1985, págs. 751 a 785.

⁵⁴¹ JOSÉ DE SOUSA E BRITO traduz o título do estudo de Jakobs do seguinte modo: “A incriminação no antecedente de uma violação do bem jurídico”, cfr. “O Inimigo no Direito Penal”, *Lusitana. Direito*, n.º 4-5, Ano 2007, p. 80.

“problema” que quer debater propondo-se enunciar as diversas incriminações constantes do Código Penal alemão que não podem encontrar [a sua] legitimidade num Estado de liberdades e tem [a doutrina] relativamente a tais incriminações um comportamento de “despreocupado positivismo”⁵⁴²; esta “despreocupação positivista” por parte da dogmática penal assenta, segundo o Autor, num conceito formal de consumação, que se orienta em face da formulação do tipo e não em relação a critérios materiais e, em consequência, torna muito inseguro determinar o que seja o *estádio prévio* em termos gerais, em que se tornam incertos os critérios para aferir o que seja o *começo* e o *fim* do *estádio prévio* materialmente determinado, pelo que “no puede sorprender que sea todavía más incerto por donde discurre el limite entre la conducta previa que es aún legítimamente punible y la que no puede ser ya castigada y es lícito manifestar la sospecha de que las consecuencias [...] del desarrollo de la criminalidad para el Derecho Penal, no consisten tanto en un abandono de principios acrisolados como en la continuidad en un estado de carência de principios.”⁵⁴³

Há, como podemos facilmente concluir, por parte de Jakobs, um ponto de partida muito crítico, quer quanto ao direito positivado, quer quanto à doutrina produzida a seu propósito, relativamente aos quadros teóricos que balizam os critérios que permitem, com legitimidade, a antecipação da tutela penal: este seu ponto de partida é fulcral para se perceber o sentido do que por si é desenvolvido; há neste seu trabalho um claro tom de

⁵⁴² Cfr. GÜNTHER JAKOBS, “Criminalización...”, cit., p. 293.

⁵⁴³ Cfr. GÜNTHER JAKOBS, “Criminalización...”, cit., págs. 293 e 294; o exemplo dado pelo Autor que revela tal falta de *principios* é dado pelo regime da tentativa de participação previsto no § 30 do StGB que prevê a punição da preparação do crime, *degradando* os limites da punibilidade da figura da tentativa em todos os crimes graves, que são preparados em função da qualidade dos autores ou dos indutores por uma pluralidade de pessoas, o que é aceite como se fosse compatível com o sentido da estrita delimitação da tentativa punível, cfr. *ob. loc. cit.*, p. 294.

protesto relativamente aos avanços no direito positivo sem estar acompanhado dos devidos quadros teóricos consolidados de modo a evitar uma excessiva indeterminação material e, assim, proteger o que chama de Estado de Liberdades.

O Autor avança algumas hipóteses para explicar esta expansão da antecipação da punibilidade, como seja o aumento da tendência para a *subjectivação* (que, por sua vez, se estimulam reciprocamente, num movimento circular, isto é, esta subjectivação é factor de incremento ou estímulo das possibilidades de antecipação da punibilidade); esta é alimentada por diversas vias, como seja *o princípio da culpabilidade, a orientação em relação ao autor, a personalização do injusto*; outra área fonte de *subjectivação* está relacionada com os argumentos *preventivo-policiais*, antecipando-se a noção de *consumação* para conceder à polícia a possibilidade de intervir num momento “mais propício”, não sendo por acaso que os *sectores da punibilidade antecipada* se identificam com aspectos típicos da actividade policial encoberta, nomeadamente, nos crimes relativos aos estupefacientes, à segurança do Estado ou à falsificação da moeda. Noutra perspectiva, há um outro *motivo*, entendido pelo Autor como mais oculto e, por isso mais difícil de descortinar, que favorece as antecipações da punibilidade: o princípio da protecção dos bens jurídicos⁵⁴⁴; por força deste princípio, segundo Jakobs, tomado como único ponto de partida para punição, permite-se alimentar a ideia exclusiva do *autor* como factor ou fonte de perigo para o *bem jurídico*, assim dando guarida à ideia de antecipação, sem limites, desse *perigo* e, por essa via, da própria punição do *autor* em si mesmo, enquanto fonte de um mal, entendendo-o como *inimigo* do bem jurídico; quer dizer, partir da ideia de protecção dos bens jurídicos, neste sentido, pode permitir combater penalmente os pensamentos perigosos de autores potenciais ou, indo mais além,

⁵⁴⁴ Cfr. GÜNTHER JAKOBS, “Criminalización...”, cit., págs. 295 e ss, que continuamos a seguir de perto em texto.

as próprias fontes donde emergem esses mesmos pensamentos. Jakobs afirma que, a esta ideia de autor como inimigo dos bens jurídicos, se deve contrapor a ideia de que o autor como *cidadão*, na medida em que não deve ser somente considerado enquanto fonte de perigo dos bens de uma determinada vítima, mas deve ser definido, antes dessa perspectiva, pelo seu direito a uma esfera própria isenta de controlos; quer dizer, todo o direito penal não totalitário deve reconhecer um *estatuto mínimo ao autor*, devendo assim reger o princípio *cogitationes poenam nemo patitur* (Ulpiano), que lhe reconhece um âmbito interno e socialmente irrelevante, que é precisamente o *mundo das cogitationes*⁵⁴⁵, diríamos o mundo da liberdade pura relativamente a tudo o que vive fora de cada “eu”. Neste sentido, a regra enunciada de Ulpiano é uma concretização de um princípio geral segundo o qual os assuntos internos de um sujeito não podem constituir uma perturbação social: *de internis non judicat praetor*⁵⁴⁶.

⁵⁴⁵ E este limite ao legislador tem a alicerçá-lo razões prosaicas, na medida em que não deve querer *controlar* processos que, por natureza, estão excluídos das suas possibilidade de controlo; neste sentido a razão principal para a afirmação deste princípio, pode defender-se, reside na própria dimensão *naturalística* do ser humano tal como é definido como sujeito aquando do seu nascimento, como um sistema psíquico-físico cujo limite para o exterior é a sua pele, só podendo os seus dados internos ser obtidos através do corpo em si mesmo ou com a sua colaboração; e é precisamente com a pele como limite externo que se encontra uma pessoa a cumprir uma pena de prisão num estabelecimento criminal, pelo que, não é por força da sua prisão que passa a ser possível dispor do que lhe é interno, razão por que se desenvolveu uma vasta teoria relativa à execução das penas. Jakobs considera, no entanto, que para o direito penal a análise do ser humano sob o ponto de vista naturalístico – isto é, nas suas dimensões interna e externa – não é operativa, na medida em que o que releva são as referências normativas e estas como que *relativizam* aquela visão *interna/externa*; com efeito, há dimensões sociais que podem, por exemplo, permitir afirmar que os pensamentos de uma pessoa não pertencem de forma exclusiva à sua dimensão interna, como sucede por exemplo nas relações íntimas ou em comunidades religiosas, na medida em que há uma partilha íntima mútua do “eu” com o “outro eu”.

⁵⁴⁶ Cfr. GÜNTHER JAKOBS, “Criminalización...”, cit., p. 297; entendendo-se por “assuntos internos”, quer os meros pensamentos, quer qualquer conduta que se mantenha na esfera privada, na medida em que esta conduta não concorra com a esfera privada de outra pessoa e deixe então de ser privada, ou seja, desde

Há, todavia, que ter presente situações em que a dimensão da esfera privada deixa de estar na inteira disposição do “eu”, o que ocorre quando se dá uma interacção com a esfera privada de “outro eu”, momento em que deixa de ser exclusivamente privada e continuará a poder opor-se legitimamente ao controlo público (abrangendo quer a intimidade do corpo, quer os contactos sociais reservados) desde que não se trate da “[...] preparación punible, tentativa o, menos aún, consumación de un delito.” e, concretizando com um exemplo, o Jakobs prossegue “[s]i, por ejemplo, en [...] la tentativa de participación del § 30 StGB se definen acuerdos previos como delitos, incluso si se realizan en condiciones de privacidad, v. gr. por personas entre las que media amistad, se priva a los intervinientes, en esa medida, de su ámbito interno y se les trata como *enemigos* a los que no se concede el status de ciudadano. Ciertamente esto es útil para la protección de bienes jurídicos, pero esta protección tiene que ceder una parte de su esfera interna. Una disminución semejante del sujeto pertenece a un Derecho penal de índole peculiar que se diferencia nítidamente del Derecho penal de ciudadanos: el Derecho penal de enemigos optimiza la protección de bienes jurídicos, el Derecho penal de ciudadanos optimiza las esferas de libertad.”⁵⁴⁷ Como corolário da sua explanação, Jakobs concretiza a sua tese com a descrição de numerosas disposições constantes no StGB que revelam o que ele apelida de *Derecho Penal para os inimigos*, como sejam todas as criminalizações do que são materialmente actos preparatórios – na medida em que a conduta preparatória se efectue no âmbito privado –, a tentativa de participação, alguns delitos contra a segurança do Estado, assim como a constituição de associações criminais

que “en la esfera en la que un ciudadano puede legítimamente oponerse a controles públicos, desde la intimidad del cuerpo hasta los contactos sociales reservados, no puede ser preparación punible, tentativa o, menos aún, consumación de un delito.”, cfr. *ob. cit.*, p. 298.

⁵⁴⁷ Cfr. GÜNTHER JAKOBS, “Criminalización...”, cit., p. 298.

(no que não pode deixar de ser uma referência particularmente relevante para este trabalho na medida em que a associação criminosa é eleita como exemplo claro da *tendência* revelada pelo denominado Direito Penal para o inimigo)⁵⁴⁸.

Jakobs dedica uma particular atenção precisamente à associação criminosa enquanto tipo de crime, o que nos impõe uma análise mais detalhada atendendo à temática do nosso trabalho.

a) Perante a questão de saber se se pode afirmar tratar-se o processo de constituição de uma associação criminosa de um fenómeno exclusivamente interno, Jakobs explicita que tal dúvida tem pressuposta a insinuação segundo a qual uma persecução de fins antijurídicos jamais poderia ser encarada como uma questão exclusivamente privada; e, perante esta insinuação, Jakobs esclarece, em tom de contraponto, que se “...[t]oda a preparación de un delito se puede definir como una conducta que no es privada [...] entonces no se tiene ya ningún motivo para detenerse ante la criminalización de pensamientos.” Jakobs, relativamente ao crime de associação criminosa, apresenta o [ou um hipotético] contexto intersubjectivo em que a sua concretização ocorre, em que necessariamente os seus membros agem reciprocamente no âmbito da sua esfera privada, pelo que “la relación social preparatoria de un delito es tan genuinamente privada como cualquier otra relación y como cualquier otra conducta que recaiga en el ambito privado.”, no que é uma conclusão, segundo o Autor, que encontrou, de forma parcial, uma *expressão dogmática*, no que diz respeito às regras da acessoriedade quantitativa relativas à determinação unitária para todos os participantes num estado prévio da constituição de uma situação de co-autoria, na medida em que tal *processo* se pode explicar através da

⁵⁴⁸ Cfr. GÜNTHER JAKOBS, “Criminalización...”, cit., p. 298.

ideia segundo a qual o processo de divisão de trabalho é um processo interno de distribuição de papéis entre os diversos intervenientes na, diríamos nós, ascensão ao estatuto da (co)autoria da prática de um crime de associação criminosa (mas cujo raciocínio pode ser alargado a qualquer outro crime praticado no estado de tentativa)⁵⁴⁹; neste sentido, traduz-se, do lado de quem programa a prática de determinados factos, numa avaliação a partir da perspectiva interna dos seus intervenientes, e permite explicar, precisamente, que as regras da acessoriedade quantitativa somente rejam relativamente a pessoas que se encontrem, quanto ao bem jurídico afectado, numa relação puramente negativa.

A análise da dicotomia *processo ou âmbito interno/processo ou âmbito externo* pode colidir com a ideia segundo a qual o princípio da culpabilidade não é compatível com a ponderação de considerações subjectivas do facto ou de outros processos internos, ou seja, com a própria existência de um âmbito interno, na medida em que os pensamentos não podem ser encarados como um fenómeno exclusivamente interno, pois são relevantes para a definição da culpabilidade; concretizando: se na prática forense é possível descobrir a génese dos pensamentos, como é que é possível encará-los como algo que respeita a um âmbito puramente interno? E, por maioria de razão, o mesmo raciocínio pode ser aplicado a acontecimentos extracorporais como um acordo prévio ou a constituição de uma associação criminosa.⁵⁵⁰ O Autor antecipa a objecção à dicotomia antes enunciada e considera que lhe subjaz um erróneo entendimento relativamente à função que incumbe ao *âmbito interno* na interpretação de um comportamento social, ao entender-se que lhe cabe ocupar-se da vertente subjectiva do facto, o que não se mostra correcto; argumenta Jakobs que, na medida em que a culpabilidade do autor é o

⁵⁴⁹ Cfr. GÜNTHER JAKOBS, “Criminalización...”, cit., p. 299.

⁵⁵⁰ Cfr. GÜNTHER JAKOBS, “Criminalización...”, cit., págs. 299 e 300.

fundamento da medida da pena, a vertente *objectiva* converte-se num pressuposto da punição que surge *de fora* relativamente ao Direito Penal da Culpabilidade, pelo que não é necessária – tal vertente objectiva – para a fundamentar, mas somente para a limitar. Com outra formulação, no mesmo sentido, numa específica referência à antecipação da punibilidade, o Autor cita o *Reichsgericht* ao afirmar: “na tentativa é a vontade delituosa o fenómeno contra o qual se dirige a lei penal” (tradução nossa), pelo que é consequente a conformação, para a punição da tentativa, do dolo com a soma de uma “acção externa”, numa anexação entre ambos pouco clara, traduzindo uma renúncia a um *corpus delicti*, isto é, a uma perturbação social perceptível; esta concepção revela muitas dificuldades na definição da acção socialmente relevante para efeitos de determinar o que é uma “acção externa” relevante no âmbito da tentativa, o que leva Jakobs a afirmar que tal traduz “uma espécie de privação da cidadania ao autor da tentativa, pois este é etiquetado antes do mais como um sistema com uma vida interior perigosa, concretamente como um inimigo do bem jurídico.” Neste sentido, para o *Reichsgericht*, a “acção externa” perde a qualidade de ser uma perturbação social em si mesma, na medida em que é somente um motivo extrínseco para tomar em consideração a vertente subjectiva do facto; o chegar a este entendimento extremado (na concepção desde logo de Jakobs) deve-se à circunstância de a sociedade actual só subsistir se se puderem realizar comportamentos complexos sem dano e, nessa medida, na impossibilidade de se prever tipicamente todo o comportamento desejado ou tolerado ou, inversamente, todas as formas de comportamento proibidas (excepto em escassos âmbitos vitais cuja natureza permite a sua padronização, como sucede com o tráfego rodoviário), somente cabe dar indicações de natureza geral, no que implica uma elevada necessidade de autogoverno por parte dos membros que seguem somente indicações gerais; nesta medida, com excepção dos referidos escassos âmbitos de standardização, não há qualquer oportunidade de realizar a

atribuição de um sentido e a valoração de um determinado comportamento (no que se traduz na sua *interpretação*, nas palavras de Jakobs) a partir exclusivamente da sua configuração externa, pois é preciso tomar em conta, para a sua interpretação, do contexto *pensado* pelo autor, as circunstâncias em que se desenvolve o seu autogoverno; por exemplo: só se pode determinar qual o significado da entrada de uma pessoa numa casa que lhe não pertence sem ter sido convidada a fazê-lo pelo respectivo dono, se se souber o que tal pessoa quer ao agir desse modo, podendo esta tanto querer fazer o mal (por exemplo, matar o dono da casa), como fazer o bem (com a intenção de prestar auxílio numa situação de necessidade). Quer isto dizer que a perspectiva do *Reichsgericht* (que vigora até hoje na doutrina da tentativa) vai do dolo para a conduta externa e não desta para a vertente interna. Significa isto que a equivocidade da chamada conduta externa permite retirar a conclusão de que a interpretação do comportamento tenderá a fazer predominar a parte subjectiva do facto; todavia, se só é possível uma interpretação rigorosa da conduta se se avaliar o seu contexto subjectivo, isso não implica que seja legítimo, em relação a qualquer movimento corporal, impor uma investigação à parte subjectiva; isto é: se se quer impor a uma pessoa a interpretação do significado da sua conduta, ela poderá [tentar] dar a melhor explicação para o ter feito, convertendo-se essa pessoa numa devedora de uma explicação para o seu próprio comportamento; mas a “dívida” desta “explicação” não pode/deve ser exigida de uma conduta que o autor reclame como privada; caso se pretenda impor uma interpretação da vertente subjectiva, relativamente a uma conduta de natureza privada, o autor estará a ser colocado numa relação cujo controlo já não pode impedir, numa degradação – com esta consideração do aspecto interno – do cidadão, que é convertido num inimigo.⁵⁵¹

⁵⁵¹ Cfr. GÜNTHER JAKOBS, “Criminalización...”, cit., págs. 300 a 302; in *ob. cit.*, p. 305, depois de desenvolver diversa argumentação (dogmática e legal) relativamente à muito delicada problemática em

Na sequência da sua argumentação – que, como se pode constatar, não se reconduz a um “novo direito penal”, mas decorre do “direito penal feito” há longas décadas – Jakobs coloca o problema decisivo e que, simultaneamente, servirá de padrão legitimador do Direito Penal de um Estado de Liberdades: quando é que se torna legítimo considerar que um comportamento externo está necessitado de um exercício de interpretação (supondo este uma análise do âmbito interno, cuja relevância pode colidir com a esfera íntima ou privada da pessoa alvo de uma investigação e, nessa medida, a poderá colocar, no limite, numa posição de fragilidade tal que a converte num sujeito devedor de uma explicação para um “comportamento” que ainda não se converteu em “comportamento”, mas somente para no seu próprio interior enquanto sistema interno protegido, para o exterior,

torno da *tentativa* e da sua relação relativamente ao *princípio do facto*, o Autor avança, em síntese, com uma fórmula que permitirá levar à conclusão legítima sobre um estado de *tentativa*, o que ocorrerá quando “[...] el autor tiene que comenzar a arrogarse una organización ajena también de acuerdo con su comportamiento externo, pues sólo a través de la conducta externa de arrogación se convierte en vinculante lo que subjectivamente quería expresarse.”, devendo assim interpretar-se o *supra* referido regime da tentativa plasmado no Código Penal alemão.

A propósito das *formas gerais de delimitação da preparação e tentativa*, “[o] § 22 assenta a sua definição de começo da execução sobre se o autor «põe em movimento a realização do tipo, na base da sua representação do facto». Esta fórmula contém os factores objectivos («pôr em movimento» [em que se traduz a *exteriorização* de que fala Jakobs]) e os elementos subjectivos («segundo a sua representação») cuja actuação conjunta forma o fundamento da punição da tentativa. O legislador torna portanto claro que o começo da execução não possa ser determinado, nem segundo a teoria subjectiva nem segundo a teoria objectiva [...]. Quando muito, fala-se, a propósito da concepção legal de delimitação, de uma teoria «individual-objectiva». Isto significa que, embora sendo verdade que ela se orienta sempre pelas representações individuais do autor (por exemplo, se ele supôs que a pistola, habitualmente descarregada, estava carregada, ou se ele queria disparar com a pistola ou somente ameaçar), apesar disso, a delimitação na base desta representação tem de se realizar segundo pontos de vista objectivos (principalmente os de pôr em movimento a realização do tipo) [...] O problema central reside, naturalmente, em definir a partir de quando se pode afirmar um tal pôr em movimento”, cfr. CLAUS ROXIN, *Problemas fundamentais de Direito Penal*, Vega, tradução de Maria Fernanda Palma [do excerto citado], 2.^a edição, 1993, págs. 302 e 303.

pela sua pele, mas cuja auscultação pode ser considerada necessária em nome da protecção de bens jurídicos); o pressuposto essencial legitimador do Direito penal de um Estado de liberdades é o de que este não pode pretender cuidar dos aspectos internos do agente, incluindo os seus motivos, mas somente do controlo do que é *externo*, pelo que a auscultação do *interno* somente pode ser admissível na medida em que tal se revele relevante para a tarefa de interpretação dos fenómenos que são externos e têm um “carácter perturbador”. De forma sintética: uma conduta externa que *perturba* permite a pergunta acerca do respectivo contexto interno que lhe estará na génese, muito embora nem todo o “comportamento externo” possa suscitar questões que permitam concluir ser relevante a auscultação pelo referido contexto interno.⁵⁵²

Neste sentido, e dando o salto para as exigências de tipicidade subjacentes à previsão legal de um determinado crime num Direito penal de um Estado de liberdades, numa aproximação pela negativa, que o conteúdo da “acção externa” exigida pelo tipo não deva ser tão pobre como a que decorre da aludida doutrina da tentativa do

⁵⁵² Cfr. GÜNTHER JAKOBS, “Criminalización...”, cit., p. 302; estamos no âmbito do primeiro passo decisivo para considerar uma conduta criminalmente relevante sob o ponto de vista da dogmática penal: o conceito de acção.

“Do lado da doutrina do crime, os conceitos de acção correspondem a grandes opções sobre a própria natureza do delito e da pena. A acção da doutrina do crime faz referência a qualidades ou predicados de comportamentos; a sua não verificação determina a exclusão desses mesmos comportamentos de qualquer ulterior indagação jurídico-penalmente relevante. A acção representa pois o primeiro crivo de uma conduta possivelmente criminosa. [...] Em suma: na doutrina do crime, à acção contrapõe-se a ‘não acção’ - aquela actividade que não é *humana* e nunca interessará ao direito penal. [...] Como se disse, «acção» está aqui tomada no sentido da doutrina do crime, enquanto abrangente de todo o comportamento - activo ou omissivo - do qual se possa predicar a tipicidade, a ilicitude, etc. Por conseguinte, neste contexto, a ‘não acção’ não se refere a omissão mas, simplesmente, a movimento reflexo ou, de qualquer modo, não reconduzível à intencionalidade [...] que caracteriza a conduta humana”, cfr. CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, *Do concurso de crimes ao «concurso de ilícitos» em direito penal*, Teses, Almedina, 2015, págs. 30 e 31 e, nesta última, a sua n. 26.

Reichsgericht: “[u]na conduta que sólo llama la atención se se conoce el ámbito interno del autor nunca puede ser tratada legítimamente como delito, pues en otro caso sería únicamente lo interno el fundamento de la pena.”⁵⁵³ E, de modo lapidar, Jakobs, socorre-se de Heinrich Albert Zachariä, em 1836: “O juiz, perante todo aquele que entrasse numa farmácia e pedisse um veneno ou perante qualquer um que comprasse uma arma ou tivesse procurado por balanças ou cordas, estaria autorizado a perguntar se tal não teria ocorrido com a intenção de cometer um crime e a intervir em muitos outros casos de uma forma escandalosa para a vida dos cidadãos. Certamente quem tenha o Estado por uma prisão que há de alcançar a moralidade pela força e lamente que de algum modo cada homem não traga no peito um espelho que reflecta e capture os seus pensamentos para tornar reconhecível qualquer pensamento imoral e assim o poder castigar, encontrará satisfação em declarar punível qualquer possível indício de vontade criminosa. Oxalá, no entanto, semelhantes princípios nunca encontrem aplicação positiva.”⁵⁵⁴

Seguindo a linha de argumentação de JAKOBS, naquilo a que designa por Estado de

⁵⁵³ Cfr. GÜNTHER JAKOBS, “Criminalización...”, cit., p. 302; esta afirmação de Jakobs surge na sequência do exemplo por si dado da norma constante do § 100 StGB que prevê o crime de “relações que põem em perigo a paz”, relativamente a quem, com o objectivo de provocar a guerra contra a, à data, República Federal da Alemanha, “estabelecer ou manter relações com um governo, um grupo ou uma organização que estejam fora do âmbito espacial de aplicação da presente lei ou com um dos seus representantes.”, o que supõe, pelo seu recorte típico, uma potencial ausência de determinação de tais relações, traduzindo-se num atentado contra o princípio de não castigar pensamentos (mas somente factos), na medida em que não são as relações em si mesmas estabelecidas que traduzem um perigo para a paz, mas somente as intenções do autor em as estabelecer.

⁵⁵⁴ Numa tradução nossa, cfr. GÜNTHER JAKOBS, “Criminalización...”, cit., p. 303 *apud Die Lehre vom Versuche der Verbrechen*, 1, Theil, 1836, p. 210; não é por acaso que logo no início da sua obra ZACHARIÄ começa com uma citação de Rossi [in *Traité de droit penal*, Livr. II, chap. 25], segundo o qual “[l]a doctrine des actes préparatoires et de la tentative [...] est encore une des parties les plus imparfaites du droit penal [...]”.

liberdades, estão isentas de responsabilidade criminal, não só as *cogitationes*, como também todas as condutas que se realizem no âmbito privado e, além dessas, as que se realizem no âmbito externo, mas que sejam, em si mesmas, irrelevantes, só se convertendo o cidadão em autor de um crime quando ultrapassa os limites enunciados, o que carece de uma actividade interpretativa complexa, sendo o regime da tentativa e, em grau mais problemático, a punição de actos preparatórios campos muito sensíveis e que colocam questões muito difíceis de compatibilizar com o princípio do facto.⁵⁵⁵

Jakobs, depois de tratar do que designa das “antecipações do comportamento lesivo a um comportamento de planificação”, prossegue a sua análise avaliando os âmbitos de punição em que se visam comportamentos estandardizados, enunciando diversos argumentos para que tal suceda e que redundam, no limite, no enunciado de pautas interpretativas facilmente manejáveis⁵⁵⁶, como sucede no âmbito das questões relativas ao tráfego rodoviário e que dá origem a decisões homogéneas e massificadas⁵⁵⁷; há, noutra perspectiva, os crimes que se caracterizam por desvios à estandardização, como sucede com os crimes de perigo abstracto, que implicam uma antecipação da tutela penal de tal ordem que a sua consumação não depende da lesão de um bem jurídico, analisando o Autor sobretudo três tipos, dos quais destaca, por ser o mais problemático, aqueles em que se criminaliza uma conduta que pode não ser considerada perigosa por si própria ou

⁵⁵⁵ Cfr. GÜNTHER JAKOBS, “Criminalización...”, cit., págs. 303 a 306; a *conversão de um cidadão em autor de um crime* é uma fórmula linguística, no nosso entender, dúbia, podendo transmitir a ideia, num raciocínio *a contrario*, segundo a qual um autor de um crime não deve ser considerado [ou pode deixar de ser considerado] *cidadão*: esta é a pedra de toque sobre a qual assenta a crítica generalizada dirigida a Jakobs, como veremos *infra*.

⁵⁵⁶ Como sucede com as “guidelines” existentes no direito criminal norte-americano, que retiram ao tribunal toda a margem de adequação ao caso concreto, impondo-se os critérios gerais e abstractos previamente fornecidos por tais tabelas e de cuja conjugação resulta a pena a aplicar ao arguido.

⁵⁵⁷ Cfr. GÜNTHER JAKOBS, “Criminalización...”, cit., págs. 307 e ss.

só o poderia ser numa medida muito limitada sem um comportamento que lhe desse sequência e tivesse carácter delituoso, pelo que a conduta incriminada constitui a preparação de um crime que, por si só, não pode ser considerada como concluída em si mesma e a realização do perigo pode tornar-se iminente por factos que até podem não ter sido projectados e, de qualquer modo, não devem poder ser valorados de acordo com as regras gerais como uma perturbação externa.⁵⁵⁸ O problema crucial, nos crimes de perigo abstracto, na sua relação com o *princípio do facto*, consiste em averiguar qual o fundamento da responsabilidade: o *injusto* é constituído unicamente pela conduta perigosa abstractamente considerada (no que traduz, para o cidadão, uma gravosa redução da sua privacidade), mas deve manter-se a separação entre o âmbito interno e o âmbito externo, sendo esta restrição condição essencial para que apenas se criminalizem comportamentos cuja conduta exterior perturba *per se* e não já somente pelo seu contexto interno. Na estrita medida em que não se respeite esta abstenção pelo contexto interno, tal conduz à punição de *autores perigosos*, de *inimigos* e não já de factos perigosos.⁵⁵⁹

⁵⁵⁸ Cfr. GÜNTHER JAKOBS, “Criminalización...”, cit., págs. 309 e ss.; o Autor, efectivamente, desenvolve diversos, no essencial três, grupos de crimes enquadráveis como de perigo abstracto; e é sobre o terceiro grupo que dedica mais atenção, por ser o mais problemático, dando o exemplo do crime de produção sem permissão de armas automáticas (§ 52 WaffG, na redacção de 8/3/1976), cuja actividade em si mesma considerada não traduz um juízo injusto intrínseco si mesmo, pois é possível dispará-las devido a um descuido ou inclusivamente podem disparar sozinhas (cfr. *ob. cit.*, p. 309).

⁵⁵⁹ Cfr. GÜNTHER JAKOBS, “Criminalización...”, cit., págs. 311 e ss., onde prossegue com diversos exemplos problemáticos de diversos tipos de crimes que põem em tensão a ideia segundo a qual a conduta abstractamente perigosa só pode ser definida, de modo legítimo, como perturbação externa pela impossibilidade de cálculo dos possíveis danos provocados, sendo que se tal *definição* é interpretada em função exclusiva do contexto interno, produz-se uma intromissão num fragmento de privacidade a respeito da qual o *autor* não pode estar obrigado a dar explicações; e, se se permite tal intromissão, tal significa que desaparecem todos os limites para as antecipações da punição, abrindo caminho para a incriminação de qualquer conduta preparatória.

No segundo momento do trabalho que temos vindo a analisar, Jakobs trata da possibilidade de antecipar, não a punição de um determinado comportamento⁵⁶⁰, mas da própria antecipação da lesão de um bem jurídico, o que faz por recurso a muitos exemplos, cujos bens jurídicos protegidos são a “paz jurídica” ou a “paz pública”; estão em causa tipos de crimes que revelam um *injusto parcial*, em que não são infringidas as normas principais (os crimes de lesão), mas cuja missão é garantir as condições de vigência destas últimas (as normas principais), como sucede precisamente com o crime de associação criminosa ou de associação terrorista, com os quais se pretende proteger a paz pública na sua variante de integridade da ordem e da segurança públicas.⁵⁶¹

Para avaliar a legitimidade destas normas de “flanqueio”, por contraponto relativamente às referidas normas principais, o Autor aborda o problema relativo às condições de vigência das normas. Uma norma é eficaz se corresponder às expectativas e, para que tal ocorra, deve apresentar-se *ex ante*, perante o seu potencial destinatário, como estável; a vigência de uma norma não é assim só fruto da relação entre a *norma* e os *autores potenciais* (únicos designados como destinatários da norma), mas também entre a norma e os potencialmente afectados com a sua violação; o problema da vigência tem assim múltiplas facetas, que tanto depende da perspectiva dos autores potenciais da prática do crime plasmado na norma, como também da expectativa mais abrangente por parte dos potenciais afectados pela norma, que podem estar relativamente a esta numa relação de natureza estritamente cognitiva. E é esta relação cognitiva que permite compreender as “normas de flanqueio”, na medida em que estas configuram um injusto

⁵⁶⁰ O problema da antecipação da punição de um comportamento foi precisamente o objecto da primeira parte do seu estudo e redonda, no essencial, na discussão entre *âmbito interno* e *âmbito externo* da conduta de um agente.

⁵⁶¹ Cfr. GÜNTHER JAKOBS, “Criminalización...”, cit., p. 314.

parcial, uma protecção parcial do bem jurídico-penal protegido (por contraponto às normas principais, que protegem o injusto total e, portanto, visam proteger de modo completo o bem jurídico-penal)⁵⁶².

É na terceira parte do trabalho que Jakobs se propõe efectuar uma observação ao que designa por oposto ao Direito penal dos cidadãos, isto é, o Direito penal para/contra os inimigos e com o qual se propõe relativizar todas as afirmações antes tecidas mediante a recomendação de que o Estado não cumpra as obrigações a que está sujeito quando tal resulte oportuno. Em menos de uma página, o Autor lança um desafio que gera natural perplexidade, mas que não pode deixar de ser entendido na sequência das duas partes do mesmo estudo que lhe antecederam, além de dever ser interpretado estritamente de acordo com as palavras por si utilizadas.

Diz Jakobs: “[a] existência de um Direito penal para o inimigo não é sinal, portanto, da consistência de um Estado de liberdades, mas um sinal de que nessa medida simplesmente não existe. [...] No entanto, o Direito Penal para o inimigo só pode ser legítimo como um Direito penal de emergência, que vigora excepcionalmente [...]” e, nessa medida, adianta, que “[...] os preceitos penais que lhe são correspondentes têm por isso de ser separados estritamente do Direito penal dos cidadãos, preferencialmente na sua apresentação externa [...] de forma tão clara que não exista perigo algum de se infiltrar através de uma interpretação sistemática ou por analogia ou de qualquer outra forma no Direito penal dos cidadãos. O Código penal, na sua actual configuração, oculta

⁵⁶² Temos vindo a acompanhar neste parágrafo GÜNTHER JAKOBS, “Criminalización...”, cit., págs. 315 a 322, que fornece diversos exemplos com o quer significar por normas de protecção de um injusto parcial (concretamente dedica muitos exemplos à paz jurídica) e são uma amostra da protecção de bens jurídico-penais fraccionados ou rarefeitos.

em não poucos aspectos o transbordar dos limites que correspondem a um Estado de liberdades.”⁵⁶³

Nesta terceira e última parte do seu trabalho, Jakobs termina com um resumo do que antes desenvolveu, cuja relevância entendemos justificar seja agora feita a sua transcrição, na medida em que sintetiza as suas ideias e permite uma mais precisa visão global sobre a sua tese, que deve assim ser conciliada com a exposição feita ao *direito penal para o inimigo*, que, no entanto, não faz sequer constar do seu resumo: “A) Parte Geral (criminalização de condutas num estado prévio) a) Quanto mais intensamente se optimize a protecção de bens jurídicos, tanto mais se define o autor como *inimigo*, sem um âmbito interno. b) O princípio «*cogitationes poenam nemo patitur*» designa um âmbito interno que está delimitado, porém, de acordo com critérios naturalístico-sensíveis e, por isso, casuais para o Direito penal. c) O âmbito interno tem que se orientar num regime de liberdades relativo ao *status* do autor enquanto *cidadão*. d) Sem uma conduta que seja tanto *externa*, como *perturbadora* (isto é: uma conduta que se arrogue uma organização externa) não existe razão alguma para efectuar qualquer indagação vinculante ao contexto interno do autor e, em particular, ao aspecto subjectivo da sua conduta (princípio do facto). e) O dominável não é o interno. f) Para a legitimação dos crimes de perigo abstracto há que distinguir: aa) se se presume que uma conduta típica daria lugar *per se* a um perigo *indominável* (exemplo: condução sob o efeito do álcool) ou bb) se se trata de um perigo de danos futuros, que são por sua vez ainda *domináveis* (exemplo: a falsificação de documentos, nas suas variantes de produção de documentos ilegítimos e

⁵⁶³ Cfr. GÜNTHER JAKOBS, “Criminalización...”, cit., págs. 322 e 323; a propósito da necessidade de separar, sob o ponto de vista externo, os *dois direitos penais* enunciados, Jakobs dá o exemplo do regime da incomunicabilidade que, segundo a sua opinião bem, não consta do Código do Processo Penal, no que é assim uma forma de não contagiar este [que deve ser o reflexo de um Direito penal dos cidadãos] precisamente com o Direito penal para o inimigo.

de falsificação de documentos legítimos). g) Os crimes de perigo abstracto referidos imediatamente *supra* em f), bb) só são conciliáveis com o princípio do facto se se atender ao perigo geral da conduta, e não ao perigo do específico *contexto de planificação* em que se encontrava a conduta. B) Parte Especial (criminalização da lesão de bens jurídicos antecipados). a) A vigência das normas pode ser debilitada pelo *anúncio* da sua futura violação; um anúncio semelhante infringe uma norma de flaqueo. b) A *infracção* de normas que protegem um *clima favorável ao Direito* não constituem o arrogar de uma organização externa.”⁵⁶⁴

Constatamos que Jakobs no trabalho que organizou em três partes, em bom rigor, explana um pensamento completamente organizado/problematizado, assente em argumentos doutrinários e legais nas suas duas primeiras partes e, na terceira, de forma muito breve, enuncia um direito penal para o inimigo, com o cuidado de afirmar que só pode vigorar de forma absolutamente excepcional, portanto, aceitando a sua *existência*, mas sem que o fundamente minimamente; considerando que o faz na sequência de outras duas partes onde argumenta, com exemplos sobretudo legais, para os seus *excessos*, que põem em causa um Direito penal típico de um Estado de liberdade, não deixa de ser razoável depreender que na terceira parte, configura a possibilidade de poder vigorar, a título absolutamente excepcional, um Direito penal que seja todo ele *invadido* pelos exemplos *perigosos* que avançou e estão plasmados, quer na parte geral (sobretudo no que diz respeito ao instituto da tentativa e da noção de actos preparatórios) quer na parte especial (debruçando-se no essencial sobre os diversos exemplos de crimes de perigo abstracto), revelando ambos os ângulos de análise, precisamente, exemplos que são

⁵⁶⁴ Cfr. GÜNTHER JAKOBS, “Criminalización...”, cit., págs. 323 e 324.

coerentes com o título que deu ao seu trabalho: situações de criminalização num estado prévio à lesão de um bem jurídico. Mas como referimos este raciocínio só pode ser feito por um exercício de *depreensão* e não já porque o Autor tenha assumido concordância com a existência de tal Direito penal virado contra o inimigo. Em abono da verdade e, portanto, do conteúdo do seu trabalho, o que podemos constatar, por inúmeras vezes, é precisamente a sua posição muito crítica e inquieta relativamente às diferentes possibilidades de o cidadão ser importunado, não por factos que pratique, mas por pensamentos que sejam interpretados como contrários, desde logo, à paz pública, paz jurídica ou segurança jurídica da sociedade; e o seu alerta no trabalho que apresentou não deve e não pode ser esquecido, somente porque na sua terceira parte como que dá a entender ser possível a *institucionalização* de um Direito penal para o inimigo (que nas duas partes anteriores contrariou de modo claro), embora com as duas ressalvas muito claras: 1) seria sempre uma possibilidade que poderia vigorar em situações absolutamente excepcionais, portanto, em estado de emergência; 2) todo ele configurado fora dos Códigos que prevêem ou devem prever aquele que Jakobs considera ser o Direito penal de um Estado de liberdade, de modo a que este não possa ser por alguma forma contaminado.

É, naturalmente, um estudo, sobretudo pela sua terceira parte, *provocador/agitador* de consciências.

Imaginemos que nesse seu trabalho que apresentou ao Congresso de Frankfurt não tivesse incluído a terceira parte, o que teríamos? Teríamos uma exposição crítica de posições doutrinárias e soluções legais quase centenárias e que, no seu entender, são contrárias ao Direito Penal típico de um Estado de liberdade; e se tivesse ficado a sua exposição por aí, certamente que a concordância seria quase geral e, de algum modo, as consciências continuariam tranquilas. Mas ele ousou, em face de exemplos tão

sedimentados na doutrina e na lei, enquadrá-los num *outro Direito penal*, como que chamando atenção para a necessidade de assim extirpar o *nosso Direito penal* de semelhantes exemplos. De algum modo, Jakobs criou um *lugar outro* para um *Direito penal* inserto no *nosso Direito penal* e cuja incompatibilidade total afirma na terceira parte do seu trabalho. Cremos ser esta a génese do *Direito Penal para o inimigo*, que convive dentro dos nossos Códigos, minando-os e contaminando-os com uma *tendência* que revela traços que vão contra valores básicos da sociedade democrática liberal.

O Autor terá pressentido que os tempos que aí vinham seriam difíceis para um Direito penal típico de um Estado de liberdades. E a História deu-lhe razão: quer porque as décadas seguintes ofereceram exemplos criminológicos coerentes para alguns com uma visão catastrofista e, por isso, justificadora de soluções legais *hobbesianas*; quer porque os Códigos penais foram *invadidos* por um verdadeiro *inimigo* (a somar aos exemplos já antigos, como frisou Jakobs no seu trabalho) da visão liberal e humanista do *Direito penal*, o que motivou um contágio que Jakobs quis evitar com a sua, consideramos ser afinal, provocação; consideramos tratar-se de uma provocação, porque, para falar do visado *inimigo*, Jakobs socorre-se de exemplos já consagrados no Direito penal aceite pelo Estado de liberdades; mas, no fim do seu trabalho, como que faz um exercício de *desconstrução* na medida em que propõe, a ser consagrado um *Direito penal para o inimigo*, que tais exemplos sejam extirpados dos Códigos e, nessa medida faz um apelo implícito à sua exclusão, de modo a que não *contaminem* a filosofia que deve presidir ao *Direito penal de um Estado de liberdade*, a que designa, por contraponto, de *Direito penal do cidadão*, o *Bürgerstrafrecht*.

2.2 Aprofundamento, por Jakobs, da temática do Direito Penal para o Inimigo

Em 2003 é publicado um pequeno trabalho de Jakobs intitulado “Direito Penal do Cidadão e Direito Penal para o Inimigo” onde o Autor aprofunda e, no nosso entender pela primeira vez fundamenta verdadeiramente, o que entende por tais conceitos expressos no título⁵⁶⁵; foi na sequência desta sua apresentação que foram publicadas as mais veementes reacções negativas relativamente ao tema enunciado, encarado como uma negação da própria razão de ser do Direito Penal⁵⁶⁶.

Passamos a enunciar os principais argumentos de Jakobs na explicação dos conceitos de Direito Penal do Cidadão e de Direito Penal para o Inimigo.

JAKOBS começa por se propor analisar o título “Direito Penal para o Inimigo” através da análise parcelar de cada um dos conceitos que o integram e inicia a sua explanação pelo conceito de pena⁵⁶⁷.

⁵⁶⁵ Numa publicação feita em conjunto com Manuel Cancio Meliá: *Derecho Penal del enemigo*, Thomson, Cuadernos Civitas, 2003; na segunda edição desta obra, de 2006, Jakobs, além do seu texto manuscrito e traduzido por Cancio Meliá, “Derecho Penal del ciudadano y Derecho Penal del enemigo” (“Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht”) acrescenta um outro intitulado “Terroristas como personas en Derecho?” e Manuel Cancio Meliá actualiza o seu texto inicial intitulado “De Nuevo: Derecho Penal del enemigo?”. Para uma completa descrição das publicações anteriores a 2003 de Jakobs relativamente à doutrina por si baptizada em 1985, nomeadamente, em 1997 e 1999, e de alguns autores alemães corroboradores dessa mesma doutrina (v.g. MÜSSIG, LESCH e, parcialmente, BRUGGER) e os que se lhe opõem – a maioria –, cfr. LUIS GRACIA MARTÍN, “Sobre la negación de la condición de persona como paradigma del “Derecho Penal del Enemigo”, in *Derecho penal del enemigo, el discurso penal de la exclusión*, vol. I, Cancio Meliá/Gómez-Jara Díez Coordinadores, Montevideo-Buenos Aires, 2006, págs. 1051 e 1052, n. tas 1 e 2.

⁵⁶⁶ Leia-se a este propósito o que explica Manuel Cancio Meliá, “De nuevo: «Derecho Penal» del Enemigo, in JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Derecho Penal...*, cit., págs. 124 e ss.

⁵⁶⁷ É já longa a história do próprio “Direito Penal” e desde há muito que a sua designação tem sido alvo de

A pena, segundo Jakobs, é uma resposta coactiva relativamente a um facto praticado por uma pessoa racional; o “facto”, por sua vez, representou um “ataque” ou desautorização à vigência de uma determinada “norma”, e a reacção coactiva em que se traduz a pena traduz uma (re)afirmação da vigência da norma, tornando assim irrelevante a mensagem do autor do crime, na medida em que a norma violada não fica afectada, mantendo-se a configuração da sociedade, tal como resulta espelhada na previsão da norma⁵⁶⁸.

Mas a pena não tem só um valor simbólico, na medida em que tem intrinsecamente associadas consequências *físicas*; por exemplo uma pessoa detida num estabelecimento prisional está, por natureza, impedida de cometer crimes fora do estabelecimento prisional, no que se traduz numa *prevenção especial segura*, pelo que o valor *coactivo*

análise e *convicções* diversas: por exemplo, já na década de 40 do século XX, LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA dá-nos conta, a propósito do conceito de “Direito Penal”, de distintas denominações: apelidada na Alemanha, em tempos antigos, de *peinliches Recht* (assim designado por exemplo por Feuerbach ou Savigny, que também enunciaram a designação de *Kriminalrecht*), mas nos tempos *modernos*, com unanimidade, por *Strafrecht*; noutros lugares, como em Itália, como *Diritto penale* ou, segundo os positivistas, *Diritto criminale* (que assim pretendem desterrar a palavra “pena”, sinónimo de sanção), ou em França com a dupla designação *Droit pénal y Droit criminel*; por alguns foram defendidas fórmulas extravagantes como *Derecho represivo* (PUGLIA), *Princípios de Criminologia* (LUCA), *Derecho protector de los criminales* (DORADO MONTERO) ou *Verbrechenbekämpfungsrrecht /Derecho de lucha contra el crimen* (THOMSEN) e foram mesmo utilizados em alguns Códigos hispanoamericanos o título, criado por JOSÉ AGUSTÍN MARTINEZ em Cuba, de *Código de defensa social*, por sua vez adoptado no México em alguns dos seus Estados; LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA enuncia do seguinte modo o “seu” conceito de Direito Penal: “*Conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto del delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo, y asociando a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora*”, cfr. *Principios de Derecho Penal, La Ley y el Delito*, Abeledo-Perrot, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1958 (a primeira edição desta obra é de 1945), págs. 17 e ss.

⁵⁶⁸ Cfr. GÜNTER JAKOBS, “Derecho Penal del Ciudadano y Derecho Penal del Enemigo”, in JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Derecho Penal...*, cit., págs. 24 e 25.

associado à pena, nesta medida, não tem qualquer valor simbólico, pois apenas pretende ser efectiva: nesta medida, a pena não se dirige contra a pessoa em Direito, mas contra o indivíduo perigoso (e ainda mais assim é se se ponderar a circunstância de alguém ficar sujeito ao cumprimento de uma medida de segurança privativa da liberdade, no que tal solução representa de análise retrospectiva ao facto cometido, e, sobretudo, é dirigida ao futuro, visando fazer face a uma tendência do *internando* para cometer factos criminosos considerados graves); nestas duas circunstâncias, há uma *luta* contra um perigo em substituição da sua *função comunicativa*⁵⁶⁹; conclui JAKOBS que neste sentido se está perante o Direito Penal para o Inimigo em vez de um Direito Penal do Cidadão (pressupondo o conceito de Direito Penal em sentido amplo, abrangendo, além da “pena”, também a “medida de segurança”), sendo certo, antecipa o Autor, que o próprio conceito de “Direito” tem sentidos divergentes em tais conceptualizações⁵⁷⁰; concluindo o seu raciocínio prévio à *justificação* do tema que apresenta, JAKOBS, dando o mote para a necessidade de abordar e desenvolver de forma clara o problema que é colocado por

⁵⁶⁹ Esta *função comunicativa* é, por exemplo, inoperante relativamente a quem sustenta o estudo *antropológico do delinquente endógeno* (categorização *aparentemente* anacrónica, muito aquém, todavia, da configuração que é dada pelo conceito *bélico* de *inimigo*), que “conhece a ameaça de um mal que acompanha o preceito, mas tenta evitá-lo, não procurando incorrer na pena, mas escapando-se a ela. [...] Dizia, com razão, Despine: «O homem, desprovido de senso moral, não tendo o conhecimento do justo e do injusto, considera como justo aquilo que satisfaça os seus sentimentos, as suas inclinações, os seus desejos imperiosos; e como injusto o contrário. [...] Todos compreendem perfeitamente que a acção que estão a praticar é punível; eles, porém, não compreendem que ela é imoral em si mesma; conhecem os direitos da sociedade, mas não conhecem os deveres provindos da consciência; têm o sentimento da repressão, não o da equidade». [...] Esta diferença de juízo entre o lícito e o ilícito, tem a sua origem em algumas características que são verdadeiramente próprias do delinquente endógeno: o subjectivismo, a insensibilidade, a amoralidade, a crueldade.”, cfr. ENRICO ALTAVILLA, *O Delinquente e a Lei Penal*, vol. I, tradução de Fernando de Miranda, Coimbra Editora, Lda, 1.ª edição, 1964, págs. 179 e 180.

⁵⁷⁰ Cfr. GÜNTER JAKOBS, “Derecho Penal del...”, in JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Derecho Penal...*, cit., p. 26, diferença que desenvolve em momento posterior do seu trabalho.

diversas *exteriorizações* doutrinárias e legais e suscitam o aparecimento da necessidade de *conceitualização* de dois direitos penais (neste sentido o seu trabalho de 1985 é consistente na análise dos institutos dogmáticos e dos institutos legais que colocam em crise o Direito Penal das garantias), afirma que, perante as constatações que faz, a discussão científica é inexistente quanto à sua abordagem, pelo que decide recorrer à filosofia da Idade Moderna para ir buscar *fundamentos* (no que designa como “alguns esboços jusfilosóficos”) que permitam ajudar a abordar a temática⁵⁷¹.

Partindo do conceito de “Direito” como o vínculo entre pessoas que são titulares de direitos e deveres, JAKOBS dá por assente que a relação com o “inimigo” não se faz por intermédio do “Direito”, mas pura e simplesmente pela coacção; o Direito está vinculado pela necessidade de ser dada autorização para que possa ser utilizada em dado momento a coacção, sendo a coacção com mais intensidade a permitida pelo Direito Penal; nesta medida, poderá argumentar-se que qualquer pena, incluindo qualquer acção em legítima defesa, se dirige contra um inimigo. Este enquadramento argumentativo conta com “destacados precursores filosóficos”, sobretudo os que fundamentam o Estado de modo estrito num contrato social que é violado pelo criminoso, que assim não participa dos seus benefícios⁵⁷²; neste sentido, segundo ROUSSEAU qualquer *malfeitor* deixa de ser membro do Estado, pois entra em guerra contra este e, nessa medida, a consequência

⁵⁷¹ Cfr. GÜNTER JAKOBS, “Derecho Penal del...”, in JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Derecho Penal...*, cit., p. 27, sendo curioso, na sequência desta sua constatação, relacioná-la com o desabafo que o Autor faz no Prólogo da obra, quando afirma a “[r]especto de este diagnóstico [...] existen diversas tomas de posición [...] rara vez afirmativas, en la mayoría de las ocasiones críticas, llegando a la posición, sorprendente en el ámbito de la ciencia, de que el diagnóstico da miedo y que su formulación es indecorosa: ciertamente, el mundo puede dar miedo, y de acuerdo con una vieja costumbre, se mata al mensajero que trae una mala noticia por lo indecoroso de su mensaje. Ninguna palabra más sobre esto.”, *idem*, p. 17.

⁵⁷² Cfr. GÜNTER JAKOBS, “Derecho Penal del...”, in JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Derecho Penal...*, cit., págs. 27 e 28 e ss., que estamos e iremos acompanhar nos próximos desenvolvimentos em texto.

deverá ser “al culpable se le hace morir más como enemigo que como ciudadano”⁵⁷³; de modo similar FICHTE afirma que quem abandona o contrato de cidadania de modo voluntário perde todos os seus direitos como cidadão e como ser humano e passa a um estado de ausência total de direitos; todavia, esta “morte civil” pode ser atenuada através de um “contrato de penitência”, muito embora este nunca seja possível no caso de ser cometido um assassinato intencional e premeditado, sendo que nesta circunstância o condenado é declarado uma coisa⁵⁷⁴, é, portanto, *despersonalizado*⁵⁷⁵.

Considerando as concepções de Rousseau e de Fichte demasiado abstractas, na sua separação radical entre o “injusto” do inimigo e a concepção do cidadão do “seu” Estado (para ambos todo o criminoso era, por si próprio, um inimigo), JAKOBS afirma que um ordenamento jurídico deve conter dentro do Direito também o criminoso, por duas razões: por um lado, o criminoso tem o direito de voltar a integrar-se na sociedade e para tal deve manter o seu estatuto de pessoa como cidadão; por outro lado, o criminoso tem o dever de proceder à reparação, no pressuposto “lógico” que os “deveres” têm como pressuposto a existência da personalidade, na medida em que “o delinquente não tem o direito de se

⁵⁷³ “De resto, todo o malfeitor, ao atacar o direito social, torna-se, por seus delitos, rebelde e traidor da pátria; cessa de ser um de seus membros ao violar suas leis, e chega mesmo a declarar-lhe guerra. A conservação do Estado passa a ser então incompatível com a sua; faz-se preciso que um dos dois pereça, e quando se condena à morte o culpado, se o faz menos na qualidade de cidadão que de inimigo. Os processos e a sentença constituem as provas da declaração de que o criminoso rompeu o tratado social e, por conseguinte, deixou de ser considerado membro do Estado.”, cfr. JEAN-JACQUES ROUSSEAU, *Do Contrato Social*, tradução Rolando Roque da Silva, Edição electrónica: Ed. Ridendo Castigat Mores (www.jahr.org), p. 27.

⁵⁷⁴ In «Grundlage des Naturrechts nach den Prinzipien der Wissenschaftslehre», in SÄMTLICHE WERKE, ed. de J.H. FICHTE, *Zweite Abtheilung. A. Zur Rechts – und Sittenlehre*, T. I, p. 260, *apud* GÜNTER JAKOBS, “Derecho Penal del...”, in JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Derecho Penal...*, cit., p. 28, n. 7.

⁵⁷⁵ Cfr. GÜNTER JAKOBS, “Derecho Penal del...”, in JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Derecho Penal...*, cit., p. 33.

despedir arbitrariamente da sociedade através do seu facto”⁵⁷⁶.

JAKOBS prossegue o que designa por “esboço filosófico” com Hobbes, que caracteriza, a par da sua condição de teórico do contrato social, como um filósofo das instituições. Hobbes tem uma visão bem mais estrita da capacidade de cada um se “desvincular” da sua condição de cidadão, que não pode eliminar por si mesmo esse seu estatuto. Com efeito, o que fundamenta a relação dos cidadãos com o Estado é o “contrato de submissão”, consistindo o “crime”, por natureza, uma rescisão desse contrato, no que implica uma recaída [momentânea] no estado de natureza; todavia, para Hobbes apenas uma circunstância permite considerar o criminoso como “inimigo”: quando há rebelião, isto é, alta traição, o que implica a aplicação de um castigo que pressupõe o autor de tal crime não como súbdito mas precisamente como um inimigo. Quer isto dizer que Hobbes só “despe” o cidadão da sua veste enquanto tal na situação limite da “alta traição”, mantendo o seu estatuto quando incorre na prática de outros crimes; é assim uma visão mais restrita da encarada por Rousseau e Fichte, na medida em que para estes todo o criminoso é inimigo.

Kant, que sustenta o modelo contratual como ideia reguladora da relação entre o Estado e os seus cidadãos, defende que toda a pessoa está autorizada a obrigar qualquer outra a entrar na Constituição cidadã⁵⁷⁷; perante esta sua posição, JAKOBS pergunta qual

⁵⁷⁶ Cfr. GÜNTER JAKOBS, “Derecho Penal del...”, in JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Derecho Penal...*, cit., págs. 29 e 30.

⁵⁷⁷ “[O]s homens não podem subtrair-se ao conceito de direito nem nas suas relações privadas, nem nas públicas, e não se atrevem a fundar a política abertamente só nas manobras da astúcia, portanto a recusar toda a obediência ao conceito de um direito público [...]; tributam-lhe, pelo contrário, em si mesmo todas as honras devidas, embora devam também inventar centenas de desculpas e escapatórias para o iludir na prática e atribuir falsamente ao poder astuto a autoridade de ser a origem e o vínculo de todo o direito. [...] Embora se possa duvidar de uma certa maldade radicada na natureza dos homens que convivem num Estado e, em vez dela, se possa com alguma aparência aduzir a carência de uma cultura ainda não

é a solução que Kant dá para aqueles seres humanos que se recusam a entrar em tal Constituição e remete a resposta para o que Kant desenvolve na sua obra “Paz Perpétua, um Projecto Filosófico” relativamente ao problema de como se pode legitimamente reagir de modo hostil em relação a um ser humano, citando-o: «Sin embargo, aquel ser humano o pueblo que se halla en un mero estado de naturaleza me priva... [de la] seguridad [necesaria], y me lesiona ya por ese estado en el que está a mi lado, si bien no de manera activa (*facto*), sí por la ausencia de legalidad de su estado (*statu iniusto*), que me amenaza constantemente, y le puedo obligar a que o entre conmigo en un estado comunitario-legal o abandone mi vecindad»⁵⁷⁸. Em face desta possibilidade, para Kant, quem não participa na vida de um «estado comunitário legal» deve abandoná-lo ou deve ser do mesmo expulso, pelo que não será tratado como pessoa, mas como inimigo, na

suficientemente desenvolvida (a barbárie) como causa das manifestações do seu modo de pensamento contrárias ao direito, contudo, nas relações externas dos Estados entre si essa maldade manifesta-se de um modo patente e incontestável. No seio de cada Estado, encontra-se encoberta pela coacção das leis civis, pois a tendência dos cidadãos para a violência recíproca é activamente inibida por um poder maior, a saber, o do governo, e assim não só fornece ao conjunto um verniz moral (*causae non causae*), mas também em virtude de impedir a erupção de tendências contrárias à lei facilita muito o desenvolvimento da disposição moral ao respeito pelo direito. Com efeito, cada um crê por si mesmo que consideraria sagrado o conceito de direito e o acataria com fidelidade, se pudesse esperar o mesmo de todos os outros – o que em parte o governo lhe garante; deu-se, pois, assim um grande *passo para a moralidade* (se bem que ainda não um passo moral), ao aderir-se a este conceito de dever por si mesmo, sem tomar em conta a reciprocidade. [...] Mas, dado que o respeito pelo conceito de direito, a que o homem não se pode subtrair, sanciona do modo mais solene a teoria da sua capacidade para se lhe adequar, cada um vê então que, da sua parte, deveria agir em conformidade com o direito, seja qual for o modo como os outros o queiram observar.”, cfr. IMMANUEL KANT, *A Paz Perpétua, Um projecto filosófico*, tradução Artur Morão, Universidade da Beira Interior, Coleção: Textos Clássicos de Filosofia, 2008, (disponível in www.lusofia.net), págs. 40 e 41 e n. 16.

⁵⁷⁸ KANT, «Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf», in *Kant's Werke, Akademie-Ausgabe*, Tomo 6, 1907, págs. 341 e ss., 349, *apud* GÜNTER JAKOBS, “Derecho Penal del...”, in JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Derecho Penal...*, cit., págs. 31 e 32.

medida em que a sua presença traduz uma ameaça permanente, pois não se deixa integrar num “estado cidadão”⁵⁷⁹.

De acordo com as posições expostas de Hobbes e Kant, conclui JAKOBS que, com fundamentos diferentes, ambos sustentam a *despersonalização* (o mesmo é dizer a sua conversão em “inimigo”) de quem até um determinado momento conviveu numa determinada sociedade, sendo que ambos *(re)conhecem* um Direito Penal para o Cidadão relativamente àquelas pessoas que não delinquem de forma persistente e um Direito Penal para o Inimigo para aqueles que se *desviam* por princípio do sentido fundante da sociedade, pelo que este último “excluye, aquél deja incólume el *status* de persona”⁵⁸⁰.

JAKOBS prossegue a sua apresentação com a referência ao [diferente] conceito de “Direito” suposto na noção “Direito Penal para o Inimigo”, que é traduzido pela ideia de *segurança* relativamente a indivíduos que reincidem persistentemente na prática de crimes, tendo os cidadãos o direito de exigirem ao Estado que tome as medidas necessárias para lhes garantir o seu direito à segurança, com base no qual, por exemplo, Hobbes fundamenta e limita o Estado: *finis oboedientiae est protectio*. Trata-se assim, do Direito à segurança, de um Direito de todos os cidadãos relativamente aos “inimigos”; portanto, o Direito Penal do Cidadão é um Direito de todos, o Direito Penal para o Inimigo é um Direito dos que actuam/reagem contra o inimigo, pelo que o conceito de Direito subjacente é somente sinónimo de coacção física até ao limite do estado de guerra⁵⁸¹; em suma, “[e]l Derecho penal del ciudadano mantiene la vigencia de la norma,

⁵⁷⁹ Cfr. GÜNTER JAKOBS, “Derecho Penal del...”, in JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Derecho Penal...*, cit., págs. 32 e 33.

⁵⁸⁰ Cfr. GÜNTER JAKOBS, “Derecho Penal del...”, in JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Derecho Penal...*, cit., p. 33.

⁵⁸¹ Cfr. GÜNTER JAKOBS, “Derecho Penal del...”, in JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Derecho Penal...*, cit., p. 34; este direito de coacção física, segundo Jakobs, deve ser limitado num duplo sentido: por um lado, o

el Derecho penal del enemigo [...] combate peligros; - con toda certeza existen múltiples formas intermedias.”⁵⁸²

Para fundamentar a sua tese, Jakobs prossegue o seu trabalho com a abordagem do contexto não caótico sem o qual não é possível afirmar a prática de crimes; quer dizer, num estado de natureza todos têm a possibilidade de tudo fazerem sem limites que não sejam os colocados pela força física do *outro* que nos confronta ou que nós confrontamos (Hobbes); neste sentido, a prática de um crime só é possível no contexto de uma comunidade ordenada, no contexto de um Estado, consistindo a sua prática, não como um princípio do seu fim, mas como um fenómeno que traduz um “*deslize reparável*”, portanto, que não põe em causa a subsistência da própria comunidade, do próprio Estado.⁵⁸³

É relativamente à ideia de *corroboração cognitiva das normas* (pelo menos relativamente àquelas normas que se mostram mais relevantes no contexto da

Estado não necessita de excluir o inimigo de todos os direitos, pelo que a circunstância de ficar privado da liberdade deixa incólume o seu direito à propriedade e, por outro lado, o Estado deve limitar-se a fazer *tudo o que poderia fazer* na medida em que não deve fechar a porta a um posterior acordo de paz: cfr. *ibidem*; “[d]aí que, em termos assumidamente simplistas e redutores, a responsabilidade, eticamente fundada – a culpa – seja, quanto a nós, a dimensão subjectiva de um cuidar-se que não é só momento sublime de transposição e mediação objectiva de valores para que a ordem jurídica apela, mas também «instante» irrepetível de subjectividade em que o ser-aí-diferente se revela na solidariedade com todos os outros. O que tudo determina, sem sombra de dúvida, que seja teoreticamente incompreensível e materialmente insustentável conceber para as ordens jurídicas humanas o desaparecimento do direito penal. Princípio da segurança ou mesmo da segurança jurídica, fim primeiro da própria noção de Estado que [...] também dele decorre a necessidade de uma ordem penal, com o sentido histórico que a definição dos tipos legais de crime lhe empresta.”, assim JOSÉ DE FARIA COSTA, *O Perigo em Direito Penal*, Reimpressão, Coimbra Editora, 2000, págs. 251 e 252.

⁵⁸² Cfr. GÜNTER JAKOBS, “Derecho Penal del...”, in JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Derecho Penal...*, cit., p. 34.

⁵⁸³ Cfr. GÜNTER JAKOBS, “Derecho Penal del...”, in JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Derecho Penal...*, cit., págs. 35 a 37.

preservação da ordem social) que é fruto da expectativa que cada um tem do seu cumprimento por parte dos demais indivíduos pertencentes à mesma sociedade (*fidelidade às normas*) que JAKOBS avança com a ideia de necessidade da sua conversão em realidade, não bastando, portanto, a mera expectativa; nas palavras de JAKOBS: “[s]em uma suficiente segurança cognitiva, a vigência da norma é desgastada e converte-se numa promessa vazia, vazia porque já não oferece uma configuração social realmente susceptível de ser vivida.”⁵⁸⁴; no mesmo sentido também a personalidade do autor de um facto criminoso não se pode manter de um modo puramente contrafáctico, sem qualquer corroboração cognitiva em relação ao sentido e cumprimento das normas essenciais à convivência social, pressuposto necessário para encarar o indivíduo como pessoa⁵⁸⁵; perante esta *conclusão*, diríamos, tão *radical*, JAKOBS trata de a fundamentar por referência a muitas regras constantes do Direito penal que permitem fazer face a comportamentos que defraudam de forma duradoura as normas assim diminuindo o tratamento do delinquentes como pessoa, quer por referência à alusão feita pelo legislador a uma legislação denominada de “*luta contra*” (nomeadamente, no âmbito da criminalidade económica, do terrorismo, da criminalidade organizada) e que pretende *combater os autores* que “não prestam a garantia cognitiva mínima necessária para o seu

⁵⁸⁴ Cfr. GÜNTER JAKOBS, “Derecho Penal del...”, in JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Derecho Penal...*, cit., p. 38; e prossegue Jakobs, in *ob. loc. cit.*, antecipando a crítica colocada no plano teórico de que esta corroboração normativa pela dimensão fáctica do que não deve ser, não deve ser mesmo que provavelmente o venha a ser, afirmando que as “[...] as personas no sólo quieren tener derecho, sino también salir adelante con su cuerpo, es decir, sobrevivir en cuanto individuos necesitados, y la confianza en lo que no debe ser sólo supone una orientación con la que es posible sobrevivir cuando por el conocimiento de lo que será. Es precisamente por eso que Kant argumenta que cualquiera puede obligar a cualquier otro a entrar en una constitución ciudadana.”

⁵⁸⁵ Cfr. GÜNTER JAKOBS, “Derecho Penal del...”, in JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Derecho Penal...*, cit., págs. 38 e 39.

tratamento como pessoa”⁵⁸⁶; *pessoa*, para JAKOBS, é assim quem oferece uma garantia cognitiva suficiente de um comportamento pessoal como resultado da ideia segundo a qual toda a normatividade necessita de uma consistência cognitiva para poder ser real⁵⁸⁷; e, recorrendo à distinção kantiana entre estado de cidadania/estado de natureza – na medida em que não está em causa, com a punição, a compensação pelo dano causado à vigência da norma, mas antes se visa a pura eliminação de um perigo – é feita a antecipação da punição até ao âmbito da preparação, pelo que a pena se dirige à protecção de factos futuros e não à sanção de factos [já] efectivamente praticados⁵⁸⁸; e, citando Kant, JAKOBS reproduz o que entende ser a reflexão do legislador subjacente às suas iniciativas: “o outro lesa-me pelo seu estado (*statu iniusto*) [de ausência de legalidade], que me ameaça constantemente”, e, num momento seguinte, acrescenta, de forma muito clara (diríamos até crua) que “um indivíduo que não admite ser obrigado a entrar num estado de cidadania não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa. É que o *estado de natureza* [itálico nosso] é um estado de ausência de normas, quer dizer, de liberdade excessiva tanto como de luta excessiva. Quem ganha a guerra determina o que é a norma, e quem perde terá de submeter-se a essa determinação.”⁵⁸⁹

Este discurso dessacralizador desde logo da noção de “pessoa⁵⁹⁰” (a nossa

⁵⁸⁶ Cfr. GÜNTER JAKOBS, “Derecho Penal del...”, in JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Derecho Penal...*, cit., p. 40.

⁵⁸⁷ Cfr. GÜNTER JAKOBS, “Derecho Penal del...”, in JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Derecho Penal...*, cit., p. 50.

⁵⁸⁸ Cfr. GÜNTER JAKOBS, “Derecho Penal del...”, in JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Derecho Penal...*, cit., p. 41, no que é o “chegar”, por parte do Autor, ao cerne do seu trabalho de 1985, que tivemos oportunidade *supra* de analisar, e cujo título revela precisamente o problema central da antecipação da tutela penal e daquele que é o seu significado *material*.

⁵⁸⁹ Cfr. GÜNTER JAKOBS, “Derecho Penal del...”, in JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Derecho Penal...*, cit., p. 41.

⁵⁹⁰ Discurso este que se pode encontrar de forma clara em momento anterior na obra de Jakobs e permite,

Constituição, por exemplo, nem sequer define o que é “pessoa”, esta é antes e desde logo o próprio fundamento da República portuguesa, tal como decorre, num acréscimo simbólico fundante, do art. 1.^{o591}) de JAKOBS, independentemente da adjectivação que lhe possamos dirigir, além de assentar nos exemplos do próprio Direito Penal material (que desenvolveu com profundidade no seu trabalho de 1985, como vimos, mas que não connexionou directamente com o instituto do *Direito penal para o inimigo*, surgindo este como um corolário não desenvolvido do objecto de estudo que escolheu para esse trabalho), assenta numa fenomenologia radical que obriga a todos a uma reflexão; dessa fenomenologia suposta nas opções do legislador (e que estão assim permanentemente implícitas nas ideias de Jakobs), o Autor faz uma referência expressa aos incontornáveis

naturalmente, enquadrar o sentido – funcional – de *persona* pressuposto pelo Autor: “Ser persona significa tener que representar un papel. Persona es la máscara, es decir, precisamente no es la expresión de la subjectividad de su portador, sino que es representación de una competencia socialmente comprensible. [...] La subjectividad de un ser humano, ya *per definitionem*, nunca le es accesible a otro de modo directo, sino siempre a través de manifestaciones, es decir, de objectivaciones que deben ser interpretadas en el contexto de las demás manifestaciones concurrentes. [...] [E]s necesario fijar de modo objetivo qué es lo que significa un comportamiento, si significa una infracción de la norma o algo inocuo [...] Dicho de otro modo, los actores y los demás intervinientes no se toman como individuos con intenciones y preferencias altamente diversas, sino como aquello que deben ser desde el punto de vista del Derecho: como personas”, cfr. GÜNTER JAKOBS, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, Cuadernos Civitas, traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, Primera edición, 1996, Reimpresión, 2000, págs. 50 a 53.

⁵⁹¹ “A dignidade da pessoa humana constitui um «dato prévio» («a precondição») da legitimação da República [...]”, cfr. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. I, 4.^a edição revista, Coimbra Editora, 2007, p. 199; “A figura do criminoso por convicção corrói [...], inevitavelmente, uma fundamentação do Direito na autonomia ética formulada nos moldes tradicionais.” assim, MARIA FERNANDA PALMA, “Crimes de Terrorismo e Culpa Penal”, in *Liber Disciplorum Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, 2003, p. 240; de forma impressiva, “[...] todo o homem é pessoa e, portanto, sujeito de direito”, pelo que é a “pessoa” que faz a ligação entre o “homem” e o ser “sujeito de direito”, cfr. HENRIQUE DA SILVA SEIXAS MEIRELES, *Marx e o Direito Civil, (Para uma Crítica Histórica do «Paradigma Civilístico»)*, Coimbra, 1990, págs. 210 e ss.

atentados perpetrados a 11 de Setembro de 2001, cujos autores agiram com recusa, por princípio, da legitimidade do ordenamento jurídico, pretendendo a sua destruição⁵⁹²; afirmar, adianta, que os seus autores possam ser considerados como “pessoas” é inadequado, pois quem inclui o inimigo no conceito de cidadão delinquente não deve estranhar que se misturem os conceitos de “guerra” e de “processo penal”⁵⁹³.

⁵⁹² Cfr. GÜNTER JAKOBS, “Derecho Penal del...”, in JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Derecho Penal...*, cit., p. 42.

⁵⁹³ Cfr. GÜNTER JAKOBS, “Derecho Penal del...”, in JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Derecho Penal...*, cit., p. 42; não por acaso o Autor cita pela primeira vez neste trabalho de 2003 o seu próprio estudo de 1985, quando escreve: “[...] [Q]uien no quiere privar al Derecho penal del ciudadano de sus cualidades vinculadas a la noción de Estado de Derecho – control de las pasiones; reacción exclusivamente frente a hechos exteriorizados, no frente a meros actos preparatorios; respeto a la personalidad del delincuente en el proceso penal, etc. – debería llamar de otro modo aquello que *hay que* hacer contra los terroristas si no se quiere sucumbir, es decir, lo debería llamar Derecho penal del enemigo, guerra refrenada.” O seu trabalho continua com uma análise de duas tendências gerais no Direito Penal, por um lado, relativamente ao cidadão, em que se espera pela exteriorização do facto praticado para reagir, com o fim de confirmar “a estrutura normativa da sociedade” e, por outro lado, relativamente ao inimigo, com a sua intercepção num estado prévio, na medida em que se combate a sua perigosidade; Jakobs avança com exemplos normativos destas duas revelações *de sentido* do direito penal (e que foram desde logo objecto do seu estudo de 1985, pelo que as podemos observar há décadas no âmbito do direito penal), dando como exemplo da primeira tendência (e que coincide com o Direito Penal das liberdades), a previsão da punição do homicídio, que só considera a situação de autoria imediata quando o Autor se dispõe imediatamente a realizar o tipo (§§ 22, 21 StGB); e dando como exemplo do segundo tipo, o tratamento que é dado ao líder de um grupo terrorista (ou do *homem de trás*), que é punível com uma pena só muito ligeiramente inferior ao autor de um crime de homicídio na forma tentada, somente pela fundação da associação ou pela prática de actividades dentro desta (§ 129 a StGB), portanto, eventualmente muitos anos antes da prática de qualquer facto previsto com maior ou menor nitidez no âmbito de tal associação, no que, nas palavras de Jakobs se pode chamar, materialmente, de uma “*custodia de seguridad anticipada que se denomina «pena»*”, cfr. *idem*, págs. 44 e 45; e logo a seguir avança com uma descrição da polaridade semelhante que se pode observar no direito processual penal, notando-se neste, à semelhança do que se passa no Direito Penal material, regulações mais extremas que se dirigem à eliminação de riscos terroristas; exemplo claro é a figura da *incomunicabilidad* entre o preso e o seu defensor (§§ 31 y ss. EGGVG) para evitar riscos contra a vida, integridade física ou a liberdade de uma pessoa; e a par destes exemplos, tornou-se clara para o Mundo, após o 11 de Setembro de 2001, a repetição de procedimentos à margem do processo penal, com

É em nome do contágio do Direito Penal do Cidadão por parte de figuras derivadas do conceito de “guerra” que JAKOBS justifica a necessidade de autonomizar um Direito Penal para o Inimigo, que contenha a “guerra” nos seus devidos limites, sem que esta entre pelo Direito Penal adentro (ou seja, contamine o Direito Penal das liberdades, o Direito Penal do Cidadão).

Mas que guerra é esta a que se refere JAKOBS? Não é, de forma clara, uma guerra convencional. Não é uma guerra entre Estados. Não é uma guerra travada num espaço devidamente delimitado. Não é uma guerra com exércitos, com tropas. Pelo contrário, trata-se de uma guerra difusa no espaço; sem que os seus intérpretes estejam identificados de forma clara; é uma guerra sem soldados, quer atacantes, quer defensivos. Mas se são estes os contornos da guerra, será que podemos fazer uso da “guerra” como referência para um Direito Penal que se lhe adequa? Qual o campo de batalha da guerra a que se refere JAKOBS? É a nossa sociedade, é no Ocidente em que vivemos. A “guerra” de que fala JAKOBS – e não está naturalmente desacompanhado – é perpetrada por quem visa destruir a nossa sociedade, mas que não se identifica previamente como “soldado”. Portanto, é uma guerra que se concretiza a cada episódio/ataque e que não se declara abertamente, nem prossegue de modo contínuo ou persistente; cada ataque, embora anunciado por definição, é sempre imprevisível.

É relativamente a essa “guerra” intermitente que JAKOBS enquadra o “seu” *Direito Penal para o Inimigo* como um Direito Penal que, em bom rigor, já existe há longas décadas – muitos anos antes portanto da “declaração de guerra” ou, pelo menos, da

procedimentos de guerra, em vez de próprios de uma legítima administração da justiça, culminando na assunção de riscos de morte de inocentes em nome da eliminação dos terroristas e na ambígua situação de prisioneiros entre a sua condição de *criminosos* ou de *prisioneiros de guerra*, numa revelação da perseguição de crimes mediante a guerra.

consciência, da nossa parte, pertencentes ao “nosso mundo civilizacional”, dessa declaração de guerra (relembremos que no seu estudo de 1985 a sua preocupação maior é detectar normas e institutos do direito penal legislado que revelam uma tônica contrária ao Direito Penal das liberdades) –, mas que neste trabalho de 2003 como que *actualiza*, a pretexto do episódio marcante para a Humanidade do 11 de Setembro de 2001, dando um passo decisivo e muito mais controverso: o da legitimação de um Direito Penal para o Inimigo, quer para salvar [não contaminando] o Direito Penal do Cidadão (o Direito Penal das Liberdades), quer para poder agir perante o *outro* em que se constitui o *inimigo*, o qual, por si próprio, pela sua própria existência, representa um perigo para o “eu” em que se traduz cada cidadão, e que assim só é eficazmente *combatido* se for *neutralizado* antes que haja qualquer exteriorização da sua própria conduta.⁵⁹⁴

⁵⁹⁴ Mas há que reconhecer coerência a Jakobs, quando no seu texto “Terroristas como personas en Derecho?”, in JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Derecho Penal...*, cit., págs. 57 e ss. [o estudo que surge na edição desta obra de 2006 que temos vindo a seguir, e que foi publicado sob o título alemão «Terroristen als Personen im Recht?», in *ZStW* 117 [2005], fasc. 4, embora para este trabalho traduzido para a língua castelhana por Manuel Cancio Meliá, haja uma ligeira ampliação, com aditamento de novas notas de rodapé] começa precisamente por colocar em destaque que é o próprio legislador que faz uso da terminologia bélica, por exemplo, em 1986, na Alemanha é publicada uma lei intitulada “Luta contra o terrorismo” [Gesetz zur Bekämpfung des Terrorismus, de 19/12/1986, BGBl I, p. 2566], e em 2003 foi aprovada uma outra Lei de luta contra o terrorismo, por transposição de uma Decisão-Quadro do Conselho; questiona Jakobs se tal terminologia (como já vimos neste trabalho é igualmente comum no nosso Direito penal legislado) se limita ao enunciar de meras palavras ou se, pelo contrário, traduz verdadeiros conceitos, pois, nesta última hipótese, tal implica a existência [lógica, reforçamos nós] de um inimigo contra o qual há que agir. Aliás, Jakobs analisa a semântica utilizada pelo legislador ao anunciar o seu desígnio de luta contra o fenómeno criminoso (v.g. o terrorismo, à semelhança do que, noutras áreas o legislador anuncia como de “combate”, por exemplo, contra o analfabetismo ou a pobreza) e não já contra os seus agentes, e põe em destaque a característica fulcral que está subjacente às Leis penais: a *pena*, que não é aplicável ao fenómeno em si mesmo mas aos que o praticam; isto leva Jakobs a afirmar que a punição do terrorista é tão-somente um meio intermédio para atingir o fim principal que é, no caso, acabar com o fenómeno terrorismo.

Com este enquadramento, o *autor*, tal como é definido no âmbito do Direito Penal para o Inimigo, é ele próprio o *crime*.

3. Críticas à doutrina do Direito Penal para o Inimigo

3.1 A apreciação crítica de GOMES CANOTILHO

GOMES CANOTILHO apelida Jakobs de corifeu do movimento em torno do direito penal para o inimigo, numa sugestiva alusão à tragédia grega, fazendo uma análise às suas várias refrações no campo do direito constitucional.

Começa GOMES CANOTILHO por caracterizar o *Feindstrafrecht* como um “movimento jurídico, cultural e ideológico”⁵⁹⁵, que, segundo explicita, tem como seu texto básico o [pequeno em dimensão, adiantamos nós] livro intitulado *Derecho Penal del Enemigo* de 2003⁵⁹⁶, sem referência, portanto, à primeira apresentação do tema em 1985; este pormenor não deixa de ter o seu interesse: as críticas de GOMES CANOTILHO só podem e devem ser tidas em conta a partir da visão de JAKOBS espelhada no trabalho publicado em 2003 (sem dúvida mais acutilante e desenvolvido quanto às implicações dogmáticas da designação *Feindstrafrecht*), muito embora entendamos que a cabal concepção do Autor deva ser ponderada tendo presente o trabalho de 1985 (e, já agora, a sua concepção do que seja o próprio Direito Penal numa sociedade democrática e resulta do conjunto da sua vasta obra, ainda que não possamos neste nosso trabalho naturalmente fazer a sua análise completa).

⁵⁹⁵ Cfr. GOMES CANOTILHO, *Estudos...*, cit., p. 235.

⁵⁹⁶ Cfr. GOMES CANOTILHO, *Estudos...*, cit., p. 235, n. 6, que identifica como G. Jakobs/M Cancio Meliá, *Derecho Penal del Enemigo*, 2003, Madrid e já referida por nós *supra*.

A perspectiva de GOMES CANOTILHO, embora espelhando naturalmente a sua análise pessoal à temática do *Feindstrafrecht*, congrega muito do essencial das críticas que genérica, global e universalmente são dirigidas ao conceito de “direito penal para o inimigo”, razão por que decidimos eleger a sua visão como principal ponto de referência.

GOMES CANOTILHO afirma que “o direito penal contra o inimigo pretende ser uma *terceira velocidade* na perseguição do crime assente numa caixa de valores jurídicos, dogmáticos e ideológicos, substancialmente diferente do direito penal liberal-iluminístico. Este – chamado *Bürgerstrafrecht*, ou seja, o direito penal do cidadão – estrutura-se segundo um código de princípios de direito penal e de direito processual penal que, agora, encontram dignidade constitucional formal na maioria das leis fundamentais (princípio da legalidade, princípio da não retroactividade das leis penais, princípio de *non bis in idem*, princípio da presunção de inocência do arguido, princípio das garantias de defesa do réu, princípio do acusatório, princípio da reserva do juiz, etc.)”⁵⁹⁷ Avança o insigne Autor, depois de afirmar que o “Direito penal contra o inimigo [...], hoje, exerce profunda influência sobre alguns sistemas penais, designadamente, o norte-americano e o europeu”, este se tem destacado em três áreas das políticas e legislações criminais, como seja a legislação anti-terrorista, a criminalidade organizada e a delinquência sexual, destacando, como característica comum de tal legislação, a *Vorfeldkriminalisierung* da doutrina alemã, isto é, a antecipação da criminalização de comportamentos, a qual, segundo o Autor, assume as seguintes notas características: “[...] (1) tutela marcada, e intencionalmente antecipada, de bens jurídicos (segurança, ordem, bens materiais e pessoais); (2) centralidade do paradigma do crime de perigo indirecto, de forma a possibilitar a

⁵⁹⁷ Cfr. GOMES CANOTILHO, *Estudos...*, cit., págs. 235 e 236.

incriminação de condutas que, em abstracto, se revelam inidóneas e desadequadas para criar aquelas situações de perigosidade legitimadoras de antecipação de intervenção penal; (3) formulação estrutural dos pressupostos (*Tatbestände*) incriminadores com especial subvalorização dos pressupostos objectivos essenciais do direito penal; (4) inversão do *onus probandi*, atenuando a presunção de inocência do arguido; (5) radicalização da pena de prisão nos seus limites máximos e mínimos, e intensificação do rigor repressivo nas várias modalidades de execução de penas, acompanhada de bloqueio a políticas criminais alternativas.”⁵⁹⁸ GOMES CANOTILHO acrescenta, fazendo uso da sua expressão, a estas “deslocações dogmáticas”, a “radical mudança de rumo quanto à teleologia intrínseca do próprio sistema penal e das [suas] bases antropológicas”, por um lado, identificando o “funcionalismo sistémico” que se traduz na ideia de *res nullius* em que se converte o réu, em que “[o] “inimigo” se nega a si próprio como *pessoa*, aniquila a sua existência como *cidadão*, exclui-se de forma voluntária, e a título permanente, da sua *comunidade* e do sistema jurídico que a regula”, em que o fim da pena se converte numa “repressão expiatória através da segregação e neutralização do criminoso”⁵⁹⁹, abandonando-se assim o paradigma da sua anterior função geral preventiva.

O panorama traçado por GOMES CANOTILHO desagua, depois de identificar uma pressão sobre as Constituições contemporâneas, que as “obriga a rever os respectivos textos, sobretudo no âmbito das liberdades e garantias, transformando as regras em excepções e as excepções em regras (exemplo: quanto às hipóteses de violação do domicílio⁶⁰⁰, quanto à interceptação das comunicações, quanto à vigilância da privacidade,

⁵⁹⁸ Cfr. GOMES CANOTILHO, *Estudos...*, cit., p. 236.

⁵⁹⁹ Cfr. GOMES CANOTILHO, *Estudos...*, cit., p. 237.

⁶⁰⁰ Secundando o Autor, relembramos que neste nosso trabalho tivemos oportunidade de traçar “o caminho constitucional” que levou, precisamente, à alteração do regime da CRP relativo à possibilidade de entrada no domicílio durante o período nocturno no âmbito da investigação criminal por determinados crimes

quanto à extradição de nacionais), num “[...] Estado de direito democrático-constitucional” [que] volta a albergar o *estado de exceção* como estado de necessidade, sem as restrições do “direito de necessidade”, em que o “direito penal [se] abre a novos tipos de ilícito e acolhe conceitos de eficácia que põem em dúvida a sua radical autolimitação de direito de *ultima ratio* em instrumento de polícia e de cruzada contra os “inimigos”. Com as mutações naturais da sua historicidade, um *direito penal de permanência* evolui para um *direito penal de emergência*.”

3.2 Uma breve apreciação de conjunto: entre o Direito penal para o inimigo e a sua crítica

Vimos com algum detalhe que Jakobs se dedicou no seu trabalho de 1985 a expor/descrever *uma certa realidade* de um direito penal legislado e doutrinado e concluiu que havia diversos regimes legais e institutos dogmáticos (alguns com longas décadas) cujos respectivos regimes denunciavam um direito penal não típico das “liberdades”, mas de cariz diferente, com gradações, mas, nas palavras do próprio Jakobs, de muito discutível compatibilização com uma visão liberal e iluminista (emancipadora) de um direito penal protector de direitos, liberdades e garantias.

Nesse trabalho de 1985 Jakobs termina com o enunciar de um conceito que poderia servir para caracterizar esses regimes legais e institutos dogmáticos não inteiramente compatíveis com o Direito penal das liberdades, “criando” assim a denominação

considerados graves, nomeadamente, da criminalidade altamente organizada, cfr. *supra* Parte III, Cap. I, Sec. III, onde se pode observar a “dialéctica argumentativa” que levou o legislador constituinte com a sua especial e reforçada legitimidade a produzir tais alterações.

Feindstrafrecht.

Nesse trabalho Jakobs não desenvolve o que seja o “Direito penal para o inimigo”, antes dá *nome* a um certo Direito penal legal e doutrinário, cujas características permitem ser enquadradas num fenómeno com tal título.

“Criminalização num estado prévio à lesão de um bem jurídico” (*Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*) é o título que Jakobs deu ao seu estudo de 1985. Gomes Canotilho indica, como vector central da corrente dogmática do *Feindstrafrecht*, precisamente, a *Vorfeldkriminalisierung* da doutrina alemã, a qual afirma ser reconduzível a cinco características, das quais as duas primeiras [associadas] dizem precisamente respeito à ideia de antecipação da tutela penal de bens jurídicos, com o paradigma do que designa por crime de perigo indirecto (as outras três características que Gomes Canotilho associa à *Vorfeldkriminalisierung* só mais remotamente são associáveis a tal doutrina, se é que se revela adequado fazer alguma conexão, designadamente no que diz respeito à inversão do ónus da prova e à radicalização das penas de prisão).

Feita esta primeira constatação devemos, em rigor, afirmar que a posição de Jakobs, em 1985, em nada diverge da constatação de Gomes Canotilho, na medida em que o ilustre Autor alemão se dedicou em tal estudo, precisamente, a enumerar na lei e na doutrina os sinais inquietantes de um Direito penal menos assente na ideia de “facto” como pressuposto da *reação* criminal, portanto, sinais pouco compatíveis com um Direito penal das liberdades.

Com o seu trabalho de 2003, Jakobs, efectivamente, dá um passo largo/longo no sentido, não de fazer uma mera constatação de um certo Direito penal legislado e teorizado pouco compatível com uma raiz liberal e iluminista, como resulta do seu estudo de 1985, mas de legitimar a sua necessidade em função dos acontecimentos marcantes da História, surgindo o 11 de Setembro de 2001 como paradigma ou pretexto

fenomenológico; de forma algo paradoxal, e de forma implícita, o mais recente fenómeno terrorista dos nossos tempos surge assim como elemento legitimador de uma certa realidade de um Direito penal – agressivo – que em 1985 foi posto em causa pelo próprio Jakobs; e este Autor, em 2003, faz reprimatizar estes acontecimentos dramáticos para, implicitamente, legitimar uma certa corrente do Direito penal e motiva o Autor no alicerçar dogmático das razões pelas quais se deve partir da necessidade de, verdadeiramente, o fundar, partindo do conceito de “inimigo” das nossas sociedades para daí retirar o conceito de não-cidadão e de não-pessoa (e aqui sim, não há dúvida quanto à justeza da análise de Gomes Canotilho, quando enumera globalmente as cinco características do *Feindstrafrecht*, muito embora as duas últimas não estejam relacionadas directamente com a ideia de antecipação da tutela penal, mas antes com a ideia de inocuidade/neutralização do agente do crime).

Não pode haver dúvidas quanto à necessidade de o Direito penal ter de estar atento à evolução da fenomenologia criminosa, à semelhança da necessidade que qualquer ramo do Direito tem de se adaptar à vida que é o pretexto da sua própria existência.

Os quadros teóricos que permitem enquadrar o Direito são muito relevantes, por sua vez, na análise feita à fenomenologia a que se dirige. Há uma relação de mútua interacção entre o Direito e a Realidade que lhe serve de sentido; todavia, não há vias condicionantes de sentido único; com efeito, nem a Realidade deve ser a única determinante do Direito existente, nem o Direito produz por si só a Realidade; num certo sentido ambos se transcendem e condicionam mutuamente.

O trabalho de Jakobs de 1985 tem o condão de indicar/denunciar uma evolução paulatina de certos quadros teóricos e de certas soluções legislativas que se afastam de soluções coerentes com o Direito penal liberal. Nesse trabalho de 1985 Jakobs não analisa as razões fenomenológicas que podem ter condicionado essa evolução. Jakobs dá

um enorme salto no trabalho que apresenta em 2003, na medida em que, repescando a adjectivação que havia criado em 1985, se dedica a dar-lhe um sentido historicamente actualizado, ainda que mantendo uma linha argumentativa comum a ambos os estudos: a necessidade de autonomizar o Direito penal das liberdades do Direito penal desalinhado dessa matriz e que em 2003 Jakobs pretende legitimar como sendo o adequado ao “novo criminoso”, o “inimigo”, cujo fundamento filosófico vai encontrar no séc. XVIII.

Há sem dúvida uma fenomenologia criminosa cuja gravidade e intensidade colidem, na sua teleologia, de forma radical com a sociedade ocidental, tendo subjacente, ou uma intencionalidade assente numa carga ideológica e/ou religiosa, ou em si mesma, pela forma como se organiza e articula, uma densidade criminosa tal que permitem concluir ser seu fim último tudo fazer para impor o desaparecimento da [nossa] sociedade tal como a conhecemos.

O fenómeno terrorista, seja de cariz estritamente religioso e/ou político é a expressão máxima dessa intencionalidade; mas a “criminalidade organizada” também pode produzir semelhante sentimento em quem *sofre* as suas consequências [entenda-se: a sociedade como um todo], e, nessa medida, quando assim é, será totalmente justificado acrescentar, a meio do conceito, o advérbio de modo “altamente”.

Creemos assim poder dar um [ou uma via de] sentido à expressão “criminalidade altamente organizada”, que, como já vimos, é utilizada pelo legislador português de forma algo arbitrária, sem critérios rigorosos de distinção relativamente à “criminalidade organizada”⁶⁰¹.

⁶⁰¹ Cfr. *supra* Parte I, Cap. I, Sec. IV, 1 e 2, onde, a propósito dos sinais processuais penais da figura jurídico-penal da associação criminosa, quer a propósito da definição do que seja criminalidade altamente organizada para efeitos do disposto no art. 1.º, al. m) do CPP, quer do que seja “criminalidade organizada” no âmbito da Lei n.º 5/2002, cuja técnica legislativa se revela semelhante, isto é, a definição de cada um dos conceitos é feita por remissão para determinados tipos de crimes, observando-se que todos os crimes

Com efeito, o Direito Penal para o Inimigo pode contribuir para a clarificação/distinção entre “criminalidade organizada” e “criminalidade altamente organizada”, supondo esta a figura do “autor” como o de alguém que verdadeiramente o que pretende com a sua actuação criminosa é pôr em crise as raízes sobre a qual assenta a nossa sociedade; isto imporá uma avaliação detalhada e muito complexa da sua conduta, o que será tanto mais esclarecida quanto mais objectivável for tal avaliação.

Nesta medida, o Direito Penal para o Inimigo, pode assumir um contributo relevante para a definição de “criminalidade altamente organizada”, na medida em que, estando reunidos os pressupostos teóricos que a enquadram, poderá permitir racionalizar/objectivar os *pressupostos de facto* que permitam fazer actuar a reacção processual-penal e penal, cuja carga lesiva de direitos fundamentais tem de exigir de todos o maior cuidado.

Neste sentido, a aplicação dos pressupostos dogmáticos desta teoria para a aferição do que seja “criminalidade altamente organizada” poderá permitir dar uma interpretação muito mais restritiva do que seja tal conceito no nosso ordenamento jurídico, por exemplo, para efeitos do disposto no art. 1.º, al. m) do Código de Processo Penal, cuja remissão para os tipos de crimes que enuncia⁶⁰² não seria o bastante para a sua definição em cada caso concreto, devendo exigir-se a fundamentação *material/intencional* (coincidente nos seus traços com o enunciado teórico do Direito Penal para o Inimigo)

integradores do conceito de “criminalidade altamente organizada” (para efeitos do CPP), são igualmente integradores do conceito de “criminalidade organizada” (para efeitos da Lei n.º 5/2002, acrescentando esta lei outros crimes além daqueles), o que traduz uma duplicação na sua enunciação, isto é: os mesmos crimes servem de critério definidor simultaneamente de dois conceitos: eis a indistinção conceitual legislativa, que é igualmente demonstrável, como vimos, por exemplo, em sede de revisão constitucional, cfr. *supra* Parte III, Cap. I, Sec. II, 1.

⁶⁰² Cfr. a análise que fazemos *supra* Parte I, Cap. I, Sec. IV, 1 do conceito legal de “criminalidade altamente organizada”.

para concluir pela sua verificação.

O Direito penal (em sentido amplo) não pode ser indiferente a tal realidade, isto é, à existência de regimes legais processuais-penais e penais cujo *regime* é perfeitamente enquadrável nos enunciados do Direito Penal para o Inimigo, mas sem que haja a necessária sustentação dogmática, assentando na mais pura intencionalidade político-criminal determinada por uma agenda política securitária⁶⁰³ ao sabor dos fenómenos criminosos mais ou menos chocantes em cada momento histórico. E, paradoxalmente, o assumir de critérios coincidentes com os enunciados pela doutrina referida poderá permitir, como afirmamos relativamente ao que possa ser definido como “criminalidade altamente organizada” para efeitos do disposto no art. 1.º do nosso CPP, poderá ter efeitos garantísticos acrescidos, salvaguardando a actuação mais agressiva dos órgãos formais de controlo para as situações que mereçam efectivamente uma maior protecção, não bastando assim a mera enunciação de certos tipos de crimes, cuja gravidade não deve ser aferida em abstracto (como se limita a fazer a nossa lei processual penal), mas em concreto, isto é, com a verificação dos requisitos que *supra* já tivemos oportunidade de afirmar, como seja uma “fenomenologia criminosa cuja gravidade e intensidade colidem, na sua teleologia, de forma radical com a sociedade ocidental”.

⁶⁰³ Que, no entanto, surge com inexplicáveis omissões, pois se “as ações encobertas para fins de investigação criminal são hoje admissíveis, por via de legislação extravagante, relativamente a número elevado de crimes, previstos em alíneas que quase esgotam as letras do alfabeto (artigo 2.º da Lei n.º 101/2001, de 25 de agosto), contrastando com a legislação anterior que previa este tipo de ações somente quanto ao tráfico de estupefacientes e substâncias psicotrópicas e quanto ao combate à corrupção e à criminalidade económico-financeira [...]” é “[...] com perplexidade [...]” que se constata que “[...] o crime de tráfico de pessoas [tenha] deixado de constar do artigo 2.º da Lei das ações encobertas para fins de prevenção e investigação criminal.”, assim MARIA JOÃO ANTUNES, in *III Congresso de Investigação Criminal – Novas Perspectivas e Desafios*, Associação Sindical dos Funcionários de Investigação Criminal da Polícia Judiciária/Universidade de Coimbra, 2015, págs. 121 e 122.

Cremos ser justificado atribuir mérito ao esforço argumentativo de Jakobs, na medida em que procura chamar a atenção precisamente para a necessidade de haver um esforço de adaptação por parte dos quadros teóricos do Direito penal; com efeito, é premente dar resposta a uma criminalidade cuja intensidade – a realidade obriga a reconhecer –, tem “obrigado” a produzir soluções político-criminalmente motivadas sem sólido e maturado enquadramento teórico/doutrinário prévio; noutro sentido, essa *maturação* doutrinária será relevantíssima para o enquadramento das novas soluções a produzir no futuro.

É curioso que Jakobs avance com uma tentativa de legitimação do “seu” *Feindstrafrecht* na sequência de um trabalho prévio, o de 1985, em que o sentido da sua argumentação parecia crer pôr em relevo a existência de soluções legais e doutrinárias que se desviavam de um conceito de Direito penal queurgia defender, o das Liberdades. Em 2003, Jakobs como que aproveita esse percurso e, dando um sentido útil ao caminho que um certo Direito penal produzido ia traçando, enquadra-o como resposta necessária para a tal “nova criminalidade” que põe em crise os fundamentos da sociedade ocidental.

Mas se em 1985 a designação do “Direito penal para o Inimigo” tinha um sentido simbólico e surgia como uma caracterização – caricatural – de um Direito penal indesejado, em 2003 a caricatura passa a “personagem real”, ganha vida, e, a partir desse momento, surge a necessidade de sustentar a sua *existência*.

Tal sustentação tem, entre muitos outros⁶⁰⁴, dois pólos teóricos muito controversos: 1) por um lado, a “antecipação da punição”, compatível com o Direito penal clássico, é

⁶⁰⁴ Com efeito, a doutrina do *Feindstrafrecht* suscitou inúmeras produções doutrinárias, dedicadas a dissecar os seus erros e pressupostos filosóficos em que se sustenta, pelo que, só para dissecar toda a argumentação que se lhe opõe teríamos pretexto para realizar um estudo autónomo, inevitavelmente, de cariz mais descritivo do que discursivo.

eleita pela nova corrente como o quadro teórico de excelência em que se deve mover a reacção dada ao fenómeno criminoso (Gomes Canotilho destaca precisamente esta vertente teórica como base de todo o Direito penal para o Inimigo); 2) por outro lado, o conceito de “inimigo” [pres]supõe, sob o ponto de vista lógico, um outro conceito, o de “guerra”, cujos contornos não estão devidamente desenvolvidos e que no quadro de comportamentos criminosos não previamente anunciados, sem um palco de deflagração definido e sem tropas, como é aquele de que parte Jakobs, se revela de muito difícil adequação; basicamente do que se trata é de querer compatibilizar uma “ideia” de “Direito penal” com a “ideia de guerra [justa⁶⁰⁵]”, mas cujos pressupostos teóricos se revelam, sem outro tipo de desenvolvimento teórico, inconciliáveis⁶⁰⁶. Há assim esta

⁶⁰⁵ *Bellum iustum*, cujo sentido é revelado por HANS KELSEN da seguinte forma: “Es un principio fundamental del derecho internacional general que la guerra es permitida únicamente como una reacción contra una ilicitud sufrida – es decir, como una sanción – y cualquier guerra que no tenga este carácter es un entuerto, es decir, una violación del derecho internacional. Ésta es la sustancia del principio de *bellum iustum*”, in *La Paz por medio del Derecho*, Editorial Trotta, 2.ª Edición, 2008, p. 91; para uma abordagem da doutrina da guerra justa, consubstanciada no Direito à Guerra, cfr. JOHN RAWLS, *A Lei dos Povos*, Quarteto, 2000, págs. 99 e ss., com destaque para a enunciação dos princípios restritivos da conduta de guerra, que pressupõem, de um lado, os *povos-bem-ordenados* e, do outro, os estados fora-da-lei, sendo que nestes, ao contrário daqueles outros, “os membros civis da sociedade não podem ser os que organizaram e originaram a guerra. Esta foi levada a cabo pelos governantes e funcionários, com a ajuda de outras elites que controlam e preenchem o aparelho de estado. São eles os responsáveis; eles quiseram a guerra; e, ao fazê-lo, tornaram-se criminosos. Mas a população civil, muitas vezes mantida na ignorância e submersa na propaganda estadual, não é responsável.”, *ob. cit.*, págs. 104 e 105; para uma análise detalhada, no plano do direito internacional, dos requisitos para que possa haver “guerra legítima”, cfr. MARIA ISABEL TAVARES, *Guerra e Responsabilidade, A Intervenção Militar no Iraque em 2003*, Universidade Católica Editora, Porto, 2015, págs.121 e ss.

⁶⁰⁶ “Lo que teme el Estado, esto es, el derecho en su mayor fuerza, nos es tanto el crimen o el bandidaje, incluso a gran escala, como la mafia o el narcotráfico, si trasgreden la ley con vistas a obtener beneficios particulares, por importantes que éstos sean (Es cierto que hoy esas instituciones quasiaestatales e internacionales tienen un estatuto más radical que la del bandidaje, y representan una amenaza con la que tantos Estados no llegan a enfrentarse sino haciendo alianza con ella, y sometiéndose a ella, por ejemplo, al

fragilidade conceptual de base que se traduz na aplicação de conceitos [necessariamente] em sentido impróprio – como sejam os de “inimigo” ou de “guerra” no âmbito do Direito penal, pretendendo, com tais conceitos, alicerçar um *outro Direito penal* que surge assim com essa fragilidade genética⁶⁰⁷.

Mas esta fragilidade de que falamos é observável no próprio Direito penal [já] criado – e para o qual Jakobs faz o devido alerta logo em 1985 –, na medida em que é pródigo na utilização de linguagem bélica, não por acaso, naturalmente, antes reflectindo uma evolução politico-criminalmente determinada, mas teoricamente incipiente quanto

sacar provecho con el «blanqueo de dinero», por más que finja que la combate por todos los medios.) El Estado tiene miedo de la violencia *fundadora*, esto es, capaz de justificar, de legitimar (*begründen*) o de transformar relaciones de derecho (*Rechtsverhältnisse*), y en consecuencia de presentarse como teniendo un derecho al derecho. Esta violencia pertenece así por adelantado al orden de un derecho que queda por transformar o por fundar, incluso su puede herir nuestro sentimiento de justicia (*Gerechtigkeitsgefühl*). Sólo esta violencia reclama y hace posible una «crítica de la violencia» que determina ésta como otra cosa que el ejercicio natural de la fuerza.”, assim, JACQUES DERRIDA, *Fuerza de Ley, El «fundamento místico de la autoridad»*, Editorial Tecnos, Reimpresión, 2010, págs. 89 e 90.

⁶⁰⁷ Noutra perspectiva, o enfoque no conceito de *inimigo* pode ser feito por contraposição ao conceito de *pessoa*, aliás, precisamente, a dicotomia expressamente invocada por Jakobs, “como entidades sujeitas [*pessoa vs inimigo*] a estatutos jurídicos radicalmente diferentes. A pessoa beneficia dos direitos do pacto de que é simultaneamente autora e destinatária. O inimigo, não sendo pessoa, não tem propriamente direitos, porque abandonou a comunidade legal e, por isso, beneficia apenas das limitações que o Estado quiser impor à coacção que contra ele emprega. [...] Na concepção de Jakobs, a atribuição do estatuto de pessoa é *função* do modo como o indivíduo se posiciona em relação ao dever-ser jurídico e, portanto, um estado variável e eventual, numa espécie de regresso à *persona* romana ou ao *subjectum* medieval (o sujeito é “*aquilo que se predica da pessoa na civitas*”, na expressão de Heineccius trazida por H. Seixas Meireles). [...] Ora, a pessoa constitui uma entidade pré-jurídica, trans-jurídica, que, sendo *criadora* do direito, não pode, por impossibilidade lógica, ser um seu produto. [...] O reconhecimento obrigatório e *ne varietur* da pessoa enquanto tal é, ao invés, uma sujeição do direito à preeminência do “*valor absoluto da pessoa-valor*” (Baptista Machado). Em suma, a atribuição do estatuto de pessoa não está, não pode estar no século XXI, na disponibilidade do legislador.”, cfr. PEDRO CAEIRO, in *III Congresso de Investigação Criminal – Novas Perspectivas e Desafios*, Associação Sindical dos Funcionários de Investigação Criminal da Polícia Judiciária/Universidade de Coimbra, 2015, págs. 128 a 130.

aos seus fundamentos.

Creemos que será justo enquadrar a doutrina do Direito Penal para o Inimigo precisamente nesta linha argumentativa, a jusante da tendência político-criminal revelada pelas diversas exteriorizações legislativas, sejam nacionais ou internacionais e, nessa medida, representando uma tentativa de *racionalização* de quadros teóricos.

Este exercício de racionalização é a herança mais relevante da doutrina do Direito Penal para o Inimigo. Podemos discordar, sob o ponto de vista material, da legitimação da reacção penal mais extrema em que se traduz; mas a “reacção doutrinária”, quer relativamente à fenomenologia criminosa radical em que se traduz o “outro-que-nos-quer-aniquilar”, quer relativamente às concretizações legislativas derivadas de uma política legislativa que avança em nome de uma tranquilidade pública que urge restaurar é, por si só, um *sentido* que lhe deve ser reconhecido e, se se não concorda com as soluções alcançadas, há que trabalhar outras, há que procurar manter a teoria a par da vida que pretende compreender e enquadrar. Nessa medida, é uma corrente doutrinária cuja existência deve motivar o surgimento de outras que busquem um outro sentido, mas tenha presente esta necessidade de, não podendo antecipar a vida, pelo menos busque compreendê-la.

Subjacente à doutrina do Direito Penal para o Inimigo está uma ideia profunda de “crise”; a ideia de crise é, porém, ela própria recorrente e perene no pensamento jurídico e, porque não dizê-lo, no pensamento humano: não há “tempo presente” que não tenha a “crise” como factor perturbador e, simultaneamente, motivador da própria criação de soluções que visam uma pacificação, no limite, ético-moral, tornando-a [a crise] a cada momento mais compreensível em si mesma e remetendo-nos para um futuro que a supera, no que se convola em utopia nunca alcançada e que afinal nos move permanentemente enquanto seres, enquanto sociedades.

“La crisis es un mundo de transformación profunda, una quiebra de las convicciones fundamentales que rigieron la vida del pretérito y la ausencia de un novo sistema de convicciones que se haya instalado real y efectivamente como estructura de la sociedad; por lo tanto, es azoramiento, un no saber a qué atenerse, una pérdida de seguridad en la vida y de claridad y de firmeza en cuanto a las directrices de conducta. E se podemos com verdade dizer que estas palavras de RECASENS SICHES descrevem uma situação que se fez real no nosso tempo, decerto que o direito não podia ficar imune, na multímoda crise moral e cultural que é a nossa circunstância. Um pessimismo difuso, e também não raro expresso, quanto à herança cultural por que se tem moldado a existência humana nos últimos séculos, não deixa de levar a perguntar se aquilo que dessa herança recebemos como «o direito» será na verdade uma realidade sã, a cumprir uma ideia ético-sociológico-existencialmente válida, ou se não será antes mais um daqueles mitos que calculados farisaísmos têm historicamente avalizado, comprometidos em intenções e interesses ilegítimos, ou que se volveram já ilegítimos, e propostos apenas a assegurar-lhes a sua subsistência eficaz. São múltiplos os factores – a axiológicos-existenciais, sociológicos, ideológico-políticos, gnoseológico-epistemológicos, etc. – a mostrarem-nos o ruir irrecuperável de pretéritas convicções, e, assim, a suscitarem e a justificarem uma tão perturbadora dúvida.”⁶⁰⁸

⁶⁰⁸ Cfr. ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de-facto/Questão-de-direito ou o Problema Metodológico da Juridicidade (Ensaio de uma reposição crítica)*, Livraria Almedina, Coimbra, 1967, págs. 589 e 590, onde, imediatamente a seguir, o Autor aprofunda cada um dos factores, de que destacamos o *axiológico*, numa surpreendente perenidade de sentido, na medida em que “[o]s sistemas tradicionais de valores [se] desvitalizaram [...] deixando de alimentar-se do actual «projecto» humano, do mesmo passo caducaram como intenções ordenadoras da vida real – ultrapassados pela história deixaram de guiar o nosso esforço histórico [...]; o próprio homem, polo de convergência e sujeito de todos os valores, se não mesmo o fundamento ontológico deles, nos surge outro: um homem que se sabe irredutivelmente autónomo e que não renuncia mais à dignidade dessa autonomia; um homem como *pessoa*, que se conhece irregressivo e

Muito intimamente conexionado com a temática do Direito Penal para o Inimigo podemos reconhecer o *factor ideológico-político* como primacial, na medida em que as *exteriorizações legislativas* – determinadas por uma tendência político-criminal muito precisa e generalizada – têm superado e colocado em crise *existencial* bases filosóficas fulcrais do Direito Penal, e relativamente ao qual, de forma lapidar, CASTANHEIRA NEVES escreve “[...] à estatização do direito, pela qual ele tendendo sempre a identificar-se com o Estado, e o jurídico a confundir-se com o político, como que acabou por renunciar à sua autonomia e a prestar-se a ser um eficaz instrumento de realização de fins exclusivamente ideológico-políticos, pondo-se por inteiro ao seu serviço. Foi fácil desse modo degradar-se a mero instrumento técnico, na inteira e exclusiva disponibilidade de um legislador, a simples processo de emissão de ordens autoritárias em massa – e quando não o meio de legitimar formalmente os mais ignóbeis fins políticos, como no-lo mostra a triste experiência do nosso tempo [...]].”⁶⁰⁹

que só reconhece como ómega de superação aquele que se traduz numa acabada e definitiva personalização. E a heteronomia formalmente objectiva do jurídico tradicional, com o dogmatismo hipostasiante que lhe vai associado, quando não exprima apenas a defesa da «segurança» – de uma segurança que os factos mostravam favorável ao sector socialmente satisfeito –, sempre traria consigo, ponto ainda mais grave, o mecanismo de uma «*Selbstentfremdung*» em que o homem assistiria ao sacrifício da sua autenticidade e da sua verdade moral, em nome embora de uma objectividade normativa que não seria dele, tal como funcionava, senão a sua negação.”, *ob. cit.*, págs. 590 e 591.

⁶⁰⁹ Cfr. ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de-facto...*, cit., págs. 592 e 593, palavras historicamente enquadráveis num debate ideológico que há não muito tempo poderia parecer superado (entre a visão estatista e planificada e uma visão liberal da sociedade) – numa antecipação da ideia hegeliana do fim da História, retomada, sabemos hoje, de forma algo precipitada, na última década do séc. XX, tendo para muitos como referência Francis Fukuyama, embora porventura motivados mais pelo título da obra do que pelo seu conteúdo [que escreve, por exemplo: “A nossa própria existência ensinou-nos, aparentemente, que o mais provável é que o futuro nos traga novos e inimagináveis males, desde ditaduras fanáticas e genocídios sangrentos à banalização da vida através do consumismo moderno, e que nos esperam desastres sem precedentes, dos invernos nucleares ao aquecimento global.”, cfr. *O Fim da História e o Último Homem*, Gradiva, 2.^a Edição, 1999, p. 27 e, mais tarde, em resposta a críticas que lhe foram

De já tão longínqua, cremos tratar-se de uma tendência – a da *manipulação do direito pelo político para fins ideológicos* – que urge pôr em destaque e, ela sim, em *crise*, porque, em última análise, *o direito* deixa de desempenhar a sua vertente de limite ao *político*, o que distorce a própria natureza constitucional das nossas [ocidentais] sociedades, para passar a ser somente uma sua ferramenta, portanto, na sua completa disponibilidade.

O Direito Penal para o Inimigo, na sua relevante vertente da mera constatação de um

dirigidas, “[o] *Fim da História* é, em última análise, um argumento sobre modernização. O que é *inicialmente* universal não é o desejo de uma democracia liberal, mas o desejo de viver numa sociedade moderna, com a sua tecnologia, a sua qualidade de vida, cuidados de saúde e acesso a um mundo mais vasto. A modernização económica, quando bem-sucedida, tende a suscitar exigências na participação política, ao criar uma classe média com propriedade a proteger, níveis mais elevados de escolaridade e uma maior preocupação com o reconhecimento das pessoas enquanto indivíduos. A democracia liberal é um dos subprodutos desde processo de modernização, algo *que se torna* uma aspiração universal apenas ao longo do curso da História. Nunca apresentei como certa uma certa uma versão dura da teoria da modernização, com etapas de desenvolvimento rígidas ou resultados economicamente determinados. As contingências, a liderança e as ideais desde sempre constituíram factores de complicação, que fazem com que os retrocessos sejam possíveis, se não mesmo prováveis.”, in *Depois dos Neoconservadores, A América na Encruzilhada*, Gradiva, 2006, p. 53 e, porventura motivado por uma acrescida clarificação do seu pensamento, escreve: “[...] ninguém que viva numa democracia liberal deve ser complacente em relação à inevitabilidade da sua sobrevivência. Não existe nenhum mecanismo histórico automático que torne o progresso inevitável ou que impeça a decadência e o retrocesso.”, in *Ordem Política e Decadência Política, Da Revolução Industrial à Globalização da Democracia*, D. Quixote, 1.^a Edição, 2015, p. 741] –, mas cuja pertinência recrudescer no nosso tempo presente, pois muita da discussão da nossa actualidade volta a obrigar a pensar o sentido do papel da sociedade e do Estado, embora com uma maior complexidade internacional atento o enquadramento institucional [externo e interno] dos países, muitos lidando com problemas graves de identidade nacional e religiosa; ainda assim é fulcral hoje em dia pensar qual o papel do Estado, qual o papel dinamizador que deve desempenhar e qual o espaço que deve ser dado à sociedade civil enquanto pólo maior da dinâmica e diversidade sociais. Entre a visão estatista e planificada da vida social e uma visão orgânica da sociedade – segundo a qual esta evolui pela sua natural e intrínseca dialéctica/dinâmica que resulta da relação inevitável dos homens entre si –, surgem diversas respostas para muitos dos problemas colocados ao Direito.

direito-já-existente, isto é, convertido em mero “instrumento técnico, na inteira e exclusiva disponibilidade do legislador”, traduz um alerta fundamental⁶¹⁰, que não deve ser *encoberto* pela sua outra vertente, de sentido contrário e paradoxal, de *legitimação* desse mesmo *direito assim fabricado*⁶¹¹.

⁶¹⁰ Relativizando este nosso entendimento, embora reconhecendo este papel *denunciador* de um certo direito positivo, MARIA JOÃO ANTUNES afirma que “[e]nquanto instrumento descritivo-analítico e crítico-denunciador do direito positivo temos de reconhecer que o conceito de direito penal do inimigo não deixa de mostrar alguma utilidade e aptidão, ainda que possamos chegar aos mesmos resultados através de outros instrumentos, o que acaba por mostrar que afinal o conceito não é assim tão útil quanto possa parecer.”, in *III Congresso de Investigação Criminal...*, cit., p. 118; PEDRO CAEIRO, debatendo as razões da notoriedade do direito penal do inimigo, afirma, como “primeiro factor”, a sua “*natureza provocatória* e algo *anacrónica*, seja como modelo analítico, seja como proposta político-criminal.”, in *III Congresso de Investigação Criminal...*, cit., p. 126.

⁶¹¹ Esta ideia de *paradoxo* relativamente ao “Direito penal para o inimigo” é quase algo que lhe é inerente; revela precisamente essa ideia de *paradoxo* a situação relatada por CANCIO MELIA e GÓMEZ-JARA DÍEZ a propósito das jornadas bianuais de professores de Direito penal, em 2005, em Frankfurt, quando num debate a propósito da doutrina referida o Procurador geral federal alemão Kay Nehm, se, por um lado, sob o ponto de vista teórico, afirmou ser contra tal corrente doutrinária nas suas bases filosóficas, por outro lado, perante a introdução de alterações ao Direito penal e processual penal dirigidas ao fenómeno terrorista de influência islâmica, nomeadamente, com a punição mais ampla de diversos actos preparatórios, mostrou-se favorável a tais alterações, concluindo, com propósito, os autores o seguinte: “[p]uede decirse que lo único que no quiso el Fiscal Federal General fue la etiqueta *Derecho penal del enemigo*; sí deseaba, en cambio, las modificaciones materiales del ordenamiento jurídico-penal que se conocen bajo esta denominación. [...] Esta actitud es frecuente. A este respecto, no le falta razón a Jakobs cuando afirma que la discusión en este contexto hasta el momento consiste, en gran medida, en escenificar indignación *tout court*. En efecto, resulta irritante la descalificación global del posible contenido analítico de la noción de Derecho penal del enemigo, tildándola de modo genérico como mera ideología justificativa de todo tipo de terror penal, y dejando de lado por completo el *pequeño detalle* de que después de la indignación, las normas penales en cuestión siguen en vigor [...]”, cfr. CANCIO MELIA/GÓMEZ-JARA DÍEZ, “Presentación”, in *Derecho penal del enemigo, el discurso penal de la exclusión*, vol. I, Cancio Meliá/Gómez-Jara Díez Coordinadores, Montevideo-Buenos Aires, 2006, págs. IX e XX.

Abordagem conclusiva à Parte III

Com a Parte III terminamos este estudo.

Tal como enunciámos ao começar esta Parte chegámos à Constituição Portuguesa após um percurso normativo iniciado, nas Partes anteriores, com a análise da legislação ordinária, a que se seguiram referências legislativas internacionais, na procura do sentido para melhor enquadrar o crime de associação criminosa e o conceito de criminalidade organizada, expondo a relação normativa entretecida entre ambos, com definição dos seus pontos de contacto e das suas diferenças.

Pressupondo a Constituição como o “topo” normativo referencial de todo o sistema jurídico, propusemo-nos encontrar referências normativas que permitissem aí sustentar o conceito jurídico-penal da “criminalidade organizada” e do qual pudesse irradiar o sentido orientador da sua consagração na legislação ordinária.

Fizemos a análise detalhada aos dois “momentos” em que podemos colher referências expressas ao conceito de criminalidade organizada no texto constitucional: o primeiro, a propósito do regime jurídico-constitucional do tribunal de júri e, o segundo, com a possibilidade de entrada à noite no domicílio; em ambos os “momentos”, encontrámos no seu regime normativo incongruências graves, sob o ponto de vista literal, como sucede entre os requisitos estabelecidos na Constituição para o tribunal de júri e os que resultam do art. 13.º, n.º 1 do CPP; feito o caminho, somos forçados a reconhecer que, na Constituição, não há pilares auto-suficientes para a sua definição.

Com efeito, vimos que o legislador constituinte não trouxe qualquer acrescento valorativo ao conceito de criminalidade organizada consagrado pelo legislador ordinário, e, por essa razão, apelidámos de “pecado constitucional” tal circunstância, na medida em que a Constituição parece não surgir como primeira referência axiológico-normativa;

todavia, pretendemos ultrapassar tal dificuldade (numa dinâmica dominada por um optimismo existencial, tão comum em todos aqueles que fazem questão de construir uma história com final feliz...), afirmando que tal importação, por parte da Constituição, do conceito de criminalidade organizada plasmado na lei ordinária, se traduziu numa sua efectiva “constitucionalização”, cristalizando-o no diploma normativo fundamental e desse modo impedindo uma posterior alteração, sem critério [constitucional], por parte do legislador ordinário. Ficou assim afirmado um movimento de apropriação por parte da Constituição de um conceito que não foi por si originalmente sedimentado (nem, em bom rigor, se deve afirmar que, por força da natureza das coisas, assim tivesse que ter acontecido), que permite ultrapassar, com relativa facilidade, o que parecia ser uma dificuldade de difícil transposição ou que fosse causa de uma especial fragilização conceitual.

Neste sentido, e recuperando um Ac. do Tribunal Constitucional (que, todavia, não decidiu, no nosso entender, como vimos, em consonância com a sua própria fundamentação), vislumbrámos dois critérios materiais que podem e devem caracterizar e enquadrar o conceito constitucional de criminalidade organizada: 1) elevado grau de organização do processo criminoso; 2) uma especial lesividade e perigosidade das condutas criminosas. Concluímos assim que estes dois critérios, de forma cumulativa, serão fundamentais para avaliar a conformidade constitucional de determinado diploma ou norma que restrinja direitos, liberdades e garantias em nome da punição de fenómenos enquadráveis como “criminalidade organizada”; propusemos ainda a aplicação destes dois critérios materiais para superar as incongruências que encontrámos no regime jurídico-constitucional do tribunal de júri, pondo em realce igualmente o que deva ser entendido como *criminalidade altamente organizada*.

Vimos que o legislador constituinte utiliza de forma algo indistinta, numa aparente

equiparação de sentido, os conceitos de criminalidade organizada e criminalidade altamente organizada e propusemos, como forma de dar consistência à utilização do advérbio de modo, enquadrá-lo no âmbito da corrente doutrinal do *direito penal para o inimigo*. E foi precisamente por aqui que iniciámos o fim do caminho.

Fizemos uma primeira abordagem à doutrina que tem em Jakobs o seu autor inaugural a propósito das questões suscitadas pela entrada no domicílio permitida pela Constituição – e, a jusante, pela lei processual penal – quando em causa está uma investigação criminal e prosseguimos depois com um tratamento autónomo (na Sec. IV do Cap. I desta Parte) de tal doutrina, dissecando o seu sentido inicial (tal como resulta do trabalho de Jakobs de 1985) e o que veio entretanto a adquirir, dando natural relevo às críticas que lhe são dirigidas.

A abordagem à temática do direito penal para o inimigo teve o condão de permitir fechar o ciclo: com efeito, no texto inaugural de Jakobs, se há algum exemplo claro do que o Autor apelida de *Feindstrafrecht* é, precisamente, o tipo de crime da associação criminosa, o que decorre desde logo do título que deu a tal trabalho *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, sendo assim o exemplo paradigmático da “antecipação da acção penal”, na medida em que simboliza a criminalização de comportamentos prévios à lesão de bens jurídicos e, nessa medida, traduz uma expansão da antecipação da punibilidade, numa subjectivização da lei penal, orientada para a punição do *autor* enquanto tal, desfasado da sua *conexão* aos factos que praticou ou poderia praticar. Foi interessante observar, a partir do primeiro texto de Jakobs, que ele foi o primeiro dos críticos do *Feindstrafrecht*, que surge como negação do Direito Penal das Liberdades por si defendido, e que admite como necessário em circunstâncias absolutamente excepcionais.

Pudemos analisar uma evolução do seu pensamento e constatámos que Jakobs, num

texto de 2003, converteu o *Feindstrafrecht* numa verdadeira proposta normativa, desenvolvendo o que antes apenas ficara meramente anunciado como rótulo para um “direito penal-aí”.

Demos conta dessa evolução proposicional da temática do *Feindstrafrecht* em conjugação com a análise às críticas que lhe foram sendo dirigidas pela generalidade da doutrina – não exclusivamente penal – e fizemos a sua apreciação global, procurando colocar em destaque as suas virtudes e fragilidades, propondo-se que o *Direito Penal para o Inimigo* possa ser um contributo relevante para a definição de “criminalidade altamente organizada”; neste sentido, devem exigir-se *pressupostos de facto* que sejam enquadráveis em tal doutrina, propiciando uma interpretação restritiva do que seja tal conceito, nomeadamente, quando se mostra previsto na alínea *m*) do art. 1.º do CPP, na medida em que a remissão literal aí feita não seja o bastante para a sua definição em cada caso concreto, devendo exigir-se fundamentação *material/intencional* (com apelo aos critérios que podem ser colhidos da doutrina do *Feindstrafrecht*) para concluir pela sua efectiva verificação; além do mais, esta solução permitiria ultrapassar, como vimos, incongruências “literais” existentes, por exemplo, entre o regime jurídico-constitucional da formação do tribunal de júri e o modo como, na lei ordinária, se encontra previsto, no art.13.º do CPP.

Bibliografia

BMJ, 200, págs. 348 a 401.

Código Penal Portuguez, Projecto da Comissão, tomo II, Lisboa, Imprensa Nacional, 1861.

Código Penal Portuguez, Relatório da Comissão, tomo I, Lisboa, Imprensa Nacional, 1861.

Código Penal, Actas e Projecto da Comissão de Revisão, Ministério da Justiça, 1993.

Diário da Assembleia da República

Lei da Criminalidade Organizada da Colectânea de Leis Penais Avulsas, A.L.R.A.E.M., 2002.

“Livro Verde sobre a protecção penal dos interesses financeiros comunitários e a criação de um Procurador Europeu” (Bruxelas, 11.12.2001, COM(2001) 715 final).

“The Law Commission (Law Com. N.º 76)”, *Criminal Law, Report on Conspiracy and Criminal Law Reform*, The House of Commons, 17 de Março de 1976, London.

“Organised Crime National Situation Report”, *Bundeskriminalamt*, 2011.

Results of a Pilot Survey of Forty Selected Organized Criminal Groups in Sixteen Countries, Office on Drugs and Crime, United Nations, September/2002.

ALBRECHT, Hans-Jörg, “Criminalidade organizada na Europa: perspectivas teórica e empírica”, in *ASFIC-PJ e IDPCC-FDUL, 2.º Congresso de Investigação Criminal*, Coordenação Científica Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias e Paulo de Sousa Mendes, Almedina, 2010, págs. 73 a 99.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de,

- *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2.ª edição actualizada, Universidade Católica Editora, 2010;

- *Comentário do Código de Processo Penal, à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem* 3.ª edição actualizada, Universidade Católica Editora.

ALTAVILLA, Enrico, *O Delinquente e a Lei Penal*, vol. I, tradução de Fernando de Miranda, Coimbra Editora, Lda, 1.ª edição, 1964.

ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Almedina, Coimbra, 1987.

ANDRADE, Manuel A. Domingues de, *Ensaio Sobre a Teoria da Interpretação das Leis*, 4.ª Edição, Coimbra, 1987.

ANDRADE, Manuel da Costa,

- *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, Coimbra Editora, 1990.
- *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Coimbra Editora, 1992.
- “A Fraude fiscal – Dez anos depois, ainda um “crime de resultado cortado”?”, in *DPEE*, vol. III, Coimbra Editora, 2009, págs. 255 a 291.
- “*Bruscamente no Verão Passado*”, a reforma do Código de Processo Penal, Coimbra Editora, 2009.

ANTUNES, Maria João, *III Congresso de Investigação Criminal – Novas Perspectivas e Desafios*, Associação Sindical dos Funcionários de Investigação Criminal da Polícia Judiciária/Universidade de Coimbra, 2015, págs. 117 a 124.

ASCENSÃO, José de Oliveira, *O Direito, Introdução e teoria geral*, 2.^a Edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa.

ASSUNÇÃO, Maria Leonor,

- “Do lugar onde o sol se levanta, um olhar sobre a criminalidade organizada”, in *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra editora, págs. 85 a 127.
- “Breve reflexão sobre as questões objecto de análise nas Reuniões em que participaram os Senhores Deputados membros da Comissão de Justiça e Segurança da Assembleia Legislativa de Macau e representantes dos Gabinetes dos Secretários Adjuntos para a Justiça e Segurança, tendo por finalidade a elaboração de um diploma legal que venha a alterar ou revogar a Lei n.º 1/78/M de 4 de Fevereiro referente ao regime penal das sociedades secretas”, in *Lei da Criminalidade Organizada da Colectânea de Leis Penais Avulsas*, A.L.R.A.E.M., 2002, págs. 481 a 501.

ASÚA, Luis Jiménez, *Principios de Derecho Penal, La Ley y el Delito*, Abeledo-Perrot, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, Tercera Edición, 1958.

AUGSBERG, Ino, “The relevance of Network Models within the Juridic Discourse, Empirical, Sociological, and Epistemological Perspectives”, *German Law Journal*, vol. 10, n.º 4, 2009, págs. 383 a 394.

BARREIROS, José António, in *Crimes contra o património*, Universidade Lusíada, 1996.

BATTIPEDE, P./ BATALONI, D. /AMORESE, A., *Quaderni di Diritto Penale Speciale, Associazione a delinquere, Associazione a delinquere di stampo mafioso*, Edizione Giuseppe Laterza, Bari.

BERRY, La Verle , CURTIS, Glenn E., GIBBS, John N., HUDSON, Rex A., KARACAN, Tara, KOLLARS, Nina, MIRÓ, Ramón, “Nations Hospitable to Organized Crime and Terrorism”, *The Library of Congress*, <http://www.loc.gov/rr/frd/terrorism.html>, Fevereiro/2003, imprimido a 28/5/2010.

BESOZZI, Claudio, “Illegal Markets and Organised Crime in Switzerland: A Critical Assesment”, in *Organized Crime in Europe, Concepts, Patterns and Control Policies in the European Union and Beyond*, Edited by Letizia Paoli/Cyrille Fijnaut, Springer, 2006, págs. 499 a 535.

BETTIOL, Giuseppe, *O Problema Penal*, Coimbra editora, 1.ª edição, 1967.

BISIOU, Yann, “Le concept de crime organisé en France”, in *Criminalité Organisée: Des Représentations Sociales aux Définitions Juridiques*, (org. Maria Luísa Cesoni), Georg Librairie de l’Université – Bruyant, 2004, págs. 619 a 646.

BOVENKERK, Frank/CHAKRA, Bashir Abou, “Terrorismo y Delinquência Organizada”, in *Foro sobre el Delito y la Sociedad*, vol. 4., n. ^{os} 1 y 2, Diciembre, 2004, págs. 1 a 17.

BRITO, José Clímaco de Sousa e, “O Inimigo no Direito Penal”, *Lusíada. Direito*, n. ^{os} 4-5, Ano 2007, págs. 79 a 85.

BRITO, Teresa Quintela de,

“Domínio do Facto, Organizações Complexas e Autoria dos Dirigentes”, in *Direito Penal Económico-Financeiro*, Coordenadores Maria Fernanda Palma/Augusto Silva Dias/Paulo de Sousa Mendes, Coimbra Editora, 2012, págs. 163 a 200.

“Autoria e participação em organizações empresariais complexas”, *Temas de Teoria Geral do Direito Penal na Criminalidade Económico-Financeira*, CEJ, Tomo I, E-Book, 2014, págs. 11 a 43.

CABRAL, Cassiano, in “Lei 12.850 de 2013 e o conceito de organização criminosa”, in www.direitonet.com.br, imprimido em 16 de Fevereiro de 2015.

CAEIRO, Pedro,

– *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo III, Coimbra Editora, 2001, págs. 275 a 287.

– *Fundamento, Conteúdo e Limites da Jurisdição Penal do Estado, O Caso Português*, Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2010.

– *III Congresso de Investigação Criminal – Novas Perspectivas e Desafios*, Associação Sindical dos Funcionários de Investigação Criminal da Polícia Judiciária/Universidade de Coimbra, 2015, págs. 125 a 136.

CANCIO MELIÁ, Manuel,

– “De nuevo: «Derecho Penal» del Enemigo, in JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Derecho Penal del Enemigo*, Segunda Edición, Thomson, 2006, págs. 85 a 152.

– “Internacionalización del derecho penal y de la política criminal: algunas reflexiones sobre la *lucha* jurídico-penal *contra el terrorismo*”, BFD, *Stydia Ivridica*, 94, Colloquia – 17, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 203 a 224.

– “El delito de pertenencia a una organización terrorista en el Código Penal Español”, *Revista de Estudios de la Justicia*, n.º 12, Año 10, 2010, págs. 149 a 167.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes,

– *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª edição, 2003, Almedina.

– *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, 2.ª edição, 2008, Coimbra Editora.

CANOTILHO, J.J. Gomes/MOREIRA, Vital,

– *Constituição da República Portuguesa anotada*, 3.ª edição revista, Coimbra Editora, 1993.

– *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. I, 4.ª edição revista, Coimbra Editora, 2007.

CARRAPIÇO, Helena, “The evolution of the European Union’s understanding of organized crime and its embedment in EU discourse”, *Defining and Defying Organized Crime, discourse, perceptions and reality*, Routledge, 2010, págs. 43 a 54.

CARVALHO, Américo Taipa de, in *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial*, tomo II, Coimbra Editora, 1999, págs. 338 a 361.

CARVALHO, Orlando de, *Direito das Coisas*, (Coordenação: Francisco Liberal Fernandes/Maria Raquel Guimarães/Maria Regina Redinha), Coimbra Editora, 2012.

CASTELLS, Manuel, *A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura*, Vol. I, *A Sociedade em Rede*, 4.^a edição, Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

CESONI, Maria Luisa, “l’Italie, un pays précurseur”, in *Criminalité Organisée: Des Représentations Sociales aux Définitions Juridiques*, (org. Maria Luísa Cesoni), Georg librairie de l’Université Brulyant, 2004, págs. 503 a 618.

CESONI, Maria Luísa/ZWEHL, Konstantin Von, “La Suisse, ou l’incrimination de l’organisation criminelle comme protection de la place financière”, in *Criminalité Organisée: Des Représentations Sociales aux Définitions Juridiques*, (org. Maria Luísa Cesoni), Georg Librairie de l’Université Brulyant, 2004, págs. 41 a 359.

CHOCLÁN MONTALVO, José António, “Criminalidad Organizada. Concepto. La Asociación Ilícita. Problemas de Autoria y Participación.”, *La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgânicos*, Escuela Judicial Consejo General del

Poder Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial, 2001, págs. 216 a 267.

CORREIA, Eduardo Henriques da Silva,

– *Processo Criminal*, Coimbra, 1954.

– *Teoria do Concurso em Direito Criminal*, Almedina, 1963.

– “As Grandes Linhas da Reforma Penal”, *Para uma nova justiça penal*, Almedina, 1983.

– “Os artigos 10.º do Decreto-Lei n.º 27 153 e 4.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 28 221”, in *DPEE*, vol. II, Coimbra Editora, 1999, págs. 17 a 44.

COSTA, Joana, *Joint Criminal Enterprise, O Problema da Imputação Individual do Facto Colectivo na Jurisprudência dos Tribunais Penais Internacionais*, Coimbra Editora, 2014.

COSTA, José Francisco de Faria,

“Formas do Crime”, in *Jornadas de Direito Criminal, O Novo Código Penal Português e Legislação Complementar*, Fase I, CEJ, 1983, págs. 157 a 184.

– *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXVIII, “O Branqueamento de Capitais (algumas reflexões à luz do direito penal e da política criminal)”, Coimbra, 1992, págs. 59 a 86.

– “O Direito Penal Económico e as causas implícitas de exclusão da ilicitude”, in *DPEE*, vol. I, Coimbra Editora, 1998, págs. 413 a 429.

– *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial*, Tomo II, Coimbra Editora, 1999, págs. 81 a 88.

– *O Perigo em Direito Penal*, Reimpressão, Coimbra Editora, 2000.

CUESTA, José Luis de la, “Organised Crime Control Policies in Spain: A ‘Disorganised’ Criminal Policy for ‘Organised’ Crime”, in *Organized Crime in Europe, Concepts, Patterns and Control Policies in the European Union and Beyond*, Edited by Letizia Paoli/Cyrrille Fijnaut, Springer, 2006, págs. 795 a 821.

CUESTA ARZAMENDI, J.L. de la, “El Derecho Penal ante la criminalidad organizada: nuevos retos y limites”, en F. GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, M. VALCÁRCE LÓPEZ (Dir.), *La cooperación internacional frente a la criminalidad organizada*, Sevilla, 2001, págs. 85 a 123.

CUNHA, José M. Damião da, *Perda de bens a favor do Estado*, Centro de Estudos Judiciários, 2002.

CUNHA, José M. Damião da, in Jorge Miranda/Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo III, Coimbra Editora, 2007, págs. 91 a 103.

CURTIS, Glenn E./ELAN, Seth L./REXFORD, A. Hudson/KOLLARS, Nina A. “Transnational activities of chinese crime organizations”, in *The Library of Congress*, <http://www.loc.gov/rr/frd/terrorism.html>, Abril/2003, p. 3, imprimido a 28/5/2010.

DALABRIDA, Sidney Eloy, in “A nova lei do crime organizado – Lei n.º 12.850/2013: superação do *deficit* conceitual e sua tipologia”, in JusBrasil Artigos, imprimido em 16 de Fevereiro de 2015.

DERRIDA, Jacques, *Fuerza de Ley, El «fundamento místico de la autoridad»*, Editorial Tecnos, Reimpresión, 2010.

DIAS, Augusto Silva,

– “O novo Direito Penal Fiscal Não Aduaneiro (Decreto-Lei n.º 20-A/90, de 15 de Janeiro). Considerações Dogmáticas e Político-Criminais, ”, in *DPEE*, vol. II, Coimbra Editora, 1999, págs. 239 a 285.

– «*Delicta in Se*» e «*Delicta Mere Prohibita*», *Uma análise das Descontinuidades do Ilícito Penal Moderno à Luz da Reconstrução de uma Distinção Clássica*, Coimbra Editora, 2008.

– “Criminalidade organizada e combate ao lucro ilícito”, in *ASFIC-PJ e IDPCC-FDUL, 2.º Congresso de Investigação Criminal*, Coordenação Científica de Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias e Paulo de Sousa Mendes, Almedina, 2010, págs. 23 a 47.

DIAS, Jorge de Figueiredo,

– *Liberdade, Culpa, Direito Penal*, Coimbra Editora, 2.ª Edição, 1983.

– *As «Associações Criminosas» no Código Penal Português de 1982 (arts. 287.º e 288.º)*, Coimbra Editora, 1988.

– *Direito Processual Penal, lições coligidas por Maria João Antunes*, Secção de textos da FDUC, 1988-9.

– *O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal*, 4.ª edição, Coimbra Editora, 1995.

– *Autoría y Participación en el Dominio de la Criminalidad Organizada: El “Dominio de la Organización”*, in *Delincuencia Organizada, Aspectos Penales*,

Procesales y Criminológicos, Juan Carlos Ferré Olivé/Enrique Anarte Borrillo (Eds), Universidad Huelva, Fundación El Monte, 1999, págs. 99 a 107.

– *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte Especial, Tomo II, Coimbra Editora, 1999, págs. 1155 a 1182.

– *Direito Penal, Parte Geral*, tomo I, Coimbra editora, 2004.

– *Direito Processual Penal*, 1.ª Ed., 1974, Reimpressão, Coimbra Editora, 2004.

– “O Processo Penal, Hoje, Problemas doutrinários fundamentais”, in Actas da Conferência Internacional de Processo Penal, *Os Desafios do Século XXI*, Centro de Formação Jurídica e Judiciária, 2007, págs. 59 a 68.

– “A Criminalidade Organizada: do fenómeno ao conceito jurídico-penal”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.º 71 (2008), Editora Revista dos Tribunais, págs. 11 a 30.

DIAS, Jorge de Figueiredo/ANDRADE, Manuel da Costa,

– “Associações criminosas, art. 287.º do Código Penal”, *Colectânea de Jurisprudência*, Ano X, tomo IV, 1985, Coimbra, págs. 11 a 19.

– *Criminologia, O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena*, Reimpressão, Coimbra Editora, 1992.

DIAS, Jorge de Figueiredo/ CAEIRO, Pedro, “A Lei de Combate ao Terrorismo (Lei n.º 52/2003, de 22 de Agosto)”, *RLJ*, 135, n.º 3935 (2005), págs. 70 a 89.

DUARTE, Jorge Manuel Vaz Monteiro Dias, *Branqueamento de capitais, O regime do D. L. 15/93, de 22 de Janeiro, e a normativa internacional*, Publicações Universidade

Católica, Porto, 2002.

FAI, Choi Keng, “Estudo e análise da política sobre o combate à criminalidade organizada – a respectiva legislação e a prática judicial de Macau, in *Administração*, n.º 58, vol. XV, 2002-4.º, págs. 1293 a 1331.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, “Autoria e participação em organizações empresariais complexas”, in *Direito Penal Económico e Financeiro, Conferências do Curso Pós-Graduado de Aperfeiçoamento*, Coordenadores: Maria Fernanda Palma; Augusto Silva Dias; Paulo de Sousa Mendes, Coimbra Editora, 2012, págs. 123 a 162.

FERRÃO, Francisco António Fernandes da Silva,

– *Theoria do Direito Penal*, vol I, Lisboa, 1856.

– *Theoria do Direito Penal aplicada ao Código Penal Portuguez, Comparado*, vol. V, Lisboa, Imprensa Nacional, 1857.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de,

– *Direito Penal Português*, Parte Geral, II, Verbo, 1982.

– *Lições de Direito Penal*, vol. I, Verbo, 1992.

FINCKENAUER, James O., FUENTES, Joseph R., WARD, George L., “México and the United States: Neighbours confront drug trafficking”, in *Fórum on Crime and Society*, vol. 1, n.º 2, December 2001, págs. 1 a 18.

FONSECA, J. Martins da, “Conceito de domicílio, face ao art. 34.º da Constituição da

República”, in *RMP*, Ano 12, n.º 45, págs. 45 a 64.

FUKUYAMA, Francis,

– *O Fim da História e o Último Homem*, Gradiva, 2.ª Edição, 1999.

– *A Grande Ruptura, A Natureza Humana e a Reconstituição da Ordem Social*, Quetzal Editores, 2000.

– *Depois dos Neoconservadores, A América na Encruzilhada*, Gradiva, 2006.

– *Ordem Política e Decadência Política, Da Revolução Industrial à Globalização da Democracia*, D. Quixote, 1.ª Edição, 2015.

GIUSTI, Miguel, “Los derechos humanos en un contexto intercultural”, <http://www.oei.es/valores2/giusti2.html>, imprimido em 13/10/2012.

GLENNY, Misha, *Némesis, a caça ao criminoso mais procurado do Brasil*, Bertrand Editora, 2016.

GODEFROY, Thierry, “The Control of Organised Crime in France: A Fuzzy Concept but a Handy Reference”, in *Organized Crime in Europe, Concepts, Patterns and Control Policies in the European Union and Beyond*, Edited by Letizia Paoli/Cyrille Fijnaut, Springer, 2006, págs. 763 a 793.

GODINHO, Jorge, *Do Crime de «branqueamento de capitais», Introdução e Tipicidade*, Almedina, 2001

GONÇALVES, Jorge, in *Comentário das Leis Penais Extravagantes*, ALBUQUERQUE,

Paulo Pinto de/BRANCO, José (org), volume 2, Universidade Católica Editora, 2011, págs. 713 a 726.

GONÇALVES, Manuel Lopes Maia,

– *Código de Processo Penal anotado*, 7.^a edição, 1996, Almedina.

– *Código de Processo Penal anotado*, 17.^a edição, 2009, Almedina.

GRACIA MARTÍN, Luis, “Sobre la negación de la condición de persona como paradigma del “Derecho Penal del Enemigo”, in *Derecho penal del enemigo, el discurso penal de la exclusión*, vol. I, Cancio Meliá/Gómez-Jara Díez Coordinadores, Montevideo-Buenos Aires, 2006.

HABERMAS, Jürgen, “Why Europe needs a Constitution”, *New Left Review*, 11, Sep/Out 2001, págs. 5 a 26.

HELFAND, Neil S., “Asian Criminal and Terrorists Activity in Canada, 1999-2002”, in *The Library of Congress*, <http://www.loc.gov/rr/frd/terrorism.html>, imprimido em 27/05/2013.

HUDSON, Rex, “Terrorist and organized crime groups in the tri-border área (TBA) of South America”, in *The Library of Congress*, <http://www.loc.gov/rr/frd/terrorism.html>, Julho/2003, imprimido a 28/5/2013.

JAKOBS, Günther,

– “Criminalización en el estadio prévio a la lesión de um bien jurídico”, in *Estúdios*

de Derecho Penal, UAM, Ediciones, Edit., Civitas, Madrid, 1997, págs. 293 a 324, tradução de Enrique Peñaranda Ramos.

– *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, Cuadernos Civitas, traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, Primera edición, 1996, Reimpresión, 2000.

– “Derecho Penal del Ciudadano y Derecho Penal del Enemigo”, in JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Derecho Penal del Enemigo*, Segunda Edición, Thomson, 2006, págs. 21 a 56.

– “Terroristas como personas en Derecho?”, in JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Derecho Penal del Enemigo*, Segunda Edición, Thomson, 2006, págs. 57 a 83.

JAKOBS, Günther/CANCIO MELIÁ, Manuel,

– *Derecho Penal del Enemigo*, Thomson, 2003.

– *Derecho Penal del Enemigo*, Segunda Edición, Thomson, 2006.

JORDÃO, Levy Maria, *Commentário ao Código Penal Portuguez*, Tomo III, Lisboa, 1854.

KANT, Immanuel, *A Paz Perpétua, Um projecto filosófico*, tradução Artur Morão, Universidade da Beira Interior, Coleção: Textos Clássicos de Filosofia, 2008, (disponível in www.lusofia.net).

KELSEN, Hans, *La Paz por medio del Derecho*, Editorial Trotta, 2.^a Edición, 2008.

KILCHLING, Michael, “Organised Crime Policies in Germany”, in *Organized Crime in*

Europe, Concepts, Patterns and Control Policies in the European Union and Beyond, Edited by Letizia Paoli/Cyrille Fijnaut, Springer, 2006, págs. 717 a 762.

KINZIG, Jorg, “Mesures de lutte contre la criminalité organisée en Allemagne”, in *Criminalité Organisée: Des Représentations Sociales aux Définitions Juridiques*, (org. Maria Luísa Celsoni), Georg Librairie de l'Université Bruylant, 2004, págs. 647 a 687.

KINZIG, Jörg/LUCZAK, Anna, “Organised Crime in Germany: A *Pass-Partout* Definition Encompassing Different Phenomena”, in *Organized Crime in Europe, Concepts, Patterns and Control Policies in the European Union and Beyond*, Edited by Letizia Paoli/Cyrille Fijnaut, Springer, 2006, págs. 333 a 356.

KJAER, Poul F., “Embeddedness through Networks: Critical Appraisal of the Network Concept in the *Oeuvre* of Karl-Heinz Ladeur”, in *German Law Journal*, vol. 10, n.º 4, 2009, págs. 483 a 499.

LAMPE, Klaus Von, “Not a process of enlightenment: the conceptual history of organized crime in Germany and the United States of America”, in *Fórum on Crime and Society*, vol. 1, n.º 2, December 2001, págs. 99 a 116.

LAREDO ASUNCIÓN, Fernández, *El arrepentimiento en la criminalidad organizada*, Universidad de Alcalá, 2009, E_Buah Biblioteca digital de la Universidad de Alcalá, Tesis Doctorales.

LENCKNER, Theodor, in: SCHRÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 24.^a

edição, München: Beck, 1991, § 129, RN. 1, págs. 1117 e ss.

LEVI, Michael, “The Making of United Kingdom’s Organised Crime Control Policies”, *in Organized Crime in Europe, Concepts, Patterns and Control Policies in the European Union and Beyond*, Edited by Letizia Paoli/Cyrille Fijnaut, Springer, 2006, págs. 823 a 851.

MARTA, João Miguel dos Santos, *Da admissibilidade da responsabilidade criminal das pessoas colectivas e equiparadas por cumplicidade no direito penal português*, FDUC, Coimbra, 2015, disponível in <https://estudogeral.sib.uc.pt>.

MARTINS, A. G. Lourenço, *Droga e Direito, Legislação, Jurisprudência, Direito Comparado, Comentários*, Aequitas, Editorial Notícias, 1994.

MARTINS, José Eduardo Figueiredo de Andrade, “O conflito conceitual de organização criminosa nas Leis n.º 12.694/12 e 12.850/13”, in JusNavigandi, <http://jus.com.br/artigos/26108>, págs. 1 a 7.

MEIRELES, Henrique da Silva Seixas, *Marx e o Direito Civil, (Para uma Crítica Histórica do «Paradigma Civilístico»)*, Coimbra, 1990.

MEIRELES, Mário Pedro Martins da Assunção Seixas,

– *Pessoas Colectivas e Sanções Criminais: Juízos de Adequação*, 2006, Coimbra Editora.

– “A responsabilidade penal das pessoas colectivas ou entidades equiparadas na

recente alteração ao Código Penal ditada pela Lei 59/2007, de 4 de Setembro: Algumas notas”, in *Revista Julgar*, n.º 5, Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2008, págs. 121 a 138.

MENDES, João Castro, *Introdução ao Estudo do Direito*, 1994, Livraria Petrony, Lisboa.

MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo II, 3.ª edição, Coimbra Editora, 1991.

MIRANDA, Jorge/ MEDEIROS, Rui,

– *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra Editora, 2005.

– *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo III, Coimbra Editora, 2007.

MIRÓ, Ramón J., “Organized Crime and Terrorist Activity in México, 1999-2002”, *The Library of Congress*, <http://www.loc.gov/rr/frd/terrorism.html>, Fevereiro/2003, imprimido a 28/5/2010.

MONETTI, Vito, “O Sistema Institucional Italiano da Magistratura, Juízes e Procuradores”, in Actas da Conferência Internacional de Processo Penal, *Os Desafios do Século XXI*, Centro de Formação Jurídica e Judiciária, 2007, págs. 157 a 166.

MUÑOZ CONDE, Francisco,

– *Derecho Penal, Parte Especial*, 16.ª edição, Tirant lo blanch, 2007.

– *Derecho Penal, Parte Especial*, 19.ª edição, Tirant lo blanch, 2013.

MONTEIRO, Cristina Líbano, *Do concurso de crimes ao «concurso de ilícitos» em*

direito penal, Teses, Almedina, 2015.

NEVES, António Castanheira,

– “O Princípio da legalidade criminal, O seu problema jurídico e o seu critério dogmático”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, Coimbra, 1984, págs. 307 a 469.

– *Questão-de-facto/Questão-de-direito ou o Problema Metodológico da Juridicidade (Ensaio de uma reposição crítica)*, Livraria Almedina, Coimbra, 1967.

ROQUE, José Gil de Jesus, *Infracções contra a Economia e contra a Saúde Pública, Lei da Droga – Tabagismo*, Comentado e Anotado, Rei dos Livros, 1985

PAIS, José Manuel Santos, «Cooperação Internacional – Perspectivas», in *Polícia e Justiça*, 2004, III Série, número especial temático, Coimbra editora, págs. 27 a 38.

PALMA, Maria Fernanda, “Crimes de Terrorismo e Culpa Penal”, in *Liber Disciplorum Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, 2003, págs. 235 a 258.

PANTA CUEVA, David Fernando, “Breves cuestiones relativas a la autoría mediata en referencia a los aparatos de poder organizados”, *Revista Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología*, in www.iuspenalismo.com.ar/doctrina/doctrinapenal.htm, p. 3, consultado e imprimido a 6 de Fevereiro de 2012.

PAOLI, Letizia/FIJNAUT, Cyrille, “The History of the Concept”, *Organized Crime in Europe, Concepts, Patterns and Control Policies in the European Union and Beyond*,

Edited by Letizia Paoli/Cyrille Fijnaut, Springer, 2006, págs. 21 a 46.

PATTO, Pedro, in *Comentário das Leis Penais Extravagantes*, ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de/BRANCO, José (org), volume 2, Universidade Católica Editora, 2011, págs. 499 a 507.

PINTO, Albano, in *Comentário das Leis Penais Extravagantes*, ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de/BRANCO, José (org), volume 1, Universidade Católica Editora, 2011, págs. 102 a 116.

PINTO, Frederico de Lacerda da Costa,

– *A Relevância da Desistência em Situações de Comparticipação*, Almedina, 1992.

– “Aspectos da Tutela Penal do Património após a Revisão do Código Penal, in *Jornadas de Direito Criminal*, vol. II, CEJ, 1998, págs. 465 a 499.

– “O ilícito de mera ordenação social e a erosão do princípio da subsidiariedade”, in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, vol. I, Coimbra Editora, 1998, págs. 209 a 274.

RAWLS, JOHN, *A Lei dos Povos*, Quarteto, 2000.

RENARD, Bertrand/VANDRESSE, Caroline, “La Belgique, ou l’aincrimination de l’organisation criminelle comme soutien des techniques d’enquête”, in *Criminalité Organisée: Des Représentations Sociales aux Définitions Juridiques*, (org. Maria Luísa Cesoni), Georg librairie de l’Université Brulyant, 2004, págs. 361 a 500.

ROCHA, João Luís Moraes, *Droga – Regime Jurídico (Legislação Nacional-anotada/Diplomas internacionais*, Livraria Petrony, 1994.

RODRIGUES, Anabela Miranda,

– *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial*, Tomo II, 1999, págs. 944 a 978.

– “Contributo para a fundamentação de um discurso punitivo em matéria penal fiscal”, in *DPEE*, vol. II, Coimbra Editora, 1999, págs. 481 a 489.

– *O Direito Penal Europeu Emergente*, Coimbra Editora, 2008.

– “A internacionalização e a europeização do direito penal – entre a unificação e harmonização”, *BFD, Studia Iuridica*, 94, Colloquia – 17, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 225 a 236.

RODRIGUES, Anabela Miranda/MOTA, José Luís Lopes da *Para uma Política Criminal Europeia, Quadro e instrumentos jurídicos da cooperação judiciária em matéria penal no espaço da União Europeia*, Coimbra Editora, 2002.

ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Do Contrato Social*, tradução Rolando Roque da Silva, Edição electrónica: Ed Ridendo Castigat Mores (www.jahr.org).

ROXIN, Claus,

– *Problemas fundamentais de Direito Penal*, Vega, tradução de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz/Maria Fernanda Palma, 2.^a edição, 1993.

– “Domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder”, in *Panóptica*, Law E – Journal, V. 4, n.º 3, 2009, págs. 69 a 94.

SANDOVAL FERNÁNDEZ, Jaime/ABELLO GUAL, Jorge, “Estúdio político-criminal y dogmático de los principios y garantías del Estatuto de Roma”, *Revista de derecho*, Universidad del Norte, n.º 26, 2006, págs. 137 a 204.

SANTOS, José Beza dos,

– “O Crime de Associação de Malfeitores”, *RLJ*, Ano 70, n.ºs 2593, 2594 e 2595, respectivamente, págs. 97 e ss., 113 e ss. e 129 e ss.

– “Crimes da mesma natureza na reincidência”, *RLJ*, Ano 75, n.ºs 2720 e 2721, respectivamente, págs. 49 e ss. e 67 e ss.

– “Um caso de crime continuado”, *RLJ*, Ano 75, n.ºs 2738, 2739, 2740 e Ano 76, n.ºs 2744, 2755, respectivamente, págs. 337 e ss., 353 e ss., 369 e ss., 17 e ss. e 193 e ss.

SANTOS, Carolina Girão de Almeida, “*Proibições de valoração de prova como reacção contrafáctica a violações de direitos fundamentais. O entendimento do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e do Supreme Court norte-americano.*”, in *JusJornal*, n.º 2063, 13 de Janeiro de 2015.

SANTOS, Cláudia,

– *O Crime de Colarinho Branco, Da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal*, BFD, Studia Iuridica, 56, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2001.

– “A Corrupção [Da luta contra o crime na intersecção de alguns (distintos) entendimentos da doutrina, da jurisprudência e do legislador].”, in *Liber Discipulorum Jorge Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, 2003, págs. 963 a 991.

SAVIANO, Roberto, *Gomorra, A História Real de um Jornalista Infiltrado no Império Económico da Máfia Napolitana*, Caderno/Leya, 6.^a edição, 2010.

SECCO, António Luiz de Sousa Henriques, *Código Penal Portuguez anotado*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 6.^a edição, 1881.

SERRA, Teresa, “A Autoria Mediata através do Domínio de um Aparelho Organizado de Poder”, in *RPCC*, ano 5, Fasc.3-4, Julho-Dezembro 1995, Aequitas, Editorial Notícias, págs. 303 a 327.

SILVA, Germano Marques da,

– in JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra Editora, 2005, págs. 371 a 373.

– *Direito Penal Tributário, Sobre as responsabilidades das sociedades e dos seus administradores conexas com o crime tributário*, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2009.

SOUSA, João Castro e, in *As Pessoas Colectivas em face do direito criminal e do chamado “Direito de Mera Ordenação Social*, Biblioteca Jurídica, Coimbra Editora, 1985.

SOUSA, Susana Aires de, “Sobre o bem jurídico-penal protegido nas incriminações fiscais”, in *DPEE*, vol. III, Coimbra Editora, 2009, págs. 293 a 319.

SPAGNOLO, Giuseppe, *L'Associazione di tipo mafioso*, 5.^a Ed., Cedam, 1997.

SPINA, Antonio La, “The Paradox of Effectiveness: Growth, Institutionalisation and Evaluation of Anti-mafia Policies in Italy”, in *Organized Crime in Europe, Concepts, Patterns and Control Policies in the European Union and Beyond*, Edited by Letizia Paoli/Cyrille Fijnaut, Springer, 2006, págs. 641 a 675.

TAVARES, Maria Isabel, *Guerra e Responsabilidade, A Intervenção Militar no Iraque em 2003*, Universidade Católica Editora, Porto, 2015.

TELLES, Inocêncio Galvão, *Introdução ao Estudo do Direito*, vol. I, 11.^a Edição, Reimpressão, Coimbra Editora, 2010.

TEUBNER, Günther, “Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences”, *The Modern Law Review Limited*, Janeiro, 1998, págs. 11 a 32.

TORRÃO, Fernando, *Societas Delinquere Potest? Da Responsabilidade Individual e Colectiva nos “Crimes de Empresa”*, Almedina, 2010.

VALDÁGUA, Maria da Conceição S., *Início da Tentativa do Co-Autor, Contributo para a Teoria da Imputação do Facto na Co-Autoria*, Lex, Edições Jurídicas, Lisboa, 2.^a Edição, 1993.

VIELLECHNER, Lars, “The network of networks: Karl-Heinz Ladeur’s Theory of Law and Globalization”, in *German Law Journal*, vol. 10, n.º 4, 2009, págs. 515-536.

WHEATLEY, Joseph, “Evolving perceptions of organized crime, The use of RICO in the United States”, *Defining and Defying Organized Crime, discourse, perceptions and reality*, Routledge, 2010, págs. 85 a 98.

ZACHARIÄ, Albert Heinrich, *Die Lehre vom Versuche der Verbrechen*, vol. 1, Theil, Göttingen, 1836.

Siglas e Abreviaturas

Ac – Acórdão

AGNU – Assembleia Geral das Nações Unidas

A.L.R.A.E.M. – Assembleia Legislativa da Região Administrativa Especial de Macau.

AR – Assembleia da República

BGB – Bürgerliches Gesetzbuch

BFD – Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

BGHSt – Bundesgerichtshof für Strafsachen

BVerG – Bundesverfassungsgericht

CDS-PP – Partido do Centro Democrático Social/Partido Popular

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais

CEJ – Centro de Estudo Judiciários

CERC – Comissão Eventual para a Revisão Constitucional

CJ – Colectânea de Jurisprudência

CJSTJ – Colectânea de Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça

CP – Código Penal português

CPF – Código Penal francês

CPP – Código de Processo Penal português

CRP – Constituição da República Portuguesa

DAR – Diário da Assembleia da República

DIP – Direito Internacional Público

DPEE – Direito Penal Económico Europeu: Textos Doutrinários

DR – Diário da República

E.U.A. – Estados Unidos da América

EGGVG – Einführungsgesetzes zum Gerichtsverfassungsgesetz

ELSJ – Espaço de liberdade, segurança e justiça

FDUC – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

JO – Jornal Oficial da União Europeia

JOCE – Jornal Oficial das Comunidades Europeias

JORF – Journal Officiel de la Republique française

GLCOT – Guia Legislativo para a Aplicação da Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional, num projecto conjunto do Centro Internacional para a reforma do Direito Penal e Política em matéria de Justiça Criminal e do Centro para a Prevenção Internacional do Crime (UNODC), feito pelo Centro para a Prevenção Internacional do Crime das Nações Unidas, Vancouver, 2003.

GG – Grundgesetz

NStZ-RR – Neue Zeitschrift für Strafrecht Rechtsprechungs-Report

ONU – Organização das Nações Unidas

PGR – Procurador-Geral da República

PS – Partido Socialista

PSD – Partido Social Democrata

RAs – Regiões Autónomas

RBCC – Revista Brasileira de Ciências Criminais

RDA – República Democrática Alemã

RFA – República Federal da Alemanha

RPCC – Revista Portuguesa de Ciência Criminal

RGIT – Regime Geral das Infracções Tributárias

RJIFA – Regime Jurídico das Infracções Fiscais Aduaneiras

RJIFNA – Regime Jurídico das Infracções Fiscais Não Aduaneiras

RMP – Revista do Ministério Público

SCICO – Section centrale d’investigations sur le crime organisé

StGB – Strafgesetzbuch

StPO – Strafprozessordnung

TC – Tribunal Constitucional Português

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

TFUE – Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

TPIJ – Tribunal Penal Internacional para a ex-Jugoslávia

TPIR – Tribunal Penal Internacional para o Ruanda

TUE – Tratado da União Europeia

UE – União Europeia

WaffG – Waffengesetz

ZStW – Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Índice geral

Resumo	3
Abstract.....	5
Apresentação.....	7

PARTE I

UMA PERSPECTIVA HISTÓRICO-NORMATIVA DA ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA

CAPÍTULO I

PERSPECTIVA HISTÓRICO-NORMATIVA NACIONAL

Secção I – Breve contextualização.....	23
Secção II – Nos Códigos Penais	24
1. O Código Penal de 1852, aprovado por Decreto de 10 de Dezembro	24
2. O Código Penal de 1886, aprovado por Decreto de 16 de Setembro	32
2.1 Do Crime Continuado	38
§ 1. Colocação do problema	38
§ 2. Crime continuado e o crime de associação criminosa: a sua contradição	40
3. O Projecto de Código Penal de 1861	51
4. O Código Penal de 1982.....	54

Secção III - O crime da “associação criminosa” noutros diplomas legais	58
1. No âmbito do tráfico de estupefacientes	58
1.1 DL n.º 430/83, de 13 de Dezembro	58
1.2 O DL n.º 15/93, de 22 de Janeiro	61
1.2.1 Agravação da conduta constante do art. 24.º, al. f) do DL n.º 15/93, de 22 de Janeiro: <i>actividades criminosas organizadas de âmbito internacional</i>	66
1.2.2 Agravação da conduta constante do art. 24.º, al. j) do DL n.º 15/93, de 22 de Janeiro: <i>o bando</i>	73
1.2.2.1 O Acórdão do STJ, de 27 de Maio de 2010	76
1.3 Breve balanço	88
2. No âmbito das Infracções Tributárias	90
2.1 O art. 17.º do DL n.º 424/86, de 27 de Dezembro	90
2.2 O art. 34.º do DL n.º 376-A/89, de 25 de Outubro (Regime Jurídico das Infracções Fiscais Aduaneiras - RJIFA)	91
2.3 O art. 89.º da Lei n.º 15/2001, de 5 de Junho	93
3. No âmbito da Lei n.º 52/2003, de 22 de Agosto (Lei de combate ao terrorismo)	103
4. No âmbito do regime jurídico relativo à entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros do território nacional	107
4.1 O art. 135.º do DL n.º 244/98, de 8 de Agosto	107
4.2 O art. 184.º da Lei n.º 23/2007, de 4 de Julho	108
5. No âmbito do regime jurídico do Desporto	111
5.1 O art. 11.º da Lei n.º 50/2007, de 31 de Agosto	111
5.2 O art. 45.º da Lei n.º 27/2009, de 19 de Junho	113
Secção IV - Outros sinais [processuais-penais] da figura jurídico-penal da associação criminosa	115

1. O art. 1.º do Código de Processo Penal, aprovado pelo DL 78/87, de 17 de Fevereiro.....	115
2. A Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro.....	121

CAPÍTULO II

OS CONTRIBUTOS INTERNACIONAIS PARA O CONCEITO DE ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA

Secção I – Enquadramento problemático	125
Secção II – No âmbito da União Europeia	140
1. Decisão-Quadro 2008/841/JAI, de 24 de Outubro relativa à luta contra a criminalidade organizada	145
Secção III – No âmbito da O.N.U.....	151
1. Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional (Convenção de Palermo)	
.....	151
Secção IV – Apreciação conclusiva	156
Abordagem conclusiva à Parte I	159

PARTE II

A ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA [CONFRONTAÇÕES OBJECTIVAS E SUBJECTIVAS] E A CRIMINALIDADE ORGANIZADA: DECORRÊNCIAS DIALÉCTICAS

CAPÍTULO I

ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA: CONFRONTAÇÕES OBJECTIVAS E SUBJECTIVAS

Secção I – Enquadramento	165
--------------------------------	-----

1. Enunciar do problema e [um passo na clarificação da] distinção entre associação criminosa e criminalidade organizada	167
Secção II - Perspectiva comparada: um passo [decisivo] na clarificação	169
1. Contextualização	169
2. E.U.A.	170
3. Itália	173
4. Bélgica	178
5. França	180
6. Suíça	186
7. Alemanha	190
8. Reino Unido	202
9. Espanha	204
10. Brasil	212
11. Região Administrativa Especial de Macau da República Popular da China	219
11.1 Do regime jurídico-penal da Lei n.º 1/78/M – Associações de Malfeitores	222
11.2 Do regime jurídico-penal da Lei n.º 6/97/M, de 30 de Julho - Lei da Criminalidade Organizada	226
11.3 Da convergência/divergência conceitual entre Associação Criminosa e Associação ou Sociedade Secreta e entre os “tipos de crime” respectivos.	230
11.4 Breve balanço conclusivo.....	236

CAPÍTULO II

CRIMINALIDADE ORGANIZADA: A NECESSIDADE DO CONCEITO JURÍDICO-PENAL

Secção I – Enquadramento	239
Secção II – A Perspectiva de Figueiredo Dias	243

1. Exposição da ideia do Autor	243
2. Apreciação crítico-analítica	247
2.1 Abordagem legislativa	247
2.1.1 A Lei 5/2002, de 11 de Janeiro	248
2.1.2 O Código de Processo Penal	251
2.2 Conceito implícito de “criminalidade organizada”: Convenção de Palermo e Decisão-Quadro 2008/841/JAI de 24 de Outubro	253
2.3 Abordagem doutrinária	257
3. O enunciar de uma proposta: o conceito de rede como conceito de aprofundamento do conceito de criminalidade organizada	262

CAPÍTULO III

O CONCEITO DE ASSOCIAÇÃO, GRUPO OU ORGANIZAÇÃO NO TIPO DE CRIME

ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA

Secção I – Um estrito debate típico-objectivo [ou antes uma objectividade assente na subjectividade]?	265
Secção II – Breve contraponto com o conceito de <i>conspiracy</i> do sistema anglo-saxónico ...	267
Secção III – A associação, grupo ou organização criminosa como um <i>outro</i> ?	272
Secção IV – Alusão ao <i>fenómeno criminológico</i> : um critério para a definição da associação, grupo ou organização	277
1. O fenómeno criminoso	278
2. Elemento objectivo pluridimensional	284
3. O <i>outro</i> : sinónimo de perigosidade	285
4. Será a <i>associação, grupo ou organização</i> mesmo “um outro”?	286

4.1 Exemplo I.....	291
4.2 Exemplo II.....	294
4.3 Exemplo III.....	295
4.4 De novo o Acórdão do STJ de 27 de Maio de 2010.....	298
Secção V – As circunstâncias objectivas factuais: o papel “interpretativo” da Convenção de Palermo	301

CAPÍTULO IV

LÓGICA DA CONFRONTAÇÃO: UMA [OUTRA] PERSPECTIVA PARA A CONCRETIZAÇÃO DO CONCEITO JURÍDICO-PENAL DE ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA

Secção I – Enquadramento.....	305
1. Associação criminosa <i>versus</i> (com)participação criminosa.....	307
2. Associação Criminosa <i>versus</i> bando	312
Secção II – A associação criminosa e a rede criminosa	313
1. O conceito ou modelo de Rede.....	313
2. O conceito ou modelo de Rede como fonte de legitimação das instituições	314
3. O conceito de rede como conceito de aprofundamento do conceito de criminalidade organizada: pressupostos	321
3.1 Pressupostos [negativos]	321
Secção III – A Associação Criminosa e a Criminalidade Organizada	322
Secção IV – Direito Penal Individual <i>versus</i> Direito Penal de Organização, Grupo ou Associativo	323
Secção V – A Autoria no crime de Associação Criminosa	327
1. Contributo <i>temático</i> do instituto da Responsabilidade Penal das Pessoas Colectivas enquanto tópico de	

confronto	330
1.1 Razões para o afastamento: nexu causal e facto	330
1.2 Similitudes: produção colectiva do facto criminoso	331
1.3 A Pessoa Colectiva enquanto estrutura potencial privilegiada da associação criminosa	332
1.4 A autoria do crime de associação criminosa no âmbito de uma Entidade Colectiva: um modelo para a compreensão da autoria no crime de associação criminosa	336
1.4.1 O domínio por organização como forma independente de autoria mediata de Claus Roxin	338
2. Os diversos tipos de “autores” contidos no crime de Associação Criminosa	351
2.1 A atenuação especial e/ou ausência de punição do n.º 4 do art. 299.º do Código Penal	362
2.1.1 Uma norma com ou sem sentido?	367
Abordagem conclusiva à Parte II.....	373

PARTE III

CONCEITO JURÍDICO-PENAL-CONSTITUCIONAL DE CRIMINALIDADE ORGANIZADA: UMA PRESENÇA OU UMA AUSÊNCIA?

CAPÍTULO I

CRIMINALIDADE ORGANIZADA: À PROCURA DE UM CONCEITO JURÍDICO-PENAL-CONSTITUCIONAL

Secção I – As referências.....	379
Secção II – Criminalidade “altamente” Organizada: o Tribunal de Júri e a Lei Constitucional 1/97, de 20 de Setembro	382

1. Enquadramento.....	382
2. O Acórdão do Tribunal Constitucional de 24 de Setembro de 2008	392
2.1 Apreciação crítica.....	396
3. Do regime legal e constitucional do tribunal de júri: [mais uma] contribuição para o conceito [constitucional] de <i>criminalidade altamente organizada</i>	416
3.1 Tribunal de júri e os crimes do catálogo – art. 13.º, n.º 1 do CPP – puníveis com pena máxima igual ou inferior a cinco anos.	421
3.2 Da possibilidade do julgamento pelo tribunal de júri do crime de tráfico de influência, previsto e punido pelo art. 335.º do Código Penal	424
4. Breve balanço relativamente ao regime jurídico-constitucional e processual-penal do tribunal de júri: o avançar de uma proposta.	435
Secção III – Criminalidade “altamente” Organizada: a entrada no domicílio à noite e a Lei Constitucional 1/2001, de 12 de Dezembro.....	437
1. Sobre a noção [constitucional] de domicílio	443
1.1 O conceito de <i>domicílio</i> antes da Lei Constitucional n.º 1/2001.....	444
1.1.1 O exemplo do Ac. Tribunal Constitucional n.º 507/94	447
1.2 O conceito de <i>domicílio</i> com a Lei Constitucional n.º 1/2001.....	455
1.2.1 Da discussão em sede de Comissão Eventual para a Revisão Constitucional.....	462
1.2.2 Da discussão em Plenário da Assembleia da República	469
2. Breve balanço e concretização do [duplo] critério material de aferição constitucional da criminalidade [altamente] organizada.....	472
Secção IV – Sinais do Direito Penal para (ou contra) o Inimigo no regime jurídico-penal da Criminalidade Organizada [e da Associação Criminosa]	475
1. Breve enunciado.....	475
2. Enquadramento doutrinário do “Direito Penal para o Inimigo”	477

2.1 Primeira apresentação da temática: <i>Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung</i>	477
2.2 Aprofundamento, por Jakobs, da temática do Direito Penal para o Inimigo	497
3. Críticas à doutrina do Direito Penal para o Inimigo	512
3.1 A apreciação crítica de GOMES CANOTILHO	512
3.2 Uma breve apreciação de conjunto: entre o Direito penal para o inimigo e a sua crítica	515
Abordagem conclusiva à Parte III	529
Bibliografia	533
Siglas e Abreviaturas.....	558
Índice geral	561