



DEPARTAMENTO DE DIREITO
MESTRADO EM DIREITO
ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS
UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA
“LUÍS DE CAMÕES”

O Tipo Objetivo do Crime de Associação Criminosa

Dissertação para obtenção do grau de mestre em Ciências Jurídicas.

Autora: Mariana Gomes dos Santos Fernandes

Orientadores: Professor Doutor Manuel Guedes Valente

Professor José Joaquim Monteiro Ramos

Número da candidata: 30000965

Fevereiro de 2024

Lisboa

Esta dissertação foi desenvolvida no âmbito do projeto de I&D: *Corpus Delicti- Estudos de Criminalidade Organizada Transnacional*, sediado no Ratio Legis – Centro de Investigação e Desenvolvimento de Ciências jurídicas, coordenado cientificamente pelo Doutor Manuel Monteiro Guedes Valente.

Querido pai,
Sempre foste e sempre serás,
A minha inspiração.
Ainda me recordo,
Das noites quentes de verão,
Eu saltava, tu dançavas,
Sempre com boa disposição.
A ti dedico-te de coração,
Esta breve investigação.
A ti, por mim.

Agradecimentos

Ao Professor Doutor Manuel Guedes Valente, pelo aconselhamento assertivo e compreensão por algumas dilações.

Ao Professor José Joaquim Monteiro Ramos, pela manifestação de incondicional apoio e disponibilidade.

Ambos contribuíram para aumentar o desafio e melhorar a profundidade e a clareza da investigação.

Um especial agradecimento à minha mãe, à minha avó e ao meu irmão, pelo amor carinho e atenção que sempre me deram.

De forma incondicional, um agradecimento ao meu pai, pelo amor, presença constante e acima de tudo pelo incentivo e pela enorme paciência que sempre demonstrou.

Com muito carinho, agradeço também o enorme apoio que as minhas queridas amigas Maria Rosário Coelho Xavier de Carvalho e Mariana Martins Pedrosa Gomes deram-me nesta fase, e aos meus amigos.

“A luta contra a criminalidade organizada é muito difícil, porque a criminalidade é organizada, mas nós não.”

António Amurii

RESUMO

Neste projeto de dissertação de mestrado pretende-se examinar o tipo objetivo do crime de associação criminosa. A tipificação do crime de associação criminosa é um mecanismo essencial de prevenção e repressão da criminalidade organizada, visto que o mesmo pressupõe uma perigosidade intrínseca à atuação em grupo. A associação criminosa é por tendência secreta, sendo um grupo por norma fechado, não dispondo de estatutos ou normas contratuais ou de atuação, é uma associação estável e organizada e é essencial que não se confunda com as figuras de participação ou da atuação em bando, contudo na prática surgem novos problemas, no que concerne à interpretação dos conceitos, estes não estão bem definidos e podem suscitar dúvidas (e porventura conduzir a uma má aplicação do direito); Para além do mais, as associações criminosas estão cada vez mais organizadas e sofisticadas e os seus chefes, dirigentes, promotores, fundadores, apoiantes e angariadores atuam em simultâneo em diversos Estados, o que implica um problema adicional na aplicação eficaz do direito interno. É pois um tema que se encontra em claro desenvolvimento, sendo relevante salientar que estamos perante um tipo de ilícito que na atualidade tem também um carácter transnacional e suscita para a ciência jurídica problemas para os quais o direito interno não está adequado, gerando deste modo a sua ineficácia.

Palavras-chave: Associação criminosa; Criminalidade organizada; Bando; Participação.

ABSTRACT

The aim of this master's thesis project is to examine the objective type of crime of criminal association. The typification of the crime of criminal association is an essential mechanism for combating organized crime, as it assumes the intrinsic danger of group action. The criminal association tends to be secret, as it is normally a closed group, with no statutes, or contractual or operational rules, being a stable and organized association. However, it is essential that it is not confused with the representations of co-participation or group action, however, in practice, new problems arise regarding the interpretation of concepts, as they are not well defined and can raise doubts (and eventually lead to a misapplication of the law); Furthermore, criminal associations are increasingly more organized and sophisticated, and their leaders, heads, promoters, founders, supporters and canvassers operate simultaneously in several countries, posing an additional problem when it comes to the effective application of domestic law. It is a topic in clear development, and it is important to highlight that we are facing a type of crime that currently also has a transnational nature. For legal science, this raises issues for which domestic law is not applicable and thus generating its ineffectiveness.

Key words: Criminal association; Organized crime; Gang; Co-participation.

Índice

<i>Siglas</i>	9
<i>Introdução</i>	10
CAPÍTULO I	16
<i>Secção 1 – Breve evolução Histórica.</i>	17
1.1. Nos Códigos Penais.....	17
1.1.1. Código Penal de 1852	17
1.1.2. Código Penal de 1886	18
1.1.3. Código Penal de 1982	19
1.2. O crime de Associação Criminosa em outros diplomas legais.....	21
1.3. Bem jurídico tutelado	28
<i>Secção 2 – Do tipo objetivo e subjetivo do crime de associação criminosa.</i>	33
2. Da tipicidade objetiva.....	33
2.1. Associação, Grupo ou Organização	35
2.2. Escopo da Associação	46
2.2.1. O sentido normativo do crime para efeito de integração do tipo objetivo do ilícito.....	48
2.3. Os diversos tipos de autores contidos no crime de Associação Criminosa 51	
CAPÍTULO II	63
<i>Secção 1 – Associação Criminosa vs Comparticipação e Bando</i>	64
<i>Secção 2 – Da cumplicidade e da tentativa</i>	92
2.1. A atuação como cúmplice.....	92
2.2. Tentativa.....	103
<i>Conclusão</i>	121
<i>Referências Bibliográficas</i>	125

Siglas

Al.- Alínea

CNU- Convenção das Nações Unidas

COT- Criminalidade Organizada Transnacional

CP- Código Penal

CPE- Código Penal Espanhol

CPAF- Código Penal da Alemanha Federal

CPP- Código de Processo Penal

CRP- Constituição da República Portuguesa

DL- Decreto-Lei

RGIT- Regime Geral das Infrações Tributárias

RJIFA- Regime Jurídico das Infrações Fiscais Aduaneiras

SS.- Seguintes

STJ- Supremo Tribunal de Justiça

TRE- Tribunal da relação de Évora

TRL- Tribunal da Relação de Lisboa

Introdução

A dissertação propõe-se estudar o tipo objetivo do crime de associação criminosa e as problemáticas decorrentes desse enquadramento legal.

Primeiramente é relevante mencionar que o Direito surge na sociedade a fim de garantir a segurança da organização social, ou seja, o direito procura obter uma sociedade mais justa, garantindo a cada indivíduo um espaço de liberdade, logo, onde existe liberdade existe uma sociedade mais humana. Desta forma, a valorização da pessoa humana é algo indispensável e intrínseco ao direito. Já o direito penal, é um ramo de direito que regula o poder punitivo do Estado, deste modo, prevê a punição de alguns comportamentos a fim de salvaguardar os bens jurídicos essenciais a uma boa convivência em sociedade, não olvidando que este é um direito subsidiário¹.

A criminalidade organizada e o crime de associação criminosa estão interligados, contudo são conceitos distintos que não se devem confundir, o crime de associação criminosa insere-se no âmbito da criminalidade organizada, contudo esta não pressupõe que exista a presença de uma associação criminosa². A criminalidade organizada é caracterizada pelo recurso à violência, a mesma contribui para um sentimento de insegurança entre os cidadãos e a sociedade.

Com a evolução das tecnologias o crime organizado está a anos-luz do alcance do Estado, desta feita a ameaça perpetua-se, sendo este um dos grandes entraves à prevenção e repressão deste tipo de crimes.

Afirma Luigi Ferrajoli que um dos “efeitos perversos da globalização é sem dúvida o desenvolvimento, numa dimensão sem precedentes, de uma criminalidade internacional, também ela global. Uma criminalidade global, ou globalizada, no mesmo sentido em que falamos de globalização da economia: ou seja, no sentido de que a actividade criminosa, pelos actos praticados e pelos agentes envolvidos, não se desenvolve num só país ou

¹ O princípio da subsidiariedade do direito penal está consagrado no artigo 18º nº2 da CRP. De acordo com este princípio o direito penal só deve atuar se for indispensável para a salvaguarda de bens jurídicos fundamentais. Isto é, apenas se recorre ao direito penal em último recurso, quando a tutela conferida pelos outros ramos do ordenamento jurídico não for suficientemente eficaz para acautelar a manutenção desses bens considerados fundamentais (cumprindo assim uma função de última ratio).

² MEIRELES, Mário – *Da Associação Criminosa à Criminalidade Organizada no Ordenamento Jurídico-Penal português*. 1º Edição, 07/2020. Editora: Gestlegal. p. 162.

território nacional, antes, e à semelhança das actividades económicas das grandes multinacionais, ao nível transnacional ou mesmo planetário”³.

Cunha Rodrigues afirma que a “internacionalização do crime potenciada pela globalização está a desencadear um pessimismo que se transforma facilmente em estado de resistência à compreensão”⁴.

Na atualidade verifica-se uma incapacidade dos sistemas penais nacionais em dominar de forma adequada os novos riscos transnacionais de grande amplitude⁵.

Outro dos problemas que podemos observar é que os próprios aplicadores da justiça por vezes desconhecem as normas criadas pelo legislador, da mesma forma que o legislador na criação das normas afasta-se da realidade subjacente ao crime de associação criminosa, o que põe em causa a eficiência da repressão penal.

Rui Pereira quanto à atividade terrorista salienta que “as normas incriminadoras respeitantes ao terrorismo e às organizações terroristas e as normas processuais penais que definem a criminalidade violenta ou altamente organizada são excessivamente amplas, associando condutas configuráveis como muito perigosas a outra que, embora dotadas de relevância ético-jurídica indispensável para serem qualificadas como criminosas, são comparativamente menos graves. Esta promiscuidade é suscetível de gerar desigualdades, mas sobretudo de pôr em causa a eficácia da repressão penal”⁶.

A existência deste tipo criminalidade contribui de forma decisiva para a degradação da segurança dos cidadãos e da sociedade, colocando em causa o próprio Estado de direito democrático.

A sociedade globalizada, com os seus avanços tecnológicos, denominada de sociedade de risco⁷, tem repercussões diretas no incremento do bem-estar individual⁸.

Roberto Livianu escreve que nesta “sociedade de risco está presente, com todos os seus elementos, a criminalidade organizada e a criminalidade dos poderosos, o que

³ FERRAJOLI, Luigi – Criminalidade e Globalidade. In *Revista do Ministério Público*, ano 24, nº 96 Outubro/Dezembro de 2003. p. 7.

⁴ RODRIGUES, Cunha – *Lugares do Direito*- Coimbra Editora, 1999. p. 103.

⁵ PINTO, Federico de Lacerda da Costa – Estudos Projeto Ethos, Corrupção e Criminalidade Económico-Financeira- *A Arquitetura do Estado de Direito e a Expansão do Sistema Sancionatório*. Procuradoria-Geral da República, Outubro de 2018. p. 45 e 46.

⁶ PEREIRA, Rui – *Terrorismo e Insegurança*: A resposta portuguesa. In *Revista do Ministério Público*, ano 25, nº 98-Abil/Junho de 2004. p. 77 a 110. Itálico nosso.

⁷ Conceito desenvolvido por Ulrich Beek, a fim de aprofundar o entendimento deste conceito ver BEEK, Ulrich – *Sociedade de Risco Mundial*: Em busca da segurança Perdida. Reimpressão da 1ª edição. Edições 70, 2023.

⁸ LIVIANU, Roberto – *Corrupção-Incluindo a nova Lei Anticorrupção*. Editora: Quartir Latin do Brasil, 2014. p. 131.

implica a expansão do direito penal, com reformas contrárias às garantias político-criminais do Estado de Direito”⁹.

Na Europa a queda do muro de Berlim, o auge do sistema capitalista, de economia de livre mercado, a abertura das fronteiras entre os países, a livre circulação de pessoa e bens, a entrada em vigor do acordo Schengen são fatores que aliados à revolução tecnológica, foram propícios a uma alteração qualitativa do fenómeno da criminalidade organizada¹⁰.

Neste âmbito é fundamental entender o que é uma associação criminosa, sendo esta por tendência secreta, é um grupo por norma fechado, não dispondo de estatutos ou normas contratuais ou de atuação, é uma associação estável e organizada e é essencial que não se confunda com as figuras de comparticipação ou da atuação em bando, o que por muitas vezes é o que acontece. Por isso é muito importante definir com rigor cada um dos conceitos. Desta feita, um dos objetivos deste projeto é analisar o escopo da associação criminosa a fim de perceber o que é devemos considerar crime para efeito de integração do tipo objetivo do ilícito.

Assim, pretendemos responder à seguinte questão: Quando é que, jurídico-criminalmente, existe uma associação criminosa e quando é que subsiste uma resolução criminosa de várias pessoas na prática de um crime que só poderá configurar uma comparticipação ou atuação como bando?

O crime de associação criminosa por norma só se revelará aquando da perpetração dos primeiros crimes, ou se lance meios de obtenção de prova mais invasivos, como por exemplo as escutas telefónicas. Contudo é difícil que a mesma se revele. Este tipo de crime será, à partida, punido, a partir do momento da sua formação, momento em que a paz pública se encontra em perigo.

A tentativa do crime de associação criminosa é , também, punida nos termos do artigo 23º do CP. Contudo, neste âmbito, surge uma discussão doutrinária, a questão prende-se sobretudo com a modalidade da ação fundar, visto que um indivíduo, ao tentar fundar uma associação criminosa, na verdade poderá já estar a promovê-la, e deste modo podemos observar que “Quem promover ou fundar grupo, organização ou associação cuja finalidade ou atividade seja dirigida à prática de crimes é punido com pena de prisão de

⁹ LIVIANU, Roberto – *Corrupção...* p. 131.

¹⁰ MÁRQUEZ, Jara Bocanegra – *Tratamiento Jurídico Penal De Las Organizaciones Y Grupos Criminales- Cuestiones Dogmáticas Y De Política Criminal*. 2018-2019. Tesis Doctoral. p. 17. Disponível em:
https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/87607/TESIS_DEFINITIVO.pdf?sequence=1&isAllowed=y

1 a 5 anos” (artigo 299º, nº1 do C.P). Ou seja, se ao tentar fundar uma associação criminosa já se está a promover a mesma, então aqui não haverá tentativa, mas sim consumação do crime, logo tem de se subsumir a uma responsabilização como crime consumado e não como crime tentado (preenchimento do *inter criminis*).

Mas o Código Penal não é o único diploma legal que pune a prática deste crime, como veremos existem outros diplomas legais onde a prática do crime em questão é também punida, como por exemplo o Decreto-Lei nº 15/93, de 22 de janeiro (Lei da Droga), a Lei nº 15/2001, de 5 de junho (Regime Geral das Infrações Tributárias), a Lei nº 14/2024, de 19 de janeiro (Regime Jurídico da Integridade do Desporto e do Combate aos Comportamentos Antidesportivos); Lei nº81/2021, de 30 de novembro (Lei antidopagem no desporto), e a Lei nº 52/2003, de 22 de agosto, (Lei de Combate ao Terrorismo); e outros diplomas legais estabelecem uma agravação quando se trata de casos de associação criminosa (Lei nº 37/2011, de 22 de junho e a Lei 5/2006, de 23 de fevereiro).

No que concerne ao escopo criminoso da associação, sendo este um dos elementos comuns a todas as modalidades típicas de ação, pretende-se analisar quais os crimes integrantes do escopo. Ou seja, iremos averiguar se os crimes integrantes do escopo são só os pertinentes ao direito penal clássico ou pode-se também tratar de crimes pertencentes ao âmbito do direito penal secundário, como por exemplo o direito penal económico, que na atualidade ganhou relevância no âmbito da criminalidade organizada. Crimes como a fraude na obtenção de crédito, fraude fiscal, fraude na obtenção de subsídio, corrupção, branqueamento de capitais etc., terão sido um dos maiores impulsionadores da internacionalização e globalização da criminalidade organizada¹¹.

A tipificação do crime de associação criminosa é um mecanismo essencial de prevenção e repressão à criminalidade organizada, contudo o número de condenações em Portugal não tem sido muito significativo, umas vezes por falta de prova, outras por dificuldades de investigação.

Os tribunais através da prova não conseguem concluir uma data a partir da qual terá sido pactuada a atuação criminosa, mas sim um período temporal, pois é praticamente impossível atribuir um dia específico a estas situações. Por vezes, este tipo de crime é usado a fim de se obter um alargamento de prazos judiciais e, por outro, o insucesso das

¹¹ CAEIRO, Pedro; DIAS, Jorge de Figueiredo – “Artigo 299º”. In *Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial*, Tomo II, Vol. II (artigos 255º a 307º). 2ª Edição. Coimbra: GESTLEGAL Editora, agosto de 2022, p. 820.

acusações é reflexo da má interpretação dos conceitos e consequente incorreta aplicabilidade dos mesmos.

É de notar ainda que quanto mais complexo for o caso, seja em número de vítimas, de intervenientes ou de crimes, mais fácil será identificar qual o tipo de atuação presente, se associação criminosa, bando ou participação.

Exposto isto, podemos conferir que este é um tema que se encontra em claro desenvolvimento, sendo relevante salientar que estamos perante um tipo de ilícito que na atualidade tem cada vez mais um carácter transnacional e suscita para a ciência jurídica problemas para os quais o direito interno não está adequado, gerando deste modo a sua ineficácia.

O tráfico de pessoas (acentuado cada vez mais pelas guerras), o cibercrime, a criminalidade económico-financeira, o tráfico de estupefacientes, etc. são fenómenos cada vez mais transnacionais que implicam uma atuação não apenas nacional, mas também de cooperação judiciária entre os diversos Estados.

Neste sentido, é relevante mencionar a Convenção de Palermo, sendo esta uma Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional, que surge num contexto pós-Guerra Fria. Na CNU contra a COT, podemos observar o carácter transnacional do crime de associação criminosa e pretende-se perceber de que forma este diploma é ou não um instrumento eficaz na prevenção e repressão do crime organizado.

As associações criminosas estão cada vez mais organizadas e sofisticadas e os seus chefes, dirigentes, promotores, fundadores, apoiantes e angariadores atuam em simultâneo em diversos Estados, o que implica um problema adicional na aplicação eficaz do direito interno. Desta feita, podemos ver, por parte dos criminosos, uma maior dispersão das suas atividades em diversos continentes, confundido, assim, os sistemas jurídicos estaduais usados para combater o crime transnacional. As associações criminosas procuram países onde a legislação é mais permissiva o que nos leva a questionar:

Será que a dificuldade de conceitualização do crime de associação criminosa reflete-se na ineficácia da prevenção e repressão ao mesmo? Este é um problema que transcende as fronteiras nacionais.

Neste sentido, salientamos a necessidade do Estado em conceder mais meios técnicos e humanos com a finalidade de prevenir e reprimir este tipo de crime.

De referir que nos termos do disposto do artigo 1º alínea m) do CPP, as condutas que integram crimes de associação criminosa são consideradas como criminalidade

altamente organizada ¹² (o que tem consequências processuais relevantes cfr. v.g. artigos 89º, nº 6, 174º, nº 5, al. a), 177º, nº 2, al. a) e nº 3 al. a), 187º, nº 2 al. a), 202º, nº 1, al. c), 215º, nº 2, al. a) e 276º, nº 2, al. a), todos do CPP).

Exposto isto, podemos verificar que este é um tema que, para além de atual, é no quadro jurídico-criminal, controverso, deste modo justificando-se a sua relevância.

¹² MOTA, Lopes da – Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, nº856/19.3T9SNT-D.S1 de 31 de maio de 2022.

CAPÍTULO I
DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA E TIPICIDADE OBJETIVA

Sumário:

Secção 1 – Breve evolução histórica.

1.1. Nos Códigos Penais.

1.1.1. Código Penal de 1852

1.1.2. Código Penal de 1886

1.1.3. Código Penal de 1982

1.2. O crime de Associação Criminosa em outros diplomas legais.

1.3. Bem jurídico tutelado:

Secção 2 – Do tipo objetivo e subjetivo do crime de associação criminosa.

2. Da tipicidade objetiva

2.1. Associação, grupo ou organização

2.2. Escopo da Associação Criminosa

2.2.1. O que é que se deve considerar como crime
para efeito de integração do tipo objetivo do ilícito?

2.3. Os diversos tipos de autores contidos no crime de Associação
Criminosa.

Secção 1 — Breve evolução Histórica.

1.1. Nos Códigos Penais.

1.1.1. Código Penal de 1852

Impõe-se que se faça uma breve evolução histórica, para melhor perceber como foi alcançado o conceito atual de crime de associação criminosa.

Em Portugal, no ano de 1852, aprovado por decreto de 10 de dezembro, foi abordada pela primeira vez no código penal¹³, a questão “das associações criminosas e da possibilidade da participação nas mesmas ser suscetível de constituir um comportamento criminal”¹⁴. Neste âmbito o artigo 263º do CP de 1852, consagrou o crime de Associação de Malfeitores¹⁵.

Esta norma incriminadora teve a sua inspiração no CP francês, nomeadamente nos artigos 265º a 268º. Contudo, a mesma sofreu algumas críticas em especial no que concerne aos elementos “para caracterizar a associação de malfeitores, uma das características é que a mesma tinha de ser formada com o objetivo de atacar pessoas ou propriedades, deixando de fora, por exemplo, crimes perpetrados contra o Estado”¹⁶.

O conceito de autor também sofreu fortes críticas por parte de Silva Ferrão, pois é importante não confundir os autores da associação com os autores do crime da associação, os primeiros são os que deram origem à associação os segundos são todos aqueles que a integram¹⁷. Posto isto, visto que o conceito de autor tipificado no artigo 25º do CP de 1852 “é uma expressão genérica, que compreende uns e outros, Silva Ferrão defendia que a palavra autor não devia ser aqui aplicada, mas sim, por exemplo, a palavra provocadores de forma a restringir a disposição da lei à intenção do legislador”¹⁸.

¹³ É relevante mencionar que antes de ser tipificado o crime de “Malfeitores” no CP de 1852 o crime em apreço já era tratado nos ordenamentos, noutros diplomas legais.

¹⁴ MEIRELES, Mário – *Da Associação Criminosa à Criminalidade...* p. 30.

¹⁵ No qual estava tipificado que: “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. § 1º Os que forem auctores da associação, ou nella exercerem direcção, ou commando, serão punidos com trabalhos públicos temporários. § 2º 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.”

In: MEIRELES, Mário – *Da Associação Criminosa à Criminalidade...* p. 30.

¹⁶ MEIRELES, Mário – *Da Associação Criminosa à Criminalidade...* p. 32.

¹⁷ MEIRELES, Mário – *Da Associação Criminosa à Criminalidade...* p. 35.

¹⁸ MEIRELES, Mário – *Da Associação Criminosa à Criminalidade...* p. 35.

Pode verificar-se que a redação da norma legal associação de malfeitores era uma norma incriminadora bastante ampla e vaga, quando comparada com o artigo que lhe deu inspiração, o artigo 266º do CP francês¹⁹.

1.1.2. Código Penal de 1886

O CP de 1886 aprovou o artigo 263º, com a epígrafe associação de malfeitores²⁰.

Beleza dos Santos realça duas diferenças relevantes entre o artigo 263º do CP de 1886 e o artigo 263º do CP de 1852: podemos verificar que se alargou o âmbito típico no sentido “em que é punível por este crime quem fizer parte de uma associação criminosa que vise cometer crimes e não apenas contra pessoas ou propriedades como antes; e, além disso, já não é exigível que a organização surja totalmente definida, mas sim que revele apenas a sua existência, ou seja, basta apenas demonstrar a existência da associação como elemento do crime²¹”, onde existe um acordo de vontades entre duas ou mais pessoas com a finalidade de cometer crimes. “Deste modo, podemos verificar que a nova redação do artigo supramencionado no CP de 1886, assume uma evolução doutrinária no que diz respeito ao conceito de associação criminosa, sendo este um conceito flexível”²².

“A redação do artigo 263º do CP de 1886 foi modificada²³, já quase no fim da sua vigência²⁴”, com a “Lei nº 24/81, de 20 de Agosto, que acrescentou o artigo 263º-A, que são a fonte legislativa imediata dos artigos 288º e 289º do Código Penal, na versão originária de 1982”²⁵.

¹⁹ MEIRELES, Mário – *Da Associação Criminosa à Criminalidade...* p. 36.

²⁰ Tinha a seguinte redação: “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.” In: MEIRELES, Mário – *Da Associação Criminosa à Criminalidade...* p. 37 e 38.

²¹ Apud, MEIRELES, Mário – *Da Associação Criminosa à Criminalidade...* p. 38 e 39, citando Beleza dos Santos.

²² MEIRELES, Mário – *Da Associação Criminosa à Criminalidade...* p. 38 e 39.

²³ O conteúdo insito no artigo 263º passou a estabelecer que: “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 anos a oito anos”. In: MEIRELES, Mário – *Da Associação Criminosa à Criminalidade...* p. 41.

²⁴ MEIRELES, Mário – *Da Associação Criminosa à Criminalidade...* p. 41.

²⁵ MORAIS, Anabela – Controvérsias do crime de associação criminosa. In *Julgar online*. 2019. p. 3. Disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2019/12/20191223-ARTIGO-JULGAR-Controv%C3%A9rsias-do-crime-de-associa%C3%A7%C3%A3o-criminosa-Anabela-Morais.pdf>

No âmbito do artigo 263º do CP de 1886 podemos observar que temos como elemento essencial no que concerne ao preenchimento deste tipo de crime que a associação tem de ter em vista a prática de crimes, o que gera um problema. Colocado por Beleza dos Santos quanto ao instituto do crime continuado. “O autor entende que a verificação do crime continuado não deve ser considerado um problema no que concerne à existência da associação criminosa”²⁶. No mesmo sentido, Figueiredo Dias admite a possibilidade de um crime continuado “integrar o tipo objetivo do ilícito de associação criminosa na vertente do escopo criminoso que a mesma visa”²⁷.

1.1.3. Código Penal de 1982

O Código Penal de 1982 “foi aprovado pelo Decreto-lei nº 400/82, de 23 de setembro, e entrou em vigor a 1 de janeiro de 1983, e previu, no capítulo V secção II (Crimes contra a paz pública), no artigo 287º, o crime de Associações Criminosas”²⁸.

Em 1982, podemos observar novas alterações significativas, pois emerge “a par do crime de associação criminosa um novo preceito, no artigo 288º³⁰, que estipulava a punição das «organizações terroristas», atribuindo a este último os crimes que atentem contra a segurança interior e exterior do Estado. Este tipo de crime surge da consciência dos contornos que o terrorismo vem a tomar a partir da década de 60 e com o seu crescimento”³¹.

No entanto como salienta Manuel Guedes Valente “A prevenção, a investigação e a posterior responsabilização dos agentes terroristas têm de se legitimar na própria essência

²⁶ MEIRELES, Mário - *Da Associação Criminosa à Criminalidade...* p. 43.

²⁷ MEIRELES, Mário – *Da Associação Criminosa à Criminalidade...* p. 43 e 44.

²⁸ “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 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 prática de crimes”. In: MEIRELES, Mário – *Da Associação Criminosa à Criminalidade...* p. 58

²⁹ MEIRELES, Mário – *Da Associação Criminosa à Criminalidade...* p. 58.

³⁰ Na atualidade esta matéria encontra-se tratada em legislação extravagante ao Código Penal, nomeadamente na Lei de Combate ao Terrorismo (Lei 52/2003, de 22 de Agosto de 2003). In: SAMPAIO, Ana Catarina Dias de – *A Prova do Crime de Associação Criminosa: Uma Análise Jurisprudencial Crítica*. Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna. 2019. Dissertação de Mestrado em Ciências Policiais. p. 9. Disponível em: <https://comum.rcaap.pt/bitstream/10400.26/30388/1/a%20prova%20do%20crime%20de%20associa%C3%A7%C3%A3o%20criminosa-convertido%20%281%29.pdf>

³¹ SAMPAIO, Ana Catarina Dias de – *A Prova do crime...* p. 9.

do Estado, ao qual cumpre desenvolver e prosseguir tarefas fundamentais à vigoração de uma democracia fundada num dos valores mais nobres e caros à história da humanidade – o respeito pela dignidade da pessoas humana”³².

Para que se considere estar-se perante o crime de organizações terroristas, “exige-se que haja, com a prática de um dos crimes catalogados no mesmo, [...] a intenção de prejudicar a integridade e 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 intimidar certas pessoas, grupos de pessoas ou população em geral” [...]”³³³⁴.

Com a revisão do Código Penal, “através do Decreto-Lei nº 48/95, de 15 de Março, o crime de associação criminosa passou a estar previsto no artigo 299º, tendo as modificações recaído sobre o artigo 287º, nº 1 e 4 do Código Penal de 1982, sendo que não se verificam alterações profundas ao nível de conteúdo. Em consequência, no artigo supramencionado nº 1, para além da alteração da moldura penal abstrata, foi alterado o termo promover a anteceder fundar, e o termo finalidade a anteceder actividade. No que concerne ao nº 4 do mesmo artigo, quanto à possibilidade de atenuação da pena, ou isenção da mesma, a expressão “ou deixar mesmo de ser aplicadas” foi substituída por “ou não ter lugar a punição”, foi também substituída a expressão “livremente atenuadas” por “especialmente atenuadas”, passando a abranger, também, as situações em que o agente se esforçar seriamente por impedir a continuação dos grupos, organizações ou associações”³⁵.

A título de informação podemos verificar alguns acórdãos que admitem a compatibilidade “do crime continuado no enquadramento dos crimes praticados no seio de uma associação criminosa, como é o caso do Acórdão do STJ, de 26 de fevereiro de 1986, cujo relator é Manso Preto, e do Acórdão do STJ, de 4 de maio de 1995, cujo relator é Ferreira Rocha”³⁶.

“Surge a Lei nº 52/2003, de 22 de Agosto, que revogou o artigo 300º do Código Penal, que previa o crime de organizações”³⁷ terroristas. De salientar, que o referido artigo 300º do CP previa a exigência de um número mínimo de 2 pessoas, o que permitia sustentar o

³² VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – Terrorismo: Fundamento de restrição de Direitos? In Adriano Moreira (coord) – Terrorismo. Coimbra: Almedina, 2004. p. 412.

³³ SAMPAIO, Ana Catarina Dias de – *A Prova do Crime...* p. 9.

³⁴ Os artigos 300º e 301º do CP foram revogados pela lei nº 52/2003, de 22 de agosto.

³⁵ MORAIS, Anabela – Controvérsias do crime de associação criminosa. In *Julgar online*. 2019. p. 4.

³⁶ MEIRELES, Mário – *Da Associação Criminosa à Criminalidade...* p. 53.

³⁷ MEIRELES, Mário – *Da Associação Criminosa à Criminalidade...* p. 59.

mesmo número para o crime de associação criminosa, previsto no artigo 299º do CP, e por outra, que defendia “que se o legislador quis expressamente mencionar o número de 2 pessoas no caso de organizações terroristas e não fez o mesmo para o crime de associação criminosa é porque entendeu que, relativamente a este, deveria valer a exigência mais razoável de um mínimo de 3 pessoas”³⁸.

A “reforma penal de 2007, aprovada pela Lei 59/2007, de 4 de setembro, veio introduzir algumas importantes alterações”³⁹ no artigo 299º do CP. No nº1, a expressão prática de crimes foi substituída pela expressão prática de um ou mais crimes, o que outrora suscitou alargada discussão na doutrina, como vimos anteriormente⁴⁰.

Foi introduzido “o nº 5 que veio restringir o âmbito do tipo legal, exigindo assim que a associação compreenda, no mínimo, três elementos, ou seja que haja um conjunto de pelo menos 3 pessoas⁴¹, e a atuação concertada dos elementos durante um certo período de tempo, elementos que já vinham sendo exigidos pela Doutrina e Jurisprudência”⁴².

1.2. O crime de Associação Criminosa em outros diplomas legais

O “crime de associação criminosa que era designado como Associação de Malfeitores, como vimos supra, e que era também monopólio dos Códigos Penais de 1852, 1886 e 1982, passou a estar previsto em outros diplomas legais, deixando deste modo de estar exclusivamente tipificado no CP”⁴³.

É também relevante mencionar que a alusão “à criminalidade organizada passou a ser também recorrente em diversos diplomas legislativos nacionais, é relevante no sentido em que ambas as figuras têm uma estrita ligação”⁴⁴.

Neste sentido, passamos a enumerar os diplomas legais onde o crime de associação criminosa foi e está, na atualidade, tipificado.

(1) No que concerne ao “tráfico de estupefacientes o DL nº 430/83, de 13 de dezembro emerge no âmbito da ratificação de Portugal, em dezembro de 1971, da Convenção Única

³⁸ MEIRELES, Mário – *Da Associação Criminosa à Criminalidade...* p. 60.

³⁹ SAMPAIO, Ana Catarina Dias de – *A Prova do Crime...* p. 10.

⁴⁰ MEIRELES, Mário – *Da Associação Criminosa à Criminalidade...* p. 60.

⁴¹ Pondo fim à discussão doutrinária de possivelmente serem apenas dois elementos a agir no crime de associação criminosa.

⁴² MORAIS, Anabela – *Controvérsias do crime...* p. 4 e 5.

⁴³ MEIRELES, Mário – *Da Associação Criminosa à Criminalidade...* p. 61.

⁴⁴ MEIRELES, Mário – *Da Associação Criminosa à Criminalidade...* p. 61.

de 1961 sobre estupefacientes, e também da adesão, em 1979, à Convenção sobre as Substâncias Psicotrópicas, de 1971”⁴⁵.

Neste diploma, a designação do crime de associação criminosa foi alterada na epígrafe do artigo 28º, dando mais enfoque aos seus elementos e não à associação, que já não eram designados como malfeitores, mas como delinquentes. Desta forma, verificamos aqui uma “intenção político-criminal, implícita, no sentido de aplicar, penas muito mais pesadas, a elementos que a integravam. No entanto, este rigor de punir não deixa de ser um retrocesso nominativo quando comparado com o CP de 1982⁴⁶, que já tinha entrado em vigor”⁴⁷.

Comparando com o CP de 1982, o artigo 28º nº 1 do DL 430/83, de 13 de dezembro, alargou “o âmbito do ilícito-típico com o aditamento dos verbos promover e financiar, como atividades puníveis, sendo que a ação promover passou posteriormente a estar prevista no CP com a reforma de 1995. Já no nº 2 do mesmo artigo previa-se a punição pela prática do crime com recurso à descrição típica coincidente com a figura da cumplicidade. Ainda no nº1 estabeleceu-se um número mínimo de 2 pessoas a atuar no crime em causa. Por outro lado, é de salientar que no artigo 28º não exigia a prática de diversos crimes, mas bastava-se com a prática de um dos crimes previstos no artigo 23º do mesmo diploma”⁴⁸.

Dez anos mais tarde, o DL nº 15/93, de 22 de janeiro, aprova e transfere para a ordem jurídica interna a “convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e de Substâncias Psicotrópicas de 1988, oportunamente assinada por Portugal e ratificada-Resolução da Assembleia da República nº 29/91 e Decreto do Presidente da República nº 45/91, publicados no Diário da República de 6 de setembro de 1991”⁴⁹.

Podemos observar nos parágrafos iniciais, da convenção suprarreferida, os três objetivos fulcrais de tal instrumento de direito internacional público. O primeiro objetivo é privar aqueles que se dedicam ao tráfico de estupefacientes do produto das suas atividades criminosas, suprimindo, deste modo, o seu móbil ou incentivo principal e evitando, do mesmo passo, que a utilização de fortunas ilicitamente acumuladas permita a organizações criminosas transnacionais invadir, contaminar e corromper as estruturas do Estado, as actividades comerciais e financeiras legítimas e a sociedade a todos os seus níveis. Em segundo lugar, adoptar medidas adequadas ao controlo e fiscalização dos precursores,

⁴⁵ MEIRELES, Mário – *Da Associação Criminosa à Criminalidade...* p. 62.

⁴⁶ O Código Penal de 1982 entrou em vigor a 1 de janeiro de 1983.

⁴⁷ MEIRELES, Mário – *Da Associação Criminosa à Criminalidade...* p. 63.

⁴⁸ MEIRELES, Mário – *Da Associação Criminosa à Criminalidade...* p. 63 e 64.

⁴⁹ GOUVEIA, Joana – *Autoria e Participação – Tráfico de estupefacientes*. Lisboa: Centros de Estudos Judiciários, 2019. [Consult. a 2 de novembro de 2023]. Disponível em: <https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=WvEUpmLv7uI%3D&portalid=30> ISBN: 978-989-8908-59-9

produtos químicos e solventes, substâncias utilizáveis no fabrico de estupefacientes e de psicotrópicos e que, pela facilidade de obtenção e disponibilidade no mercado corrente, têm conduzido ao aumento do fabrico clandestino de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas. Em terceiro lugar, reforçar e complementar as medidas previstas na Convenção sobre Estupefacientes de 1961, modificada pelo Protocolo de 1972, e na Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas de 1971, colmatando brechas e potenciando os meios jurídicos de cooperação internacional em matéria penal⁵⁰.

O DL n° 15/93, de 22 de janeiro, surgiu em “paralelo com a trajetória internacional, assim o ordenamento jurídico penal nacional sentiu a necessidade de criar um diploma que regulasse as complexas matérias relativas ao tráfico e consumo de estupefacientes. Este diploma pretendeu adaptar-se ao CPP de 1987 e antecipar o que viria a ser os princípios conformadores da reforma penal que estava em curso, designadamente pondo termo à pena de multa cumulativa com a pena de prisão”⁵¹. O DL em questão afastou-se de modo definitivo da designação anterior e intitulou o crime de organização como associações criminosas, retomando a designação dada pelo CP de 1982⁵².

Comparando com o DL n° 430/83, de 13 de dezembro, podemos verificar que, nos n° 1 e 3 do artigo 28° do DL n°15/93, de 22 de janeiro, existe um reforço da severidade de punição, estendendo os “16 anos para 20 anos e de 18 para 20 anos, respetivamente, do máximo de prisão aplicável, sendo que a moldura penal prevista para as condutas estabelecidas no n° 2, passou de 14 para 15 anos, sendo de realçar que a pena de multa cumulativa foi eliminada”.⁵³ Os limites máximos da moldura penal do artigo 28°, n° 1 e 3, foram reforçados, por força da Lei n° 45/96, de 3 de setembro⁵⁴, passando os mesmos a prever um limite máximo de 25 anos⁵⁵.

(2) No âmbito das infrações tributárias, foi inserida “a punição do crime de associação criminosa, no nosso ordenamento jurídico, pelo artigo 17° do DL n° 424/86, de 27 de dezembro. Porém, este diploma tinha muitas normas que foram declaradas inconstitucionais, tendo sido o mesmo revogado por força do artigo 3° do DL n° 376-A/89, de 25 de outubro. Neste novo RJFA, conservou-se a punição do crime de associação criminosa, por força do artigo 34° do diploma em questão”⁵⁶.

⁵⁰ cfr. preâmbulo da Convenção das Nações Unidas contra o tráfico ilícito de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas de 1988.

⁵¹ MEIRELES, Mário – *Da Associação Criminosa à Criminalidade...* p. 64.

⁵² MEIRELES, Mário – *Da Associação Criminosa à Criminalidade...* p. 64.

⁵³ MEIRELES, Mário – *Da Associação Criminosa à Criminalidade...* p. 65.

⁵⁴ Temos como novidade o n°4 do artigo 28° que criou uma nova conduta típica, que mais tarde, no ordenamento jurídico português, passou a ser designada por branqueamento de capitais e teria um regime próprio. In: MEIRELES, Mário – *Da Associação Criminosa à Criminalidade...* p. 67.

⁵⁵ MEIRELES, Mário – *Da Associação Criminosa à Criminalidade...* p. 65.

⁵⁶ MEIRELES, Mário – *Da Associação Criminosa à Criminalidade...* p. 90 e 91.

Como Mário Meireles afirma, podemos verificar que a punição do crime em apreço manifesta-se mais equilibrada no regime constante do artigo 17º do DL nº 424/86, de 27 de dezembro, do que no mencionado artigo 34º do RJFA⁵⁷.

A Lei nº 15/2001, de 5 de junho, que “aprovou o RGIT, reúne os regimes jurídicos das infrações fiscais aduaneiras e não aduaneiras. No seu artigo 89º⁵⁸ prevê-se o crime de associação criminosa, tendo sido alterado pela Lei 64-B/2011, de 30 de dezembro, os nº 2 e 3 do artigo suprarreferido”⁵⁹.

É notório que “a natureza destes crimes pertence ao direito penal secundário, no entanto, trata-se de uma matéria considerada imprescindível visto que estamos perante uma temática relativa aos impostos, sendo que o bem jurídico protegido pelos crimes tributários é o sistema tributário, com a relevância que atualmente isso implica”⁶⁰.

(3) A Lei de Combate ao Terrorismo, Lei nº 52/2003, de 22 de agosto, “por força do seu artigo 11º, revogou os artigos 300º e 301º do CP, que tinham, respetivamente, como epígrafe organizações terroristas e terrorismo. Deste modo, em cumprimento da Decisão Quadro nº 2002/475/JAI, do Conselho, de 13 de junho, passou a estar previsto o regime jurídico relativo ao combate ao terrorismo, em sede de legislação especial. O diploma em apreço estipulava o crime de organizações terroristas no seu artigo 2º, e de outras organizações terroristas no seu artigo 3º, verificando-se que o artigo 3º fazia uma extensão do conceito exposto no artigo nº 2º”⁶¹.

O terrorismo, no nosso ordenamento jurídico, “surtiu como um crime qualificado no que concerne ao crime de associação criminosa, numa relação de especialidade”⁶². Ou seja, os elementos “que caracterizam o crime de associação criminosa, encontram-se presentes no crime de organizações terroristas, para além destes elementos comuns entre

⁵⁷ MEIRELES, Mário – *Da Associação Criminosa à Criminalidade...* p. 92.

⁵⁸ O artigo 89º, nº 2 e 3 têm a seguinte redação: “2 - Na mesma pena incorre quem apoiar 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, dirigir ou fizer parte dos grupos, organizações ou associações referidos nos números anteriores é punido com pena de prisão de 2 a 8 anos, se pena mais grave não lhe couber, nos termos de outra lei penal.”

⁵⁹ MEIRELES, Mário – *Da Associação Criminosa à Criminalidade...* p. 94.

⁶⁰ MEIRELES, Mário – *Da Associação Criminosa à Criminalidade...* p. 94 a 97.

⁶¹ MEIRELES, Mário – *Da Associação Criminosa à Criminalidade...* p. 102 e 103.

⁶² MEIRELES, Mário – *Da Associação Criminosa à Criminalidade...* p. 104

ambos os crimes, crime de organizações terroristas terá presente notas adicionais que especializam este tipo legal”⁶³.

O regime do crime de organizações terroristas criou uma entidade equiparada aos elementos objetivos de associação, grupo, ou organização, que é o agrupamento de 2 ou mais pessoas. Ou seja, o “agrupamento” tem como finalidade concluir que estamos então perante um grupo, organização ou uma associação, deste modo “o agrupamento de duas ou mais pessoas é alvo de autonomização por identidade com tais conceitos”⁶⁴.

Podemos observar “por parte do legislador um reforço da intenção punitiva quanto ao crime de associação criminosa praticada no âmbito do terrorismo, quando por força da Lei nº 59/2007, de 4 de setembro, o artigo 299º, nº 5 do CP passou a prever que para existir tais grupos, organizações ou associações a mesmas teriam de ser constituídas pelo número mínimo de três pessoas”.⁶⁵ Deste feita, “estamos perante um tratamento desigual entre estes dois tipos legais de crime que, no entanto, deveriam ter o mesmo conceito base”⁶⁶.

O artigo 6º da Lei 52/2003, de 22 de agosto, prevê a responsabilidade criminal das pessoas coletivas e equiparadas pela prática dos crimes previstos nos artigos 2º a 5º, desde que estejam preenchidos os pressupostos do artigo 11º, nº 2 al. a) e g) e nº 6 do CP.

A Lei 2/2023, de 16 de janeiro, efetuou alterações aos artigos 2º e 3º da Lei 52/2003, de 22 de agosto. As epígrafes destes dois artigos também foram alteradas, passando o artigo 2º a ter como epígrafe “conceito de grupo terrorista e de infração terrorista”, e o artigo 3º a epígrafe “infrações relacionadas com um grupo terrorista”.

O atual artigo 2º apenas fala em grupo terrorista de duas ou mais pessoas, que podem ter ou não ter funções formalmente definidas, ter ou não ter continuidade na sua composição ou mesmo ter ou não ter estrutura elaborada, se mantém ao longo do tempo e atua de forma concertada (nº1). Estipula ainda o nº 2 deste artigo 2º que não é considerado como grupo terrorista uma associação constituída fortuitamente para a prática imediata de uma infração prevista nesta Lei. Comparativamente com o artigo 299º do CP podemos constatar que o referido artigo 2º, nº 2 faz referência à estrutura do grupo (elaborada ou não), que pode ser de composição variável e ainda a funções formalmente

⁶³ DIAS, Jorge de Figueiredo - *As Associações Criminosas no Código Penal Português de 1982*. In Separata da Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 119, n.º 3751 a 3760. Coimbra: Coimbra Editora, 1988. p. 76 e 77.

⁶⁴ MEIRELES, Mário – *Da Associação Criminosa à Criminalidade...* p. 104.

⁶⁵ MEIRELES, Mário – *Da Associação Criminosa à Criminalidade...* p. 104.

⁶⁶ MEIRELES, Mário – *Da Associação Criminosa à Criminalidade...* p. 105.

definidas ou não dos seus membros. Assim verificamos, nesta disposição legal, uma melhor explicitação do tipo do crime de associação terrorista em comparação com o disposto no artigo 299º do CP.

O artigo 3º, nº 3 continua a punir os atos preparatórios da constituição do grupo terrorista (antigo nº 4 do artigo 2º).

Apesar das alterações significativas que sofreram os artigos 2º e 3º é de salientar que se manteve a referência a duas ou mais pessoas, que já constava da versão original.

(4) “No âmbito do regime jurídico relativo à entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros do território nacional”⁶⁷ tínhamos o DL nº 244/98, de 8 de agosto, que previa, no seu artigo 135º, a punição da associação de auxílio à imigração ilegal. O DL 34/2003, de 25 de fevereiro, alterou o DL suprarreferido, modificaram-se as molduras penais e “passou a prever-se a responsabilidade penal de pessoas coletivas ou equiparadas”⁶⁸.

A Lei nº 23/2007, de 4 de julho, que revogou o mencionado DL nº 244/98, sendo que, no seu artigo 184º, está previsto o crime de associação de auxílio à imigração ilegal, a fim de criminalizar os grupos, organizações ou associações que tenham sido criados com o objetivo de praticar “alguns dos crimes previstos no artigo 183º, nº 1 e 2 do mesmo diploma. Isto é, quem favorecer ou facilitar, de algum modo, a entrada ou o trânsito ilegal de cidadão estrangeiro em território nacional, sendo que a intenção lucrativa não é relevante”⁶⁹.

No artigo 182º, nº 1 e nº 3, do diploma suprarreferido, podemos conferir que está também prevista a “responsabilidade penal das pessoas coletivas, ou seja, está expressamente prevista que as pessoas coletivas e equiparadas podem ser responsáveis pela prática do crime previsto no artigo 184º”⁷⁰.

É de notar que neste diploma está prevista a punição da tentativa, à semelhança do que sucedia no artigo 135º do DL nº 244/98, contudo este tipo de crime torna muito difícil averiguar a sua possibilidade, razão pela qual se terão levado a cabo alterações realizadas pela Lei nº 24/81, de 20 de agosto ao CP de 1886, no seu artigo 263º-A, equiparando de forma expressa, a tentativa à consumação⁷¹.

⁶⁷ MEIRELES, Mário – *Da Associação Criminosa à Criminalidade...* p. 106.

⁶⁸ MEIRELES, Mário – *Da Associação Criminosa à Criminalidade...* p. 106 e 107.

⁶⁹ MEIRELES, Mário – *Da Associação Criminosa à Criminalidade...* p. 107.

⁷⁰ MEIRELES, Mário – *Da Associação Criminosa à Criminalidade...* p. 108.

⁷¹ MEIRELES, Mário – *Da Associação Criminosa à Criminalidade...* p. 109.

(5) No âmbito do regime jurídico do desporto tínhamos a Lei nº 50/2007, de 31 de agosto, a qual nos seus artigos 8º a 13º instituiu “um novo regime de responsabilidade penal por comportamentos antidesportivos”⁷². Nesta lei estavam previstos os “crimes de corrupção passiva, de corrupção ativa, o crime de tráfico de influência, o de oferta ou recebimento indevido de vantagem e o de aposta antidesportiva”. Eram estes os crimes passíveis de serem objeto da prática do crime de associação criminosa⁷³, prevista e punida pelo artigo 11º do regime supracitado.

O legislador neste diploma escolheu acolher “o conceito que surge no regime do CP, na medida em que exige o número mínimo de três pessoas que devem atuar concertadamente durante um certo período de tempo, desta feita evita-se interpretações equívocas como acontece a propósito da associação criminosa noutros diplomas legais, como é o caso do regime das infrações tributárias ou, até mesmo, o regime legal relativo à entrada e saída de estrangeiros do território nacional”⁷⁴.

No que concerne à pena prevista para a prática do crime de associação criminosa no campo de ação desta lei, verificava-se que era idêntica à que consta no CP⁷⁵.

Contudo este diploma foi recentemente revogado pela Lei 14/2024 de 19 de janeiro.

Apesar desta revogação, o atual artigo 18º deste diploma, que estabelece a punição do crime de associação criminosa, é no essencial idêntico ao anterior artigo 11º da Lei 50/2007 de 31 de agosto. Na atual Lei estão agora previstos os crimes de corrupção passiva, de corrupção ativa, o crime de tráfico de influência, o de recebimento ou oferta indevidos de vantagem, o de coação desportiva, o de apostas desportivas fraudulentas e o de aposta antidesportiva. Estes são os crimes passíveis de serem objeto da prática do crime de associação criminosa neste diploma (artigos 14º a 21º).

A referida Lei nº 50/2007 previa também a “responsabilidade penal das pessoas coletivas (artigo 3º), porém não indicava, relativamente às mesmas, de forma expressa qual a pena aplicável no que diz respeito à prática do crime de associação criminosa”⁷⁶, o mesmo sucedendo no atual diploma (artigo 28º).

(6) Ainda no âmbito do regime jurídico do desporto temos a Lei nº 81/2021, de 30 de novembro, que estabelece o regime jurídico da antidopagem no desporto, sendo que

⁷² MEIRELES, Mário – *Da Associação Criminosa à Criminalidade...* p. 110.

⁷³ MEIRELES, Mário – *Da Associação Criminosa à Criminalidade...* p. 110.

⁷⁴ MEIRELES, Mário – *Da Associação Criminosa à Criminalidade...* p. 111.

⁷⁵ MEIRELES, Mário – *Da Associação Criminosa à Criminalidade...* p. 111.

⁷⁶ MEIRELES, Mário – *Da Associação Criminosa à Criminalidade...* p. 112.

no seu artigo 59º, está previsto o crime de associação criminosa. No âmbito desta lei o objeto da associação criminosa traduz-se na prática dos crimes consagradas nos artigos 57º e 58º, sendo estes o tráfico de substâncias e métodos proibidos e a administração de substâncias e métodos proibidos.

Exige-se, também e aqui, tal como no artigo 299º do CP, um mínimo de 3 pessoas atuando concertadamente durante um certo período de tempo (nº 3 do referido artigo 59º).

(7) No que diz respeito a Lei nº 37/2011, de 22 de junho (simplifica os procedimentos aplicáveis à transmissão e à circulação de produtos relacionados com a defesa), o artigo 34º, nºs 1 e 3 (contrabando de produtos relacionados com a defesa) apenas estabelece uma agravação do nº 3 nos casos de associação criminosa. A opção legislativa expressa nesta lei foi a de subsumir a factualidade ao tipo previsto e punido pelo artigo 299º do CP, cuja pena será agravada ex. vi. nº 3 do artigo 34 da lei suprarreferida.

(8) Quanto ao regime jurídico das armas e suas munições, a Lei nº 5/2006, de 23 de fevereiro estabelece no seu artigo 87º, nº 2, al. b) que se os bens e as armas aí mencionadas se destinarem, com o conhecimento do agente, a grupos, organizações ou associações criminosas a pena é de 4 a 12 anos de prisão, o que constitui uma agravação em relação ao estipulado no artigo 299º, nº 2 do CP quanto aos apoiantes.

Verificado todos estes diplomas legais, constatamos que os tipos, os conceitos jurídicos e as molduras penais previstas para os diversos crimes de associação criminosa não são uniformes, o mesmo sucedendo entre estes diplomas e o estipulado no artigo 299º do CP, o que pode suscitar equívocos, dúvidas, confusões, erros interpretativos e geradores de violação do princípio da segurança jurídica.

1.3.Bem jurídico tutelado

“O bem jurídico assume um destaque fundamental e imprescindível no entendimento do sentido jurídico-social do comportamento delituoso”⁷⁷.

⁷⁷ MORAIS, Anabela – Controvérsias do crime... p. 5.

É relevante mencionar que o tipo de crime é composto “pelo tipo objetivo e pelo tipo subjetivo de ilícito. O primeiro tem como componentes o autor, a conduta e o bem jurídico, sendo da conjugação destes elementos, da sua ligação ao tipo subjetivo de ilícito, que resulta o sentido jurídico social da ilicitude material do facto que o tipo abrange”⁷⁸.

A tese de retribuição jurídica de Hegel partia do “ princípio conceptual de que toda a violência se destrói a si mesma, possui a sua real manifestação nisto de uma violência se anular com outra violência. E assim que se torna jurídica, de maneira não só relativa, quando se dão tais condições, mas necessária, quando é aquela segunda violência que destrói a primeira”⁷⁹.

A ordem jurídico-penal é um mal necessário, pois parte da existência de um crime (mal) ao qual lhe é atribuída uma sanção (pena). ⁸⁰

Acompanhamos Manuel Guedes Valente quando afirma que Faria Costa assenta a sua teoria na posição de Hegel. Faria Costa, regressou à ideia de retribuição, “mas sem que se entenda a pena como um mal, como violência jurídica legitimada”. Para Faria Costa a pena é um bem (B), e o agente de um crime (C) tem “«direito a uma pena justa» (P), como direito especial e como lídima manifestação da dignidade da pessoa humana: direito indisponível, com natureza de um direito fundamental, cuja execução da pena propícia um bem e a «plenitude de realização se atinge ou consegue, precisamente, com o cumprimento integral da pena»”. Acrescenta Manuel Guedes Valente que a “desejada igualdade legitimante da legalidade penal passa pela afirmação e concretização do equilíbrio inerente à função do Direito penal: tutela dos bens jurídicos face ao facto criminoso e a tutela do delinquentes face ao *ius puniendi*”⁸¹.

Isto é, a sanção (pena) tem de ser percecionada como um bem que faz com que o agente compreenda que adotou um comportamento desviante com relevância penal⁸². O direito estrutura-se através de duas realidades fundamentais, sendo essas o crime e a pena.

⁷⁸ MORAIS, Anabela – Controvérsias do crime... p. 5.

⁷⁹ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – *Direito Penal: Fundamentos Político- Criminais*. Lisboa: Manuel Monteiro Guedes Valente, 2017. p. 211.

⁸⁰ COUTO, Diana – A Justiça penal relativamente ao bem jurídico “vida humana”. In *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto*. V.8 nº 8, 2016. p. 179. Disponível em: <https://revistas.ulusofona.pt/index.php/rfdulp/article/view/5728>

⁸¹ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – *Direito Penal*:... p. 212-214.

⁸² COUTO, Diana – A Justiça penal... p. 179.

O crime é uma realidade inata ao modo de ser de uma sociedade⁸³. Logo, pode-se afirmar que a “essência do direito criminal é a proteção de bens jurídico-penais”⁸⁴.

É de realçar que a pena criminal sacrifica bens pessoais constitucionalmente protegidos, posto isto o recurso à pena é justificável se for indispensável e tiver por finalidade a tutela de bens também constitucionalmente relevantes, como por exemplo o direito à vida⁸⁵. Desta forma, restringe-se a intervenção punitiva do legislador ao delimitar o que pode ser, ou não, objeto de tutela penal⁸⁶.

Tal como Claus Roxin afirma, a existência comum e harmoniosa de uma sociedade concretiza-se numa série de condições valiosas como é o caso da vida, ou até da propriedade, ou seja, bens jurídicos, sendo que esses bens jurídicos têm de ser assegurados pelo direito penal, não olvidando que o mesmo é um direito subsidiário⁸⁷.

É necessário analisar em primeiro lugar o que é o bem jurídico, iniciando assim este capítulo com uma breve análise do conceito, mesmo que a definição de bem jurídico ainda não seja unânime nos dias de hoje.

Apesar da importância atribuída ao conceito de bem jurídico, não há unanimidade na definição do seu conceito, designadamente porque este está atrelado à ideologia e a fundamentos filosóficos que inspiram as diversas correntes do direito penal⁸⁸.

Na atualidade as duas grandes correntes sobre o bem jurídico dividem-se em teorias constitucionalistas e sociológicas. As primeiras conferem à Constituição a legitimidade para formalmente condicionar quais os bens jurídicos a tutelar com a incriminação, ficando o legislador ordinário condicionado pelos comandos constitucionais. As teorias sociológicas adotam uma postura crítica, no sentido de que se tornou impossível uma definição concreta do que seja o bem jurídico protegido pela norma⁸⁹.

O bem jurídico, num Estado democrático de direito, é essência do direito penal e, desta forma, o direito penal garante o desenvolvimento das relações e da convivência social, mediante a seleção e proteção dos bens jurídicos fundamentais⁹⁰.

⁸³ COSTA, José de Faria – *Noções Fundamentais de Direito Penal*: (Fragmenta iuris poenalis). 4º edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2015. p. 5.

⁸⁴ COUTO, Diana – *A Justiça penal*... p. 179.

⁸⁵ SILVA, Germano Marques da Silva – *Direito Penal Português I*: Parte geral. 3º edição. Lisboa: Verbo, 2010. p. 41.

⁸⁶ SILVA, Germano Marques da Silva – *Direito Penal Português I*: Parte geral... p. 41.

⁸⁷ ROXIN, Claus – *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. 3º edição. Lisboa: Veja, 1998. p. 27 e 28.

⁸⁸ LIVIANU, Roberto – *Corrupção*... p. 60.

⁸⁹ RAMOS, José Joaquim Monteiro – “Constituição e Conceito de Bem jurídico”... p. 62 e 63.

⁹⁰ COUTO, Diana – *A Justiça penal*... p. 181.

No Estado de direito democrático o bem jurídico tem uma função interpretativa, na dogmática penal, além de uma função crítica, que delimita a intervenção do Direito Penal⁹¹.

A sociedade globalizada, convoca bens jurídicos como difusos ou coletivos, cuja proteção posterior, com a imposição de penas não permite uma eficaz prevenção e repressão à criminalidade. Entende-se, assim, que melhor seria uma tutela antecipada, que se materializa na incriminação das condutas antes da efetiva agressão ao bem jurídico⁹².

Pretende-se um direito penal preventivo, através da criminalização do perigo. Assim a crise que se verifica no conceito de bem jurídico está relacionada com a titularidade difusa que, não atingindo vítimas determinadas, leva à criminalização de condutas que não propiciam uma agressão efetiva ao bem jurídico⁹³.

Desta forma é importante que se continue a discutir qual a conceção que se adegue às funções desempenhadas pelo bem jurídico. Assim, Faria Costa e Figueiredo Dias tentaram encontrar uma definição para tal questão⁹⁴.

Faria Costa salienta desde logo que não se deve confundir o bem jurídico com o objeto da conduta, ou seja, o bem jurídico protegido pelo tipo não deve ser confundido com a manifestação concreta da lesão do agente⁹⁵. Este conceito deve basear-se numa conceção teleológico-material e racional do bem jurídico, sendo que, a conceção de bem jurídico e o seu papel, alteram-se consoante os problemas colocados pela sociedade de risco⁹⁶. Faria Costa entende também que estes bens jurídicos devem ser compreendidos como bens jurídicos supra-individuais, visto que o direito penal deve ser compreendido a partir do indivíduo⁹⁷.

Faria Costa defende que o modelo da densificação é o percurso que melhor sustenta o princípio da exclusiva proteção do bem jurídico e também o objeto da infração criminal. Desta maneira é possível continuar perante um direito liberal, no qual a sua legítima intervenção será limitada pelo respeito à autonomia pessoal, pela identificação de um bem jurídico digno de proteção legal e através do princípio da proporcionalidade quanto à necessidade de tutela penal de um bem⁹⁸.

⁹¹ LIVIANU, Roberto – *Corrupção...* p. 62.

⁹² LIVIANU, Roberto – *Corrupção...* p. 65.

⁹³ LIVIANU, Roberto – *Corrupção...* p. 65.

⁹⁴ COUTO, Diana – *A Justiça penal...* p. 181.

⁹⁵ COSTA, José de Faria – *Noções Fundamentais...* p. 262.

⁹⁶ COSTA, José de Faria – *Noções Fundamentais...* p. 263 e 264.

⁹⁷ COSTA, José de Faria – *Noções Fundamentais...* p. 269.

⁹⁸ COUTO, Diana – *A Justiça penal...* p. 183.

Na perspetiva de Figueiredo Dias, o mesmo “define bem jurídico como, expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso”⁹⁹.

Figueiredo Dias afirma que “o conceito material de crime é essencialmente constituído pela noção de bem jurídico dotado de dignidade penal, contudo, tem que se acrescentar a esta noção um outro critério adicional que torne a criminalização legítima”¹⁰⁰. Este “critério adicional é o da necessidade de tutela penal, como podemos concluir através do artigo 18º, nº 2 da CRP. Ou seja, as restrições e liberdades devem limitar-se apenas ao necessário a fim de salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”¹⁰¹.

Segundo Figueiredo Dias, Pedro Caeiro e Paulo Pinto de Albuquerque, “o bem jurídico acautelado pela incriminação do crime de associação criminosa é a paz pública”¹⁰², “no preciso sentido das expectativas sociais de uma vida comunitária livre da especial perigosidade de organizações que tenham por escopo o cometimento de crimes”¹⁰³. Neste mesmo sentido, Manuel Simas Santos e Manuel Leal-Henriques também “defendem que o bem jurídico a protegido pela norma é o da paz pública”¹⁰⁴.

O legislador adianta a tutela penal para o momento anterior ao da efetiva perturbação da segurança e tranquilidade pública, contudo onde “já se criou um especial perigo de perturbação que só por si viola a paz pública”¹⁰⁵, tal como foi referido anteriormente.

Integra-se dogmaticamente a infração na “categoria dos crimes de perigo abstracto, todavia assente num substrato irrenunciável: a altíssima e especialíssima perigosidade da associação, derivada do seu particular poder de ameaça e dos mútuos estímulos e contraestímulos de natureza criminosa que aquela cria nos seus membros”¹⁰⁶.

⁹⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal: Parte Geral*, Tomo I. 3ª edição. Coimbra: GESTLEGAL Editora, 2019. p. 130.

¹⁰⁰ MORAIS, Anabela – *Controvérsias do crime...* p.5 e 6.

¹⁰¹ DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal: Parte Geral...*p. 140 e 141.

¹⁰² CAEIRO, Pedro; DIAS, Jorge de Figueiredo – Artigo 299º. In *Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial*, Tomo II, Vol. II (artigos 255º a 307º). 2ª Edição. Coimbra: GESTLEGAL Editora, agosto de 2022, p. 809; ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de – *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 4ª Edição. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2021. p. 1113; e também na jurisprudência GONÇALVES, Orlando-Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, nº274/10.9JALRA-B.C1 de 27 de novembro de 2013.

¹⁰³ CAEIRO, Pedro; DIAS, Jorge de Figueiredo – Artigo 299º...p. 809.

¹⁰⁴ LEAL-HENRIQUES, Manuel; SANTOS, Manuel Simas – *Código Penal Anotado*, (artigos 236º a 389º)Volume IV. 4ª edição. (sl): Rei dos Livros, 2019. p. 480.

¹⁰⁵ CAEIRO, Pedro; DIAS, Jorge de Figueiredo – Artigo 299º... p. 809.

¹⁰⁶ CAEIRO, Pedro; DIAS, Jorge de Figueiredo – Artigo 299º... p. 809.

No que concerne à justificação político-criminal da incriminação das associações criminosas, referem Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade que:

é consensual o reconhecimento da extrema perigosidade destas organizações. Esta perigosidade prende-se, sobretudo, com as transformações da personalidade no interior da organização. A organização criminosa tende a quebrar os laços que ligavam os seus membros aos valores e à cultura dominante e a induzir a interiorização de valores e lealdades sub ou contra-culturais. Tudo tendo como resultado uma redução drástica do sentido da responsabilidade individual e uma mobilização, sem barreiras, para a actividade criminosa. Em síntese, Por via de regra, estas associações desenvolvem uma dinâmica autónoma que impele à prática das condutas almejadas e atenua, ou mesmo elimina inteiramente, os sentimentos pessoais de responsabilidade dos seus membros. Isto tem uma dupla origem: em primeiro lugar, são os processos de dinâmica de grupo que se desenvolvem no seio destas associações, que destroem as resistências individuais e, não raro, oferecem motivos adicionais para a prática de crimes; em segundo lugar, estas associações tornam o cometimento dos crimes para que se constituem extremamente fácil, já devido às suas estruturas organizatórias interiores de racionalidade finalisticamente orientada para o crime, já por força do potencial de planificação e execução do crime que nelas se contém¹⁰⁷.

“O sentido jurídico social da ilicitude material do facto que o tipo abrange é o resultado da conjugação do bem jurídico protegido e dos elementos do tipo legal”.¹⁰⁸

Há quem defenda que este tipo de crimes é pluriofensivo e que há outro objeto jurídico que seria afetado. Este outro bem jurídico seria a própria qualidade democrática dos Estados, refletida no correto e imparcial funcionamento dos mercados e instituições¹⁰⁹.

A justificativa do crime de associação “criminosa é a perigosidade acrescida que para os bens jurídicos penalmente relevantes resulta da criminalidade organizada”.¹¹⁰ Isto é, está em causa uma intervenção prévia, “através de uma dispensa antecipada de tutela, quando a segurança e a tranquilidade pública não foram ainda necessariamente perturbadas, no entanto já existe um especial perigo de perturbação que só por si viola a paz pública”¹¹¹, sendo este o bem jurídico que, está de forma clara, em causa.

Devemos ter em consideração, que devido ao aumento da perigosidade destas organizações criminosas e à interferência que já têm na sociedade moderna, o que pode estar em causa no futuro é a própria qualidade democrática do Estado.

Secção 2 – Do tipo objetivo e subjetivo do crime de associação criminosa.

2. Da tipicidade objetiva

É importante ter presente que para que o facto humano seja crime é necessário que seja objetivamente ilícito e culpável e que a ilicitude é diferente da culpa. O conceito de

¹⁰⁷ Apud, MORAIS, Anabela – Controvérsias do crime... p. 6, citando Rudolphi.

¹⁰⁸ MORAIS, Anabela – Controvérsias do crime... p. 8.

¹⁰⁹ MÁRQUEZ, Jara Bocanegra – *Tratamiento Jurídico*... p. 138.

¹¹⁰ MORAIS, Anabela – Controvérsias do crime... p. 6.

¹¹¹ CAEIRO, Pedro; DIAS, Jorge de Figueiredo – Artigo 299º... p. 809.

ilicitude é um juízo objetivo, despersonalizado, sobre o desvalor do facto enquanto a culpa é um juízo de desvalor que reincide sobre o delinquente¹¹².

O facto punível, o crime, é típico, e a tipicidade é um corolário do princípio da legalidade¹¹³, contudo esta ideia é por vezes olvidada, no sentido em que a expressão tipicidade, que entrou na terminologia jurídico-penal, é recente na dogmática germânica, e devido às vicissitudes observáveis da sua génese e evolução, acabou por receber diferentes significados¹¹⁴.

Na lógica da sua utilização, nos termos da fundamentação que pretendemos expor, a ilicitude penal será uma ilicitude típica, como ilícito penal, o crime, será um facto típico¹¹⁵. Desta feita, o conceito legal de crime, que consta na descrição das normas incriminadoras, será o tipo legal¹¹⁶. Este tipo legal, divide-se em tipo legal objetivo e subjetivo, sendo que a própria matéria implícita à valoração legal é formada pelo facto típico, ou seja, pelo facto tipicamente ilícito ou facto típico objetivo e pelo facto tipicamente culpável, ou seja, pelo facto típico subjetivo¹¹⁷.

É de realçar que a valoração jurídico-criminal não pode estar sob o livre arbítrio do juiz e deve ser formulada o mais precisa possível¹¹⁸. Deste modo a técnica legislativa recorre a um mecanismo que é o tipo legal de crime (*Tatbestand*)¹¹⁹. Assim, o legislador descreve expressões da vida humana que em seu critério encarnam a negação dos valores jurídico-criminais que violam os bens ou interesses jurídico-criminais¹²⁰.

Após o legislador formular esses tipos legais de crime, os acontecimentos da vida, como factos reais, são subsumidos pelo juiz a essas normas a fim de lhes atribuir a dignidade jurídico-criminal. Daqui advém a tipicidade, inerentemente ligada ao princípio do *nullum crimen sine lege*, que detém garantia constitucional no nosso ordenamento jurídico¹²¹.

¹¹² FERREIRA, Manuel Cavaleiro de – *Lições de Direito Penal*, Parte Geral, I e II. Editora: Almedina, 2010. p. 162.

¹¹³ Quanto a este assunto, esclarece-nos Manuel Guedes Valente que o princípio da legalidade politico-criminal assume a função de garantia jurídica contra o livre arbítrio do poder punitivo do estado, uma função de garantia constitucional e de uma arquitetura de direitos e liberdades fundamentais pessoais consagrados na constituição, in: *Direito Penal – Fundamentos Político - Criminais*. Lisboa. 2017. p. 198-205.

¹¹⁴ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de – *Lições de Direito Penal*... p. 163. Note-se que na obra, supracitada, de Manuel Cavaleiro Ferreira, na página 164 e 165 o mesmo faz uma nota de esclarecimento relativamente sobre o alcance da expressão tipo legal na linguagem do Código Penal português.

¹¹⁵ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de – *Lições de Direito*... p. 164.

¹¹⁶ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de – *Lições de Direito*... p. 164.

¹¹⁷ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de – *Lições de Direito*... p. 164.

¹¹⁸ CORREIA, Eduardo – *Direito Criminal*. Volume I, reimpressão, Almedina. p. 275.

¹¹⁹ CORREIA, Eduardo – *Direito Criminal*. Volume I... p. 275.

¹²⁰ CORREIA, Eduardo – *Direito Criminal*. Volume I... p. 275.

¹²¹ CORREIA, Eduardo – *Direito Criminal*. Volume I... p. 276.

Podemos verificar então que de tudo isto obtemos o segundo elemento do conceito de infração, que é formalmente a tipicidade, ou seja, o preenchimento de um certo tipo legal de crime, e fundamentalmente, a rejeição de valores, de interesses ou bens jurídico-criminais¹²².

No caso do crime de associação criminosa, previsto no artigo 299º do CP, o tipo objetivo de ilícito fixa-se em: “promover ou fundar grupo, organização ou associação cuja, finalidade ou atividade seja dirigida à prática de um ou mais crimes (nº 1); fazer parte de tais grupos, organizações ou associações ou apoiá-los, nomeadamente fornecendo armas, munições, instrumentos de crime, guarda ou locais para as reuniões, ou qualquer auxílio para que se recrutem novos elementos (nº 2); chefiá-lo ou dirigi-lo (nº 3)”¹²³.

2.1. Associação, Grupo ou Organização

Tendo já sido referido anteriormente, estamos perante um caso de “autoria plural ou coletiva, em contraposição à autoria singular e distinta da atuação num quadro de coautoria ou comparticipação criminosa e, por fim, de outra figura de comparticipação criminosa, sendo esta o bando”¹²⁴. Deste modo, pondo de lado a autoria singular, o objetivo é fazer uma distinção das circunstâncias de comparticipação, do bando e da associação criminosa, que pode por vezes suscitar algumas dúvidas. Ou melhor, como escreve Figueiredo Dias, “o problema mais complexo de interpretação e aplicação que aqui se desencadeia é, na verdade, o de distinguir com cuidado e, em especial quando já se verificou a prática efetiva de crimes pela organização, aquilo que é já associação criminosa daquilo que não passa de mera comparticipação criminosa. Podemos então afirmar que este é sem dúvida uma das principais problemáticas na interpretação deste normativo legal”¹²⁵.

Visto que estamos a falar “de um crime de proteção avançada, isto é, um crime de perigo abstrato no qual se protege a paz pública, como supra frisado, é necessário prosseguir a um enquadramento íntegro da conduta dos agentes neste tipo de crime

¹²² CORREIA, Eduardo – *Direito Criminal*. Volume I... p. 276.

¹²³ CAEIRO, Pedro; DIAS, Jorge de Figueiredo – Artigo 299º... p. 813.

¹²⁴ LEAL, Celso – Associação criminosa: Uma questão de autoria. In *Revista Jurídica Portucalense, Law Journal*, nº 18, Porto, Universidade Portucalense. 2015. p. 46. Disponível em: [file:///Users/marianafernandes/Downloads/6953-Texto%20do%20Trabalho-23133-1-10-20160201%20\(1\).pdf](file:///Users/marianafernandes/Downloads/6953-Texto%20do%20Trabalho-23133-1-10-20160201%20(1).pdf)

¹²⁵ LEAL, Celso – Associação criminosa...p. 46.

quando já se praticou factos conducentes ao preenchimento de outros tipos de crime, sendo este crime o escopo da associação. Para se ser autor do crime de associação criminosa, não é necessário ser-se autor do crime cometido no âmbito do escopo de tal associação”¹²⁶. Não descurando a premissa de se tratar de um crime de comparticipação necessária, é fulcral explicitar “quando é que existe essa associação criminosa, ou quando é que subsiste uma resolução criminosa de várias pessoas na prática de um crime que só poderá configurar, por exemplo, uma coautoria, um bando¹²⁷ ou qualquer outra forma de comparticipação”¹²⁸.

Se de uma “mera associação de vontades dos agentes não resultar um perigo para os bens jurídicos protegidos que seja maior e diferente daquele que existiria se no caso se verificasse uma simples comparticipação, é de excluir a prática do crime de associação criminosa”¹²⁹.

“A existência de uma associação, grupo ou organização são o elemento comum a todas as modalidades de ação que integram o tipo objetivo de ilícito, que pressupõe o encontro de vontades dos participantes, *hoc sensu*, originando uma realidade autónoma, diferente e superior aos interesses e vontades dos singulares membros, ou seja, um encontro de vontades que resulta num centro autónomo de imputação fáctica das ações prosseguidas ou ainda a prosseguir em prol do interesse em conjunto, do interesse da associação, grupo, ou organização”¹³⁰.

Só pela existência do centro suprarreferido, o encontro de vontades dos participantes em prol da associação, grupo ou organização, estaremos perante uma ameaça que o legislador considera fundamental reprimir com penas em especial severas¹³¹.

Contudo, bastará a aplicação de penas severas para reprimir estas mesmas associações? Ou será necessário adquirir novos mecanismos a fim de evitar que haja espaço para que as associações nasçam e cresçam a uma velocidade considerável?

Como podemos observar é árduo fixar o conteúdo e extensão do conceito de associação criminosa. Mas, verificamos que existe convergência nalguns autores que se debruçam sobre este tema, visto que existe, de certa forma, “algum consenso no facto de

¹²⁶ LEAL, Celso – Associação criminosa...p. 47.

¹²⁷ Neste sentido, veja-se a título de exemplo MONTEIRO, Armindo – Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, nº07P2605 de 12 de setembro de 2007.

¹²⁸ LEAL, Celso – Associação criminosa...p. 47. Veja-se a título de exemplo: BORGES, Raúl – Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, nº 18/07.2GAAMT.P1.S1 de 27 de maio de 2010.

¹²⁹ LEAL, Celso – Associação criminosa...p. 48.

¹³⁰ CAEIRO, Pedro; DIAS, Jorge de Figueiredo – Artigo 299º... p. 813 e 814.

¹³¹ CAEIRO, Pedro; DIAS, Jorge de Figueiredo – Artigo 299º... p. 814.

só se poder falar em associação criminosa quando o encontro de vontades dos autores de tal crime origina uma realidade autónoma, distinta e superior às vontades e interesses de cada um dos seus membros, ou seja, podemos afirmar que da vontade coletiva, terá de se formar a vontade da associação criminosa”¹³², como foi referido anteriormente.

Figueiredo Dias, a fim de melhor “compreender como se formam os elementos do tipo de crime de associação criminosa, enuncia-os em cinco elementos diferentes, sendo eles:

- 1 – Existência de uma pluralidade de pessoas, pelo menos 3;
- 2 – Uma certa duração, que não tem de ser determinada, mas que tem necessariamente de existir para permitir a realização do fim criminoso pela associação;
- 3 – Um mínimo de estrutura organizatória que sirva de substrato material à existência de algo que supere os simples agentes, devendo requerer-se uma certa estabilidade ou permanência das pessoas que compõem a organização, que não tem de ser tipicamente cunhada, mas antes pode ser concretizada pelas formas mais diversas;
- 4 – É indispensável que exista um qualquer processo de formação da vontade coletiva;
- 5 – Um sentido comum de ligação, por parte dos membros da associação”¹³³.

Figueiredo Dias manteve esta posição, quanto aos requisitos, no Comentário Conimbricense do CP, Parte Especial Tomo II, artigos 202º a 307º, Coimbra Editora 1999, pág. 1160 a 1162. O mesmo sucedendo no Comentário Conimbricense do CP, Parte Especial Tomo II volume II, artigos 255º a 307º, Coimbra Editora, agosto de 2022, 2ª edição, pág. 814 a 817, agora acompanhado por Pedro Caeiro.

Para Manuel Simas Santos e Manuel Leal-Henriques são necessários três elementos fundamentais para que se possa falar em associação criminosa: o elemento organizativo, o elemento de estabilidade associativa e o elemento da finalidade criminosa. Citando Beleza dos Santos, entendem que não é necessário que os seus membros se reúnam ou se conheçam, não é necessária a existência de uma sede ou lugar de reunião, não é necessário sequer um comando ou uma direção, nem a existência de regulação interna da sua atividade. Basta haver um acordo de vontades para a prossecução de fins criminosos e uma certa estabilidade ou permanência (ou pelo menos esse propósito). O que interessa é que tenha como objetivo, como intenção, manter, por certo tempo, uma atividade

¹³² LEAL, Celso – Associação criminosa... p. 49.

¹³³ LEAL, Celso – Associação criminosa... p. 49 a 50.

criminosa estável, ou seja, a intenção de constituir para durar, independentemente do que venha a suceder na realidade¹³⁴.

Anabela Morais defende que “constituem elementos do tipo legal de o crime de associação criminosa, previsto e punido pelo artigo 299.º do CP: (i) o elemento organizativo; (ii) o elemento finalístico; e (iii) o elemento de estabilidade associativa, bastando para a verificação deste ilícito a existência de um acordo de vontades, ainda que de forma tácita, entre três ou mais pessoas, para cooperarem na realização de um projeto comum - a prática de um ou mais crimes -; que essa união possua ou queira possuir uma certa permanência ou estabilidade e que entre os seus membros se observem laços de disciplina”¹³⁵.

Salienta a mesma autora que, na associação criminosa, não existe uma realidade transcendente distinta da vontade individual. O que se verifica é um encontro de vontades dos diversos membros, com atuação concertada dos mesmos. O fim abstrato de cometer um ou mais crimes “e o elemento de permanência temporal distinguem a associação criminosa da mera participação (simples acordo conjuntural para em cada momento se cometer um determinado crime)”¹³⁶.

Também a jurisprudência portuguesa não é uniforme quanto aos requisitos que deve ter uma associação criminosa. Vejamos.

No Acórdão do STJ de 13 de fevereiro de 1992, decidiu-se que:

Para que haja verdadeiramente uma associação criminosa exige o legislador que se congreguem três elementos essenciais:

- o elemento organizativo;
- o elemento de estabilidade associativa;
- o elemento da finalidade criminosa.

Os dois primeiros elementos interligam-se e para que haja organização criminosa não é necessário que ela tenha uma sede, um local determinado de reunião, que os seus membros se reunam ou sequer se conheçam ou tenham um comando ou uma direcção, bastando, que haja um acordo de vontades de duas ou mais pessoas para a consecução de fins criminosos e de uma certa estabilidade ou permanência ou, pelo menos, o propósito de ter esta estabilidade¹³⁷.

No Acórdão do STJ de 26 de maio de 1993, decidiu-se que

“As traves mestras para a verificação da existência de uma associação criminosa são apenas o fim abstrato de cometer crimes, a estabilidade

¹³⁴ LEAL-HENRIQUES, Manuel; SANTOS, Manuel Simas — *Código Penal Anotado*, (artigos 236º a 389º) Volume IV. 4ª edição. (sl): Rei dos Livros, 2019. p. 481.

¹³⁵ MORAIS, Anabela — *Controvérsias do crime...* p. 57.

¹³⁶ MORAIS, Anabela — *Controvérsias do crime...* p. 15, 46 e 47.

¹³⁷ SEQUEIRA, Vaz de Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, nº 042233 de 13 de Fevereiro de 1992.

organizativa e uma ideia de permanência, de duração”¹³⁸. Salienta este Acórdão “Daí que seja completamente indiferente que os crimes sejam cometidos em nome e no interesse do grupo ou que o sejam, sem que conste a publicitação dos seus autores e no interesse destes”¹³⁹.

No Acórdão do STJ de 1 de junho de 1994, decidiu-se que

“Para que se verifique o crime de associação criminosa previsto no artigo 28.º do DL n.º 15/93 de 22/1 , e no artigo 28º do DL 430/83 de 13/12 não é necessário qualquer acto formal de constituição da associação entre os arguidos, bastando que estes tenham agido concertadamente, visando o tráfico de drogas, com repartição de funções e que a sua ligação e concertação tenham sido prolongadas e não meramente ocasionais”¹⁴⁰.

Já no Acórdão do STJ de 8 de janeiro de 1998, decidiu-se que:

São os seguintes os elementos para que se verifique o crime de associação criminosa: pluralidade de pessoas; uma certa duração; um mínimo de estrutura organizatória que sirva de substrato material à existência de algo que supere os agentes; uma qualquer formação de vontade colectiva; um sentimento de ligação por parte dos membros da associação. O que caracteriza fundamentalmente a associação criminosa e a distingue da comparticipação é a ideia de estabilidade e permanência, ideia esta que já não está imanente na comparticipação, embora o fim num e noutro instituto possa ser o mesmo. Porém, o elemento fundamental da associação criminosa é que verdadeiramente a distingue da comparticipação, é que, na associação e derivada dela própria, existe uma estrutura nova, uma estrutura autónoma superior ou diferente dos elementos que a integram e que não aparece na comparticipação¹⁴¹.

No Acórdão do STJ de 5 de fevereiro de 1998 decidiu-se que “Do crime de associação criminosa p. e p. pelo artigo 28º do DL nº15/93 não é elemento típico a existência de qualquer tipo de chefia ou comando, tal como não é a forma de distribuição dos proventos. O que verdadeiramente releva nesta sorte de ilícito é o acordo de vontades para o cometimento de crimes de tráfico e outras actividades ilícitas previsto no referido art. 21º e/ou de precursores do seguinte art. 22º e uma certa estabilidade ou permanência”¹⁴².

No Acórdão do STJ de 18 de dezembro de 2002, decidiu-se que “Na esteira da doutrina, tem sido entendido que os elementos típicos do crime de associação criminosa são: a pluralidade de pessoas (duas ou mais pessoas); uma certa duração ou permanência

¹³⁸ BASTOS, Armando Pinto – Acórdão do Supremo Tribunal da Justiça, nº 44123 de 26 de Maio de 1993. BMJ nº 427, Junho de 1993 p. 278 a 380.

¹³⁹ BASTOS, Armando Pinto – Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, nº 44123 de 26 de Maio de 1993. BMJ nº 427, Junho de 1993 p. 373.

¹⁴⁰ DIAS, Ferreira – Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, nº 45272 de 1 de Junho de 1994. BMJ nº438, Julho de 1994, p. 154 a 183.

¹⁴¹ PEREIRA, Costa – Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, nº 97P1042 de 8 de janeiro de 1998.

¹⁴² LOPES, Hugo – Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, nº 1038/97 de 5 de Fevereiro de 1998. Coletânea de Jurisprudência, Acórdãos do STJ, ano VI, Tomo I, 1998, p.192 a 197.

do grupo, organização ou associação; um mínimo de estrutura organizatória que sirva de substrato material à existência de algo que supere os agentes; uma qualquer formação de vontade coletiva; um sentimento de ligação por parte dos membros da associação”¹⁴³.

No Acórdão do STJ de 27 de maio de 2010, decidiu-se que “A associação criminosa distingue-se da comparticipação pela estabilidade e permanência que a acompanha, embora o fim num e noutro instituto possa ser o mesmo; mas o elemento distintivo fundamental da associação criminosa em relação à comparticipação reside na estrutura nova que se erige, uma estrutura autónoma superior ou diferente dos elementos que a integram e que não aparece na comparticipação. É mais que a actuação conjunta de várias pessoas”¹⁴⁴. Saliente-se que este acórdão enumera variadas soluções jurisprudências acerca desta temática.

No Acórdão do TR de Coimbra de 18 de novembro de 2015, decidiu-se que:

Os elementos típicos do crime de associação criminosa estão preenchidos quando se verifiquem cumulativamente as seguintes circunstâncias:

- a) Pluralidade de pessoas, sendo três pelo menos.
- b) Uma certa duração temporal, que não tem de ser a priori determinada, mas conducente a atingir o fim criminoso.
- c) Mínimo de estrutura organizatória, que se revela na forma como funciona e são divididas as tarefas entre os membros do grupo, exigindo-se uma certa estabilidade ou permanência.
- d) Processo de formação da vontade colectiva, resultando a estrutura de um encontro de vontades dos participantes, que dá origem a uma realidade autónoma, diferente e superior às vontades e interesses de cada um dos membros que a integram;
- e) Sentimento comum de ligação, não só ao chefe ou líder se o houve, mas a algo que transcende cada um dos elementos componentes, tendo por escopo a prossecução de actos punidos por lei como crimes¹⁴⁵.

Já no Acórdão do TR do Porto de 14 de dezembro de 2017, decidiu-se que:

O crime de associação criminosa exige a congregação de: um elemento organizativo; um elemento de estabilidade associativa, e um elemento de finalidade criminosa.

em função do que a associação há-de:

- perdurar no tempo (ainda que não determinado a fim de realizar o seu fim criminoso);
- ter um mínimo de estrutura organizatória que imprima uma certa estabilidade;
- evidenciar um processo de formação de vontade colectiva;
- patentear um sentimento comum de ligação a uma realidade autónoma.

Existindo um grupo de pessoas que se juntam para praticar vários crimes contra o património, que os planeiam e executam num dado período de tempo, mas onde não existe um líder nem uma estrutura de comando e um processo de formação da vontade colectiva estamos perante um bando¹⁴⁶.

No Acórdão do TR do Porto de 10 de março de 2021, decidiu-se que:

¹⁴³ MARTINS, Lourenço – Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, nº 02P32017 de 18 de dezembro de 2002.

¹⁴⁴ BORGES, Raúl – Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, nº 18/07.2GAAMT.P1.S1 de 27 de maio de 2010.

¹⁴⁵ MONTEIRO, Inácio – Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, nº 535/13.5JACBR.C1 de 18 de novembro de 2015.

¹⁴⁶ DIONÍSIO, Maria Deolinda – Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, nº 696/16.PRPRT.P1 de 14 de dezembro de 2017.

O crime de associação criminosa, p. e p. pelo art.º 299.º do Código Penal, exige a congregação de três elementos essenciais: um elemento organizativo, um elemento de estabilidade associativa e um elemento de finalidade criminosa.

Tal crime consuma-se com a fundação da associação com a finalidade de praticar crimes, ou - relativamente a associados não fundadores - com a adesão ulterior, sendo o agente punido independentemente dos crimes cometidos pelos associados e em concurso efetivo com estes.

Com o objetivo de densificar a categoria em apreço, por forma a permitir a sua delimitação de situações de simples coautoria ou ainda da figura do bando (forma especial de comparticipação, por vezes utilizada para qualificar determinados tipos de crime), o crime de associação criminosa exige “a existência de um encontro de vontades dos participantes que tenha dado origem a uma realidade autónoma, diferente e superior às vontades e interesses dos singulares membros”; uma certa duração, isto é, que a organização perdure no tempo, ainda que incerto, para permitir a realização do seu fim criminoso; uma estrutura minimamente organizada, isto é, a existência de um substrato material que supere os simples agentes e que permita a concretização do encontro de vontades para a prática de crimes; um qualquer processo de formação da vontade coletiva, isto é, a adesão dos seus membros a uma realidade que transcende a realidade pessoal de cada um dos membros; a existência de sentimento comum de ligação por parte dos membros da associação a uma unidade diversa de cada um dos seus membros¹⁴⁷.

Já no Acórdão do STJ de 14 de julho de 2021, decidiu-se que:

Os elementos objetivos deste tipo legal são reconhecidos como sendo o elemento organizativo, materializado na mera existência de um grupo organizado sob a forma de associação, advindo as diferentes formas da conduta típica da natureza da atividade desenvolvida pelo agente, o elemento da finalidade criminosa, traduzido no acordo dos diferentes agentes na prossecução de um projeto comum de praticar crimes seja qual for a sua natureza, e finalmente pelo elemento de estabilidade associativa, consubstanciado na duração temporal daqueles 2 primeiros elementos, ou seja da associação e do seu respetivo projeto de atividade.

Muito embora uma corrente jurisprudencial entenda que “só se pode falar em associação criminosa quando o encontro de vontades dos agentes – em qualquer das modalidades que pode assumir a ação típica – tenha dado origem a uma realidade autónoma, diferente e superior às vontades e interesses dos singulares membros” tal requisito não consta do texto da norma incriminadora em causa e como tal não pode ser tido em consideração para efeitos do preenchimento dos elementos objetivos do tipo¹⁴⁸.

Dos exemplos referidos, e poderiam ser muito mais, constata-se que também a jurisprudência não é uniforme quanto aos requisitos que terão de estar presentes na entidade capaz de integrar o tipo objetivo do crime de associação criminosa, previsto e punido pelo artigo 299º do CP.

Do artigo 299º do CP decorre que a associação criminosa tem seguramente os seguintes requisitos: Ter um mínimo de estrutura organizatória, “o acordo de vontades de, pelo menos, três pessoas para a consecução de fins criminosos e que entre os seus membros se observem alguns laços de disciplina – um conjunto de, pelo menos, três pessoas, atuando concertadamente – nº 5; Ter um elemento finalístico: o grupo, organização ou associação visa a prática de crimes, sendo este o projeto comum – cuja finalidade ou atividade seja dirigida à prática de um ou mais crimes – nº 1; e tem um

¹⁴⁷ DIAS, Liliana de Páris – Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, nº5148/20.2JAPRT-A.P1 de 10 de março de 2021.

¹⁴⁸ FÉRIA, Teresa – Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, nº 4171/17.9T9CBR.C1.S1 de 14 de julho de 2021.

elemento de estabilidade: o grupo, organização ou associação deve ter uma certa duração temporal – durante um certo período de tempo – nº 5. Da letra da lei não resultam quaisquer outros elementos do tipo legal do crime além dos supramencionados. Do elemento literal do artigo 299º do CP não decorre a exigência estabelecida por alguma doutrina que do acordo de vontades de três ou mais pessoas surja uma nova realidade autónoma, com um processo de formação de vontade coletiva diferente e superior às vontades e interesses dos seus singulares membros e com um sentimento comum de ligação por parte dos membros a uma unidade que os transcende”¹⁴⁹.

Após esta discussão concluímos que são apenas exigíveis aqueles 3 elementos a fim de se verificar a existência de uma associação criminosa, o elemento organizativo, finalístico e de estabilidade associativa (é o que resulta do artigo 299º). Observou-se, no entanto, que tanto a jurisprudência como a doutrina dividem-se nesta questão; Figueiredo Dias defende que são necessários não três, mas sim cinco elementos a fim de se verificar a existência de uma associação criminosa. Esses dois elementos adicionais são pois a existência de um qualquer processo de formação da vontade coletiva e um sentimento comum de ligação, por parte dos membros da associação.

Independentemente de serem 3 ou 5 elementos exigíveis a fim de se verificar a existência de uma associação criminosa concluímos que parece que à semelhança do disposto no artigo 2º nº 1 da Lei nº 52/2003, de 22 de agosto¹⁵⁰, (com a redação dada pela Lei 2/2023 de 16 de janeiro), a associação criminosa não tem de ter continuidade na sua composição ou estrutura elaborada, nem os seus membros têm de ter funções formalmente definidas, isto é não tem de existir uma distribuição formal de tarefas.

No que concerne ao número mínimo de pessoas que é necessário para constituir uma associação criminosa, como afirma Figueiredo Dias, a jurisprudência e a doutrina alemã dominantes exigem o mínimo de 3 pessoas, argumentando que, na ligação de 2 pessoas nada há, face a cada uma delas, sendo nesse caso observável a existência apenas de um acordo, uma mera participação, e não uma associação criminosa. Contudo podíamos verificar que o antigo artigo 300º do CP, com a epígrafe “Organizações Terroristas”, apenas exigia um mínimo de 2 pessoas (artigo revogado pela Lei nº 52/2003, de 22 de agosto, mas Lei essa que, no seu artigo 2º, nº 1, manteve a exigência de duas ou mais pessoas). Como explica Figueiredo Dias, o argumento que podemos retirar daqui é reversível: tanto se pode concluir que o crime do artigo 300º do CP era apenas uma

¹⁴⁹ MORAIS, Anabela – Controvérsias do crime... p. 40 e 41.

¹⁵⁰ Lei de Combate ao Terrorismo.

hipótese qualificada do artigo 299º do CP, e que naquele apenas 2 pessoas bastavam para se verificar este pressuposto, como o legislador, ao contrário do artigo 300º do CP, entendeu que, no que concerne ao artigo 299º do CP, deveria valer a exigência mais normal e razoável de um mínimo de 3 pessoas¹⁵¹.

No entanto, a atual questão está resolvida no atual nº 5 do artigo 299º do CP, que estabelece o mínimo de 3 pessoas.

A este propósito, a Associação Sindical dos Juizes Portugueses emitiu um parecer no qual questiona a opção da existência de uma associação criminosa apenas se se estiver em presença de 3 ou mais pessoas. Interroga-se no parecer, se duas pessoas não podem, só por si, consubstanciar uma associação criminosa? Pode haver grupos de 3 ou mais pessoas que não consubstanciem uma associação criminosa, e grupos de duas pessoas que poderiam configurar tal figura caso não existisse a atual limitação legal¹⁵².

Por outro lado, é de salientar que, na CUNCOT, como explica Manuel Guedes Valente, um grupo organizado “pode ser de **uma pessoa** ou ser resultado do entendimento de duas pessoas. Esta aceção entra em conflito com vários tópicos fenomenológicos jurídico-criminais e, por conflitualidade com o tipo legal de crime de associação criminosa”¹⁵³.

Desta feita, o conceito de criminalidade organizada que se retira da CUNCOT é um “conceito ajurídico, acientífico e tecnicamente limitado que em muito pouco respeita a técnica legislativa integrante do Direito, enquanto Ciência de justiça”¹⁵⁴.

Quanto à duração, esta torna-se indispensável à organização, por sua vez, a mesma não tem de ser determinada *a priori*, porém tem de existir para permitir a realização do escopo da organização. Apenas com este requisito atinge-se “o limiar mínimo de revelação de um ente autónomo, que supere um mero acordo ocasional de vontades”¹⁵⁵.

Em seguida, tem de se verificar “um mínimo de estrutura organizatória”, sendo que não é necessário estar delimitado com rigor e por escrito as funções de cada um dos participantes, requer-se, por sua vez, “uma certa estabilidade ou permanência dos elementos que compõem a associação. Assim dizendo, não se requer que haja uma divisão

¹⁵¹ CAEIRO, Pedro; DIAS, Jorge de Figueiredo – Artigo 299º... p. 814 e 815.

¹⁵² LAFAYETTE, Alexandre; PEREIRA, Victor de Sá - *Código Penal Anotado e Comentado: Legislação conexa e complementar*. 2º edição. (sl): Quid Juris, 2014. p. 831.

¹⁵³ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – *Criminalidade Organizada Transnacional: Corpus Delicti* – I. Coimbra: Almedina, 2019. p. 24.

¹⁵⁴ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – *Criminalidade Organizada Transnacional...* p. 24.

¹⁵⁵ CAEIRO, Pedro; DIAS, Jorge de Figueiredo – Artigo 299º... p. 815 e 816.

rigorosa de hierarquização, funcionamento ou divisão de trabalho, visto que, a organização irá surgir como algo suscetível, por natureza, de os assumir”¹⁵⁶.

Em quarto lugar é indispensável “a existência de um qualquer processo de formação da vontade coletiva”, e não importa qual o princípio a que essa vontade obedece, seja ele autocrático ou democrático. É fulcral não confundir o processo autocrático de formação da vontade coletiva “com a expressão da vontade individual do chefe de um bando que atua em proveito” exclusivo dele mesmo. Tal como Figueiredo Dias afirma, seria um erro aceitar a existência de uma associação criminosa quando, por exemplo, o dono de uma empresa a dada altura decide cometer crimes por intermédio desta, até porque em casos como este iremos verificar que estará em falta o preenchimento do número 5 do artigo 299º do CP¹⁵⁷.

Por fim, é fundamental a existência de um sentido “comum de ligação por parte dos membros da associação, a algo que os transcende e se apresenta como uma unidade distinta de qualquer umas das individualidades componentes”¹⁵⁸. Por sua vez este sentimento de ligação, como acabámos de ver, não é direcionado ao chefe ou ao líder, se houver, mas sim a algo que os transcende¹⁵⁹.

Por sua vez, “Maria Leonor Assunção refere que deve entender-se por associação criminosa qualquer estrutura organizada cujo objetivo da mesma está destinado à prática de crimes, uma pluralidade de pessoas unidas através de um processo de formação de vontade coletiva, que supõe um mínimo de estrutura organizativa, um substrato dotado de certa estabilidade ou permanência, incentivo de uma realidade autónoma, diferente das vontades e interesses das pessoas singulares, os seus membros”¹⁶⁰.

Eduardo Correia faz alusão aos tipos cuja realização prevê “a colaboração ou intervenção de várias pessoas, isto é, onde existe uma comparticipação necessária, distinguindo-se assim dois grupos, sendo estes os delitos de colisão ou de encontro e os delitos convergentes, aqui incluem-se aqueles crimes em que as condutas dos vários sujeitos não se encontram umas com as outras, contudo convergem para a realização de um certo resultado”¹⁶¹.

¹⁵⁶ CAEIRO, Pedro; DIAS, Jorge de Figueiredo – Artigo 299º... p. 816.

¹⁵⁷ CAEIRO, Pedro; DIAS, Jorge de Figueiredo – Artigo 299º... p. 816 e 817.

¹⁵⁸ CAEIRO, Pedro; DIAS, Jorge de Figueiredo – Artigo 299º... p. 817.

¹⁵⁹ DIAS, Figueiredo – *As Associações Criminosa...* p. 38.

¹⁶⁰ Apud, LEAL, Celso – *Associação criminosa...* p. 50, citando Maria Leonor Assunção.

¹⁶¹ CORREIA, Eduardo Henriques da Silva – *Problemas Fundamentais da Comparticipação Criminosa*. Coimbra, 1951, Separata da Revista de Direito e de Estudos Sociais, Anos IV e VI, nº 1 a 3. p. 45 e 46.

Eduardo Correia afirma “que nada obsta que as necessidades de prevenção geral façam tratar tais associações (*societas delinquendi*) como crimes autónomos, *sui generis*, ou lhe deem o valor de agravante especial” no que se refere a determinados crimes particularmente graves¹⁶².

Paulo Pinto de Albuquerque, coloca “a associação na modalidade de crime de convergência, isto é, aquele em que os contributos dos vários comparticipantes para o facto se conduzem no mesmo sentido à violação do bem jurídico”¹⁶³. O mesmo enumera os cinco elementos necessários a fim de formar uma associação criminosa, tal como Figueiredo Dias¹⁶⁴. Acrescenta, ainda, que não é necessário que os membros da associação se conheçam, e que a mesma não necessita de uma sede ou um estabelecimento no território nacional, a fim de realizar reuniões ou atividades no seio da associação.¹⁶⁵ Também Manuel Simas Santos e Manuel Leal-Henriques salientam que para existir associação não será necessário que os membros se conheçam entre si, podendo até parte deles agir de forma clandestina¹⁶⁶.

Cavaleiro Ferreira, ao referir-se “aos crimes plurisubjectivos ou de participação necessária, como sendo crimes que só podem ser perpetrados por uma pluralidade de agentes¹⁶⁷, sendo esta pluralidade de agentes, elemento fundamental da estrutura do crime, aprecia que entre os crimes de participação necessária, verificam-se no Código Penal, o crime de associação criminosa e o crime de organização terrorista¹⁶⁸. O mesmo autor menciona que o crime se consuma com a fundação da associação com a finalidade de praticar crimes, ou, quanto a associados não fundadores, com a adesão ulterior”¹⁶⁹. É fundamental, do ponto de vista jurídico, distinguir nitidamente “o crime de associação criminosa dos crimes que venham a ser cometidos por todos ou alguns dos associados, sendo que entre um e outros haverá concurso de crimes. Caracteriza a associação o fim a que se propõe: a prática de crimes. É de excluir os crimes que não se permita de qualquer forma considerar ofensivos da paz pública, ou de ramos do direito penal especial, bem como de contraordenações”. Em última instância, refere Cavaleiro Ferreira, ao contrário

¹⁶² CORREIA, Eduardo Henriques da Silva – *Problemas...* p. 50.

¹⁶³ LEAL, Celso – *Associação criminosa...* p. 50.

¹⁶⁴ Neste sentido, verificar o Comentário do Código Penal de Paulo Pinto de Albuquerque, artigo 299º, ponto nº 5.

¹⁶⁵ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de – *Comentário do Código...* p. 1113.

¹⁶⁶ LEAL-HENRIQUES, Manuel; SANTOS, Manuel Simas- *Código Penal...* p. 482.

¹⁶⁷ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de – *Lições de Direito...* p. 444.

¹⁶⁸ LEAL, Celso – *Associação criminosa...* p. 50.

¹⁶⁹ LEAL, Celso – *Associação criminosa...* p. 51.

de outros autores que já estivemos a analisar, “que como associação, basta que tenha o mínimo de dois indivíduos, mas prevê uma chefia e uma disciplina ou norma de funcionamento da organização”¹⁷⁰.

Como já foi supramencionado, a questão do número mínimo de pessoas necessário para se considerar que existe uma associação criminosa, encontra-se na atualidade solucionada pelo n° 5 do artigo 299° do CP.

Como já se referiu anteriormente, a Lei n° 2/2023, de 16 de janeiro, que procedeu à alteração da Lei n° 52/2003, de 22 de agosto, estipula no seu artigo 2°, n° 1 que é considerado grupo terrorista a associação de 2 ou mais pessoas que “independentemente de ter ou não funções formalmente definidas para os seus membros, continuidade na sua composição ou estrutura elaborada, se mantém ao longo do tempo e atua de forma concertada com o objetivo de cometer infrações terroristas”. Esta modificação legal surgiu com base no disposto no artigo 2°, n° 3 da Diretiva (UE) 2017/541 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de março de 2017. Será que poderemos afirmar que estes novos elementos (de ter ou não funções formalmente definidas para os seus membros, de ter ou não continuidade na sua composição ou de ter ou não estrutura elaborada) agora introduzidos neste n° 1 do artigo 2°, no que diz respeito ao conceito de grupo terrorista, devem igualmente ser considerados para efeitos do artigo 299° do CP?

Manifestamos novamente que nada na lei obsta a uma resposta positiva. A tal entendimento também não se opõe o defendido pela doutrina e jurisprudência nesta matéria.

2.2. Escopo da Associação

Após analisarmos o primeiro elemento comum a todas as modalidades típicas de ação, sendo esse a associação, grupo ou organização, passamos em seguida para o segundo elemento em comum, o escopo criminoso da associação.

Como afirma Figueiredo Dias e Pedro Caeiro, o escopo da associação reside em “que a atividade da associação seja dirigida à prática de um ou mais crimes, segundo a vontade das pessoas faticamente competentes para a formação da vontade coletiva”¹⁷¹. O escopo da associação pode ter já sido presidido à fundação ou criação da organização, ou apenas

¹⁷⁰ LEAL, Celso — Associação criminosa... p. 51.

¹⁷¹ CAEIRO, Pedro; DIAS, Jorge de Figueiredo — Artigo 299°... p. 817.

ter surgido mais tarde como “um desvio de finalidade de uma associação” legalmente estabelecida¹⁷².

No que concerne aos crimes cometidos no escopo da associação, “não é necessário que sejam crimes concretos ou até mesmo planeados, para que se considere que o tipo objetivo está preenchido”, basta apenas que, de modo abstrato, a associação proponha tal prática funcionalizando a essa atividade a sua estrutura organizativa¹⁷³. Porém, não é fulcral que a atividade criminosa seja o único, último ou o principal objetivo da associação, apenas é fundamental “que a prática de crimes seja um pressuposto essencial para que a associação cumpra com os objetivos a que se propôs”¹⁷⁴.

Contudo, especial atenção a um tópico que outrora suscitou questões e opiniões contraditórias, um tema que já foi brevemente tratado no capítulo I ponto 1.1.2 e ponto 1.1.3, a questão do crime continuado (tema que será desenvolvido à posteriori). Posto isto, é de recordar que, antes da revisão da CRP de 1982, a epígrafe associações criminosas tinha por norma tipificado prática de crimes e com a reforma penal de 2007, a Lei nº 59/2007, de 4 de Setembro, esta veio introduzir algumas alterações ao artigo 299º do CP, tendo sido substituída, nomeadamente no nº 1, a expressão “prática de crimes” por “prática de um ou mais crimes”. Esta alteração foi importante no sentido em que o escopo criminoso da associação passou a ser a prática de um ou mais crimes, ou seja, ter especial atenção ao facto do escopo ter como fim a prática de crimes, contudo poderá ser um ou mais do que um tipo de crime.

Figueiredo Dias chamou à colação a discussão deste tópico, porventura muito debatido na doutrina italiana: a questão era saber se “a prática de um único crime continuado seria ou não suficiente para integrar o escopo criminoso da associação”. A esta questão o mesmo autor afirmou a possibilidade da prática de “um crime continuado poder integrar o escopo criminoso, porém o mesmo só se justificaria quando os factos integrantes da continuação se apresentassem a um modo de consideração fáctico e natural, como a pluralidade de comportamentos autónomos”¹⁷⁵.

¹⁷² DIAS, Jorge de Figueiredo – *As Associações Criminosas...* p. 38.

¹⁷³ DIAS, Jorge de Figueiredo – *As Associações Criminosas...* p. 38 e 39.

¹⁷⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo – *As Associações Criminosas...* p. 39. Neste sentido, veja-se o Comentário do Código Penal de Paulo Pinto de Albuquerque, artigo 299º, ponto nº 6, quando o mesmo afirma que o fim criminoso da associação pode ser, principal, concomitante ou até acessório na vida da organização, desde que o fim se trate de crimes e não apenas contraordenações.

¹⁷⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo – *As Associações Criminosas...* p. 40 e 41.

2.2.1. O sentido normativo do crime para efeito de integração do tipo objetivo do ilícito

É de notar que a tarefa de determinar o que se deve considerar como crime para efeito de integração do tipo objetivo do crime de associação criminosa, é complexa.

Como defende Figueiredo Dias, estão excluídas, para efeitos de integração do tipo, a prática de contraordenações¹⁷⁶. De notar que o conceito de crime, atualmente no ordenamento jurídico português, arroga um significado bastante determinado, distante do significado da figura de contraordenação. As contraordenações, são por sua vez, uma infração juridicamente distinta e autonomizada do crime, tanto a nível material-substantivo como a nível adjetivo-processual¹⁷⁷.

É incontestável o entendimento de que as contraordenações não podem valer para efeito de integrar o escopo criminoso de uma associação, pois vejamos, no artigo 299º, nº 1 do CP, o mesmo refere-se especificamente a crimes e não menciona nem uma vez as contraordenações, sendo deste modo impossível integrar esta figura no escopo da associação¹⁷⁸.

Questão mais complexa, é de saber se “os crimes que integram o escopo são apenas os crimes contidos na parte especial do código, ou os previstos em toda a legislação penal, chamado o direito penal clássico, primário ou de justiça, ou se pode tratar também de crimes de direito penal secundário, económico-social ou administrativo”¹⁷⁹.

Contudo, no que concerne a esta questão, a nossa jurisprudência dividiu-se, sendo minoritária a que se pronunciou em favor da interpretação restritiva, ou seja, só integram o escopo os crimes de direito penal clássico. Neste sentido, Figueiredo Dias era firme na ideia de que tal como as contraordenações o direito penal secundário não podia valer no que toca ao preenchimento do escopo criminoso das associações, sendo óbvia essa exclusão no contexto do CP de 1886. No entanto, Figueiredo Dias assumiu “a possibilidade de serem admissíveis os crimes que fazem parte apenas de um direito penal formalmente secundário, ou seja, um direito penal que se encontra regulado fora do código penal que corresponde com base no tipo de ilícito e nos bens jurídicos, a um verdadeiro direito penal clássico”¹⁸⁰.

¹⁷⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo – *As Associações Criminosas...* p. 41.

¹⁷⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo – *As Associações Criminosas...* p. 41.

¹⁷⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo – *As Associações Criminosas...* p. 42 e 43.

¹⁷⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo – *As Associações Criminosas...* p. 43.

¹⁸⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo – *As Associações Criminosas...* p. 44 a 47.

Figueiredo Dias reconhece, mais tarde, que “o direito penal económico ganhou uma ressonância ética de tal modo profunda e estabilizada” que não vê o porquê de não se integrar no escopo criminoso da associação o direito penal secundário. Mas, e, verificamos que uma “pequena fração do direito penal económico encontra-se integrado no CP, e entende-se que esta tendência continuará”. Na última década, alguns domínios do direito penal económico tornaram-se a principal atuação da criminalidade organizada, e estes certos domínios, foram os principais difusores da internacionalização e globalização das associações, veja-se o “que se passa com a fraude ou desvio de subsídios ou subvenções, com a fraude na obtenção de créditos, com o branqueamento de capitais, e com a fraude fiscal”. Sendo atualmente um fenómeno que necessita de reunir mais e adequados esforços criminológicos, politico-criminais e dogmáticos, a fim de se controlar e evitar o crescimento e o aparecimento destas mesmas associações¹⁸¹.

Manuel Maia Gonçalves entende que não faz parte da interpretação restritiva desta questão, contudo afirma que realmente é uma questão polémica e é da opinião de que a “prática de outros crimes, nomeadamente fiscais e aduaneiros fazem parte do escopo da associação”¹⁸².

No mesmo sentido temos Paulo Pinto de Albuquerque, que somente coloca de parte o direito contraordenacional, e nada refere, no sentido de se opor a que os crimes de direito penal secundário façam parte do escopo, aliás, pelo contrário, o mesmo afirma “que o fim criminoso da associação se trata de crimes, sendo eles do direito penal primário ou secundário”¹⁸³.

Cavaleiro Ferreira delimita o objeto social da associação criminosa e exclui as contraordenações e crimes de pequena gravidade do escopo criminoso, sendo que fazem parte do mesmo crimes agressores da paz pública, tendo em conta o elemento sistemático.

Em suma, entendemos que não subsistem razões para que se continue a excluir o direito penal económico do escopo da associação criminosa, tendo em atenção a enorme ressonância social que este tipo de criminalidade tem atualmente nas sociedades modernas.

É de fazer um pequeno apontamento, no sentido em que no direito português não existe o privilégio de partidos, contrariamente a outras ordens jurídicas, como a alemã,

¹⁸¹ CAEIRO, Pedro; DIAS, Jorge de Figueiredo – Artigo 299º...p. 819-820.

¹⁸² GONÇALVES, Manuel Lopes Maia – *Código Penal Português Anotado e Comentado: Legislação Complementar*. 18ª Edição. (sl): Almedina. 2007. p. 965.

¹⁸³ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de – *Comentário do Código...* p. 1114.

no que concerne a matéria de associação criminosa. O privilégio de partidos verifica-se quando não é considerado criminoso a atividade de um partido político, mesmo que dirigida à prática de crimes, enquanto aquele não for ilegalizado. A doutrina justifica este privilégio através do pensamento de que desta forma evita-se o constrangimento que podem sentir na sua atividade política de partidos legal e constitucionalmente considerados legítimos¹⁸⁴.

O artigo 287º do CP de 1982 foi inspirado pelo artigo 129º do CPAF, contudo o artigo 287º não continha (nem contém o atual artigo) preceito análogo ao da disposição II daquele parágrafo. A doutrina veio esclarecer que o privilégio partidário só pode, devido à sua natureza e razão de ser, equivaler para crimes que ainda se relacionem com a atividade política partidária e não para todos e quaisquer crimes anteriores à declaração do partido como inconstitucional¹⁸⁵.

O legislador alemão com o artigo 129 nº 2, II do CPAF, pretendia evitar que os pequenos delitos, mas de frequente ocorrência, como por exemplo, danos a cartazes e outra propaganda em muros e paredes, pequenas ofensas à integridade física, principalmente no decorrer de campanhas eleitorais, pudessem servir para caracterizar como criminosa uma associação política legalmente reconhecida¹⁸⁶.

E porque não terá sido este privilégio inscrito na ordem jurídica portuguesa?

A resposta residirá na própria CRP, no sentido em que os partidos são pura expressão da liberdade de associação dos cidadãos, sem que o Estado deva ou até possa exercer qualquer tipo de controlo sobre a sua institucionalidade ideológica e interna, mas apenas sobre a sua atividade externa, nos precisos termos em que exerce sobre qualquer outra associação¹⁸⁷. Desta feita, ficam os partidos submetidos às normas jurídico-penais sobre associações criminosas.

Retornando agora um pouco atrás, o âmbito de aplicação do nº 2 do artigo 129º do CPAF, ao preceituar que não considera criminosa uma associação quando a prática de crimes constitui apenas um fim ou uma atividade de significado secundário, ultrapassa o domínio da atividade própria dos partidos políticos, para assumir carácter geral¹⁸⁸. A este propósito, como Figueiredo Dias defende, o nosso ponto de vista irá no mesmo sentido, no que concerne à ocorrência eventual de crimes pouco graves no decurso da atividade

¹⁸⁴ CAEIRO, Pedro; DIAS, Jorge de Figueiredo – Artigo 299º... p. 821.

¹⁸⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo – *As Associações Criminosas...* p. 48 e 49.

¹⁸⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo – *As Associações Criminosas...* p. 49.

¹⁸⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo – *As Associações Criminosas...* p. 50 e 51.

¹⁸⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo – *As Associações Criminosas...* p. 51.

de uma associação de fim lícito, não devendo neste caso dar-se como preenchido o tipo objetivo do crime de associação criminosa.

Podemos verificar que esta situação, como muitas outras, levam a que tenhamos uma interpretação restritiva do que é de facto uma associação criminosa e qual o seu escopo criminoso, e de facto entender quando estamos perante um caso de associação criminosa e quais os elementos que preenchem o tipo, nomeadamente o tipo objetivo, o qual estamos a analisar de momento no capítulo II.

2.3. Os diversos tipos de autores contidos no crime de Associação Criminosa

As distintas modalidades de ação que integram o tipo objetivo do crime de associação criminosa têm necessariamente a ver com a atividade do agente dentro da associação. A atividade em questão tem de consistir na promoção, fundação, no apoio, na chefia, na direção ou até mesmo fazer parte da associação, isto é, ser membro da mesma¹⁸⁹. Por outras palavras, os agentes do crime de associação criminosa podem ser fundadores ou promotores, vejamos o nº 1 do artigo 299º do CP, “apoiantes”, ínsito no nº 2 do artigo suprarreferido, podem ainda ser “chefes ou dirigentes”, como consta do nº 3º do artigo em questão, e por fim, membro da mesma, conforme o estipulado no nº 2 do artigo 299º do CP¹⁹⁰.

Como ensina Cavaleiro Ferreira, a definição dos agentes do crime de associação criminosa é vaga e tem sido bastante criticada pela doutrina alemã, relembramos que a fonte de inspiração do artigo 299º do CP do ordenamento jurídico português foi a legislação alemã¹⁹¹, e o conselho que esta oferece é que não é suficiente fazer apenas uma interpretação restritiva da definição¹⁹².

Dependendo do tipo de agente o juízo de desvalor será distinto, sendo o mais gravoso o agente que praticou o crime desempenhando a função de chefe ou dirigente, a este comportamento ilícito corresponde uma pena de prisão de 2 a 8 anos, ínsito no nº 3 do artigo 299º do CP, as restantes modalidades de agentes enfrentam uma moldura penal de 1 a 5 anos, vejamos os nº 1 e 2 do mesmo artigo¹⁹³.

¹⁸⁹ CAEIRO, Pedro; DIAS, Jorge de Figueiredo – Artigo 299º... p. 821.

¹⁹⁰ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de – Lições de Direito... p. 505.

¹⁹¹ cf. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de – *Comentário do Código*... p. 1113.

¹⁹² FERREIRA, Manuel Cavaleiro de – Lições de Direito... p. 505.

¹⁹³ CAEIRO, Pedro; DIAS, Jorge de Figueiredo – Artigo 299º... p. 821.

Observemos que “a classificação feita no artigo 299º do CP é semelhante à classificação feita no antigo artigo 300º do CP, o qual foi revogado¹⁹⁴, porém as molduras penais previstas para o crime de organizações terroristas eram muito superiores às previstas para o crime de associação criminosa”¹⁹⁵. De salientar que esta situação manteve-se com a Lei nº 52/2003, de 22 de agosto, e com as alterações posteriores que esta sofreu.

Iremos agora analisar os diferentes tipos de modalidade de ação, sendo que esta análise prende-se exclusivamente com o dispositivo normativo 299º do CP. Iniciamos a mesma com o agente na qualidade de promotor ou fundador, observemos que é punido quem promover ou fundar a associação, ínsito no nº1, sendo que o elemento promotor apenas surgiu com a reforma de 1995¹⁹⁶.

Paulo Pinto de Albuquerque refere que “o promotor ou fundador da associação é a pessoa que tem o pensamento criador da organização criminosa”, no entanto não é fulcral que tenha qualquer atividade subsequente nela¹⁹⁷.

Já Figueiredo Dias e Pedro Caeiro explicam que promover é exercer atividades idóneas à sua fundação, e que a simples ideia criminosa não é suficiente, é também fundamental a participação ativa tendente à criação da associação. Também não são suficientes as meras atividades de propaganda que não estejam diretamente relacionadas com o propósito da fundação da associação. Nas palavras dos autores suprarreferidos, fundar significa “o agente responsabilizar-se pela criação da concreta associação criminosa”, e também engloba a criação do desvio dos fins de uma associação que antes já existia com objetivos não criminosos¹⁹⁸.

Em suma, promover ou fundar tanto implica a participação ativa “no processo de criação da ideia criminosa como o trabalho prático na criação ou estruturação da associação ou até mesmo na reestruturação funcional de uma associação pré-existente”. No entanto, é de referir que nem o promotor nem o fundador são obrigados a tornarem-se membros da associação, isto é, não é um requisito, e mesmo após o promotor ou o fundador se afastar ou afastarem-no da associação, ambos permanecerão promotores e fundadores, pois a sua ação já preenche o tipo objetivo de ilícito¹⁹⁹.

¹⁹⁴ O artigo em apreço, com a epígrafe organizações terroristas, foi revogado pela lei nº 52/2003, de 22 de Agosto.

¹⁹⁵ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de – Lições de Direito... p. 505.

¹⁹⁶ CAEIRO, Pedro; DIAS, Jorge de Figueiredo – Artigo 299º... p. 821.

¹⁹⁷ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de – *Comentário do Código*... p. 1114.

¹⁹⁸ CAEIRO, Pedro; DIAS, Jorge de Figueiredo – Artigo 299º... p. 822.

¹⁹⁹ CAEIRO, Pedro; DIAS, Jorge de Figueiredo – Artigo 299º... p. 822.

Anabela Moraes elucida que promover significa fomentar, impulsionar, fazer prosseguir, e “praticar atividades idóneas à fundação da associação, fundador, por sua vez, é aquele que dá origem, isto é, que impulsiona, procede ao ato de criação da organização grupo ou associação, mesmo que não tenha qualquer tipo de atividade subsequente nela”²⁰⁰.

Iremos ver o agente que preenche a modalidade de ação como membro da associação criminosa, conforme estipulado no nº 2 do artigo 299º do CP.

Paulo Pinto de Albuquerque articula que o membro é a “pessoa que integra as suas fileiras, encorpando o seu número de pessoas disponíveis” a participar no ilícito. Na verdade, a razão da cesura penal reside, de facto, nessa mesma disponibilidade do agente, visto que “a disponibilidade pressupõe subordinação à vontade coletiva, e a subordinação reflete a especial perigosidade do membro. Desta feita, o *membro* não necessita de ter conhecimento de todas as atividades praticadas no escopo da associação criminosa, nem nelas participar”²⁰¹.

Figueiredo Dias e Pedro Caeiro evidenciam que fazer parte de uma associação indica ser membro dela. Membro é toda aquela pessoa que se encontra incorporada na organização e que se subordina à vontade coletiva, desenvolvendo qualquer tipo de atividade, seja ela principal ou acessória, para a prossecução do escopo criminoso²⁰².

É insuficiente a entrada formal, ou meramente passiva, do membro na associação, até mesmo com o pagamento de quota, ou seja, não tem aptidão para preencher o tipo. Indispensável será que o agente se subordine à vontade coletiva e ao fim comum da associação, e que o mesmo seja reconhecido como membro pelos restantes que fazem parte da associação, tanto pelos que sejam mais próximos como aos quais compete exprimir aquela vontade coletiva. É igualmente necessário “que o agente tenha conhecimento e aceite o fim criminoso da associação, desempenhe tarefas gerais no seu seio e em prol da mesma”, independentemente do teor das tarefas, isto é, sejam elas tarefas com conteúdo operacional, logístico, ideológico, etc²⁰³.

Para que se verifique que o agente preenche a modalidade de ação como membro, não bastará também um trabalho efetivo para a realização do escopo e, até mesmo, a participação sistemática nos concretos crimes cometidos, se o indivíduo não pertencer à

²⁰⁰ MORAIS, Anabela – Controvérsias do crime... pp.11 e 12.

²⁰¹ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de – *Comentário do Código*... p. 1114.

²⁰² CAEIRO, Pedro; DIAS, Jorge de Figueiredo – Artigo 299º... p. 822.

²⁰³ CAEIRO, Pedro; DIAS, Jorge de Figueiredo – Artigo 299º... p. 822 e 823.

associação. Aqui, em certos casos, sob certas circunstâncias, a pessoa poderá ser na verdade apoiante, como veremos brevemente. Em relação à “atividade a desenvolver, desempenhada pelo membro, não lhe é exigido a concreta participação nos crimes da associação, nem sequer o conhecimento dos crimes planeados”²⁰⁴.

Membro “é fazer parte de uma coletividade. Assim, é membro de uma associação criminosa todo aquele indivíduo, que ao participar na mesma, identifica-se como fazendo parte dela, subordina-se aos seus objetivos e à vontade da coletividade. Nos termos da lei, para que seja considerado membro, este deverá desenvolver uma efetiva atividade em proveito do fim criminoso que é prosseguido”²⁰⁵.

Um membro, para ser julgado e considerado como tal, é fundamental “que tenha a percepção do fim da associação, que o reconheça, que o aceite e em prol dele execute certas tarefas durante um período mínimo de tempo”. No entanto, não olvidar que não basta a sua participação nos crimes, noutras palavras, não é fundamental a sua participação nas ações ilícitas da associação²⁰⁶.

Anabela Morais explica que faz parte da associação criminosa aquele que se associa à mesma, “se integra ou incorpora de forma consciente, e quem participa em quaisquer atividades, ainda que não digam respeito às infrações-fins, abrangendo o fornecimento de informações ou até de meios materiais, o recrutamento de novos participantes ou a aquisição de qualquer forma de financiamento das atividades da associação, tendo conhecimento que este tipo de participação irá contribuir para a realização da atividade criminosa da organização”²⁰⁷. Porém a autora não faz uma distinção entre membro e apoiante, apenas enuncia o suprarreferido.

Sem demora, temos o agente que preenche a modalidade de ação de apoiante, ínsita no n.º 2 do artigo 299.º do CP. Paulo Pinto de Albuquerque indica que apoiante é a pessoa que concede auxílio moral ou material aos membros da associação, nessa qualidade, e não na sua qualidade individual. Enuncia também que ao contrário do membro o apoiante não está subordinado à vontade coletiva, e por essa razão não está à disposição da associação criminosa. O autor dá-nos um bom exemplo, sendo que, não é apoiante da associação a mãe do membro que lhe coze um gorro que ele usa, visto que é inverno, no entanto já é apoiante se coser o gorro que ele vai usar no assalto, tendo

²⁰⁴ CAEIRO, Pedro; DIAS, Jorge de Figueiredo – Artigo 299.º... p. 822 e 823.

²⁰⁵ SAMPAIO, Ana Catarina Dias de – *A Prova do Crime...* p. 23.

²⁰⁶ SAMPAIO, Ana Catarina Dias de – *A Prova do Crime...* p. 23.

²⁰⁷ MORAIS, Anabela – *Controvérsias do crime...* p. 12.

conhecimento que o gorro se destina a esse fim e que o seu filho integra uma associação²⁰⁸.

Por conseguinte, a participação do apoiante em crimes concretos da associação criminosa converte-o, por norma, em membro da associação, isto é, agora o apoiante subordina-se à vontade coletiva da associação e coloca-se à disposição da associação criminosa, passando agora a preencher a modalidade de ação como membro da associação e já não apenas um apoiante²⁰⁹.

Figueiredo Dias e Pedro Caeiro dividem, desde logo, dois tipos de apoiantes, tal como o autor suprarreferido o fez, primeiramente temos o apoiante que presta auxílio material, isto é, aquele cujas atividades de suporte da organização são descritas na lei de modo meramente exemplificativo, vejamos: “nomeadamente fornecendo armas, munições, instrumentos de crime, guarda ou locais para reuniões”; e, em seguida, temos o apoiante em que o comportamento compreende “qualquer auxílio para que se recrutem novos elementos”²¹⁰.

No que concerne ao tipo de apoiante que presta auxílio material, há outras figuras que podem integrar o conceito de apoio, como é o caso do fabrico ou fornecimento de documentos de identidade falsos destinados aos membros da organização, o proporcionar meios financeiros a fim de suportar a associação ou para permitir a execução das suas atividades²¹¹.

A associação tem de ser apoiada e não apenas alguns membros individualmente considerados, que fazem parte dela, isto é, tem de existir um apoio abstrato proveitoso para aquela, sendo que não é necessário que o tenha sido efetivamente. Noutras palavras, as armas, por exemplo, podem não chegar a ser usadas e os donativos a não serem gastos²¹².

Desta feita, “proporcionar esconderijo a um membro da associação que esteja a ser perseguido pela justiça, poderá não constituir, por si só, um apoio à associação, porém se isso se destinar a permitir que o fugitivo continue de qualquer forma a atividade criminosa ou mantenha o contacto com os outros membros”, aí sim, já estaremos perante um apoio ao membro²¹³. O agente apenas se tornará apoiante ao participar em crimes

²⁰⁸ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de – *Comentário do...* p. 1114.

²⁰⁹ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de – *Comentário do...* p. 1114.

²¹⁰ CAEIRO, Pedro; DIAS, Jorge de Figueiredo – Artigo 299º... p. 823.

²¹¹ CAEIRO, Pedro; DIAS, Jorge de Figueiredo – Artigo 299º... p. 823.

²¹² CAEIRO, Pedro; DIAS, Jorge de Figueiredo – Artigo 299º... p. 823.

²¹³ CAEIRO, Pedro; DIAS, Jorge de Figueiredo – Artigo 299º... p. 823.

concretos da organização que sejam “essenciais ao prosseguimento da finalidade associativa ou que assumam uma relevante importância para a sua realização”²¹⁴.

A este propósito, é bastante discutido a posição de defensor, o comportamento do mesmo será típico se assumir atitudes ilegais de colaboração ativa com a associação, que não constituam ações de defesa, vejamos por exemplo, quando o agente usufrui da sua função a fim de manter o elo de ligação criminosa entre arguidos presos e outros membros da associação, desta forma permitindo a sua subsistência ou a continuação da atividade criminosa. Contrariamente, qualquer ação processualmente admissível fixada no âmbito das funções do defensor não serve à partida para integrar o tipo objetivo de ilícito, mesmo até que a associação acabe por arrecadar benefícios de tal ação²¹⁵.

No mesmo sentido, Paulo Pinto de Albuquerque explica que o defensor poderá tornar-se apoiante se praticar crimes ou atos ilegais de colaboração ativa com a associação, *ad hoc*, transmitindo mensagens entre os membros da organização em liberdade e os reclusos, fundamentais para a manutenção da organização²¹⁶.

A outra figura, isto é, o outro grupo típico de apoiantes, na opinião de ambos os autores suprarreferidos caracterizam-se como angariadores da associação criminosa. Paulo Pinto de Albuquerque “enuncia que angariador é o indivíduo que determina outros à adesão como membros ou apoiantes da associação criminosa”. A seu ver, a atuação como angariador é semelhante à “conduta típica da teoria geral da instigação”²¹⁷.

Como explica Figueiredo Dias e Pedro Caeiro, a fim de se observar que o agente preenche a modalidade de ação como angariador é fundamental que o auxílio ao recrutamento, podendo ser por qualquer forma, não seja um qualquer auxílio, mas sim um auxílio em abstrato e objetivamente vantajoso para a associação, no sentido de idóneo à angariação de novos membros por parte de um não membro. Como foi referido anteriormente, a angariação pode ser feita de qualquer forma, por outras palavras, pode ser levada a cabo por outros meios, sendo eles públicos ou secretos, escritos, orais ou outros. No entanto é indispensável que se verifique “uma ação concreta de recrutamento, deste modo, não basta o desenvolvimento de uma propaganda de simpatia”²¹⁸.

Do mesmo modo, no final do n.º 2 do artigo 299.º do CP, estão “incluídas as ações de apoio ao projeto ou de angariação, explica ainda que o apoio caracteriza-se na

²¹⁴ CAEIRO, Pedro; DIAS, Jorge de Figueiredo – Artigo 299.º... p. 823.

²¹⁵ CAEIRO, Pedro; DIAS, Jorge de Figueiredo – Artigo 299.º... p. 823.

²¹⁶ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de – *Comentário do Código*... p. 1114.

²¹⁷ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de – *Comentário do Código*... p. 1114.

²¹⁸ CAEIRO, Pedro; DIAS, Jorge de Figueiredo – Artigo 299.º... p. 824.

manutenção, desenvolvimento ou o prosseguimento das finalidades, enquanto que o auxílio será com vista à angariação de novos membros. Ainda assim, não é qualquer ato que permitirá a configuração como apoiante, o ente que sairá beneficiado tanto como o apoiado terá de ser o grupo enquanto tal considerado e não os membros individualmente. Por outro lado, só se considera que há auxílio no caso de se obter resultados e proveitos efetivos para a associação criminosa”²¹⁹.

Por último, iremos examinar a modalidade de ação que o legislador desvaloriza mais, sendo esta a figura de chefe ou dirigente da associação criminosa, prevista no n.º 3 do artigo 299.º do CP.

Tanto Figueiredo Dias como Pedro Caeiro explicam “que o chefe ou dirigente de uma associação corresponde ao indivíduo que assume as rédeas do destino da associação, isto é, o responsável ou corresponsável pela formação da vontade coletiva, ou então funciona como pivô necessário à sua execução, desse modo, planeia ações concretas”, centraliza informações, distribui tarefas e por fim dá ordens. Inversamente ao que acontece à modalidade de ação como “apoiante, o chefe ou dirigente tem de ser membro da organização criminosa”, sendo que adquire neste âmbito a qualidade de membro especialmente qualificado²²⁰. Inerente a esta especial qualificação está a especial perigosidade das condutas respetivas de chefia ou direção, visto que, são estas as modalidades de ação que permitem um desenvolvimento articulado das intenções organizatórias. Desde logo, podemos excluir desta modalidade de ação os mentores espirituais da organização pois apenas representam a ideia aglutinadora que preside à associação ou a sua eminência parda, por outras palavras, este tipo de qualificação não basta para preencher qualquer tipo de modalidade tanto como membro, apoiante, muito menos chefe ou dirigente de uma organização²²¹. Neste sentido, podemos verificar que Figueiredo Dias, já enunciava o chefe e o dirigente desta mesma forma²²².

Para além do chefe ou dirigente, ser “o membro que dirige a estrutura de comando e controla o processo de formação da vontade coletiva da associação. Paulo Pinto de Albuquerque acrescenta, ainda, que a vontade coletiva pode coincidir com a própria vontade pessoal do chefe ou com a vontade de um grupo de membros ou de todos os membros. Porém, em qualquer das formas, é o chefe que estabelece e interpreta essa

²¹⁹ SAMPAIO, Ana Catarina Dias de – *A Prova do...* p. 24.

²²⁰ CAEIRO, Pedro; DIAS, Jorge de Figueiredo – Artigo 299.º... p. 824 e 825.

²²¹ CAEIRO, Pedro; DIAS, Jorge de Figueiredo – Artigo 299.º... p. 824 e 825.

²²² DIAS, Jorge de Figueiredo – *Comentário Conimbricense ao Código Penal: Parte Especial*, Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, artigos 202.º a 307.º. p. 1168.

mesma vontade como a vontade da associação. Em contrapartida, o chefe ou dirigente é quem tem a última palavra no que concerne à disponibilidade dos membros da associação, detém também o poder para criar, interromper, modificar ou cessar as posições funcionais dos membros”²²³.

O dirigente surge, “por um lado, como responsável pela formação da vontade coletiva e, por outro, a própria vontade coletiva se reconduz e se identifica com a do chefe. No entanto é de refletir que não é exigível a prova de que se institua um ente autónomo, ao qual todos subordinam a vontade, assente numa vontade superior à coletiva. Desta feita, o chefe ou dirigente surge como membro que toma as rédeas do destino da associação criminosa e leva a cabo o seu fim”²²⁴.

Anabela Morais explica em suma que o chefe ou dirigente “é aquele indivíduo que dirige, comanda e que dá ordens que os outros devem acatar”²²⁵.

Celso Leal²²⁶ faz uma descrição, dos diferentes tipos de agentes, semelhante aos autores anteriores, inicia a mesma com a determinação dos conceitos promover, fundar e integrar, e finaliza com a caracterização dos apoiantes ou colaboradores externos e com a figura de chefe ou dirigente²²⁷. Caracteriza promover como fomentar, impulsionar, fazer avançar, ou seja, desenvolver uma atividade apropriada para “criar a associação, porém não é suficiente a ideia do modo a construir, é fundamental empreender esforços e meios para a efetiva fundação da organização. Fundar, segundo o mesmo, é tomar a responsabilidade pela criação da concreta associação criminosa, sendo exigível, também aqui, um trabalho prático na criação da associação”²²⁸.

Descreve integrar como “fazer parte, participar, aderir, ou juntar-se é ser membro da associação, grupo ou organização, e em consequência desse modo de participação é estar subordinado à vontade coletiva e desenvolver uma atividade com vista ao escopo criminoso”. Para fazer parte da associação não é exigido nenhum requisito de entrada como constituição da sociedade, estatutos ou regulamentos, apenas é necessário que os membros aceitem e estejam subordinados à vontade coletiva. No mesmo sentido que Figueiredo Dias, o autor acrescenta que não é imprescindível “a concreta participação nos

²²³ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de – *Comentário do Código...* p. 1114.

²²⁴ SAMPAIO, Ana Catarina Dias de – *A Prova do Crime...* p. 24 e 25.

²²⁵ MORAIS, Anabela – *Controvérsias do Crime...* p. 12.

²²⁶ Licenciado em Direito na Universidade Portualense em 2001; Magistrado do Ministério Público; Formador do CEJ nos Tribunais; Conferencista no CEJ sobre Direito Estradal e Penas acessórias; Autor de diversos artigos para a Revista do Ministério Público, Revista do CEJ.

²²⁷ LEAL, Celso – *Associação criminosa...* p. 52.

²²⁸ LEAL, Celso – *Associação criminosa...* p. 52.

crimes da associação, nem tão pouco o conhecimento específico dos crimes delineados, apenas basta que o membro tenha a consciência do fim criminoso da associação e o aceite, e que exerça tarefas gerais no seu seio e em prol da mesma”²²⁹.

No que toca aos apoiantes ou colaboradores externos, Celso Leal refere que, como já vimos anteriormente, o dispositivo normativo do nº 2 do artigo 299º do CP estabelece duas situações, por um lado, “os que apoiam a associação fornecendo armas, munições, instrumentos de crime guarda ou locais para se reunirem, e por outro, os que prestam auxílio a fim de se recrutar novos elementos. Portanto, no primeiro caso o legislador ao utilizar a expressão nomeadamente, indica-nos que as situações aí descritas são meramente exemplificativas, podendo aí haver espaço para outras circunstâncias das quais advenham em abstrato um benefício para a associação. O outro tipo de apoiantes são os angariadores e não é aqui exigido que essa angariação tenha tido êxito, no entanto já é fulcral que esse auxílio seja, objetivamente em abstrato, apropriado para incorporar novos membros”²³⁰.

Por último, no que concerne ao chefe e ao dirigente, Celso Leal não acrescenta nada que já não tenha sido mencionado, isto para explicar que vai de acordo com os autores suprarreferidos, como Figueiredo Dias e Pedro Caeiro: “chefe ou dirigente é (só) aquele indivíduo que assume as rédeas do destino da associação: é o responsável – ou corresponsável –, em particular medida, pela formação da vontade coletiva, ou funciona como pivot essencial à sua execução (centralizando informações, planeando ações concretas, distribuindo tarefas, dando ordens). Por isso, diversamente do que sucede com o apoiente, o chefe ou dirigente tem de ser membro da organização e, na verdade, membro especialmente qualificado”²³¹.

Celso Leal finaliza, ainda, com algumas considerações, reflete “que para se ser autor de um crime de associação criminosa não é fundamental que este pratique mais qualquer outro crime, isto é, não necessita de praticar outro crime a fim de se considerar autor de um crime de associação criminosa”. Deste modo, distingue-se a autoria do crime de qualquer outra forma de participação de um outro crime qualquer²³².

Verificamos que a composição do artigo 299º do CP demonstra certa indefinição conceitual no que concerne a quem pratica a ação ilícita, no entanto pode ser explicada

²²⁹ LEAL, Celso – Associação criminosa... p. 52.

²³⁰ LEAL, Celso – Associação criminosa... p. 52.

²³¹ CAEIRO, Pedro; DIAS, Jorge de Figueiredo – Artigo 299º... p. 824.

²³² LEAL, Celso – Associação criminosa... p. 53.

pela sua particularidade, decisiva, como afirma Mário Meireles. Este refere que «o que podemos 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 dialética/biunívoca entre as pessoas que a compõem na sua relação espiritual/material, a noção do que seja “autor” do crime de associação criminosa funde-se com a própria noção de “associação”, concluindo-se pela existência de ambos de forma concomitante»²³³.

Reconhecemos que estamos perante um dilema quando observamos “a elevação da qualidade de cúmplice à de autor, por força da própria lei, e esta multiplicidade de autores da prática do crime de associação criminosa gera dificuldades, maioritariamente quando”²³⁴ nos deparamos com as figuras próximas, como é o caso da comparticipação criminosa e o bando (matéria a ser estudada no capítulo seguinte), no sentindo “em que as linhas divisórias entre si atenuam-se ainda mais”. Posto isto, exige-se um maior cuidado e exigência na objetivação “de todos os factos relevantes para a subsunção de uma determinada circunstância da vida à figura da associação criminosa”²³⁵.

Figueiredo Dias e Pedro Caeiro admitem a possibilidade de cumplicidade no que concerne as ações de promover ou fundar e de apoiar, no entanto, no que diz respeito às modalidades de ação de fazer parte ou chefiar e dirigir suscitam dúvidas quanto a essa possibilidade. Salientam que entre o “indivíduo que contrata e envia um fornecimento de armas à organização deve ser punido como apoiante”, e entre o indivíduo que simplesmente transporta as armas, ou outro tipo de material, que apenas deverá ser punido como cúmplice²³⁶.

Já Paulo Pinto de Albuquerque defende que as condutas típicas de apoiante e de angariador sobrepõem-se às figuras de cúmplice e de instigador, posto isto, não é admissível a participação no crime de associação criminosa²³⁷.

Vejamos “que a lei, de forma expressa, ao permitir a coabitação entre elementos com graus muito distintos de responsabilidade e participação para a produção dessa realidade criminosa em que se traduz a associação criminosa, faz com que as dificuldades

²³³ MEIRELES, Mário – *Da Associação Criminosa à Criminalidade...* p. 329.

²³⁴ MEIRELES, Mário – *Da Associação Criminosa à Criminalidade...* p. 329.

²³⁵ MEIRELES, Mário – *Da Associação Criminosa à Criminalidade...* p. 329.

²³⁶ CAEIRO, Pedro; DIAS, Jorge de Figueiredo – *Artigo 299º...* p. 830.

²³⁷ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de – *Comentário do Código...* p. 1115.

aumentem no que concerne à consistência do conceito doutrinário do que” é na verdade uma associação criminosa²³⁸.

É fulcral concluir pela existência de uma associação em factos que objetivamente a demonstrem, mesmo ainda que de natureza distinta, “assente nas relações instituídas entre os membros e a estrutura que 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, ou organização criminosa”. Esta perspetiva, como explica Mário Meireles, admite, “sob o ponto de vista da definição legal do que é ser autor do crime de associação criminosa, conjugar a existência de membros com funções tão distintas entre si. Por exemplo, entre três elementos, um ser o líder, outro um subordinado que participa diretamente na produção do facto e um outro um mero auxiliar na sua concretização”²³⁹.

Introduzindo, novamente, matéria a ser tratada no próximo capítulo “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” que afinal permite autonomizar a figura de quem participe na prática do facto como mero cúmplice, apesar de o punir com a mesma pena?”²⁴⁰.

Ao fazermos uma análise mais sistemática do tipo legal, focando-nos no quem pode praticar o ilícito em questão, podemos verificar que o preceito 299º, nº 5 do CP não faz uma remissão para qualquer dos números anteriores, no entanto, faz, pois, uma remissão para todo o artigo, como consta no início “para efeitos do presente artigo”. Assim, para definir o autor do crime é feita uma relação lógica que advém da conjugação da norma suprarreferida do nº 1 e do nº 5, consequentemente, permite estabelecer em que situações nos encontramos perante a existência da associação grupo ou organização criminosa²⁴¹.

Ter-se-á em sequência, terá de se fazer uma relação entre os números 2 e 3 com o nº 1 do artigo 299º CP, de forma a entender se em tais previsões é exequível integrar a qualidade de autor prevista no nº 1. A este respeito não se levantam questões quanto ao nº 3, na medida em que aí está previsto a punição de autor líder ou chefe. Já no nº 2 do mesmo artigo, estão previstas duas situações díspares, sendo que para efeitos de

²³⁸ MEIRELES, Mário – *Da Associação Criminosa à Criminalidade...* p. 329.

²³⁹ MEIRELES, Mário – *Da Associação Criminosa à Criminalidade...* p. 329.

²⁴⁰ MEIRELES, Mário – *Da Associação Criminosa à Criminalidade...* p. 329.

²⁴¹ MEIRELES, Mário – *Da Associação Criminosa à Criminalidade...* p. 331.

desenvolvimento deste ponto iremos apenas falar de uma situação, a outra prende-se com a figura da cumplicidade. Consideremos, “na mesma pena incorre quem fizer parte de tais grupos, organizações ou associações”, “o que incute de modo explícito a hipótese de existir uma adesão da parte de alguém a uma associação, grupo ou organização preexistente, apenas assim é possível distinguir daquele que, no nº 1, promove ou funda o grupo”. Nesta situação, a qualidade de autor de todos os elementos é inegável e, desta forma, é de destacar que naquelas situações, para que se possa “continuar a considerar estarmos perante uma associação, grupo ou organização, em que haja um abandono de um dos autores, independentemente do motivo, o autor originário pode ser substituído por um autor superveniente da associação. Assim sendo, nesta circunstância o autor superveniente poderá ser relevante, a fim de garantir o número mínimo de três elementos, exigido no artigo 299º, nº5 do CP”²⁴².

²⁴²MEIRELES, Mário - *Da Associação Criminosa à Criminalidade...* p.331 e 332.

CAPÍTULO II

AS DIFERENTES MODALIDADES DE AÇÃO

Sumário:

Secção 1 – Associação Criminosa vs Comparticipação e Bando.

Secção 2 – Da cumplicidade e da tentativa

2.1. A atuação como cúmplice

2.2. Tentativa e Desistência.

Capítulo II – As diferentes modalidades de ação

Secção 1 – Associação Criminosa vs Comparticipação e Bando

É fundamental apreender o que é uma associação criminosa; é uma associação, por tendência secreta, um grupo por norma fechado, que não dispõe de estatutos ou normas contratuais ou de atuação, estável e organizada (entre outras características essenciais, já mencionadas e ainda a mencionar).

É fulcral que não se confunda com as figuras de comparticipação ou da atuação em bando, o que por muitas vezes é o que sucede. Desta feita, é primordial definir rigorosamente cada um dos conceitos. Posto isto, “quando é que existe uma associação criminosa, ou quando é que subsiste uma resolução criminosa de várias pessoas na prática de um crime que só poderá configurar uma comparticipação ou atuação como bando”²⁴³?

O problema por si só, e a sua enunciação, disputa uma imediata incerteza, já que estamos à partida a comparar 3 realidades jurídico criminais distintas. Duas delas dizem respeito a um tipo particular do ordenamento jurídico penal português, sendo estas o crime de associação criminosa e o bando, a outra é a comparticipação, um instituto complexo, como iremos em breve conferir, integrante da parte geral do CP, logo, de aplicação transversal a toda a criminalidade²⁴⁴.

Em primeiro lugar, visto que é um país próximo, com um ordenamento jurídico-penal semelhante ao nosso e onde a criminalidade organizada é mais acentuada, vejamos como é que no ordenamento jurídico espanhol está tipificado o crime de associação criminosa, da atuação em bando e a delimitação dos seus conceitos.

Podemos verificar que o artigo 570º ter. do CPE²⁴⁵ enquadrado no capítulo VI Título XXII do livro II designado de “De las organizaciones y grupos criminales” define o que é um bando, neste caso denominado de grupo criminal, sendo esta a denominação dada em Espanha para bando. Ou seja, contrariamente a Portugal poder-se-á dizer que o legislador define o conceito de bando, neste caso grupo, criminal, porém podemos verificar, ainda assim, uma ausência da autonomia deste mesmo conceito, visto que o

²⁴³ Neste sentido vejamos BORGES, Raúl — Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, nº 18/07.2GAAMT.P1. S1 de 27 de maio de 2010, onde é feita uma clara distinção entre o crime de associação criminosa, o bando e a comparticipação.

²⁴⁴ MEIRELES, Mário — *Da Associação Criminosa à Criminalidade...* p. 289.

²⁴⁵ O artigo 570º ter. do Código Penal Espanhol dá-nos a seguinte definição de bando: “A los efectos de este Código se entiende por grupo criminal la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos”.

preceito em questão remete para a interpretação do artigo anterior, o artigo que nos dá o conceito de *organización criminal*, isto é, associação criminosa²⁴⁶.

Assim sendo, e mesmo que tenha havido uma melhor tentativa em definir o que é, no plano jurídico criminal, um bando no ordenamento jurídico espanhol, podemos concluir que não é suficiente, pois é necessário recorrer ao artigo 570º bis. do CPE a fim de integrar a definição incompleta de *grupo criminal*, ou seja, bando²⁴⁷.

O artigo 570º bis. do CPE prescreve o conceito de *organización criminal*²⁴⁸, melhor dizendo, associação criminosa.

A diferença entre *organizaciones y grupos criminales* reside na estabilidade e estrutura organizada das organizações e a falta das mesmas nos grupos criminais. Efetivamente, ambas as figuras necessitam de um grupo de mais de duas pessoas com a finalidade de cometer delitos, mas, enquanto que, a organização criminal tem de ter caráter estável ou funcionamento por tempo indeterminado, e de forma concertada e coordenada sejam repartidas tarefas ou funções entre os seus membros com aquela finalidade, o grupo criminal não tem estes requisitos na sua totalidade. É uma figura residual em relação à organização criminal, “é uma figura intermédia entre a comparticipação e a organização criminal”²⁴⁹.

Uma discussão teórica é indispensável no âmbito desta dissertação, desde logo devido à “força da construção típica do crime de associação criminosa, em que está ínsita toda a construção teórica subjacente ao instituto da comparticipação criminosa”²⁵⁰.

O ilícito-típico é, com frequência, levado a cabo apenas por um agente, contudo, pode suceder, e acontece várias vezes, de se dar a circunstância de nele terem colaborado várias pessoas, designadas então por participantes²⁵¹.

Assim, parece-nos essencial dar início a este tópico com uma análise à figura de comparticipação no nosso ordenamento jurídico, ou seja, estudar com algum pormenor

²⁴⁶ MÁRQUEZ, Jara Bocanegra – *Tratamiento Jurídico...* p. 220.

²⁴⁷ MÁRQUEZ, Jara Bocanegra – *Tratamiento Jurídico...* p. 221.

²⁴⁸ A definição que nos é dada no Código Penal Espanhol de associação criminosa é a seguinte: “A los efectos de este Código se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos.”

²⁴⁹ GUTIÉRREZ, Alri Zurita – *El Delito de Organización Criminal: Fundamentos de Responsabilidad y Sanciones Jurídicas*. Universidad de Sevilla. Tese de Doutoramento, 2016/2017. Disponível em: <https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/61304/Tesis%20Alri%20ZURITA%20GUTI%20c3%89RREZ.pdf?sequence=1&isAllowed=y> p. 165 a 167.

²⁵⁰ GUTIÉRREZ, Alri Zurita – *El Delito...* p. 165 a 167.

²⁵¹ DIAS, Jorge de Figueiredo, – *Direito Penal...* p. 885.

os diferentes papéis que os participantes, ao cometer uma infração, desempenharam, e de que forma se aplica esta figura no âmbito do crime de associação criminosa.

Como Cavaleiro Ferreira assevera, a comparticipação é constituída pela participação de vários agentes, e estes no âmbito da comparticipação são participantes, consequentemente as formas de participação são a autoria e a cumplicidade, ambas figuras que iremos analisar posteriormente²⁵².

A atividade de todos os agentes deve cingir-se objetivamente à realização de um facto previsto como crime, na forma de crime consumado ou tentado, ou seja, neste caso a comparticipação deve ter como resultado a realização de um facto que se fosse cometido apenas por um só agente seria punível²⁵³.

Quem são os agentes? Os agentes são a causa do crime, que possibilitam, preparam ou facilitam o mesmo e consoante a gravidade da sua participação serão considerados autores ou cúmplices do crime, ou seja, “a punição de cada agente será independente da punição dos demais”²⁵⁴, ora consideremos o artigo 29º do CP.

Importa, pois, distinguir os crimes monossujeativos dos crimes plurissujeativos, isto é, crimes de participação necessária, sendo aqueles crimes praticados só por uma pessoa e estes crimes praticados, como o nome indica, por uma pluralidade de agentes²⁵⁵.

Note-se que os artigos 25º a 29º do CP abordam o agente singular e a extensão da punibilidade dos crimes monossujeativos nos casos em que o crime é praticado por uma pluralidade de agentes²⁵⁶. O autor singular que está previsto em cada norma incriminadora é aquele que realiza o crime por si só, é o único agente da ação. Contudo, quando o crime é praticado por uma pluralidade de agentes, a incriminação advém da extensão a que procedem as normas sobre a comparticipação e participação criminosa dos artigos 26º e 27º do CP, cujo conteúdo se preenche com referência às normas incriminadoras de cada crime em especial²⁵⁷.

No caso de o crime ser praticado por uma pluralidade de agentes, existem vários modos de participar no crime, por exemplo, a ação pode ser realizada “por duas pessoas em conjunto, pode também a ação criminosa ser realizada através de terceiro que não tem conhecimento do plano criminoso, procedendo como instrumento ou *longa manus* do

²⁵² FERREIRA, Manuel Cavaleiro de – *Lições de Direito...* p. 490.

²⁵³ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de – *Lições de Direito...* p. 453.

²⁵⁴ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de – *Lições de Direito...* p. 453.

²⁵⁵ SILVA, Germano Marques da – *Direito Penal Português- Teoria do Crime*. 2ª edição. Lisboa: Universidade Católica, 2015 p. 342 e 343.

²⁵⁶ SILVA, Germano Marques da – *Direito Penal Português- Teoria...* p. 342.

²⁵⁷ SILVA, Germano Marques da – *Direito Penal Português- Teoria...* p. 343.

agente”. Pode, ainda, a ação ser praticada com a participação secundária de outras pessoas que incitam ou aconselham, que prometem posterior refúgio ou acolhimento, ou mediante o auxílio de outros que proporcionam os meios ou ensinam a utilizá-los²⁵⁸.

É necessário ter especial preocupação com a terminologia, pois os conceitos não são unívocos, em particular o de participação. “A comparticipação designa o facto em que vários agentes colaboram, é um facto complexo composto por uma pluralidade de ações ou factos individuais, como foi supra referido, já o termo participação é o facto ou ação individual de cada agente, de cada comparticipante, que se integra no facto ou na ação coletiva, ou seja, como cada comparticipante participa na obra comum”²⁵⁹.

Importa também salientar que o artigo 28º, nº 1 do CP estabelece uma extensão de tipicidade ao fazer com que certas qualidades ou relações especiais do agente sejam comunicáveis aos comparticipantes que não as possuam, “exceto se outra for a intenção da norma incriminadora”.

Notemos, o CP refere-se à comparticipação e comparticipante, no entanto não se refere a participação, mas parte importante da doutrina “reserva o termo participação para designar a responsabilidade acessória, em especial dos cúmplices e dos instigadores, fazendo uma distinção dos participantes, dos autores e dos coautores”²⁶⁰.

É intrínseco que falemos da figura de autoria, quem pode dizer-se que levou a cabo a realização de um certo ilícito? Há de ser sempre aquele que cometeu a infração? Estas questões não entram no panorama quando surge uma única pessoa como agente da circunstância típica, mas sim quando várias pessoas participaram no facto, aqui sim tem interesse o conceito de autoria²⁶¹.

Iremos de forma breve analisar as diferentes doutrinas gerais sobre a essência da delimitação da autoria, a fim de entendermos de melhor forma quando estamos perante um caso de autoria ou de cumplicidade e onde estas figuras se inserem, ou não, no crime de associação criminosa, passando pelas teorias formais-objetivas, subjetivas, material-objetiva, e por fim uma nova teoria material-objetiva denominada de teoria final-objetiva do domínio do facto²⁶².

²⁵⁸ SILVA, Germano Marques da – *Direito Penal Português- Teoria...* p. 343.

²⁵⁹ SILVA, Germano Marques da – *Direito Penal Português- Teoria...* p 344.

²⁶⁰ SILVA, Germano Marques da – *Direito Penal Português- Teoria...* p 344.

²⁶¹ DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal – lições policopiadas ao 1º ano do Curso Complementar de Ciências Jurídicas da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra. 1976. p. 44.*

²⁶² DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal – lições policopiadas ao 1º ano do Curso Complementar de Ciências Jurídicas da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra. 1976. p. 44.*

De acordo com as teorias formais-objetivas, o autor será a pessoa que leva a cabo, total ou parcialmente, a conduta descrita no tipo. Contudo vejamos, este critério não é fiável no sentido em que é difícil de determinar de forma precisa o que é levar a cabo ou executar a conduta típica. Ora, questiona Figueiredo Dias, e muito bem, de acordo com a teoria em questão só é autor quem dispara o tiro mortal ou também quem atrai a vítima à cilada²⁶³?

No mesmo sentido, Germano Marques da Silva acrescenta que esta teoria aprecia como autor o agente que concretiza pessoalmente, total ou parcialmente, o facto típico, e os que não fazem parte da execução material do crime, embora colaborem para a perpetração do facto típico, são os participantes²⁶⁴.

As teorias subjetivas são, nos dias de hoje, aceites por muitos autores e sistemas, tendo estas assumindo um grande relevo no âmbito da distinção do que é autoria e do que é cumplicidade. As teorias subjetivas surgiram num contexto em que, por norma, era aceite uma teoria condicionalista da equivalência das condições, deste modo, nada mais restava do que examinar o lado subjetivo do crime com critérios puramente internos ou psíquicos, sendo eles a vontade, a intenção, os motivos, a atitude anterior, o sentimento, ou seja, um critério delimitador da autoria²⁶⁵. Isto é, devido à falência das teorias objetivas da autoria, fundadas na categoria de causalidade e defensoras “de um conceito extensivo de autor, procurou-se subjetivamente no crime o fundamento da autoria”²⁶⁶.

Segundo as doutrinas subjetivas será autor quem levar o seu próprio facto até à consumação, atuando, pois, com *animus auctoris*, ou seja, “é autor quem realiza o facto com vontade de autor”²⁶⁷.

E cúmplice será aquele que possuir uma só vontade dependente da do autor, subordinando a sua vontade à deste, e desse modo, desvincula-se de levar ou não o facto à consumação, e atuando assim com *animus socii*. Por outras palavras, é participante quem contribui no facto de outrem “com vontade de partícipe. Posto isto, o autor quer o facto como próprio, no entanto, o partícipe quer o facto como alheio”²⁶⁸.

²⁶³ DIAS, Jorge de Figueiredo – Direito Penal – lições policopiadas ao 1º ano do Curso Complementar de Ciências Jurídicas da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra. 1976. p. 45.

²⁶⁴ SILVA, Germano Marques da – *Direito Penal Português: Teoria*...p. 360.

²⁶⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo – Direito Penal – lições policopiadas ao 1º ano do Curso Complementar de Ciências Jurídicas da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra. 1976. p. 46.

²⁶⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal: Parte Geral*... p. 892.

²⁶⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal: Parte Geral*... p. 892 e 893.

²⁶⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal: Parte Geral*... p. 893.

Contudo, Figueiredo Dias enuncia que não pode constituir critério da autoria a atitude do agente, por si só, não basta que alguém se sinta senhor do facto para se considerar como autor. Assim, fica-se mais próximo de determinar como autoria o comportamento mais censurável, até mesmo quando o agente não tenha, por ele próprio consumado o crime, ou seja, realizado o tipo²⁶⁹. Deste modo o autor afirma que as teorias subjetivas não podem ser aceites, visto que, não pode constituir critério da autoria o sentimento pessoal do agente, por outras palavras, “não é porque alguém se sinta como autor que tal qualidade lhe deverá passar a caber”. Outra das razões para que o autor não aceite esta teoria é porque “radicando as teorias subjetivas em elementos como a vontade, a intenção e os motivos, tendo sido estes durante muito tempo imputados em exclusivo à culpa. A autoria deste modo divorciava-se da realização típica de um ilícito e aproximava-se da ideia de diferenciar a autoria da participação tendo em conta que se o facto emergisse, relativamente a um e outro agente, como mais ou menos censurável”²⁷⁰.

Portanto, “o agente podia ser considerado como autor não porque tivesse realizado o facto, mas porque, não o tendo executado e apenas só nele ter colaborado, a sua posição era mais condenável do que a do verdadeiro autor”²⁷¹.

Germano Marques da Silva acrescenta, ainda, que a teoria subjetiva tem também como fundamento a teoria da equivalência das condições, sendo apenas possível distinguir os distintos participantes no plano subjetivo e não no plano objetivo. Dentro da teoria subjetiva, podemos diferenciar outras duas correntes, sendo elas designadas por teoria do interesse e a subteoria do dolo. Esta última considera que a distinção entre o autor e participante é que “o autor não reconhece uma outra vontade que seja superior à sua, enquanto que o participante deixa ao critério do autor se o facto irá ou não consumar-se”²⁷².

Este autor reprovava a teoria em questão, a principal crítica que o mesmo concebe é que esta teoria baseia-se na transgressão do “princípio da legalidade, visto que os tipos penais incriminadores caracterizam o comportamento do autor objetivamente, não podendo ser ultrapassados ou corrigidos pelo *animus* do agente interveniente”²⁷³.

²⁶⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo – Direito Penal – lições policopiadas ao 1º ano do Curso Complementar de Ciências Jurídicas da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra. 1976. p. 46.

²⁷⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal: Parte Geral*... p. 893.

²⁷¹ DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal: Parte Geral*... p. 893.

²⁷² SILVA, Germano Marques da – *Direito Penal Português: Teoria*... p. 360.

²⁷³ SILVA, Germano Marques da – *Direito Penal Português: Teoria*... p. 360.

Aferida a crítica formulada contra a teoria subjetiva, verifica-se que a caracterização da autoria necessita de recorrer a um momento objetivo. Por conseguinte, as teorias materiais-objetivas realçam-se devido à circunstância destas procurarem a distinção entre autoria e cumplicidade no lado objetivo do crime, em especial no que concerne à relação de causalidade²⁷⁴.

Esta teoria também é denominada de teoria “unitária da autoria, ela visa tratar unitariamente, de modo igual, todos os participantes no mesmo facto ilícito típico” e, na verdade, como veremos, tratá-los como autores²⁷⁵.

Desta feita, Figueiredo Dias, em convergência com Eduardo Correia, defende que é autor do crime todo aquele que lhe tenha dado causa, sendo que, por causa entende-se, nos termos gerais, segundo os cânones da causalidade adequada. Assim, podemos verificar que daqui derivou um conceito extensivo de autoria que abrangia a cumplicidade, ou seja, a cumplicidade seria uma forma de autoria, tal como a autoria moral e a coautoria²⁷⁶. A diferença entre a autoria e a cumplicidade estaria dentro da própria causalidade, que se obteria através da distinção de Farinaccio, entre *auxiliator causam dans*, isto é, o verdadeiro autor ou autor em sentido restritivo, e o *auxiliator causam non dans*, ou seja, o agente seria autor se sem o mesmo o facto não se tivesse consumado, logo a sua atuação seria indispensável, consequentemente o agente seria cúmplice “se o facto tivesse sido consumado sem a sua atuação, embora o tivesse sido por modo, em tempo, lugar ou circunstâncias diferentes”²⁷⁷.

Portanto, assim acabaria por se compatibilizar “uma conceção unitária da autoria com um conceito restritivo de autor, que não deve ser aceite”²⁷⁸.

Figueiredo Dias afirma que é de valorar esta conceção e que não se deve minimizar as dúvidas que ela origina, e que se devem ao facto de se construir uma espécie de causalidade necessária em fundamento e critério da autoria. É louvada, pelo autor, a extrema simplicidade que esta teoria parece presentear a toda a doutrina da comparticipação e em consequência à aplicação da lei. Porém, o autor ainda acrescenta que a imputação da cumplicidade ao conceito lato de autoria contraria o sistema legal, ou

²⁷⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo – Direito Penal– lições policopiadas ao 1º ano do Curso Complementar de Ciências Jurídicas da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra. 1976. p. 47.

²⁷⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal: Parte Geral*... p. 888.

²⁷⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo – Direito Penal – lições policopiadas ao 1º ano do Curso Complementar de Ciências Jurídicas da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra. 1976. p. 47.

²⁷⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal: Parte Geral*... p. 890.

²⁷⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal: Parte Geral*... p. 890.

seja, a cumplicidade não estará ao lado das restantes formas de autoria, mas sim é autónoma delas, inclusive, a sua punição é distinta²⁷⁹.

Essencial é também a ideia de que a existência ou não de uma causalidade necessária assenta, na maioria das vezes, no puro acaso. Melhor explicitando, o autor não tem de, de forma incondicional, trazer ao facto um contributo causal de forma necessária, nem aquele que o prestou tem de modo incondicional ser considerado autor. Vejamos, se duas pessoas furtarem em conjunto uma coisa, o argumento a fim de afastar a autoria, de que sem a atuação de um o outro teria subtraído a coisa sozinho, falece²⁸⁰.

Por exemplo, não se avista justificação para considerar que é autor do crime de aborto o farmacêutico que, ilegalmente, vende a uma mulher um abortivo, usado com sucesso, com o argumento de que sem aquela venda a mulher não teria realizado o aborto. Muitos serão os casos “em que o critério da causalidade necessária será impraticável, visto que, na maioríssima parte dos casos não é possível saber se o contributo causal para o facto é ou não necessário”. No exemplo dado, tão pouco o farmacêutico como a mulher saberão se o contributo causal deste terá sido ou não necessário à verificação da prática, também o tribunal terá dificuldades em averiguar o mesmo e de afirmar se o abortivo poderia ter sido conseguido noutra farmácia ou por outra via. Para além do mais, não se entende porque é que o farmacêutico, neste caso em apreço, há de ser considerado autor ou mero cúmplice consoante não fosse ou fosse exequível encontrar outro farmacêutico disposto a vender o abortivo²⁸¹.

Desta feita, Figueiredo Dias conclui que a solução alcançada por esta via não tem consideração pelo aspeto material dos problemas, limitando-se apenas a retirar as consequências de um pressuposto metodologicamente dúbio, que pressupõe que a causalidade é fundamento específico e autónomo da comparticipação, quando na verdade ela é um pressuposto geral de todo o ilícito-típico. Finaliza ainda com a nota de que este critério é pensado para a distinção entre autoria moral e cumplicidade, mas não serve de todo para caracterizar a autoria imediata, a mediata ou moral e a coautoria e distingui-las em bloco de cumplicidade. Por fim, podemos averiguar que a teoria unitária de autoria, nunca foi plenamente coerente até ao fim²⁸².

²⁷⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal*: Parte Geral... p. 888 e 889.

²⁸⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal*: Parte Geral... p. 890 e 891.

²⁸¹ DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal*: Parte Geral... p. 891.

²⁸² DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal*: Parte Geral... p. 889 e 891.

Figueiredo Dias ensina que, em “definitivo, nos termos do art. 26º, autor não é quem *causa* o facto, mas quem executa, direta ou indiretamente: e é isto que corresponde à exigência própria do Estado de Direito de que a punição se vincule e refira à realização do tipo. A causalidade, já o vimos, é apenas uma primeira condição de toda a imputação objetiva (...) não tipicamente vinculada de forma específica e que não revela em si mesma capacidade nem para fundar as diversas formas de autoria; nem para as distinguir, em bloco, da participação; nem tão-pouco para explicar o regime que legalmente lhes é cabido seja no respeitante a certas exigências legais (máxime, o dolo), seja no que respeita à punição (atenuação especial obrigatória da pena)”. Assim, “se autor é quem realiza o facto típico e se todo o tipo é tipo de ilícito, então a essência da autoria tem de decorrer da essência do ilícito”. Como Welzel afirmou e Figueiredo Dias concorda, a essência do ilícito emerge em direito penal, não como ilícito causal desprendido da pessoa do agente, mas como ilícito pessoal²⁸³.

Concluimos que uma compreensão correta de autoria “estabelece-se na realização pessoal de um ilícito típico e não na sua causação”²⁸⁴.

Germano Marques da Silva, na mesma linha de pensamento, explica que esta conceção doutrinária não faz nenhuma distinção entre os diversos participantes no crime, considera que todos os intervenientes que colaborem de alguma forma para a prática do crime, independentemente da relevância da sua colaboração, são autores. Esta teoria resume-se ao facto de que, numa perspetiva político-criminal, considera-se que o crime é obra de todos os que nele participaram, deste modo, todos devem ser punidos de igual forma. Esta é uma teoria que tem como alicerce a teoria da equivalência das condições²⁸⁵.

Não aceitamos esta teoria por ser indiscutível “que a cumplicidade não integra uma forma de autoria a par de outras formas de autoria, ela é coisa diversa na intenção legislativa, como logo demonstra a circunstância da cumplicidade constar de dispositivo normativo distinto, ínsito no artigo 27º do CP, da norma que define de modo esgotante a autoria e as suas formas possíveis, artigo 26º do CP”²⁸⁶.

Nos sistemas jurídicos como o português, o alemão, o suíço, o espanhol entre outros, aceita-se e “parte-se de um conceito restritivo de autor”, no entanto, na sua argumentação

²⁸³ DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal: Parte Geral...* p. 891.

²⁸⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal: Parte Geral...* p. 892.

²⁸⁵ SILVA, Germano Marques da – *Direito Penal Português: Teoria...* p. 359.

²⁸⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal: Parte Geral...* p. 889.

as opiniões dividem-se, nomeadamente, entre as teorias subjetivas e a teoria do domínio do facto, que iremos em seguida analisar, ou até mesmo tentando de formas distintas a combinação entre elas²⁸⁷.

Deparamo-nos com a quarta e última conceção, sendo esta uma nova teoria material-objetiva, denominada de teoria final-objetiva do domínio do facto.

Como enuncia Bruno de Oliveira Moura, a *communis opinio doctorum* prossegue em direção à teoria do domínio do facto, este é o entendimento maioritário da doutrina²⁸⁸.

Feita a exposição anterior, vimos que o critério distintivo da autoria não pode prescindir, na sua caracterização, de momentos objetivos e subjetivos, isto é, tem de ser referido ao facto ou à infração na sua integralidade²⁸⁹.

Agora, de forma breve, no que diz respeito à história da teoria do domínio do facto, esta terá sido difundida primeiramente por Lobe, partindo das teorias subjetivas, o mesmo destaca que não é suficiente “à autoria uma vontade de realização do tipo, elemento subjetivo, no entanto é necessário um elemento objetivo, neste caso que a vontade domine também a execução que serve a sua realização”²⁹⁰.

Hans Welzel chegou à caracterização da autoria como domínio, ou senhor, do facto. Consideremos. Se a ação é a supradeterminação final de um processo causal, a questão de saber quem é autor dela reconduz-se à questão de saber quem é que dominou finalisticamente aquele processo. Por outras palavras, como Welzel afirma “o domínio do facto cabe àquele que leva até à execução a sua decisão volitiva consciente da finalidade”. Acrescenta, ainda, “que esta conceção resulta das determinações fundamentais do conceito final de ação e do conceito pessoal do ilícito na ação dolosa”²⁹¹.

Deve aceitar-se que é essencial à delimitação da autoria que o agente domine o acontecimento, de tal forma que a iniciativa e a execução do facto dependam decisivamente da sua vontade. É neste contexto genérico, que progressivamente, a ideia do domínio do facto tem vindo a impor-se, integrando deste modo o cerne da teoria final-objetiva²⁹².

²⁸⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal: Parte Geral*... p. 892.

²⁸⁸ MOURA, Bruno de Oliveira – *A Conduta Prévia e a Culpa na Participação*. 1º edição. Lisboa: Âncora, março de 2022. p. 61 e 62. Como Bruno Moura cita, seguimos o mesmo entendimento da maioria da doutrina, como Figueiredo Dias Teresa Beleza, Costa Pinto e Paulo Pinto de Albuquerque.

²⁸⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal: Parte Geral*... p. 894.

²⁹⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal: Parte Geral*... p. 895.

²⁹¹ Apud, DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal: Parte Geral*... p. 895, citando Hans Welzel.

²⁹² DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal*– lições policopiadas ao 1º ano do Curso Complementar de Ciências Jurídicas da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra. 1976. p. 51.

Podemos observar o desenvolvimento do conceito com as obras de Gallas, que defende, ao contrário do que Welzel acreditava, “que o domínio do facto não é nada de consubstancial à doutrina da ação final”. Contudo, foi com “Roxin e a sua investigação dogmática, denominada de Autoria e Domínio do Facto, que o conceito é desenvolvido e determinado. O conceito do domínio do facto é, como descreve Roxin, um conceito aberto”, melhor dizendo, um conceito cujo conteúdo é suscetível de adaptar-se a variadas situações concretas da vida a que se aplica e que apenas na aplicação concreta alcança a sua medida máxima de concretização. A doutrina roxiniana do domínio do facto defende que o conceito não deve ser apreendido como princípio universal a fim de caracterizar a autoria relativamente a todo e qualquer tipo de ilícito. Posto isto, este conceito não serve como critério de autoria nos crimes negligentes, omissivos, nem nos crimes chamados de delitos de dever, e por fim, nem nos crimes de mão própria, como iremos ver brevemente. Sendo inadequado utilizar este conceito como critério para os casos suprarreferidos, é necessário utilizar outros critérios a fim de caracterizar a autoria²⁹³.

“O senhor do facto é aquele que domina a execução típica, e cabe a este a iniciativa, interrupção, continuação e consumação da realização do facto, dependendo estas ações da vontade do autor. Podemos observar que esta ideia está esplanada no artigo 26º do CP, o nosso sistema legal individualiza e diferencia a autoria imediata, a autoria imediata e a coautoria, sendo que estes três tipos de autoria correspondem a três tipos diferentes de domínio do facto. Isto é, primeiramente, o agente pode dominar o facto na medida em que é ele mesmo que executa a realização típica, ou seja, quem leva a cabo o comportamento com o seu próprio corpo”. Esta forma de autoria é denominada por Roxin como domínio da ação que caracteriza, como podemos ver, a autoria imediata. De seguida, temos a circunstância em que o agente tem “o domínio da vontade do executante que caracteriza a autoria mediata, neste caso, o agente domina o facto sem, na realização típica, ter fisicamente participado. Por outras palavras, é quando o agente domina o executante através de coação, de erro ou de um aparelho organizado de poder. Por fim, o agente pode ainda dominar o facto através de uma distribuição de tarefas com outros agentes, porém, durante a execução terá de ter uma função pertinente à realização típica, aqui o agente possui o domínio funcional do facto, como Roxin designou, que compõe o signo distintivo da coautoria”²⁹⁴.

²⁹³ Apud, DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal: Parte Geral...* p. 896, citando Roxin.

²⁹⁴ Apud, DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal: Parte Geral...* p. 896, citando Roxin.

Como descreve Bruno Moura, o autor é o senhor da realização do tipo, por outras palavras, o autor tem nas mãos o acontecimento tipicamente relevante, isto significa que dele depende o se, ou seja, o domínio da decisão, e o como o facto se irá realizar, isto é o domínio da configuração. Deste modo, o autor é a figura principal da ação executiva típica²⁹⁵.

Acrescenta, ainda, Figueiredo Dias que é essencial, desde logo, o carácter final do domínio do facto, ou seja, à partida quem não agir de modo final não revela o domínio do acontecimento nem o domínio da vontade, que poderiam servir para determinar o domínio do facto. É de acrescentar que não basta o dolo para por si só afirmar o domínio do facto, visto que, o cúmplice pode agir também final e dolosamente²⁹⁶.

A caracterização da autoria através do domínio do facto não pode valer para todo o âmbito do direito penal, e a fim de caracterizar a autoria nos crimes o domínio do facto tem de acrescentar exigências adicionais, feitas pelos tipos respetivos.

Desta feita, o domínio do facto não pode caracterizar a autoria nos crimes negligentes, tanto Figueiredo Dias como Claus Roxin afastam a aplicabilidade da categoria do domínio do facto nos crimes omissivos. Notemos que nos crimes omissivos é autor aquele que não leva a cabo a ação imposta ou esperada, que por sua vez evitaria o resultado, aquele que não intervém no acontecimento, isto é, aquele não exerceu de modo algum o domínio ou a orientação do processo²⁹⁷.

Em suma, podemos extrair desta breve análise, segundo Figueiredo Dias, que “um conceito extensivo de autor não está de acordo com a nossa lei” e o mesmo não deve ser aceite de forma doutrinária no que concerne aos delitos dolosos de ação, com a ressalva em âmbitos muitos delimitados do direito penal. Contrariamente, “um conceito restritivo, de autoria não pode apresentar-se como um conceito fixo e apto à subsunção, mas tem de ser aberto e multifacetado de acordo com a espécie de autoria a que se aplica e o tipo que está em causa naquela circunstância”²⁹⁸. Ou seja, ter-se-á de fazer um enquadramento, e da análise das diversas espécies de autoria e da própria teoria da cumplicidade resulte a essência dos conceitos que neste domínio se utilizam²⁹⁹.

²⁹⁵ MOURA, Bruno de Oliveira - *A Conduta...* p.61 e 62.

²⁹⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo - *Direito Penal*: Parte Geral... p.895 a 899.

²⁹⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo - *Direito Penal*: Parte Geral... p.896 a 900.

²⁹⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo - *Direito Penal*: Parte Geral... p.898.

²⁹⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal – lições policopiadas ao 1º ano do Curso Complementar de Ciências Jurídicas da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra. 1976. p. 55.*

Note-se que é fundamental entender que a autoria é na verdade um elemento essencial do ilícito típico. Desta feita, a autoria “participa da natureza do ilícito pessoal, isto é, do ilícito que é a obra de uma pessoa e está ligada à realização do tipo como requisito primário do princípio da legalidade. Concordamos com todos os autores que tratam a questão da autoria como um capítulo de estudo do tipo de ilícito e não como uma forma especial do crime”. Assim, com a teoria do domínio do facto ganhou-se um princípio normativo relacionado com a realização do ilícito típico determinante para a compreensão do “que está em causa na autoria. Para finalizar, é de acrescentar que o domínio do facto não é composto apenas por elementos objetivos e subjetivos, porém traduz-se numa valoração que expressa um conjunto de elementos psicológicos e normativos. Deste modo, o conceito do domínio do facto, logicamente, deve ser adaptado e precisado de acordo com as circunstâncias do caso em questão”³⁰⁰.

Na atualidade, o ordenamento jurídico português, prevê a autoria e a cumplicidade os artigos 26º e 27º do CP, cuja composição demonstra uma forte influência do CP alemão³⁰¹.

Uma vez analisadas as teorias da delimitação da autoria constatamos que o conceito de participação em sentido estrito³⁰² coincide com o de cúmplice. O cúmplice é todo o participante que não é autor e ao lado de uma participação ou cumplicidade em sentido formal pode existir uma em sentido material, quando a lei, na parte especial, cria um tipo autónomo de cumplicidade. Neste caso, a punição da cumplicidade é como uma extensão da punibilidade a comportamentos que de outra forma não seriam punidos³⁰³.

Antes de analisarmos os atuais artigos 26º e 27º do CP é fulcral entender a diferença entre o autor imediato e mediato (ambos constam do preceito 26º do CP).

A autoria imediata ou material verifica-se quando o agente executa por si mesmo o facto, e não por um intermediário ou juntamente com outros, assim como Figueiredo Dias descreve “autor imediato é aquele que executa o facto por suas próprias mãos, em termos de preencher na sua pessoa a totalidade dos elementos objetivos e subjetivos do ilícito típico e deter por isso, na expressão de Roxin, o domínio da ação”³⁰⁴. Cumpre-se assim o conteúdo de sentido próprio da teoria formal-objetiva, a primeira teoria por nós apresentada.

³⁰⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal: Parte Geral...* p. 898 e 899.

³⁰¹ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de – *Lições de Direito...* p. 451.

³⁰² Ou seja, a participação de um não-autor num facto de um autor.

³⁰³ DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal: Parte Geral...* p. 960.

³⁰⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal: Parte Geral...* p. 905.

Já a autoria mediata, ou moral, pode caracterizar-se como sendo aquelas situações em que o agente não executa o facto por si, pelo contrário, deixa executar por ele outra pessoa, sem que o mesmo perca o domínio do facto. Isto é, como explica Duarte Nunes, a autoria mediata reside na realização do facto punível mediante a utilização de outrem para executar esse mesmo facto punível³⁰⁵. Assim sendo, vejamos que a teoria “do domínio do facto, quando é aplicada à autoria mediata, requer que todo o facto seja obra do homem-de-trás, sendo a sua vontade responsável, e nesta linha de pensamento pode-se qualificar o homem-da-frente como instrumento. Isto ocorrerá, como defende Roxin, quando se pode afirmar que o homem-de-trás detém sobre o homem-da-frente o domínio da vontade, e tal pode acontecer em duas situações: ou quando o homem-de-trás coage o homem-da-frente à prática do facto, aqui estamos sob o domínio da vontade por coação; ou quando o homem-de-trás engana o homem-da-frente e este torna-se executor involuntário do seu plano delituoso, aqui já estamos sob o domínio da vontade por erro”³⁰⁶.

Compulsado o normativo 26º do CP ³⁰⁷ estamos perante uma autoria imediata e mediata, mas nem sempre foi assim. No CP de 1886, o artigo 20º apenas previa a autoria imediata, pois eram autores os que executam o crime³⁰⁸.

O artigo 25º do CP de 1852 estipulava o sentido normativo de autor. O CP de 1886 remodelou o artigo através da reforma de 1884, permutando a expressão “são considerados autores” por “são autores”, com o objetivo de “completar a indicação dos autores materiais que executam ou participam na execução do crime, e também a indicação dos autores morais e, por fim, os que determinam outrem ao crime”³⁰⁹.

³⁰⁵ NUNES, Duarte Rodrigues – *Curso de Direito Penal: Questões Fundamentais, Teoria Geral do Crime. Parte Geral*, Tomo I. 2ª edição. Coimbra: GESTLEGAL, janeiro de 2023. p. 608.

³⁰⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal: Parte Geral*... p. 906.

³⁰⁷ “quem executar o facto, por si mesmo ou por intermédio de outrem, ou tomar parte direta na sua execução, por acordo ou juntamente com outro ou outros, e ainda quem, dolosamente, determinar outra pessoa à prática do facto, desde que haja execução ou começo de execução”.

³⁰⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal – lições policopiadas ao 1º ano do Curso Complementar de Ciências Jurídicas da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra*. 1976. p. 55.

³⁰⁹ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de – *Lições de Direito*...p. 473 e 474.

Notemos que o artigo do CP de 1982 segue uma linha de pensamento parecida com o artigo 20º do CP ³¹⁰de 1886³¹¹. O nº 1, segunda parte, e o nº 5, previa-se, sem a sua devida importância, a hipótese de existir situações de coautoria, isto é, na circunstância de várias pessoas, por acordo e em conjunto, cometessem ou executassem um crime³¹². A fim de se verificar uma coautoria são exigidos dois requisitos, sendo eles um acordo, ou seja, uma decisão conjunta, e uma execução conjunta da decisão tomada pelas partes³¹³.

A divisão fundamental no CP alemão dá-se entre a autoria e a participação, contudo apenas na Parte Geral do Código é que se poderia observar a definição da participação secundária, isto é, instigação e cumplicidade, enquanto o autor era apenas indicado pela norma incriminadora de cada crime na parte especial. Por conseguinte, a reforma do CP alemão conservou essencialmente a mesma doutrina, contudo sugeriu preencher as lacunas na definição de autor. O objetivo seria ampliar o conceito de execução, aceitando, ao lado de uma execução imediata, uma execução mediata, ou seja, deste modo o autor material do crime seria tanto um autor imediato como um autor mediato, amplificando assim a noção de autor material³¹⁴.

O CP de 1982 ao definir, no artigo 26º, os autores, empregou o conceito de autor mediato, dispensando de uma definição direta de autores que o conceito abrange³¹⁵.

Os cúmplices encontram-se previstos no artigo 27º do CP, isto é, os participantes secundários, e neste mesmo artigo tal como no artigo 26º podemos ver que o mesmo não seguiu a linha de pensamento do Código anterior, mas sim as fórmulas definitórias do CP alemão. No entanto ainda na linha de pensamento do CP anterior podemos verificar que incluiu-se a instigação no artigo 26º do CP, considerando-a como uma autoria moral³¹⁶.

O CP de 1886 utilizava o plural ao qualificar a autoria, vejamos “os que executam o crime”, “são autores”, conquanto o CP de 1982 utiliza o singular “quem executa”.

³¹⁰ O artigo 20º do CP de 1886 tinha a seguinte redação: “São autores: 1º- Os que executam o crime ou tomam parte directa na sua execução; 2º- Os que por violência física, ameaça, abuso de autoridade ou de poder constrangerem outro a cometer o crime, seja ou não vencível o constrangimento; 3º- Os que por ajuste, dádiva, promessa, ordem, pedido, ou por qualquer meio fraudulento e direto determinarem outro a cometer o crime; 4º- Os que aconselharam ou instigaram outro a cometer o crime nos casos em que, sem esse conselho ou instigação, não tivesse sido cometido; 5º- Os que concorreram directamente para facilitar ou preparar a execução nos casos em que, sem esse concurso, não tivesse sido cometido o crime.”

³¹¹ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de – *Lições de Direito...* p. 473.

³¹² DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal* – lições policopiadas ao 1º ano do Curso Complementar de Ciências Jurídicas da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra. 1976. p. 56.

³¹³ DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal: Parte Geral...* p. 923 a 927.

³¹⁴ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de – *Lições de Direito...* p. 474.

³¹⁵ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de – *Lições de Direito...* p. 475.

³¹⁶ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de – *Lições de Direito...* p. 475.

Porém “o autor singular entra em comparticipação com outro ou outros agentes, visto que participam no crime autores morais ou cúmplices”. Deste jeito, vemos que tanto o artigo 26º como o artigo 27º do CP referem-se à incriminação da pluralidade de agentes, um dos quais pode ser o único executor ou autor material³¹⁷.

Já verificámos que a lei distingue entre autores e cúmplices, e que são autores todos os comparticipantes que a lei designa no artigo 26º do CP, e cúmplices os que a lei designa no artigo 27º do CP. O que distingue autores de cúmplices é que a lei considera como autores os que realizam a ação típica, de forma direta ou indireta, ou seja, por eles mesmos ou através de terceiros, dando causa à ação, os cúmplices são aqueles que não realizam a ação, não lhe dão causa, ajudam, contudo, os autores a praticar a ação criminosa³¹⁸.

Vejamos agora a primeira parte do artigo 26º do CP “quem executa facto por si mesmo”, faz menção ao autor material singular, nesta situação “o agente que executa o facto sozinho. A autoria material singular não é incompatível com a comparticipação, desde que esta revista a forma de instigação ou cumplicidade”. Como já vimos, o autor pode não atuar sozinho, mas sim em comparticipação (estando tipificado no artigo 29º do CP a culpa na comparticipação), ou seja, quando várias pessoas/agentes cooperam no crime³¹⁹.

Diz-se autor material, “quem executa o facto por si mesmo ou toma parte direta na execução do facto”, se por sua vez o facto é realizado por mais de uma pessoa, a cada um dos executantes denomina-se de coautor. Isto é, quem em caso de comparticipação “toma parte direta na execução, por acordo ou juntamente com outro ou outros” (artigo 26º do CP). Tem de se verificar uma consciência de cooperação na ação comum e se a mesma não se verificar cada um age por si, e não existe uma comparticipação, mas sim uma autoria colateral, designada também como coautoria paralela, neste caso não existe consciência de cada um dos agentes de cooperar na ação comum³²⁰.

De seguida, temos o autor mediato ou moral que é quem executa “o facto por intermédio de outra pessoa ou determina outra pessoa à prática do crime”. Como afirma Eduardo Correia, “autor moral é quem causa a realização de um crime utilizando ou fazendo atuar outrem, por si”³²¹, que por sua vez distinguem-se entre instigadores, que

³¹⁷ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de – *Lições de Direito...* p. 476.

³¹⁸ SILVA, Germano Marques da – *Direito Penal Português: Teoria...* p. 357.

³¹⁹ SILVA, Germano Marques da – *Direito Penal Português: Teoria...* p. 361.

³²⁰ SILVA, Germano Marques da – *Direito Penal Português: Teoria...* p. 362.

³²¹ CORREIA, Eduardo – *Direito Criminal*. Volume II, reimpressão, Almedina. p. 252.

são quem “dolosamente, determinar outra pessoa à prática do facto, desde que haja execução ou começo de execução”, e os autores mediatos são “quem executa o facto por intermédio de outrem”³²².

É de notar que a lei não dá nenhuma indicação dos meios que podem ser utilizados pelo autor mediato a fim de determinar o autor imediato à execução do crime, isto é, o executor material. Desta feita, é admitido qualquer tipo de meio a utilizar, “desde que esse meio tenha capacidade para causar a atuação do autor” imediato, assim o autor mediato pode servir-se de pedido, ameaça, conselho, temor reverencial, do autor imediato como mero instrumento. Consideremos que a distinção entre estes dois tipos de autores, materiais e morais, é puramente doutrinária sendo que o CP fala apenas em autores³²³.

Observemos agora o artigo 29º do CP, onde está consagrado a culpa na comparticipação, “cada participante é punido segundo a sua culpa, independentemente da punição ou do grau de culpa dos outros participantes”.

Um dos corolários da regra geral do artigo 29º do CP é que os atos de cumplicidade, como factos ilícitos que se integram na cooperação de todos os agentes no crime, são considerados em si mesmos como crime de cada participante, noutros termos, a culpabilidade atribui-se a cada participante em razão da sua forma de participação ³²⁴.

Cavaleiro Ferreira enuncia que só haverá cumplicidade material ou moral dolosa em crimes praticados dolosamente, reparemos que o CP abandonou maioritariamente o rumo traçado pelo artigo 29º, abandonou também, contudo parcialmente, quanto à autoria moral sendo que a instigação só é punível quando esta é dolosa³²⁵.

Segundo o artigo em questão, a comparticipação poderá ser dolosa ou culposa ³²⁶ (dolosa – verifica-se a intenção do agente, isto é o agente quer ou assume o resultado; culposa – não se verifica a intenção, ou se já, o agente não quer, não assume o resultado), e, no que concerne à cumplicidade, só pode ser comparticipação dolosa, desta forma nunca haverá cúmplices em crimes culposos, nem cumplicidade culposa em crime cometido dolosamente³²⁷.

Enquanto o artigo 27º do CP manifesta influência germânica, como já contemplámos, o artigo 29º do CP tem a sua origem no artigo 24º do CP de 1886.

³²² SILVA, Germano Marques da - *Direito Penal Português: Teoria...* p. 363.

³²³ SILVA, Germano Marques da - *Direito Penal Português: Teoria...*p. 368 e 361.

³²⁴ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de - *Lições de Direito...* p. 495.

³²⁵ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de - *Lições de Direito...* p. 495.

³²⁶ Culposa quer aqui dizer negligente, mantemos esta linguagem mais antiga (pois este termo, nesta circunstância, já não se utiliza atualmente) a fim de sermos fiéis ao autor e respeitar o texto original.

³²⁷ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de - *Lições de Direito...* p. 496.

Analizada a comparticipação e a participação criminosa, vimos que existe comparticipação quando todos os agentes colaboram no facto e que “o crime, como objeto da comparticipação, indica a realidade em que todos os agentes participam”. Verificámos também que “a comparticipação é como que um facto complexo, constituído por uma pluralidade de agentes e que consiste numa conexão de ações ou factos individuais”³²⁸.

Apreciámos que os crimes podem ser monossubjetivos e plurissubjetivos, aqueles podem ser realizados através de um “concurso de vários agentes, é uma participação que não é essencial à existência do crime, mas sim uma forma eventual de realização. Já os crimes plurissubjetivos, devido à sua natureza, apenas podem ser cometidos por uma pluralidade de agentes, sendo a pluralidade de agentes elemento fulcral da estrutura do crime”³²⁹. Este tipo de crime pode ainda ser designado por crimes de participação necessária³³⁰.

Consideremos ainda que os crimes de participação necessária distinguem-se entre crimes unilaterais ou de convergência, sendo que estes pressupõem a cooperação da pluralidade de agentes na mesma direção (como por exemplo o motim, conjura, rebelião, etc.), dos crimes bilaterais ou de encontro, isto é, crimes em que a participação de um ou vários agentes vai ao encontro da participação de outro ou outros agentes³³¹ (v.g., bigamia, corrupção, etc.).

“O crime de associação criminosa é por sua vez um crime de participação necessária³³², na modalidade de crime de convergência”, visto que as condutas dos vários agentes convergem para a realização de um devido resultado³³³, “excetuando o que concerne à fundação na forma tentada, se se assumir a sua possibilidade”³³⁴.

Sucede que “haverá sempre de distinguir nitidamente o crime de associação criminosa dos crimes que venham a ser cometidos por todos ou alguns dos associados, isto significa que entre um e outros poderá existir concurso de crimes”³³⁵.

³²⁸ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de – *Lições de Direito...* p. 446.

³²⁹ cf. supra p.69.

³³⁰ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de – *Lições de Direito...* p. 498.

³³¹ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de – *Lições de Direito...* p. 500.

³³² No mesmo sentido vejamos o que descreve Duarte Rodrigues Nunes *Curso de Direito Penal, Parte Geral, Tomo I*, 2ª edição página, 593 e seguintes.

³³³ CORREIA, Eduardo – *Direito Criminal. Volume II...* p. 254.

³³⁴ SAMPAIO, Ana Catarina Dias de – *A Prova do Crime...* p. 26.

³³⁵ Neste sentido vejamos BORGES, Raúl – Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, nº 18/07.2GAAMT.P1. S1 de 27 de maio de 2010. p. 4.

Pode-se reiterar “que a associação criminosa é o resultado de uma comparticipação criminosa qualificada, de tal forma grave que o legislador autonomizou-a”³³⁶, atentemos ao artigo 299º do CP.

Desta feita, conclui-se que há uma enorme semelhança entre o crime de associação criminosa e a figura de comparticipação criminosa³³⁷. Contudo é “de realçar que a associação criminosa difere da comparticipação pela estabilidade e permanência³³⁸ que a acompanha, apesar de que o fim num e noutro instituto possam ser o mesmo ”Já o elemento distinto fulcral habita na estrutura autónoma superior ou diferente dos elementos que a integram e não aparece na comparticipação”³³⁹.

Vejamos que, como defende o Professor Beleza dos Santos, na coautoria existe “a cada momento a decisão de cometer determinado crime, contrariamente no crime de associação criminosa podemos verificar a existência de um projeto e a cooperação entre si dos seus membros na realização do fim criminoso, não olvidando da característica da estabilidade e permanência, antes referida”³⁴⁰.

Todo este entendimento evita algumas problemáticas que surgiriam “ao nível da autoria nas diversas modalidades, uma vez que a figura de apoiante e angariador sempre se aproximam à figura de cúmplice e instigador, respetivamente, ou seja, qualquer ação destes últimos será subsumível à modalidade de atuação de um dos primeiros”. Ou seja, “uma conduta que configure auxílio por parte de um elemento externo à associação criminosa enquadra-se na modalidade de apoiante, no entanto uma conduta configurável enquanto instigação, já será punida como enquadrando a angariação”³⁴¹.

Porém, Figueiredo Dias arroga “a possibilidade de aplicação da figura de cúmplice quanto à promoção, fundação e apoio, contudo apenas neste caso, sendo que a distinção estará no domínio ou não, do facto”³⁴². Neste seguimento, por exemplo, “o simples transportador de material das armas, deverá ser punido apenas como cúmplice e o sujeito que contrata e envia um fornecimento de armas deverá ser punido como apoiante ”³⁴³.

³³⁶ MEIRELES, Mário – *Da Associação Criminosa à Criminalidade...* p. 290.

³³⁷ Como doutrina Cavaleiro 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”.

³³⁸ MORAIS, Anabela - *Controvérsias do crime...* p. 15.

³³⁹ Neste sentido ponderemos BORGES, Raúl – Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, nº 18/07.2GAAMT.P1. S1 de 27 de maio de 2010. p. 5.

³⁴⁰ MORAIS, Anabela – *Controvérsias do crime...* p. 15

³⁴¹ SAMPAIO, Ana Catarina Dias de – *A Prova do Crime...* p. 26.

³⁴² SAMPAIO, Ana Catarina Dias de – *A Prova do Crime...* p. 26.

³⁴³ CAEIRO, Pedro; DIAS, Jorge de Figueiredo – *Artigo...* p. 830.

Se “o comportamento de uma pessoa for enquadrável em mais do que uma modalidade de ação tipificada no artigo 299º do CP³⁴⁴, esta deverá ser punida pelo comportamento mais desvalorado pelo ordenamento jurídico (ou seja, será punido com a pena mais grave aplicável), deste modo não haverá lugar à aplicação de normas de concurso nem se considera que estão preenchidos vários tipos, exceto nos casos que configurem um tipo de crime continuado, como podemos ver ínsito no artigo 30º, nº2 do Código Penal”³⁴⁵.

Mas pode existir “um verdadeiro concurso de crimes, concurso puro ou verdadeiro, deste modo o elemento da associação criminosa pode ser julgado e condenado pelos vários tipos criminais eventuais que tenha cometido, incluídos no escopo da associação e, pelo próprio crime de associação, autonomamente, sucedendo em seguida um cúmulo jurídico da pena”³⁴⁶. Neste caso, pode-se afirmar que existe uma pluralidade de crimes, dando lugar a uma pluralidade de penas, conforme sejam dados como provados ou não os factos, “que posteriormente serão avaliadas e unificadas numa pena única, em conformidade com o que está tipificado nos artigos 30º, nº 1 e 78º do Código Penal”³⁴⁷.

“Cavaleiro de Ferreira propõe que se individualize os membros da associação criminosa e posteriormente os agentes de cada crime, sejam eles pertencentes ou não à associação”. Deste modo, como pressuposto racional da autonomização do crime da associação criminosa, pode-se deduzir que os agentes dos crimes da associação não são obrigatoriamente os mesmos agentes dos crimes praticados com vista ao seu fim. Pois é de notar que “o crime de associação criminosa já se encontra consumado, antes da prática dos crimes cuja realização é objeto do pacto social. Assim, os participantes no crime de associação criminosa serão fundadores, dirigentes, chefes, membros, apoiantes ou auxiliares, ao passo que os participantes nos crimes cometidos em prol do fim da associação já serão autores ou cúmplices”³⁴⁸.

A figura de bando apenas foi introduzida na lei penal, pelo artigo 204º nº2 al. g), na revisão ao Código Penal de 1982, efetuada pelo Decreto-Lei nº 48/95, de 15 de março, e introduzida no nosso ordenamento jurídico, pela primeira vez, através do Decreto-Lei nº

³⁴⁴ Os agentes do crime de associação criminosa podem ser: “fundadores”, artigo 299º nº 1, “membros” e “apoiantes da associação”, artigo 299º nº 2, e por fim “chefes ou dirigentes”, artigo 299º nº 3. Iremos abordar esta matéria mais pormenorizadamente no ponto que se segue.

³⁴⁵ SAMPAIO, Ana Catarina Dias de - A Prova do Crime... p. 26.

³⁴⁶ cf. artigos 77º e 78º do CP.

³⁴⁷ SAMPAIO, Ana Catarina Dias de - A Prova do Crime... p. 27.

³⁴⁸ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, - *Associações Criminosas formadas para a prática de delitos fiscais* : Parecer. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. p. 466 e 467.

15/93, de 22 de janeiro (Lei da Droga de 1993), constituindo assim uma novidade no nosso ordenamento jurídico criminal. Efetivamente o artigo 24º, al. j), “do Decreto-Lei nº 15/93, de 22 de janeiro, refere que se o agente “atuar como membro de bando destinado à prática reiterada dos crimes previstos nos artigos 21º e 22º, com a colaboração de, pelo menos, outro membro do bando”, deste modo permite-se então a agravação da pena aplicada a quem praticar um crime de tráfico de estupefacientes”³⁴⁹.

Recuando agora um pouco, notemos que “no âmbito do DL nº 430/83, de 13 de dezembro (antiga lei do combate à droga), nela constava uma agravação às penas previstas nos seus artigos 23º e 24º, isto é, a circunstância de existir concurso de duas ou mais pessoas, verifica-se que esta norma era muito menos exigente do que as que vieram a ser concebidas no âmbito do DL nº 15/93, quanto ao grau de participação na prática criminosa”³⁵⁰.

Podemos constatar a presença do conceito de bando no CP no dispositivo normativo 204º, nº 2, al. g), vejamos: “Como membro de bando destinado à prática reiterada de crimes contra o património, com a colaboração de pelo menos outro membro do bando”. Não obstante, a decisão do legislador de inserir, no ordenamento jurídico-criminal, a figura de bando, acarretou consigo alguns problemas na ordem dogmática³⁵¹.

No entender de Faria Costa, “a importação da noção de bando talvez não tenha sido retida convenientemente pela crítica da adequação ao real social nacional”. Acrescenta ainda que muitas vezes a figura da associação criminosa foi indevidamente utilizada, por conseguinte a noção de bando não se pode tornar num passaporte dogmático resolutor das situações mais complexas ou de recorte mais fino³⁵². Ou seja, já havia e ainda subsistem dificuldades de delimitação relativamente às “figuras de participação plúrima pré-existentes, e parece-nos que esta nova figura fica a meio caminho entre o crime de associação criminosa, ínsito no artigo 299º do CP, e as figuras de comparticipação”³⁵³.

Nos trabalhos preparatórios da reforma do CP de 1995, em reunião com os representantes do Conselho Superior da Magistratura sobre a Revisão do Código Penal³⁵⁴,

³⁴⁹ MEIRELES, Mário – *Da Associação Criminosa à Criminalidade...* p. 75.

³⁵⁰ MEIRELES, Mário – *Da Associação Criminosa à Criminalidade...* p. 75.

³⁵¹ COSTA, José de Faria – Artigo 204º. In *Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial*, Tomo II, Vol. I (artigos 202º a 254º). 2º Edição. Coimbra: GESTLEGAL Editora, agosto de 2022. p. 97

³⁵² COSTA, José de Faria – Artigo 204º... p. 98.

³⁵³ BORGES, Raúl – Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, nº 18/07.2GAAMT.P1. S1 de 27 de maio de 2010. p. 85.

³⁵⁴ Reunião realizada a 18 de Maio de 1994.

partilha a mesma opinião Antunes Grancho³⁵⁵, o qual afirma que este novo elemento deveria ser mais explícito e que por pouco estaríamos perante uma associação criminosa, visto que não havendo referência a esta e ficarmos apenas como membro de bando trará dificuldades aos tribunais na qualificação de bando ou então até poderá nunca haver um crime que seja qualificado nessa base. Isto é, se apenas ficar bando este será um elemento intermédio entre o grupo ocasional que se junta depois de uma festa para assaltar um automóvel e a associação criminosa³⁵⁶.

Manuel Costa Andrade³⁵⁷ considerou que a associação criminosa é completamente diferente do bando, naquela existe uma organização, uma hierarquia, alguém que comanda, e que no início abusou-se desta figura, contudo atualmente verifica-se que felizmente, na sua opinião, as coisas já estão bem. Acrescenta que “bando é um grupo de pessoas destinado à prática reiterada de crime contra o património” (artigo 204º, nº 2, al. g) do CP) e este grupo de pessoas de certo modo veio substituir as duas ou mais pessoas, porém estamos perante um grupo que visa a prática de crimes contra o património³⁵⁸.

Assim dizendo, Manuel Costa Andrade não vê elemento mais descritivo do que “a prática reiterada de crimes contra o património e Antunes Gancho defende que se esse grupo de pessoas se dedica usualmente à prática de determinados crimes e não consegue verificar a diferença entre ambas estas figuras, inclui ainda na sua opinião que o bando é como uma nuance”³⁵⁹.

“Desta feita, quando estamos perante um caso de participação plúrima pode acontecer uma de 3 situações dogmáticas, sendo essas a comparticipação, a associação criminosa e o membro de um bando”³⁶⁰. Consideremos as palavras de Mário Meireles quando refere que a “figura jurídico-penal de bando, tal como a “comparticipação criminosa, emerge como conceito-fronteira relativamente ao crime de associação criminosa”, ou melhor,

³⁵⁵ Na reunião com representantes do Conselho Superior da Magistratura sobre a Revisão do Código Penal o mesmo desempenhava, na altura, funções como Juiz-Desembargador do Tribunal da Relação de Lisboa e era membro do Conselho Superior de Magistratura.

³⁵⁶ GRANCHÓ, Antunes; ANDRADE, Costa – Reunião com representantes do Conselho Superior da Magistratura sobre a Revisão do Código Penal. *Atas dos Trabalhos Preparatórios*, Volume IV, Lisboa 1994. Lisboa: Assembleia da República-Divisão de Edições, 1995. p. 101 e 102.

³⁵⁷ Para além de Jurista, professor, político e magistrado português, antigo Presidente e antigo Juiz do Tribunal Constitucional, antigo Conselheiro de Estado e Professor Catedrático jubilado da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Manuel Costa Andrade também desempenhou as funções de deputado do Partido Social Democrata da Assembleia da República Portuguesa entre 1976 e 1995.

³⁵⁸ GRANCHÓ, Antunes; ANDRADE, Costa – Reunião... p. 102.

³⁵⁹ GRANCHÓ, Antunes; ANDRADE, Costa – Reunião... p. 103.

³⁶⁰ COSTA, José de Faria- Artigo 204º... p. 98.

podemos estar na presença de uma atividade organizada, no entanto sem o caráter transcendental ou de transpersonalidade, inerente àquela”³⁶¹.

Como bando podemos entender um “conjunto de pessoas que leva a cabo uma soma indeterminada de ações” ³⁶²qualificadas como crime.

É de notar que o texto-norma em questão não estabelece qualquer tipo de qualificação no que concerne à noção de bando, contrariamente, no ordenamento penal francês a lei fala nitidamente em bando organizado. Destarte, poderemos nós idealizar aqui um bando inorganizado, isto é, um bando espontâneo, veja-se que não são estabelecidas quaisquer restrições à extensão ou compreensão do conceito. É, pois, indispensável “que se verifique uma qualquer ligação”, por mais indiferenciada que possa ser, “entre os diversos membros que constituem o chamado bando” para que o mesmo se verifique³⁶³.

José de Faria Costa ensina “que a densidade das relações entre os membros de uma associação criminosa tem de ser inevitavelmente mais forte do que a que se verifica entre os membros que pertencem a um bando”. Isto verifica-se, pois, logo à partida, entre os participantes de uma associação criminosa “tem de haver o mínimo de organização funcional”, que consequentemente acarreta uma “relação funcional entre si”³⁶⁴.

Não obstante, o bando, nomeadamente o bando espontâneo, é tudo menos funcional, são relações sustentadas, na maioria das vezes, num comum fim difuso da prática indeterminada de crimes. A figura de bando não tem de ter necessariamente um chefe ou um líder, porém é normal que os bandos se assumam como grupos identificáveis através de um líder, a coesão interna é sustentada na admiração a um líder, que também ele não racionaliza a sua própria liderança. Isto é, age em ato espontâneo, sendo aceite e respeitado por aquela pequena comunidade. É de acrescentar que o bando não tem um número máximo de membros que possam fazer parte da mesma, pelo contrário, a sua amplitude é imensa, pode ir até a uma verdadeira multidão. Por norma, o bando opera maioritariamente por afinidades eletivas, ainda assim condicionadas para a prática do crime³⁶⁵.

Mas isto não quer dizer que a associação criminosa não tenha uma liderança, pelo contrário, como vimos anteriormente, a mesma está sujeita a uma chefia e o relacionamento dos seus membros opera-se por norma através de códigos de conduta

³⁶¹ MEIRELES, Mário - *Da Associação Criminosa à Criminalidade...* p. 76 e 77.

³⁶² COSTA, José de Faria – Artigo 204º... p. 98.

³⁶³ COSTA, José de Faria – Artigo 204º... p. 99.

³⁶⁴ COSTA, José de Faria – Artigo 204º... p. 99/100.

³⁶⁵ COSTA, José de Faria – Artigo 204º... p. 100.

bastante rígidos e repressivos. Os membros da associação podem diminuir ou aumentar, todavia o número de participantes não difere muito com o número de participantes no momento de formação da mesma, ainda assim nada que se compare com o bando³⁶⁶.

Podemos afirmar como ideia geral, “que bando é um conjunto variável de pessoas que atuam com o fim difuso orientado à prática indeterminada de crimes, contra o património, em que os seus membros estão ligados entre si devido à finalidade supra descrita, e entre outras motivações”. Porém não se pode tratar de um bando que surja com a finalidade de uma prática não reiterada. Isto significa que, por exemplo, se um bando se une com o objetivo de cometer vários furtos numa determinada noite é óbvio que não estamos perante uma noção de bando, da mesma forma que se este mesmo conjunto de indivíduos se junta com o fim de assaltar apenas uma casa, não estamos também nesta situação perante furto qualificado³⁶⁷, pela alínea g) do nº 2 do artigo 204º do CP.

Vejamos que é necessário não só determinar a existência de um bando como também determinar um nexo de imputação objetiva que manifeste que o agente pertence a um bando. A lei ainda acrescenta um requisito, isto é, tem de se verificar que o facto foi levado a cabo com a colaboração de pelo menos outro membro do bando. Noutros termos, na opinião de Faria Costa, este último requisito de que se falou, afasta à partida uma colaboração com um outro membro que não pertença ao mesmo bando do autor, mesmo ainda que possa pertencer a outro bando. Basta analisar a formulação legal “outro membro do bando” e não “outro membro de bando”³⁶⁸.

No mesmo sentido, Mário Meireles faz a distinção clara de dois requisitos cumulativos que são exigíveis a fim de verificarmos que estamos perante um bando, neste caso no âmbito do tráfico de estupefacientes. “O primeiro é que o agente pertença a um bando constituído para a prática dos crimes previstos e punidos pelos artigos 21º e 22º do DL nº 15/93, de 22 de Janeiro, ou seja, não é suficiente integrar um bando que vise a prática de outros crimes. O segundo requisito é subdividido em dois requisitos: o agente atue no caso concreto com pelo menos outro elemento e que esse elemento faça parte, necessariamente, do mesmo bando”³⁶⁹.

Pode acontecer, e acontece por vezes, que alguém seja “acusado da prática do crime de associação criminosa, fundada para a prática de crimes de furto, roubo e extorsão,

³⁶⁶ COSTA, José de Faria – Artigo 204º... p. 100.

³⁶⁷ COSTA, José de Faria – Artigo 204º... p. 100 e 101.

³⁶⁸ COSTA, José de Faria – Artigo 204º... p. 101.

³⁶⁹ MEIRELES, Mário – *Da Associação Criminosa à Criminalidade...* p. 76.

sendo que” depois reconsidera-se a incriminação e procede-se a uma alteração da qualificação jurídica, passando a punir-se em razão da qualificativa prevista no artigo 204º, nº 2, al. g) do CP e já não no artigo 299º do CP³⁷⁰. Verifica-se esta tendência, por vezes, devido ao facto dos conceitos não estarem bem determinados, como temos analisado ao longo desta dissertação.

Nesta perspectiva, consideremos o “Acórdão do STJ, de 27 de Maio de 2010, cujo relator é Raúl Borges, que decidiu a requalificação do enquadramento jurídico-penal de associação criminosa para bando”³⁷¹.

No Acórdão em apreço podemos observar uma tentativa de distinção entre o bando e o crime de associação criminosa. Porém, dizemos tentativa no sentido de que restam sempre dúvidas relativamente a estes dois conceitos, mas o certo é que a distinção foi aqui feita, dentro do possível. Passando a especificar, a primeira instância e posteriormente o Tribunal da Relação do Porto, por Acórdão de 24 de julho de 2009, condenou um dos arguidos pela prática de um crime de associação criminosa, entre outros crimes. O crime de associação criminosa, previsto e punido pelo artigo 28º, nº 1 e 3 do DL nº 15/93, de 22 de janeiro, e o artigo 299º, nº 1 e 3 do CP. Com a decisão do STJ ficou a situação jurídico-penal resolvida, com a sua condenação pela prática do crime de tráfico de estupefacientes agravado, previsto e punido pelo artigo 24º al. j) do DL 15/93 de 22 de janeiro ³⁷², melhor dizendo, por se concluir que o arguido pertence a um bando³⁷³.

No entanto, a decisão suprarreferida complexifica algumas questões no que concerne ao conceito de associação criminosa. Consequentemente, uma das grandes dificuldades é, como já vimos, a lei não estabelecer o que é um bando, deste modo, poderemos “obter o seu conteúdo a partir da noção de comparticipação criminosa, no seu limite inferior, e através da noção do que é uma associação criminosa, no seu limite superior. Por outras palavras, o bando tem de ser algo mais do que a figura de comparticipação, e de certa forma, algo menos do que uma associação criminosa. É evidente que, segundo Mário Meireles, que acompanhamos , o bando tem de ser algo menos do que a figura de associação criminosa, pelo facto do bando não ter sido instituído como crime autónomo

³⁷⁰ MEIRELES, Mário – *Da Associação Criminosa à Criminalidade...* p. 77.

³⁷¹ MEIRELES, Mário – *Da Associação Criminosa à Criminalidade...* p. 78.

³⁷² Consideremos a al. j) do artigo 24º do DL 15/93 de 22 de Janeiro al. j): “O agente atuar como membro de *bando* destinado à prática reiterada dos crimes previstos nos artigos 21º e 22º, com a colaboração de, pelo menos, outro membro do bando;”

³⁷³ MEIRELES, Mário – *Da Associação Criminosa à Criminalidade...* p. 79.

no nosso ordenamento jurídico-penal, tal como é o caso do crime de associação criminosa, por esta razão podemos então afirmar que o bando é algo menos que esta”³⁷⁴.

Reparemos que devido à sedimentação doutrinária da figura de “comparticipação criminosa, esta é mais consistente do que a figura de associação criminosa, assim sendo, é muito mais complexo fazer a distinção entre bando e associação criminosa”³⁷⁵.

Um dos problemas analisados neste Acórdão, que poderá afetar a argumentação da requalificação aqui em causa, é a questão da dinâmica criminosa. Pois pode observar-se que esta já estaria presente “antes de aparecer/formar-se qualquer tipo de associação entre os arguidos, que até aí dela dispensaram, isto é, a dinâmica criminosa já estava adquirida”. Portanto, à primeira vista e tal como o STJ fez, afasta-se a hipótese de ser uma associação criminosa e requalificou-se o crime como crime de tráfico agravado através da figura de bando³⁷⁶. Vejamos.

Distingue-se “um período inicial de tráfico em comparticipação e, posteriormente, a fundação da associação a partir de, pelo menos, 29 de Novembro de 2007, no entanto pode-se verificar a existência de factos criminosos desde 26 de Setembro”. A questão surge, e tendo em conta “a noção dogmática-legal de associação criminosa, quando afirmamos que a associação criminosa é uma entidade necessariamente prévia à prática de crimes, isto é, os crimes da associação que constituem na verdade o seu fim, ou seja, o seu escopo”. Melhor dizendo, “a dinâmica criminosa existia muito antes de aparecer qualquer forma de associação, esta já estava adquirida”³⁷⁷.

Já constatámos que a associação criminosa é fruto de uma vontade coletiva, sendo este um dos critérios estruturantes para a criação espiritual que por sua vez transcende a vontade individual, e é “desta vontade coletiva dirigida à prática de crimes que se dá a origem de uma associação criminosa”. Por conseguinte, não podemos abandonar à partida a ideia de que “de uma mera comparticipação criminosa possa derivar uma associação criminosa”, visto que, da vontade coletiva iniciada em mera comparticipação, pode surgir um estímulo e vontade entre os participantes de se organizarem e potenciarem o êxito da sua atividade, e deriva desta mesma consciência ou intenção coletiva a própria associação criminosa³⁷⁸.

Face ao exposto colocam-se as seguintes questões:

³⁷⁴ MEIRELES, Mário – *Da Associação Criminosa à Criminalidade...* p. 79 e 80.

³⁷⁵ MEIRELES, Mário – *Da Associação Criminosa à Criminalidade...* p. 80.

³⁷⁶ MEIRELES, Mário – *Da Associação Criminosa à Criminalidade...* p. 80 a 82.

³⁷⁷ MEIRELES, Mário – *Da Associação Criminosa à Criminalidade...* p. 82 e 83.

³⁷⁸ MEIRELES, Mário – *Da Associação Criminosa à Criminalidade...* p. 83 e 84.

Desta feita, terá sido a decisão do STJ apropriada? Não poderia de qualquer forma existir uma associação criminosa, visto que é possível que de uma mera comparticipação nasça a vontade coletiva de se organizarem a fim de se formar uma associação criminosa?

Parece-nos que face à lei penal nada obsta que de uma simples comparticipação possa surgir a ideia e a vontade coletiva de se formar uma associação criminosa. Isto porque a vontade coletiva de criar uma estrutura mais elaborada pode surgir a qualquer momento e não pode deixar de ser punida como tal.

Por fim, podemos constatar que tanto o bando como o crime de associação criminosa abarcam elementos comuns à noção de comparticipação criminosa, todavia uma das características que não é exigível nesta figura, mas sim necessária às figuras de bando e associação criminosa é o elemento de permanência para a prática de crimes, melhor dizendo, uma ideia de predisposição duradoura na atuação da prática concreta de determinados factos criminosos. A característica de permanência é um dos elementos que mais assemelha a figura de bando ao crime de associação criminosa, no entanto é exigido mais que esta característica a fim de se verificar que estamos perante uma associação. Tal como a conjugação das relações pessoais com a estrutura organizativa que é fruto não só da “ideia de permanência, como permite identificar uma sofisticação que transcende a mera relação humana coordenada para a prática sucessiva de crimes, como acontece com a noção de bando”³⁷⁹.

É de notar também que não nos devemos deixar afetar por uma linguagem *massmedia*, melhor dizendo, a comunicação social utiliza a expressão bando não com o seu significado rígido, mas sim num sentido desviante, que por sua vez desconsidera o sentido exato do conceito de bando que trabalhámos³⁸⁰.

Para Taipa de Carvalho, bando, significa “uma cooperação duradoura entre várias pessoas sendo um conceito menos exigente que o de associação criminosa, pois que, diferentemente desta, não pressupõe uma estrutura organizacional. Mas também não se basta com uma mera associação conjuntural (ocasional) de pessoas”³⁸¹.

Paulo Pinto de Albuquerque ensina que o conceito de bando tem as seguintes características cumulativas:

- 1- É um grupo de duas ou mais pessoas;

³⁷⁹ MEIRELES, Mário – *Da Associação Criminosa à Criminalidade...* p. 293 e 294.

³⁸⁰ COSTA, José de Faria – Artigo 204º... p. 102.

³⁸¹ CARVALHO, Américo Taipa de – Artigo 204º. In *Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial*, Tomo II, Vol. I (artigos 202º a 254º). 2ª Edição. Coimbra: GESTLEGAL Editora, agosto de 2022. p. 462.

- 2- É um grupo de pessoas que se juntam para (destinado) praticar um número indeterminado de crimes contra o património (no que se distingue da coautoria) sendo suficiente o plano para a execução de um número incerto de crimes, num certo período de tempo.
- 3- É um grupo de pessoas que não tem um líder, uma estrutura de comando e um processo de formação de vontade coletiva (no que o distingue da associação criminosa)³⁸².

O tipo legal exige que o bando atue com, pelo menos, duas pessoas (deve verificar-se uma situação de coautoria, instigação ou cumplicidade com um outro membro do mesmo bando)³⁸³.

Também a jurisprudência aponta neste sentido.

Vejamos o Acórdão do STJ de 26 de setembro de 2012:

O conceito de bando abarca uma pluralidade de pessoas, duas ou pelo menos duas, actuando de forma voluntária e concertada, com uma incipiente estruturação de funções que, embora mais grave do que a simples co-autoria e menos que a associação criminosa, se apresenta sem uma hierarquia de comando, divisão de tarefas e estruturação de funções. Constitui um grupo inorgânico, desarticulado, gozando os seus membros de alguma liberdade de acção, com vista à prática reiterada de infracções contra o património, como o caracterizam os Acs. do STJ de 01-10-1997, Proc. n.º 627/97 - 3.ª, de 24-02-1999, Proc. n.º 1136/99 - 3.ª, de 04-06-2002, Proc. n.º 1218/02 - 3.ª, e de 12-09-2007, Proc. n.º 07P2605³⁸⁴.

E ainda, o Acórdão do TRE de 20 de novembro de 2012 e o Acórdão do TRL de 10 de julho de 2018:

A noção de “bando” engloba as situações de pluralidade de agentes actuando de forma voluntária, concertada e de colaboração mútua, com um princípio, ainda que incipiente, de estruturação de funções, que, embora mais graves do que a mera comparticipação, não podem ainda ser consideradas como de “associação criminosa”³⁸⁵.

O bando, situa-se, de acordo com as melhores regras interpretativas, a meio caminho entre a co-autoria e a associação, sendo um “minus”, integrante do tipo, relativamente à associação, um grupo desarticulado, em que os seus membros gozam de relativa autonomia, mas visando a prática de crimes em comum, sem líder, distribuição de tarefas e especialização.

A situação do bando visa abarcar aquelas situações de pluralidade de agentes – dois apenas, segundo alguns autores, necessariamente mais do que dois, segundo outros – actuando de uma forma voluntária e concertada, com uma incipiente estruturação de funções que, embora mais graves do que a co-autoria e menos do que a associação criminosa, por nelas inexistir uma organização estruturada, sem níveis de hierarquias de comando, de divisão de tarefas, ou estruturação de funções³⁸⁶.

Vejamos também o Acórdão do STJ de 10 de outubro de 2018:

No que diz respeito à al. j) do art. 24.º do DL 15/93-- actuação como membro de bando- também a jurisprudência deste STJ se tem debruçado sobre este conceito. Trata-se de uma

³⁸² ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de – *Comentário do Código...* p. 873 e 874.

³⁸³ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de – *Comentário do Código...* p. 874.

³⁸⁴ MONTEIRO, Armindo – Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, nº 101/11.0PAVNO.S1 de 26 de setembro de 2012.

³⁸⁵ SIMÃO, José Martins – Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, nº 1054/10.7TALLE.E1 de 20 de novembro de 2012.

³⁸⁶ CARDOSO, Anabela – Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, nº 359/16.8PZLSB.L1-5 de 10 de julho de 2018.

figura que a doutrina e a jurisprudência situam entre a comparticipação e a associação criminosa. Está num plano superior àquela, mas inferior ao da associação criminosa, dado que lhe falta o carácter de entidade independente e autónoma dos seus membros. Há-de ser um grupo de, pelo menos, duas pessoas, constituído para a prática, reiterada, de crimes de determinada natureza (dos arts. 21.º e 22.º do DL 15/93), sem uma estrutura organizatória ou hierarquia rígida, mas com alguma liderança de facto reconhecida pelos seus membros³⁸⁷.

E ainda, o Acórdão TRP de 10 de março de 2021:

O conceito de bando abarca uma situação de atuação ilícita intermédia entre a simples comparticipação criminosa e a associação criminosa – mais grave do que as situações de mera participação criminosa, embora menos censurável do que aquelas em que existe uma perfeita e definida “associação criminosa” –, integrando aquelas condutas em que, pelo menos dois agentes atuam de forma voluntária e concertada, em colaboração mútua, com uma incipiente estruturação de funções, mas sem que se possa já considerar como existente uma organização perfeitamente caracterizada, com níveis e hierarquias de comando e com uma certa divisão e especialização de funções de cada uma das suas componentes ou aderentes, como sucede na associação criminosa³⁸⁸.

Concluímos que a diferença essencial entre o conceito de associação criminosa e o conceito de bando está essencialmente no elemento da estrutura organizativa, pois o elemento finalístico e o elemento de estabilidade é comum a ambos os conceitos.

Secção 2 – Da cumplicidade e da tentativa

2.1. A atuação como cúmplice

Analisado de forma breve a autoria e a participação na comparticipação que permite distinguir a figura de bando do crime de associação criminosa, verificámos que a lei faz uma distinção entre autores e cúmplices, e que são autores todos os comparticipantes que a lei designa no artigo 26º do CP, e cúmplices os que a lei designa no artigo 27º do CP. O que distingue autores de cúmplices é que a lei considera os autores os que realizam a ação típica, de forma direta ou indireta, ou seja, por eles mesmos ou através de terceiros, dando causa à ação³⁸⁹. Os cúmplices são aqueles que não realizam a ação não lhe dão causa, ajudam, contudo, os autores a praticar a ação criminosa³⁹⁰.

Por conseguinte, iremos agora examinar a atuação como cúmplice. Compulsando o artigo 27º do CP vejamos que “é cúmplice quem, dolosamente e por qualquer forma, prestar auxílio material ou moral à prática por outrem de um facto doloso”.

³⁸⁷ RIBEIRO, Vinício – Acórdão Supremo Tribunal de Justiça, nº 5/16.0GAAMT.S1 de 10 de outubro de 2018.

³⁸⁸ DIAS, Liliana de Páris – Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, nº 5148/20.2JAPRT-A.P1 de 10 de março de 2021

³⁸⁹ cf. supra p. 80 e 81.

³⁹⁰ SILVA, Germano Marques da – *Direito Penal Português: Teoria...* p. 357.

Como podemos verificar na transcrição supracitada, o artigo 27º do CP é claro ao impor que a cumplicidade seja dolosa, e que o crime praticado também o seja³⁹¹. Como ensina Figueiredo Dias, segundo a mesma disposição legal, o dolo do cúmplice, no auxílio doloso a um facto doloso, tem de possuir uma dupla referência. Isto é, o dolo do cúmplice “tem de se referir, por um lado, à prestação de auxílio, e por outro, à própria ação dolosa do autor”. Podemos ver que nesta dupla referência, Figueiredo Dias, fá-la de forma paralela ao duplo dolo do instigador. Vejamos que aqui não está em causa a imputação do facto ao autor, mas sim a um mero colaborador ou participante no facto do autor³⁹².

A maioria da “doutrina alemã defende que o dolo do cúmplice tem de se encaminhar à consumação do facto pelo autor”,³⁹³ não sendo admissível uma mera tentativa. Figueiredo Dias parece não concordar, visto que, também o facto tentado contém um conteúdo de ilícito-típico ao qual o auxílio pode dirigir-se com sentido e igualmente representa uma lesão ao bem jurídico. Tal como Roxin, muitos outros autores veem neste ataque um elemento autónomo da cumplicidade³⁹⁴.

Assim sendo, não punir o cúmplice, o *agent provocateur* ou agente encoberto é tema que o legislador deve regular explicitamente e que não pode ser retirado da doutrina geral em matéria de autoria e de cumplicidade³⁹⁵. Desta feita, não existe cumplicidade negligente, tão pouco existe uma “cumplicidade dolosa na prática de um crime negligente”³⁹⁶.

Segundo Eduardo Correia, “a cumplicidade é a determinação ou auxílio a um crime que, no entanto, sem aquela determinação ou auxílio teria também sido realizado, embora por outro modo, tempo, lugar ou contexto diferentes”³⁹⁷.

Germano Marques da Silva explica que “a cumplicidade é uma forma de participação secundária na comparticipação criminosa, o secundária aqui pode ter um duplo sentido vejamos: da dependência da execução do crime ou começo de execução e de menor gravidade objetiva, no sentido em que não é determinante da prática do crime, isto é, o crime seria sempre consumado, conquanto em modo, tempo, lugar ou circunstâncias distintas”. Tal como ao referir que a cumplicidade “não é determinante da prática do crime, significa que a cumplicidade traduz-se num mero auxílio, sendo que

³⁹¹ SILVA, Germano Marques da – *Direito Penal Português: Teoria...* p. 374.

³⁹² DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal: Parte Geral...* p. 971.

³⁹³ Jorge de Figueiredo – *Direito Penal: Parte Geral...* p. 972

³⁹⁴ Apud, DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal: Parte Geral...* p. 972, citando Roxin.

³⁹⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal: Parte Geral...* p. 972.

³⁹⁶ SILVA, Germano Marques da – *Direito Penal Português: Teoria...* p. 374.

³⁹⁷ SILVA, Germano Marques da – *Direito Penal Português: Teoria...* p. 372.

este auxílio não é determinante da vontade dos autores. O cúmplice não participa na execução do crime, porém é sempre auxiliar da prática do crime e deste modo contribui para a prática do crime, isto é, é uma concausa do crime”³⁹⁸. É exigível também que o cúmplice tenha conhecimento da “dimensão essencial do ilícito-típico a praticar pelo autor, só desta forma é que o auxílio ganha eficácia”³⁹⁹.

O artigo 27º, nº 1 do CP define duas espécies diferentes de cumplicidade, sendo elas a cumplicidade material e a cumplicidade moral. Figueiredo Dias enuncia que estas duas espécies estão submetidas a um regime jurídico-penal unitário que resulta da exigência da prestação pelo cúmplice de um contributo efetivo para o facto de autor, sendo que esta diferenciação pode tornar-se duvidosa sob alguns pontos de vista⁴⁰⁰.

Atentemos em primeiro lugar, “que a cumplicidade material, compreende o auxílio material concedido por qualquer forma à prática por outrem de um facto doloso”. Já o CP de 1886 caracterizava os cúmplices materiais como sendo “os que concorreram directamente para facilitar ou preparar a execução nos casos em que, sem esse concurso, pudesse ter sido cometido o crime”. E, Eduardo Correia, no anteprojeto do CP, definia o “cúmplice como aquele que dolosamente prestava auxílio objetivamente a outrem na execução do crime”⁴⁰¹.

Deste modo, como afirma Germano Marques da Silva, o cúmplice material é aquele indivíduo que presta auxílio, este auxílio por parte do cúmplice é útil, porém, dispensável, isto é, sem este auxílio é possível, se bem com mais dificuldade, que o autor leve a cabo a atividade criminosa⁴⁰². Observemos, por exemplo, o indivíduo que cede a sua habitação, a fim de um vendedor e um traficante de vastas quantidades de droga combinarem entregas e formas de pagamento, tendo conhecimento dessas reuniões e do seu conteúdo, é cúmplice do crime de tráfico de estupefacientes, isto é, o seu auxílio foi útil e sem ele o crime verificava-se à mesma, no entanto, sob outra forma e noutras circunstâncias⁴⁰³.

Duarte Nunes caracteriza o cúmplice material da seguinte forma: consiste num auxílio material, por qualquer forma, ao autor do facto, em modo de exemplificação, através do empréstimo da arma do crime, ou o veículo a utilizar para o assalto. Acrescenta

³⁹⁸ SILVA, Germano Marques da – *Direito Penal Português: Teoria...* p. 372 e 373.

³⁹⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal: Parte Geral...* p. 971 e 972.

⁴⁰⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal: Parte Geral...*p. 973.

⁴⁰¹ SILVA, Germano Marques da – *Direito Penal Português: Teoria...* p. 373.

⁴⁰² SILVA, Germano Marques da – *Direito Penal Português: Teoria...* p. 373.

⁴⁰³ SILVA, Germano Marques da – *Direito Penal Português: Teoria...* p. 373, nota de rodapé nº 2.

que em determinadas circunstâncias, ainda que o auxílio material não tenha sido causal, pois pode acontecer que o autor não chegue a usar a arma prestada pelo cúmplice (por exemplo), tal auxílio pode constituir na verdade um auxílio moral. Neste último caso, poderia acontecer, por exemplo, que o cúmplice ao proporcionar um sentimento de segurança ao autor, fez com que o mesmo abandonasse as suas dúvidas relativas à execução do facto⁴⁰⁴.

Iremos agora analisar o que é a cumplicidade moral, igualmente, encontra-se referida no artigo 27º, nº 1 do CP, e como diz Germano Marques da Silva, esta figura “é o equivalente ao conselho ou instigação de outrem que não constitua autoria moral, por outras palavras, que não determine outrem à prática do facto”. Cavaleiro Ferreira, lecionava “o evento próprio da cumplicidade intelectual é o fortalecimento da determinação do executor, que já estava formada, ou o incentivo ao empreendimento resolvido dando ao autor material conselhos úteis para levar a cabo a execução”⁴⁰⁵.

Retornando mais uma vez ao CP de 1886, e tendo em conta o preceito 22º, nº 1, podemos ver que os cúmplices morais eram aí definidos como o indivíduo “que diretamente aconselhava ou instigava outro a ser agente do crime, não sendo autor, melhor dizendo, quando o conselho ou instigação não fosse determinante da prática do crime”. Assim sendo, podemos verificar que o auxílio moral a que se alude no artigo 27º, nº 1 do CP vigente, corresponde ao artigo 22º, nº 1 do CP de 1886. Contrariamente ao CP vigente, que nada refere, o CP de 1886 exigia que o conselho ou instigação fossem diretos, no entanto, atualmente também se deve exigir que o cúmplice instigue ou aconselhe diretamente o autor ou autores. Deste modo, como afirma Germano Marques da Silva, “não existem cúmplices de cúmplices”⁴⁰⁶.

Duarte Nunes, no que consta à cumplicidade moral, explica que esta consiste em apoiar, do ponto de vista moral, psicológico, o autor do facto, poderá ser através de conselhos, ao encorajar o autor em prosseguir com a ação criminosa, explicações técnicas, “transmissão de informação sobre hábitos e horários da vítima, sobre a utilização de instrumentos ou sobre alarmes e outras instalações de segurança, por exemplo”. Independentemente, da forma de prestação de auxílio moral, é necessário que daí resulte uma consolidação da determinação do executor, porém, sem que chegue a ser decisório para a própria execução do crime, se assim o for já estaremos perante uma instigação e

⁴⁰⁴ NUNES, Duarte Rodrigues – *Curso...* p. 641.

⁴⁰⁵ SILVA, Germano Marques da – *Direito Penal Português: Teoria...* p. 373 e 374.

⁴⁰⁶ SILVA, Germano Marques da – *Direito Penal Português: Teoria...* p. 374.

não perante uma cumplicidade, pois não olvidar que mesmo sem a intervenção do cúmplice a prática do facto irá realizar-se à mesma⁴⁰⁷.

Figueiredo Dias e Duarte Nunes, questionam⁴⁰⁸ se os comportamentos quotidianos, que por norma têm uma valoração neutra, isto é, do ponto de vista geral da sua relevância penal, podem apresentar-se como auxílios integrantes de cumplicidade sempre que eles, no caso concreto, facilitaram o cometimento de um crime⁴⁰⁹. Por estes comportamentos podemos entender, por exemplo, a venda legal de armas, instrumentos cortantes ou contundentes para trabalhos manuais, pimenta, pesticidas, impressoras, computadores etc.⁴¹⁰, é certo que quaisquer destes produtos possam ser utilizados na prática de ações criminosas⁴¹¹. No entanto estes comportamentos, podem incorporar auxílios integrantes de cumplicidade, sempre que se possa concluir que os mesmos contribuíram e facilitaram em concreto o cometimento de um crime, ou seja, auxiliaram à prática do crime. Esta conclusão depende então de a prestação de auxílio ter criado ou potenciado um risco não permitido que ultrapasse a medida admissível e depende também da presença de dolo, sendo ambos os pressupostos cumulativos, ambos têm de se verificar⁴¹².

Figueiredo Dias explica que o critério geral de resolução desta questão deve ser o de que, tal como a ação constitutiva do ilícito-típico, também a contribuição de auxílio deve manifestar-se na “criação ou potenciação de um risco não permitido que supere a medida admissível”⁴¹³.

Vejamos que Roxin complexifica esta questão, ao fazer uma distinção fulcral, conforme o homem-de-trás tenha conhecimento da decisão delituosa do autor ou apenas conte com a possibilidade de este cometer um ilícito-típico. Até mesmo em caso de conhecimento dessa decisão, nem toda a ação quotidiana deverá incorporar a cumplicidade, mas sim aquela que revele uma relação de sentido delituosa. Estas relações que têm, por si próprias, uma natureza delituosa são, por exemplo, o caso de um dono de uma casa de ferragens que, na sua atividade normal, vende um machado a um indivíduo sabendo que o mesmo irá, possivelmente, utilizar o instrumento para matar a mulher.

⁴⁰⁷ NUNES, Duarte Rodrigues – *Curso...* p. 641.

⁴⁰⁸ Neste Contexto, suscita-se uma questão, que parece tornar-se um dos problemas fulcrais atuais da doutrina da cumplicidade.

⁴⁰⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal: Parte Geral...* p. 974.

⁴¹⁰ NUNES, Duarte Rodrigues – *Curso...* p. 642.

⁴¹¹ DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal: Parte Geral...* p. 975.

⁴¹² NUNES, Duarte Rodrigues – *Curso...* p. 642.

⁴¹³ DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal: Parte Geral...* p. 975.

Roxin justifica aqui que o homicídio é exclusivamente uma ação delituosa e precisamente também a ela se referiu o contributo favorecedor. Acrescenta, ainda, que uma tal relação de sentido falta já “quando o contributo favorecedor se refere a uma ação legal, que tomada logo em si mesma já é cheia de sentido e útil para o autor mas, para além disto, da qual ele faz um pressuposto de um comportamento delituoso independente, derivado de uma decisão autónoma”, e exemplifica também que “ quem entrega material a um fabricante que, como aquele sabe, durante ou depois da sua utilização, vai violar prescrições de proteção ambiental, favorece um comportamento lícito (o fornecimento de produtos industriais) que já como tal tem sentido para o fabricante e não possui qualquer relação delituosa. O comportamento violador de prescrições ambientais em nada modifica isto e recai na responsabilidade exclusiva do fabricante”⁴¹⁴.

Se o participante apenas conta com um comportamento delituoso do autor, primeiramente, tem de se saber se relativamente ao facto do autor, se é possível afirmar que o participante atuou com dolo eventual, a resposta para além de expressa terá de ser afirmativa, visto que tais casos não devem constituir cumplicidade em homenagem ao princípio da confiança⁴¹⁵.

Figueiredo Dias afirma que não pretende alargar a punibilidade da cumplicidade para além do que Roxin faz, porém questiona se “não será necessário regressar, na sua pureza, à fórmula da criação ou potenciação (dolosa), em medida inadmissível, de um risco não permitido da realização típica e trabalhar com ela na tentativa de definição dos limites da punibilidade das ações quotidianas⁴¹⁶”?

Quanto ao momento temporal da cumplicidade, ela propende a ocorrer na fase de preparação do facto principal, sendo em maioria, esse momento quando o cúmplice presta o auxílio material ou moral ao facto do autor. Posto isto, é de notar que a cumplicidade é antecedente ou contemporânea da execução do crime, ou seja, tal como afirma Duarte Nunes não existe cumplicidade depois da execução do crime, *ex post facto*⁴¹⁷. A cumplicidade mais uma vez apenas pode consistir no auxílio à prática do crime⁴¹⁸, ou seja, a cumplicidade só é punível até à consumação do ilícito típico principal⁴¹⁹.

⁴¹⁴ Apud, DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal: Parte Geral...* p. 975 e 976, citando Roxin.

⁴¹⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal: Parte Geral...* p. 976.

⁴¹⁶ Apud, DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal: Parte Geral...* p. 975, citando Roxin.

⁴¹⁷ NUNES, Duarte Rodrigues – *Curso...* p. 642.

⁴¹⁸ SILVA, Germano Marques da – *Direito Penal Português: Teoria...* p. 374.

⁴¹⁹ NUNES, Duarte Rodrigues – *Curso...* p. 642.

No mesmo sentido, Figueiredo Dias considera que maioritariamente o auxílio material ou moral, prestado por parte do cúmplice, acontece por norma na “fase de preparação do facto principal, por outro lado, a cumplicidade só contribuirá para a realização do facto pelo autor enquanto o mesmo ainda não tiver sido completamente realizado”. Acrescenta também, que não existe cumplicidade *ex post facto*, explica ainda, que daqui construi-se com segurança o princípio segundo o qual a cumplicidade só é possível e punível até à consumação do ilícito-típico principal⁴²⁰.

No entanto, é bastante discutido se esta consumação é sempre a consumação formal típica ou se pode ser a “consumação material, terminação ou conclusão do facto”⁴²¹.

Como explica Figueiredo Dias, de acordo com a jurisprudência alemã, adotada pela maior parte da doutrina, a cumplicidade é possível, em princípio, até ao término material do facto. De forma mais rigorosa, poderá dizer-se, até ao asseguramento do resultado. Tal como Roxin, Figueiredo Dias, acredita que desta forma é ir longe demais, este afirma que aquele princípio deve ser substituído pelo seu contrário, o de que a “cumplicidade como tal não existe para além da consumação típica”. Pois, é de notar que, de um “ponto vista político-criminal, a primeira solução, dada pela jurisprudência alemã, poderá conduzir a punições muito mais gravosas e injustificadas do cúmplice; desta feita, as relações que se devem estabelecer entre o cúmplice com o facto principal e os crimes autónomos de favorecimento, pessoal ou real, artigos 367º e ss. do CP, e artigos 231º e 233º do CP, respetivamente, tornam-se mais inseguras”⁴²².

Figueiredo Dias chama à atenção a consideração de Stratenwerth, que confere o “valor decisivo ao momento em que foi tomada a decisão de auxílio, nomeadamente, antes ou depois da consumação típica”. Valendo, desde logo, sobretudo, para os crimes de intenção ou resultado cortado, como por exemplo a burla. Desta feita, se o ato de auxílio foi decidido antes da consumação formal, isto é, da verificação do dano da vítima, estamos então face a uma cumplicidade. No caso de, só depois, embora antes ainda da “conclusão da deslocação patrimonial, estamos perante uma questão de favorecimento pessoal ou real, não de cumplicidade”. Porém, de certa forma, vale também para circunstâncias de crimes complexos, por exemplo o roubo. Estaremos perante uma

⁴²⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal: Parte Geral...* p. 969.

⁴²¹ DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal: Parte Geral...* p. 970 e em NUNES, Duarte Rodrigues - *Curso...* p. 642.

⁴²² DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal: Parte Geral...* p. 970.

cumplicidade no roubo se o ato de auxílio teve lugar, segundo o decidido em conjunto, após a vítima ter sido ferida, contudo antes de ter sido subtraído algo. Contrariamente, se o ato de auxílio apenas ligar-se ao autor após a violência estar já consumada, “então neste caso o cúmplice só deverá responder pelo ato parcial em que efetivamente participou, no caso pelo crime de furto”⁴²³.

Em conformidade com o que foi exposto, Duarte Nunes afirma que se o auxílio foi prestado após a vítima ter sido ferida ou ameaçada, porém antes de ter sido furtada, estamos perante uma cumplicidade, no entanto não estamos perante a mesma se o auxílio tiver sido prestado depois da violência estar já consumada, aí o cúmplice apenas responde pelo ato parcial em que efetivamente participou⁴²⁴.

Acrescenta, ainda, Figueiredo Dias que a cumplicidade pode ser aceite em casos como os de crimes duradouros. “Aqui, a consumação formal opera-se logo com o momento inicial de realização da totalidade dos elementos típicos”, no entanto “permanece até à eliminação do estado ilícito; até este último momento podem-se verificar atos de cumplicidade como participação no ilícito-típico”. Exemplifica que, nesta situação, devem caber não apenas as hipóteses tradicionalmente consideradas como crime duradouro, como o caso de sequestro ínsito no artigo 158º do CP, como também noutros crimes análogos para este efeito, “como é o caso do crime de tortura, previsto e punido pelo artigo 243º e ss. do CP, ou o crime de ofensa à integridade física prolongada, previsto e punido pelo artigo 144º, al, c) do CP”⁴²⁵.

Do mesmo modo, Duarte Nunes entende que a cumplicidade será ainda possível e punível após a consumação formal nos casos em que o auxílio, material ou moral, contribua para “a verificação de um resultado não incluído no tipo de crime”. Afirma que, por esta via, não lhe parece haver risco do cúmplice ser alvo de punições mais graves e injustificadas face ao autor, nem que as relações que devam estabelecer-se “entre a cumplicidade com o facto principal e os crimes autónomos de favorecimento pessoal, de branqueamento de capitais, ínsito no artigo 368º-A do CP, ou os crimes que correspondem aos artigos 231º a 233º do CP, se tornem inseguras”⁴²⁶.

⁴²³ DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal: Parte Geral...* p. 970 e 971.

⁴²⁴ NUNES, Duarte Rodrigues – *Curso...* p. 643.

⁴²⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal: Parte Geral...* p. 971.

⁴²⁶ NUNES, Duarte Rodrigues – *Curso...* p. 642 e 643.

Concluímos, assim, que a cumplicidade não pode ir além do mero auxílio, isto é, não pode tomar parte no domínio funcional do facto, tem de, na verdade, ficar de fora do facto típico⁴²⁷.

Compulsando a norma 299º, nº 2 do CP “na 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”, poder-se-ia dizer que, sob o ponto de vista material, aqui está descrita a condição de cúmplice e não a de autor. No entanto é de notar que a punição “é equivalente à de autor, porém não deverá autorizar a total assunção à condição de autor sob o ponto de vista material”, desta feita, a sua existência deve ser apreciada como irrelevante no que diz respeito à exigência dos três elementos. Ou seja, segundo Mário Meireles, o “apoio ou auxílio do cúmplice não deve contar para efeitos de contagem dos elementos que constituem uma associação criminosa”⁴²⁸.

Observemos que estamos perante um agente “não qualificado do crime de associação criminosa, não obstante punido enquanto autor. É de ter em consideração que a sua colaboração não ignora que a sua contribuição seja pertinente para a produção do facto principal”. É criada uma fronteira muito ténue entre o autor e a situação suprarreferida, na descrição típica que consta na segunda parte do nº 2, do mesmo artigo, e o verdadeiro cúmplice. Mário Meireles defende que reside aqui “o problema mais delicado da sua interpretação, admitindo que possam considerar-se situações que permitam autonomizar essa colaboração prevista de forma expressa na 2º parte do nº 2 do art. 299º da pura situação de cumplicidade, por força do que dispõe o art. 27º do CP.”⁴²⁹

“Por razões de política criminal, o legislador tem optado, aparentemente, por punir o cúmplice com uma pena igual à do autor, porém já não se deve 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 sejam equivalentes, sob o ponto de vista da sua relevância para efeitos da concretização do facto criminoso principal, pois desempenham funções distintas e têm papéis diferentes na atuação como agente no ceio de uma associação criminosa”⁴³⁰.

⁴²⁷ Neste sentido, CRUZ, Nunes – Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, nº 048588 de 14 de novembro de 1996.

⁴²⁸ MEIRELES, Mário – *Da Associação Criminosa à Criminalidade...* p. 332.

⁴²⁹ MEIRELES, Mário – *Da Associação Criminosa à Criminalidade...* p. 333.

⁴³⁰ MEIRELES, Mário – *Da Associação Criminosa à Criminalidade...* p. 334.

Veja-se o exemplo escola⁴³¹:

“Imagine-se que os indivíduos A, B e C formaram uma associação criminosa. Porém, um dos elementos, C, falece. Posto isto, A e B resolvem continuar com o seu intuito criminoso, não obstante ao facto de C ter falecido. Assim, A e B contactam D para que este lhes proporcione um local para esconder as armas que necessitam a fim de realizar os seus objetivos. Neste caso em apreço, A, B e C são os autores do crime de associação criminosa e o falecimento de C extingue quanto a este a sua responsabilidade criminal, insito no artigo 127º do CP, porém, quanto a A e B, os mesmos serão condenados pela prática do crime de associação criminosa. Relativamente a D, que não fez parte da criação ou adesão da associação criminosa, e apenas colaborou ao fornecer local para o esconderijo de armas, não se considera responsável pela prática do crime de associação criminosa, quer como autor, quer como cúmplice. Desta feita, este indivíduo não faz parte da contagem exigida pela lei, de pelo menos três elementos, para que se possa considerar que se está diante de uma associação criminosa. Relativamente a A e a B, o recrutamento de D permite seguir o projeto criminal inicial. A e B têm o total domínio do facto, sob o ponto de vista do projeto inicial da associação criminosa, o papel de D para eles é fundamental para o prosseguimento da associação, no entanto, não é isso que se verifica, pois, D não desempenhou uma participação essencial, antes um papel meramente instrumental. Outro exemplo, e presumindo que estão reunidos todos os pressupostos a fim de se concluir existir uma associação criminosa, D colabora com A, B e C concedendo um local a fim de guardar armas fornecidas por estes. Neste caso em apreço a lei entende que o papel de D é equivalente ao de autor, vejamos o artigo 299º, nº 2, 2º parte do CP. Por Consequente a punição de D será, em abstrato, igual à de A, B e C. Porém, no momento da graduação da medida concreta da pena, tem de haver um reflexo do seu real papel, isto é, materialmente de cúmplice ou de autor não qualificado”⁴³².

⁴³¹ MEIRELES, Mário – *Da Associação Criminosa à Criminalidade...* p. 335 a 336.

⁴³² MEIRELES, Mário – *Da Associação Criminosa à Criminalidade...* p.336.

Como explica Mário Meireles, com ambos os exemplos concluímos “que as categorias da autoria e da cumplicidade são só aparentemente algo de total aglutinação no tipo legal do crime de associação criminosa, porém mantêm toda a sua autonomia”⁴³³.

Vimos que a pena aplicável é igual, no entanto, “no momento da sua aplicação concreta, não se pode deixar de valorar os critérios legalmente previstos que obrigam a desenredar o grau de contribuição de cada um para a produção do facto criminoso de acordo com o que esta tipificado no artigo 40º, nº 2 do CP, pois “em caso algum a pena pode ultrapassar a medida da culpa”, e também os critérios ínsitos no artigo 71º do CP”. Vejamos que o artigo 71º, nº 1 do CP tem descrito 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”, deste modo, observamos que no último exemplo dado, “os papéis desempenhados por A, B e C e o desempenhado por D não são equiparáveis”⁴³⁴.

Existe, portanto, uma “necessidade de destrinçar os papéis desempenhados no âmbito de uma associação criminosa pelos seus autores, sob o ponto de vista material, e os cúmplices e esta necessidade tem também importância no que concerne aos crimes que são concretizados pela ou através da associação criminosa”⁴³⁵.

Mário Meireles entende que o concurso real com tais crimes é indiscutível relativamente aos autores da associação criminosa, tal como estes se mostram descritos nos nº 1 e 2.º, 1º 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 2ª parte do nº 2 do art. 299º 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 isso⁴³⁶.

Melhor dizendo, “não pode haver um efeito de equiparação, sob o ponto de vista da punição, que se observa entre autor qualificado e autor não qualificado no âmbito do artigo 299º”. no que concerne aos crimes cometidos pela associação criminosa. É, pois, necessário apurar qual o papel desempenhado, nestes concretos crimes cometidos, “que sob o ponto de vista material é apenas um verdadeiro cúmplice da associação, grupo ou organização criminosa”⁴³⁷.

⁴³³ MEIRELES, Mário – *Da Associação Criminosa à Criminalidade...* p.336 e 337.

⁴³⁴ MEIRELES, Mário – *Da Associação Criminosa à Criminalidade...* p. 336 e 337.

⁴³⁵ MEIRELES, Mário – *Da Associação Criminosa à Criminalidade...* p. 337

⁴³⁶ MEIRELES, Mário – *Da Associação Criminosa à Criminalidade...* p. 337.

⁴³⁷ MEIRELES, Mário – *Da Associação Criminosa à Criminalidade...* p. 337.

2.2. Tentativa

O conceito de tentativa é um conceito que por si só suscita uma vasta discussão doutrinal, entre teorias objetivas, subjetivas e até mistas, colocam-se várias questões, contudo iremos abordar a tentativa nesse âmbito muito brevemente, a questão fundamental é se no âmbito do crime de associação criminosa, será a tentativa admitida?

As normas incriminadoras preveem, geralmente, o crime consumado e a lei considera como princípio geral, que só o crime consumado é punível. Contudo, muitas vezes é prevista a antecipação da tutela penal, mediante a incriminação de períodos anteriores do *iter criminis*. Com o CP de 1982 podemos verificar um alargamento da incriminação por tentativa, não obstante se mantém o princípio geral da excecionalidade da punibilidade da tentativa, como podemos ver insito atualmente no artigo 23º, nº 1 do CP: “Salvo disposição em contrário, a tentativa só é punível se ao crime consumado respetivo corresponder pena superior a 3 anos de prisão”, confirmando deste modo que o crime para ser punível deve ser, em regra, um crime consumado⁴³⁸.

O artigo 21º do CP, determina o carácter excecional da punição dos atos preparatórios, assim os casos de punibilidade não constam na parte geral do Código, mas sim na parte especial, como se retira da redação do presente: “os actos preparatórios não são puníveis, salvo disposição em contrário”⁴³⁹. Por outro lado, o direito também pode prever a antecipação da tutela penal, mediante a incriminação de fases do *iter criminis* ainda anteriores aos atos preparatórios. Sendo que com a consumação o crime realiza-se e dá-se por terminado o *iter criminis*⁴⁴⁰.

Como podemos observar, na ação dolosa consumada verificamos o preenchimento integral do tipo de ilícito respetivamente, objetivo e subjetivo, porém pode acontecer que esse facto não se chegue a consumir, isto é, quando não se verifica a congruência entre o tipo objetivo e o tipo subjetivo de ilícito. A situação descrita é o caso do erro sobre a factualidade típica, ou seja, nesta circunstância o agente preencheu, com a sua conduta, o tipo objetivo, mas não preenche o tipo subjetivo. Pode-se, no entanto, observar o inverso, verificando-se o preenchimento do tipo de ilícito subjetivo, portanto do dolo do tipo,

⁴³⁸ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, – *Lições de Direito Penal*, Parte Geral, I.... p. 393.

⁴³⁹ Também esta norma subsume a punibilidade dos atos preparatórios ao princípio da reserva da lei: “salvo disposição em contrário”.

⁴⁴⁰ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, – *Lições de Direito Penal*, Parte Geral, I.... p. 394.

correspondendo a uma inacabada realização do tipo de ilícito objetivo que se antecipou e planejou. Como ilustra Figueiredo Dias, estas são as hipóteses de tentativa⁴⁴¹.

A definição de tentativa consta no artigo 22º, nº 1 do CP, que estipula: “há tentativa quando o agente praticar atos de execução de um crime que decidiu cometer, sem que este chegue a consumir-se”.

Figueiredo Dias realça que, como prática de atos “de execução de um crime que o agente determinou cometer sem que este chegue a consumir-se, a tentativa viola, desde logo, a norma jurídica de comportamento que está na base do tipo de ilícito consumado”. Acrescenta, ainda, que, como “realização dolosa parcial de um tipo de ilícito objetivo ela representa uma violação do ordenamento social jurídico-penalmente relevante por meio de intranquilidade em que coloca bens jurídico-penais”. Deste modo, considera desmedido o argumento de que seria desnecessário a previsão legal da ilicitude tentada, restando somente o imperativo de consagrar a sua punibilidade e as circunstâncias sob as quais ocorre⁴⁴².

Como elucida Duarte Nunes, nos termos do artigo 22º, nº 1º do CP, existe “tentativa quando o agente pratica atos de execução de um crime que determinou executar sem que este chegue a consumir-se”. Por outras palavras, existe tentativa quando houver uma realização dolosa parcial de um tipo de ilícito objetivo, que mesmo assim revela uma transgressão do ordenamento jurídico-penal devido ao perigo em que coloca os bens jurídico-penais. Desenvolve que o desvalor da ação e o desvalor do resultado, que corresponde à colocação do bem jurídico em perigo, coexistem no crime tentado, porém, contrariamente ao que acontece nos crimes de resultado consumados, o desvalor da ação é predominante face ao desvalor do resultado⁴⁴³.

A realidade é que para se verificar a ilicitude não é suficiente um desvalor de ação, mas sim também um desvalor de resultado, pelo menos sob a forma de intranquilidade de bens jurídicos penalmente protegidos. Por esta razão, como explica Figueiredo Dias, e por um absoluto contentamento do conteúdo de sentido ínsito no *nullum crimen sine lege*, leva à exigência legal do ilícito próprio da tentativa⁴⁴⁴.

Germano Marques da Silva, descreve que a tentativa “é a realização incompleta do comportamento típico um determinado tipo legal de crime”. Acrescenta ainda, que a

⁴⁴¹ DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal: Parte Geral...* p. 802 e 803.

⁴⁴² DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal: Parte Geral...* p. 802 e 803.

⁴⁴³ NUNES, Duarte Rodrigues – *Curso...* p. 558.

⁴⁴⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal: Parte Geral...* p. 803.

tentativa representa uma extensão da punibilidade e que a mesma não se pune como crime autónomo, visto que, não existe na lei nenhum tipo legal de crime de tentativa, mas sim como tipo subordinado, isto é, como extensão do tipo principal, como por exemplo a tentativa do crime de homicídio ou de furto⁴⁴⁵.

No que concerne à tentativa a lei penal estende a incriminação a “factos que não integram ainda o crime consumado, correspondem apenas a uma fase da execução do crime planeado e decidido cometer”⁴⁴⁶.

Vejamos, também, que a tentativa é punível em muitas mais situações do que a punição de atos preparatórios, como podemos verificar pela comparação dos artigos 21º do CP (atos preparatórios) e artigo 23º do CP (punibilidade da tentativa).

No entanto, podemos observar que existem crimes em que se verifica uma equiparação típica entre a consumação e a tentativa, deste modo, ambas situações são submetidas à mesma pena abstrata, como é o caso dos crimes de empreendimento⁴⁴⁷. Por exemplo, no artigo 325º do CP, podemos confirmar que no crime de alteração violenta do Estado de Direito, tanto a consumação deste crime como a tentativa do mesmo é punida com a mesma pena, uma pena de prisão de 3 a 12 anos. O mesmo acontece nos crimes de atentado contra o Presidente da República, insito no artigo 327º do CP, e de suborno, artigo 363º do CP. Assim sendo, nos crimes de empreendimento, visto que subsiste uma equiparação típica da tentativa à consumação, não se aplica a atenuação especial prevista para o crime tentado, conforme a regra que consta do artigo 23º, nº 2 do CP, e por outro lado também não tem aplicação o disposto no artigo 24º do CP. Não obstante, mesmo neste tipo de crimes pode ser punível em certos casos, como tentativa, a chamada tentativa inidónea ou impossível.⁴⁴⁸

Iremos agora analisar as diferentes teorias, a fim de entendermos o fundamento da punibilidade da tentativa. Primeiramente, vamos dar início a esta análise com as teorias objetivas, defendidas por autores como Eduardo Correia, Manuel Cavaleiro Ferreira e Feuerbach. Este último caracterizou a tentativa como uma ação externa dirigida intencionalmente à realização do crime, que deve ser objetivamente perigosa. Visto que

⁴⁴⁵ SILVA, Germano Marques da – *Direito Penal Português: Teoria...* p. 314.

⁴⁴⁶ SILVA, Germano Marques da – *Direito Penal Português: Teoria...* p. 314.

⁴⁴⁷ Os crimes de empreendimento, por vezes denominados de crimes de atentado, são crimes que se equiparam tipicamente a tentativa e a consumação, ou seja, a tentativa do cometimento do facto é equiparada à consumação, posto isto é jurídico-penalmente tratada como tal. Por outras palavras, os crimes de empreendimento são um tipo de crime em que no tipo objetivo já se prevê a conduta de tentar o resultado, logo a conduta típica é também a tentativa.

⁴⁴⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal: Parte Geral...* p. 367.

a intenção ilícita por si só não oferece a nenhuma ação o elemento da ilicitude e também porque ela atravessa todo o *iter criminis* até à consumação, desta feita não é útil para diferenciar a tentativa da preparação. O que realmente constitui o fundamento da punição da tentativa é o perigo próximo de consumação da realização típica e é este o denominador comum das teorias objetivas⁴⁴⁹.

Figueiredo Dias, no entanto, não concorda com a mesma, este elucida que, em virtude do artigo 22º, nº 1 do CP, considerar como elemento fundamental da figura da tentativa a decisão de cometer um crime e o artigo 23º, nº 3 do CP aceitar a punibilidade de princípio da tentativa impossível ou inidónea que não coloca em perigo real nenhum bem jurídico tipicamente protegido, segundo um juízo *ex post*. Posto isto, podemos verificar que, por estas razões, reconhece-se que, para fundamentar a punibilidade da tentativa revela-se tanto o seu componente objetivo como subjetivo. Desta feita, defende que as teorias objetivas não revelam capacidade a fim de decidir qual dos componentes deve, como deve, e porque deve, conceder primazia, isto é, “se àquilo que a ação “devia” produzir segundo a vontade do agente, se àquilo que ela “podia” produzir”, acrescentando que “É sobre este ponto que se tem centrado a discussão do nosso tempo”⁴⁵⁰.

No mesmo sentido, Duarte Nunes, afirma que o fundamento da punibilidade da tentativa tem de ser simultaneamente objetivo e subjetivo, sendo que um fundamento apenas objetivo é insuficiente⁴⁵¹.

As teorias subjetivas têm, diferentemente e, como fundamento da punibilidade da tentativa a vontade delituosa. Para estas teorias não revela como fundamento da punibilidade o perigo de aparecimento de uma violação do bem jurídico. Ou seja, nestas teorias acredita-se, que não há razão para tratar de forma diferente “o delito tentado do delito consumado, ou para tornar a punibilidade da tentativa sujeita à sua perigosidade real”. É de notar que as teorias subjetivas são, hoje, dominantes na doutrina alemã⁴⁵².

Apesar das teorias subjetivas explicarem a punibilidade da tentativa impossível ou inidónea, uma conceção exclusivamente subjetiva que renuncie completamente à perigosidade objetiva da conduta não se parece adequar à lei vigente, que exige na verdade a prática de atos de execução⁴⁵³.

Vejamos o exemplo que Figueiredo Dias nos dá:

⁴⁴⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal: Parte Geral...* p. 808.

⁴⁵⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal: Parte Geral...* p. 808.

⁴⁵¹ NUNES, Duarte Rodrigues – *Curso...*p. 560.

⁴⁵² DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal: Parte Geral...* p. 808 e 809.

⁴⁵³ NUNES, Duarte Rodrigues – *Curso...*p. 560.

A, durante a noite, ao ver uma sombra mover-se que erroneamente acredita ser outro indivíduo que repudia, dispara sobre ele, porém sem o atingir, observemos que aqui poderá haver uma tentativa punível de homicídio que mereça ser punida, ainda que o bem jurídico da vida de outrem não tenha sido efetivamente posto em causa. Contudo, não se justificará adaptarmos uma concepção exclusivamente subjetiva que resigne à perigosidade objetiva da conduta, para além disso, esta concepção não seria adequada nos termos da legislação vigente, que exige a prática de atos de execução para a tentativa ser punível, e nem a uma correta concepção do ilícito vinculada à proteção de bens jurídicos. O autor dá ainda outro exemplo, para melhor entendimento da questão, se uma mulher requer a uma bruxa que faça umas rezas a fim de suceder destas a morte, tão desejada por ela, do marido, sendo esse seu plano e convicção, uma concepção meramente subjetiva da tentativa deveria fundar a punibilidade da conduta. No entanto, tal não acontece segundo a legislação vigente, observe-se o artigo 23º nº3 do CP. Para além do mais, não é sustentável à luz de um correto entendimento do ilícito-típico, vinculado à proteção de bens jurídicos⁴⁵⁴.

Após esta breve abordagem, tanto das teorias objetivas como das subjetivas, e as críticas a elas concebidas, surge uma terceira teoria, *hoc sensu*, intermédia, ou aditiva, tendente a uma aproximação e combinação de ambos os pontos de vista com uma ideia nova, sendo ela a da dignidade penal do facto tentado. Por outras palavras, esta nova teoria parte da fundamentação da punibilidade da tentativa na vontade exteriormente manifestada em oposto à norma de comportamento. Esta orientação subjetiva defende que “a punibilidade do ato dirigido à realização do tipo só será afirmada se ela se revelar como uma intervenção significativa no ordenamento jurídico; mais concretamente, se e quando ela for – segundo um juízo necessariamente *ex ante*, de prognose póstuma – adequada a pôr em causa a confiança da comunidade na vigência daquele ordenamento e, deste modo, a frustrar as suas expectativas de segurança e de paz jurídicas.” Em virtude desta orientação, temos as teorias da impressão⁴⁵⁵.

Desta feita, o fundamento da punibilidade da tentativa nas teorias subjetivas reside na vontade delituosa, e os seus defensores acreditam que não há razão para tratar o crime

⁴⁵⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal: Parte Geral...* p. 809.

⁴⁵⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal: Parte Geral...* p. 810.

tentado diferentemente do crime consumado nem tornar a punibilidade da tentativa subordinada à sua perigosidade real⁴⁵⁶.

Como explica Figueiredo Dias, Stratenwerth desvaloriza as teorias da impressão, este afirmava que era “mera etiqueta de um regresso repentino à doutrina dos fins das penas e, na verdade, a pontos de vista de prevenção geral positiva”⁴⁵⁷. No entanto, Duarte Nunes considera que as teorias da impressão são aquelas que melhor explicam o fundamento da punibilidade da tentativa, e como já vimos, estas são, em simultâneo teorias de carácter objetivo e subjetivo⁴⁵⁸.

Figueiredo Dias defende que não se deve aceitar a crítica feita, de que a tentativa destrói a confiança na vigência do ordenamento jurídico quando aparece como merecedora de pena, devendo antes ser considerada como construtora dessa confiança. O que na verdade se procura são fundamentos ao invés de critérios interpretativos das normas positivas, válidos para a aplicação do Direito. O autor acrescenta que “devem ser encontrados à luz do direito positivo e da sua regulamentação; e, neste enquadramento, a teoria da impressão é a que melhor se compatibiliza com o regime conferido aos atos de execução, à atenuação especial obrigatória da pena da tentativa e à tentativa impossível”⁴⁵⁹.

No que concerne à teorização do fundamento da punibilidade da tentativa, Roxin reconhece-o na conceção que desenvolveu, denominada de teoria da união. Defende que “o fundamento da punibilidade da tentativa reside na exigência geral ou especial-preventiva da pena, que em regra deriva do perigo doloso chegado ao tipo, mas excecionalmente também de uma violação juridicamente perturbadora da norma, manifestada numa ação chegada ao tipo”. De acordo com Roxin, a teoria da união diferencia-se das teorias da impressão, visto que estas apenas proporcionam “um juízo de valor vago e que não vai além de uma descrição do juízo legal de punibilidade”⁴⁶⁰.

Duarte Nunes segue o entendimento de Figueiredo Dias⁴⁶¹, ambos consideram que o critério sugerido por Roxin, isto é, a proximidade ao tipo, não é menos vago que o critério que pode advir da teoria da impressão, para além do mais, não cabe ao fundamento

⁴⁵⁶ NUNES, Duarte Rodrigues – *Curso...* p. 560.

⁴⁵⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal: Parte Geral...* p. 810.

⁴⁵⁸ NUNES, Duarte Rodrigues – *Curso...* p. 560.

⁴⁵⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal: Parte Geral...* p. 811.

⁴⁶⁰ Apud, NUNES, Duarte Rodrigues – *Curso...* p. 561, citando Roxin.

⁴⁶¹ DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal: Parte Geral...* p. 812.

explicar o regime jurídico-positivo de um instituto, mas sim, servir-lhe somente de padrão crítico de legitimação⁴⁶².

Disto isto, analisaremos os elementos essenciais da tentativa. Podemos, em primeiro lugar, verificar que os elementos da tentativa correspondem com os elementos da estrutura essencial do crime em geral. Compulsando o artigo 22º do CP, no seu nº 1 podemos observar que o mesmo refere-se ao facto ilícito, isto é, a decisão de cometer o crime e os atos de execução do crime que constituem objeto da decisão voluntária⁴⁶³.

Desta feita, o tipo subjetivo de ilícito da tentativa é deveras semelhante ao tipo subjetivo do crime consumado, estando incluindo, como explica Duarte Nunes, “a decisão de cometer um crime a totalidade das exigências típicas subjetivas para esse tipo de crime, ou seja, o dolo dirigido à realização objetiva (dolo do tipo) e, nos casos em que o tipo de crime os exija (v.g., nos crimes de furto e de roubo), os elementos subjetivos especiais previstos no tipo”⁴⁶⁴. No mesmo sentido, Figueiredo Dias afirma que o tipo subjetivo de ilícito da tentativa é o mesmo que o do crime consumado⁴⁶⁵.

No que diz respeito ao dolo há autores que não admitem o dolo eventual, acreditam que o mesmo não é compatível com a tentativa. Neste sentido, como explica Figueiredo Dias, observemos que Puppe sustenta que não se deve punir a tentativa com dolo eventual, em analogia com a tentativa acabada quando o agente impende a consumação. Porém, a maioria da doutrina, tanto portuguesa como estrangeira, e a jurisprudência no nosso ordenamento jurídico não admite esta restrição. Em concordância com o que foi suprarreferido, temos Figueiredo Dias que afirma que, na tentativa, o dolo poderá ser tanto intencional, como necessário ou eventual. Da mesma forma, Roxin acredita que o agente abandona o dolo do facto, porém, na tentativa com dolo eventual o dolo permanece, sendo que não se justifica a diminuição da dignidade penal do facto⁴⁶⁶. Também Duarte Nunes⁴⁶⁷ e Germano Marques da Silva seguem o mesmo entendimento, este argumenta que “se o dolo eventual é suficiente para se verificar a consumação do crime é também suficiente para a tentativa correspondente”⁴⁶⁸.

A tentativa, como estivemos a ver, requer como elemento a decisão de cometer o facto, porém, para além deste elemento, o dolo é necessário para que se verifique a prática

⁴⁶² NUNES, Duarte Rodrigues – *Curso...* p. 561.

⁴⁶³ SILVA, Germano Marques da – *Direito Penal Português: Teoria...* p. 315.

⁴⁶⁴ NUNES, Duarte Rodrigues – *Curso...* p. 562.

⁴⁶⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal: Parte Geral...* p. 812.

⁴⁶⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal: Parte Geral...* p. 815.

⁴⁶⁷ NUNES, Duarte Rodrigues – *Curso...* p. 563.

⁴⁶⁸ SILVA, Germano Marques da – *Direito Penal Português: Teoria...* p. 318.

de atos de execução de um crime, que acaba por não se consumar⁴⁶⁹, conforme os artigos 22º, números 1 e 2 do CP. Os atos de execução dirigem-se à prática do crime que o agente deliberou cometer e esses atos têm de ser dolosos, pois, como explica Germano Marques da Silva, o agente prevê e quer os atos de execução como atos meio, a fim de realizar o crime que projetou e deliberou cometer. Já a culpa é elemento comum a todos os crimes, desta feita, geralmente, a mesma não consta do tipo incriminador, por isso não merece referência autónoma⁴⁷⁰.

É fundamental salientar que não é suficiente que se trate apenas de atos meramente preparatórios, no entanto, fazer a distinção entre atos preparatórios e atos de execução nem sempre é fácil, tendo sido esta uma questão bastante discutida, conseqüentemente surgem várias teorias. Aqui a questão fulcral é de saber em que momento se dá início à execução do facto⁴⁷¹.

Deste modo, para as teorias formais objetivas, a tentativa pressupõe pelo menos a prática de algum dos atos que são compreendidos pela descrição do tipo de ilícito. Estas teorias solucionam os casos menos complexos, como exemplo, a ação de comprar uma pistola para cometer um homicídio não constitui um ato de matar, porém apontar essa mesma pistola à cabeça da vítima já constitui. No entanto com estas teorias será mais difícil solucionar situações mais complexas⁴⁷².

As teorias materiais objetivas completaram, em consequência, o critério resultante das teorias formais objetivas ao tentarem, com mais rigor, determinar os elementos de que depende o alargamento da tipicidade dos atos de execução⁴⁷³.

A fórmula de Frank foi decisiva neste contexto, a qual defende que devem considerar-se como atos de execução os atos que “em virtude de uma pertinência necessária à ação típica, aparecem, a uma consideração natural, como suas partes componentes”⁴⁷⁴. De início, esta teoria surgiu como mera explicitação e alargamento das teorias formais objetivas, tendo depois, ganho uma dupla conotação, visto que, por um lado, combinou-se com a ideia das teorias subjetivas (em particular por força da teoria alemã), ao considerar “o recurso ao plano do agente, que seria em muitas das circunstâncias necessário para determinar se o ato surge ou não como parte componente

⁴⁶⁹ NUNES, Duarte Rodrigues – *Curso...* p. 563.

⁴⁷⁰ SILVA, Germano Marques da – *Direito Penal Português: Teoria...* p. 315.

⁴⁷¹ NUNES, Duarte Rodrigues – *Curso...* p. 563.

⁴⁷² NUNES, Duarte Rodrigues – *Curso...* p. 563.

⁴⁷³ NUNES, Duarte Rodrigues – *Curso...* p. 564.

⁴⁷⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal: Parte Geral...* p. 818.

da realização típica”; e, por outro, esta teoria ligou-se ao ponto de vista essencial das teorias objetivas “acerca do fundamento da punibilidade da tentativa e, deste modo, à ideia de que um ato dever-se-á considerar já como começo de execução se ele acarreta um perigo imediato para o bem jurídico protegido”⁴⁷⁵.

No entanto, por mais que esta teoria seja criticável, em ambas as alternativas, como afirma Figueiredo Dias, a fórmula oferece o caminho mais seguro e exato de concretização da linha separadora de atos preparatórios e de execução. Em especial se for retirado a esta o elemento naturalista e a substituírmos “por uma conotação de normalidade social, sendo necessário acentuar a esta que o perigo para o bem jurídico não tem apenas de ser imediato, iminente, ou próximo, mas terá de ser também um perigo típico”⁴⁷⁶.

Por último, temos as teorias subjetivas, que são igualmente recusadas por Figueiredo Dias e Duarte Nunes. Nestas teorias, a distinção dos atos preparatórios e de execução faz-se através da qualidade ou intensidade da vontade do agente no ato dirigido à realização do crime⁴⁷⁷.

Posto isto, o conceito de atos de execução consta do nº 2 do artigo 22º do CP. Deste modo, de acordo com a alínea a), são atos de execução “Os que preencherem um elemento constitutivo de um tipo de crime”, aqui podemos observar uma adoção das teorias formais objetivas. Na alínea b) do nº 2 do artigo 22º do CP, podemos observar por parte do legislador um primeiro alargamento do conceito de atos de execução, a que são subsumíveis os atos que forem idóneos a produzir resultado típico. A alínea b) deverá ser lida em conexão com a alínea c) do nº2 do artigo 22º do CP ⁴⁷⁸.

Eduardo Correia, entre outros autores, procurou construir o conceito de tentativa independentemente da existência de uma decisão criminosa: “a ilicitude é construída, na tentativa, simplesmente pelo perigo que a ação cria para bens jurídicos protegidos pelo direito criminal e o dolo ou intenção é, unicamente, uma condição exterior de punibilidade (s.n) (sem prejuízo, evidentemente, do papel que desempenha como elemento da culpa) ... A ser assim, ... concebida a tentativa de uma forma puramente objetiva- como atividade que produz um perigo de violação de bens jurídicos, independentemente do dolo ou da

⁴⁷⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal: Parte Geral*... p. 818 e 819.

⁴⁷⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal: Parte Geral*... p. 819.

⁴⁷⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal: Parte Geral*... p. 820. e NUNES, Duarte Rodrigues – *Curso*... p. 564.

⁴⁷⁸ NUNES, Duarte Rodrigues – *Curso*... p. 565.

intenção-, nada impede, ao menos em abstrato, que ela se aplique a crimes cometidos com negligência que não chegaram a produzir o resultado típico”⁴⁷⁹.

No entanto esta concepção, tal como defende Figueiredo Dias, não deve ser aceite, porque contraria o processo histórico de produção da lei vigente, visto que Eduardo Correia tinha introduzido um conceito meramente objetivo de tentativa no artigo 21º do seu projeto, contudo o mesmo não foi aceite e consequentemente foi substituído pelo que consta no atual artigo 22º do CP. Não obstante, a principal razão para rejeitar este mesmo conceito é que uma tentativa negligente integra uma verdadeira *contradictio in adjecto*, pois quem tenta algo é porque decidiu realizá-la⁴⁸⁰.

Poder-se-á dizer que a tentativa constitui um crime imperfeito, quando se reporta ao crime que o agente decidiu cometer e que fica incompleto. Assim sendo, a tentativa é um crime incompleto comparativamente ao crime consumado, porém, do ponto de vista estrutural, a tentativa é um crime perfeito visto que apresenta todos os elementos da estrutura indispensáveis do crime em geral. Logo a tentativa, no plano normativo, integra um título autónomo de crime, “caracterizado por um evento ofensivo que lhe é próprio (perigo), embora conservando o mesmo *nomen jûris* do crime consumado a que se refere e de que constitui execução incompleta”, como elucida Germano Marques da Silva⁴⁸¹.

Como já observámos, a tentativa representa uma extensão da punição a atos de execução de um certo tipo de crime que não chegou a ser consumado, e é nesta ótica que se pode afirmar que a tentativa é um crime incompleto ou um crime imperfeito. O crime pode chegar a não ser consumado devido ao facto de não se terem praticados todos os atos de execução, neste caso estaríamos perante uma tentativa em sentido restrito ou tentativa inacabada, ou então, pode acontecer que todos os atos de execução sejam praticados, mas que não se chegue a produzir o resultado esperado, neste caso estamos perante uma tentativa acabada ou crime frustrado. É de notar que o CP não distingue estas duas formas de tentativa, acabada e inacabada, no entanto não as confunde.⁴⁸²

Destarte, para que se verifique uma tentativa acabada ou inacabada é fundamental que tenham sido realizados atos de execução de um determinado tipo de crime que o agente deliberou cometer, no entanto o crime não se chega a consumir, não obstante,

⁴⁷⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal: Parte Geral...* p. 813 e 814.

⁴⁸⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal: Parte Geral...* p. 814.

⁴⁸¹ SILVA, Germano Marques da – *Direito Penal Português: Teoria...* p. 315 e 316.

⁴⁸² SILVA, Germano Marques da – *Direito Penal Português: Teoria...* p. 316.

como já mencionámos, a lei, posteriormente autonomiza a punição da tentativa, e acaba por considerá-la como um crime perfeito⁴⁸³.

Tanto no plano da tipicidade como no plano da lesão do bem jurídico, distingue-se a tentativa do crime consumado. No plano da tipicidade, o crime consumado representa a realização plena do tipo legal, já a tentativa executa parcialmente o tipo legal do crime consumado e é sempre um tipo de crime de intenção, isto é, a intenção de praticar o crime a consumir. No plano da lesão do bem jurídico, o crime consumado lesa o bem jurídico ou realiza o perigo previsto na norma incriminadora, no entanto a tentativa põe em perigo de lesão o bem jurídico tutelado pelo dispositivo normativo que prevê o crime consumado. No que concerne aos crimes de perigo concreto, o crime consumado coloca em perigo de forma mais intensa o bem jurídico do que o crime tentado, pois, os atos de execução praticados não têm como efeito a produção do evento de perigo que só a realização completa do tipo do crime de perigo produziria⁴⁸⁴.

Em face da moldura penal prevista no artigo 299º do CP, parece resultar que a tentativa será sempre punível, uma vez que a moldura penal é de pena de prisão superior a 3 anos para o crime em questão e uma vez que o critério legal de punição da tentativa é o da punição dos crimes consumados com pena superior a 3 anos (cfr. artigos 22º e 23º do CP), salvo disposição em contrário. Porém coloca-se a questão de saber se qualquer uma das modalidades de ação contidas no tipo, anteriormente referidas, conduz à punibilidade da tentativa? Assim, é necessário saber e analisar se todas as modalidades admitem esta figura, ou como defende a jurisprudência alemã, se esta situação apenas acontece com a modalidade de ação traduzida em fundar a associação⁴⁸⁵.

Remontando à problemática do art. 299º do CP, é de relembrar “que esta incriminação apresenta-se como uma antecipação da tutela penal, sendo que não é necessário a prática de um crime pela associação para que possa existir punibilidade pelo crime” ínsito no artigo 299º do CP. Posto isto, há quem defenda como Figueiredo Dias e Pedro Caeiro, que a figura da tentativa, prevista nos artigos 22º e 23º do CP, seria, à partida, aplicável à previsão do preceito em análise a todas as modalidades de ação, face às molduras penais previstas no artigo em causa, não é aplicável em todas essas modalidades, “nomeadamente porque os atos executórios para a fundação ou

⁴⁸³ SILVA, Germano Marques da – *Direito Penal Português: Teoria...* p. 317.

⁴⁸⁴ SILVA, Germano Marques da – *Direito Penal Português: Teoria...* p. 317.

⁴⁸⁵ CAEIRO, Pedro; DIAS, Jorge de Figueiredo – *Artigo 299º...* p. 826.

configurarão uma promoção ou atos preparatórios não puníveis”⁴⁸⁶. Em jeito de anotação, é de referir que os atos preparatórios, não são punidos no âmbito do crime de associação criminosa, porém os atos preparatórios são punidos no que diz respeito à constituição do grupo terrorista no âmbito do artigo 3º, nº3 da Lei do Combate ao Terrorismo, Lei nº 52/2003, de 22 de agosto.

Contudo, embora a admissibilidade da punibilidade da tentativa para a modalidade de promoção e fundação da associação criminosa, aparenta configurar uma “antecipação de uma antecipação” da tutela penal, a verdade é que este tipo criminal foi criado tendo em conta a sua perigosidade, sendo este crime analisado com seriedade e critérios bastante rigorosos, tendo em conta que a prova de uma tentativa de fundação será em especial desafiante de estabelecer⁴⁸⁷. Em contrapartida, “nem sempre atos executórios da fundação configurarão uma promoção, visto que em grande parte dos casos, estes, estão rodeados de secretismo, sendo o mesmo inerente a este tipo de práticas. Outrossim, não se poderá argumentar com um «distanciamento face à tutela do bem jurídico» uma vez que o bem jurídico em questão é característico do crime de associação criminosa, ou seja a paz pública, que não deve ser confundindo com os bens jurídicos protegidos pela tutela criminal dos crimes executados pela associação”⁴⁸⁸.

A questão da tentativa neste âmbito prende-se primordialmente com a modalidade da ação fundar, visto que um indivíduo ao tentar fundar uma associação criminosa na verdade poderá já estar a promovê-la, e deste modo podemos observar que “Quem promover ou fundar grupo, organização ou associação cuja finalidade ou atividade seja dirigida à prática de crimes é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos.”, nos termos do artigo 299º, nº 1 do CP. Ou seja, se ao tentar fundar uma associação criminosa já se está a promover a mesma, então aqui não haverá tentativa, mas sim consumação do crime, logo tem de haver uma punição como autoria e não como tentativa⁴⁸⁹: preenchimento do *inter criminis*.

Figueiredo Dias e Pedro Caeiro suscitam a possibilidade deste tipo de crime ser um crime de empreendimento⁴⁹⁰, assim é fulcral entender o que são crimes de empreendimento.

⁴⁸⁶ CAEIRO, Pedro; DIAS, Jorge de Figueiredo – Artigo 299º... p. 826.

⁴⁸⁷ SAMPAIO, Ana Catarina Dias de – A Prova do Crime... p. 29

⁴⁸⁸ SAMPAIO, Ana Catarina Dias de – A Prova do Crime... p. 29

⁴⁸⁹ CAEIRO, Pedro; DIAS, Jorge de Figueiredo – Artigo 299º... p. 826.

⁴⁹⁰ CAEIRO, Pedro; DIAS, Jorge de Figueiredo – Artigo 299º... p. 826.

Os crimes de empreendimento são aquele tipo de crimes em que, no tipo objetivo (do crime em questão), já se prevê a conduta de tentar o resultado, isto é, a conduta típica é também a tentativa. Estes crimes também podem ser denominados como crimes impuros ou impróprios por não terem a expressão quem empreende (*wer unternimmt*)⁴⁹¹.

Figueiredo Dias e Pedro Caeiro afirmam que esta é a melhor solução para a generalidade das modalidades de ação, pois “quem pratica atos de execução com o propósito de promover a associação ou já está efetivamente a promovê-la ou a levar a cabo meros atos preparatórios não puníveis. Quem tentar fazer parte da associação ou apoiá-la ou já está efetivamente a apoiá-la, ou a levar a cabo meros atos preparatórios. Quem tentar chefiar ou dirigir a associação é seguramente porque faz parte dela, é seu membro. Quem finalmente, pratica atos de execução com o propósito de fundar uma associação está já a promovê-la”⁴⁹². Nestas hipóteses típicas não existe lugar a uma punição autónoma da tentativa⁴⁹³, a única exceção, acrescentam, é a hipótese prevista no nº 1 do artigo 299º do CP, fazer parte, pois pode haver casos em que o agente pratica atos tendentes a integrar a associação, mas sem sucesso (porque por exemplo não é aceite)⁴⁹⁴.

Paulo Pinto de Albuquerque também salienta que a tentativa não é aqui punida, uma vez que o crime consubstancia uma antecipação da tutela penal, pelo verbo promover⁴⁹⁵. No mesmo sentido, Alri Zurita Gutierrez defende que a punibilidade da tentativa nestes casos seria estender ainda mais a antecipação da tutela penal⁴⁹⁶.

Contudo, por exemplo, no nosso entender quem tenta chefiar uma associação não tem de ser propriamente um membro da mesma, historicamente podemos observar que ao longo dos anos, em especial entre a famosa máfia italiana, muitas das vezes o que sucedia era que um chefe (ou apenas membro) de uma organização tentava chefiar outra organização criminosa, tentando apoderar-se da mesma e tentando controlar os membros desta, o que, maioritariamente, resultava em inúmeras mortes e numa guerra entre máfias.

⁴⁹¹ FONSECA, José Carlos de Almeida – *Crimes de Empreendimento e Tentativa*: Um estudo com particular incidência sobre o direito penal português. (sl): Livraria Almedina, 1986. p. 89.

⁴⁹² CAEIRO, Pedro; DIAS, Jorge de Figueiredo – Artigo 299º... p. 826.

⁴⁹³ CAEIRO, Pedro; DIAS, Jorge de Figueiredo – Artigo 299º... p. 826.

⁴⁹⁴ CAEIRO, Pedro; DIAS, Jorge de Figueiredo – Artigo 299º... p. 826 e 827.

⁴⁹⁵ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de- *Comentário do Código*...p. 1114.

⁴⁹⁶ Vejamus: “el delito de organización criminal constituye es um delito autónomo y su fundamentación, ya de por sí es compleja, y extender aún más esa punibilidad al grado de tentativa sería extralimitarnos al adelantamiento que se busca conseguir con este tipo de delito autónomo.” In GUTIÉRREZ, Alri Zurita- El Delito de Organización Criminal: Fundamentos de Responsabilidad y Sanciones Jurídicas. Universidad de Sevilla. Tese de Doutoramento, 2016/2017. p. 469.

Neste caso, podemos verificar que o chefe não seria membro da associação, mas sim de uma outra associação, por outras palavras no nosso entender um chefe ou um membro de uma associação pode tentar dirigir ou chefiar outra. Assim entendemos que não se pode excluir, à partida, qualquer atuação pois no fundo a realidade da vida é muito mais rica e complexa do que podemos imaginar, e existem muitas situações em que não se pode excluir a punibilidade da tentativa, como por exemplo tentar chefiar, pois como vimos quem tenta chefiar ou dirigir pode nem fazer parte da associação em questão.

Parece, pois, que este crime não será um crime de empreendimento, ao contrário, por exemplo, do crime de suborno, previsto e punido pelo artigo 363º do CP.

Figueiredo Dias e Pedro Caeiro negando a possibilidade de uma punição autónoma da tentativa (com as exceções já mencionadas), no que à diz respeito a este tipo de crime, referem que não se poderá configurar, em princípio, a possibilidade da desistência. Isto é, não haverá lugar para uma verdadeira desistência nos termos dos artigos 24º e 25º do CP⁴⁹⁷.

Há desistência, segundo o disposto no artigo 24º, nº 1 do CP, quando “a tentativa deixa de ser punível quando o agente voluntariamente desistir de prosseguir na execução do crime, ou impedir a consumação, ou, não obstante a consumação, impedir a verificação do resultado não compreendido no tipo de crime”. É de acrescentar, mesmo que a consumação ou a verificação do resultado seja impedido por facto independente da conduta do agente, a tentativa não é punível se o mesmo se esforçar seriamente para impedir a consumação ou a verificação do resultado, como consta do nº 2 do artigo 24º do CP.

É de notar, como afirma Figueiredo Dias, não existe nenhuma teoria única com que se possa determinar qual o fundamento da impunidade da desistência voluntária da tentativa, é na verdade um fruto da junção de vários pontos de vista⁴⁹⁸.

Como explica Germano Marques da Silva, entre a desistência e o arrependimento ativo existe uma diferença e esta depende do momento em que ocorre a interrupção do processo executivo. Isto é, se o agente ainda não tiver realizado tudo o que era objetivamente necessário para a consumação do crime, estando desta forma perante uma tentativa inacabada, há desistência e, neste caso, a execução do crime fica incompleta. Por outro lado, se o agente já tiver concluído os atos de execução, mas impede a consumação ou a verificação do resultado não compreendido no tipo de crime, há então

⁴⁹⁷ CAEIRO, Pedro; DIAS, Jorge de Figueiredo – Artigo 299º... p. 827.

⁴⁹⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal: Parte Geral*... p. 853 e 854.

arrependimento, e, deste modo, podemos verificar que o arrependimento só é possível na tentativa acabada e também no crime consumado (exceto nos crimes de participação criminosa)⁴⁹⁹.

A desistência deve ser voluntária e só é voluntária quando o agente podia prosseguir com a sua ação delituosa, mas não o quer e não o faz. Posto isto, a desistência voluntária decorre do comportamento exclusivo do agente que iniciara já a execução do crime. No entanto, se o agente desiste devido a um obstáculo intransponível ou por ato de terceiro, estamos então perante uma desistência que não é voluntária. O apuramento da voluntariedade na desistência⁵⁰⁰ é uma tarefa difícil, sendo esta uma questão de provas⁵⁰¹. Para além da voluntariedade ser um dos requisitos ou elemento necessário da desistência, entre outros, constitui a autêntica *ratio essendi* do instituto e o fundamento do seu específico efeito jurídico-penal⁵⁰².

Antes de referir quais os requisitos da desistência, é importante distinguir que quanto ao arrependimento eficaz é suficiente que o agente ativamente impossibilite, por si mesmo ou através de terceiros, que se dê a consumação ou o resultado. No arrependimento ativo há que fazer a diferenciação entre: se a ação do agente impossibilita a consumação do crime ou o resultado não compreendido no tipo de crime. No entanto os efeitos são os mesmos, a tentativa acabada e o crime consumado não são puníveis quando o arrependimento for eficaz, ou seja, quando o agente impede a consumação ou a produção do resultado não compreendido no tipo de crime⁵⁰³.

Figueiredo Dias afirma que é compreensível que, “para alcançar as finalidades político-criminais semelhantes às tidas em vista com aqueles preceitos (24º e 25º do CP) o legislador tenha visto a necessidade de editar a regulamentação abarcada no nº4 do dispositivo normativo do artigo nº 299º do CP”⁵⁰⁴. Mário Meireles refere ainda que “esta constatação é coerente com a antecipação da tutela penal que justifica a existência do tipo de crime da associação” criminosa⁵⁰⁵.

⁴⁹⁹ SILVA, Germano Marques da – *Direito Penal Português: Teoria...* p. 322 e 323.

⁵⁰⁰ A Bíblia concede-nos um exemplo muito claro de desistência voluntária (Génises, 22.12): Quando Abraão já tinha o seu filho sob o seu cutelo, o Anjo do Senhor brandou-lhe que não matasse o filho e Abraão assim o fez, desistiu de prosseguir na execução. Anotação in SILVA, Germano Marques da – *Direito Penal Português: Teoria...* p. 323, nota de rodapé nº 2.

⁵⁰¹ SILVA, Germano Marques da – *Direito Penal Português: Teoria...* p. 323.

⁵⁰² DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal: Parte Geral...* p. 855.

⁵⁰³ SILVA, Germano Marques da – *Direito Penal Português: Teoria...* p. 323 e 324.

⁵⁰⁴ CAEIRO, Pedro; DIAS, Jorge de Figueiredo – Artigo... 827.

⁵⁰⁵ MEIRELES, Mário - *Da Associação Criminosa à Criminalidade...* p. 339.

Apesar do crime já se ter consumado, o agente poderá ter a sua pena em especial atenuada, nos termos do artigo 73º do CP, ou não ter lugar a punição num de dois casos⁵⁰⁶: em primeiro lugar, quando o agente (ou agentes) impedir ou fizer um esforço sério por impedir a sua continuação enquanto associação criminosa; e em segundo, quando o agente (ou agentes) comunicar (comunicarem) à autoridade a existência da organização de forma a esta poder evitar a prática de crimes⁵⁰⁷.

Mário Meireles explica que a primeira circunstância, sob o ponto de vista típico, está circunscrita ao crime de associação criminosa em si mesmo considerado, sendo este o pressuposto que o distingue da segunda circunstância, que pressupõe a análise dos crimes praticados pela associação criminosa. O autor acrescenta que “a ponderação feita por Figueiredo Dias, a propósito deste requisito, deve ser ponderada devido à segunda circunstância prevista na norma, (de o agente comunicar à autoridade a existência da organização de modo a esta poder evitar a prática de crimes)” quando este diz que⁵⁰⁸ “basta 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 continuação das atividades criminosas da organização”⁵⁰⁹. O autor acredita que a forma como se consubstancia o impedir poderá ser feita através da autoexclusão do agente quando a sua função for preponderante na existência da associação criminosa, especialmente, por assumir uma posição de liderança e, nas associações constituídas apenas por três elementos, tal autoexclusão é suficiente para a extinção da associação criminosa⁵¹⁰. Nesta medida o autor discorda de Figueiredo Dias, quando afirma que “já não será suficiente porém que o agente tenha revelado a sua indisponibilidade para o cometer o crime ou nele participar”⁵¹¹.

Posto isto, posteriormente, Figueiredo Dias, que mantém a mesma posição dogmática desde o comentário Conimbricense de 1999, crítica a conclusão feita por Mário Meireles: “criticando esta conclusão, mas na pressuposição equivocada de que ela se refere ao crime de associação criminosa e não aos crimes da associação (...); naturalmente que, como o autor nota, beneficiará do privilégio o agente cuja indisponibilidade para permanecer na associação conduzir a extinção da mesma”⁵¹².

⁵⁰⁶ CAEIRO, Pedro; DIAS, Jorge de Figueiredo – Artigo 299º... p. 827.

⁵⁰⁷ MEIRELES, Mário – *Da Associação Criminosa à Criminalidade*... p. 339.

⁵⁰⁸ MEIRELES, Mário – *Da Associação Criminosa à Criminalidade*... p. 339.

⁵⁰⁹ CAEIRO, Pedro; DIAS, Jorge de Figueiredo – Artigo 299º... p. 827. E 828.

⁵¹⁰ MEIRELES, Mário – *Da Associação Criminosa à Criminalidade*... p. 340.

⁵¹¹ CAEIRO, Pedro; DIAS, Jorge de Figueiredo – Artigo 299º... p. 828.

⁵¹² CAEIRO, Pedro; DIAS, Jorge de Figueiredo – Artigo 299º... p. 828.

Em jeito de concordância, ambos autores seguem o mesmo sentido no que toca à questão de como se avalia o esforço sério para impedir a continuação da associação criminosa. A atuação do agente “deverá ser voluntária, em termos análogos aos que ocorrem na autêntica desistência da tentativa, tal como consta do artigo 24º e 25º do CP”. Porém, o regime legal, neste sentido, não é muito claro, pois oferece um critério muito pouco preciso para fazer tal aferição. O tribunal poderá encontrar dificuldades na análise de todos os elementos de facto de que se possa auxiliar para fundamentar tal conclusão relativamente à seriedade do esforço, que terá mais reconhecimento quando maior tiver sido o êxito obtido com o comportamento do agente, ao impedir a continuação da associação criminosa⁵¹³.

Importa, agora, convocar a segunda situação, sendo esta quando o agente comunica à autoridade a existência da associação criminosa de modo a esta poder evitar a prática de crimes.

Figueiredo Dias explica que, neste caso, torna-se necessário, apesar de o legislador ter utilizado a expressão “poder evitar” e não somente “evitar, que a comunicação tenha efetivamente evitado a prática de, pelo menos, um crime pela organização”⁵¹⁴. Aqui mais uma vez podemos observar discórdia de e Mário Meireles quando este refere que não acompanha Figueiredo Dias e passa a explicar “que entende que a redação legal à semelhança de primeira circunstância, referida anteriormente, não impõe ao agente, que com a sua comunicação às autoridades haja uma obrigação de resultado”. O autor ainda refere que a alteração à redação do nº 4 do artigo 299º do CP, quando comparada com a que constava do anterior nº 4 do artigo 287º do CP de 1982, permite reforçar, sob o ponto de vista teleológico, o sentido agora defendido⁵¹⁵.

Note-se que no nº 4 do antigo art. 287º do CP de 1982 estipulava-se “comunicar à autoridade a sua existência a tempo de esta poder evitar a prática de crimes”.

Figueiredo Dias salienta, ainda, que este dispositivo deve também funcionar quando o agente comunica à autoridade factos que esta já sabia, sem que ele o soubesse⁵¹⁶.

Paulo Pinto de Albuquerque salienta que o arrependimento pode ocorrer quando a organização já realizou crimes ou mesmo quando o arrependido já participou em crimes da associação. Se o perigo representado pela existência da associação tiver sido eliminado

⁵¹³ MEIRELES, Mário – *Da Associação Criminosa à Criminalidade...* p. 340 e 341.

⁵¹⁴ CAEIRO, Pedro; DIAS, Jorge de Figueiredo – Artigo 299º...p. 828.

⁵¹⁵ MEIRELES, Mário – *Da Associação Criminosa à Criminalidade...* p. 341.

⁵¹⁶ CAEIRO, Pedro; DIAS, Jorge de Figueiredo – Artigo... p. 828

(pelo menos no essencial) por força da atuação do agente pode beneficiar de isenção de pena (trata-se de uma causa pessoal de exclusão de pena). Por outro lado se o perigo se mantiver , apesar do esforço sério e voluntário do arrependido , ele pode beneficiar de uma atenuação especial de pena⁵¹⁷.

Concluindo, Figueiredo Dias afirma, consumado o crime, poderá ser aplicável uma atenuação especial da pena, de acordo com o disposto no artigo 73º e 299º nº 4, ambos do CP, ou mesmo não ter lugar a punição, dependendo, no caso concreto, se da atuação do agente, o perigo representado pela associação tenha sido efetivamente eliminado ou, no mínimo, apenas diminuído. O mesmo poderá ocorrer, “num de dois casos: caso o agente tenha impedido ou feito um sério esforço para impedir a continuação do grupo (não tendo, neste caso, de existir necessariamente um outcome positivo); ou, no caso em que informe a existência da associação recorrendo às autoridades a fim de evitar a prática de crimes posteriores”⁵¹⁸. A mais que, como defende, Figueiredo Dias o não ter lugar à punição é diferente da dispensa de pena estabelecida no art. 74º do CP, sendo que no âmbito do artigo 299º do CP não têm aplicação os requisitos estabelecidos no nº 1 do art. 74 do CP⁵¹⁹.

⁵¹⁷ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de – *Comentário do Código...* p. 1115.

⁵¹⁸ CAEIRO, Pedro; DIAS, Jorge de Figueiredo – *Artigo...* p. 827 e 828.

⁵¹⁹ CAEIRO, Pedro; DIAS, Jorge de Figueiredo – *Artigo...* p. 828 e 829.

Conclusão

Com a análise feita da evolução do conceito do crime em questão nos Códigos Penais de 1852, 1886 e 1982, que era no início designado como Associação de Malfeitores, verificámos que este crime passou a estar, mais tarde, previsto noutros diplomas legais, deixando deste modo de estar em exclusivo tipificado no CP.

É também relevante mencionar que a alusão à criminalidade organizada passou a ser também recorrente em diversos diplomas legislativos nacionais, visto que ambas figuras têm uma estrita ligação, mas não se confundem.

Ao verificar todos os diplomas legais onde o crime de associação criminosa está tipificado constatámos que os conceitos jurídicos, os tipos, e as molduras penais previstas para os diversos crimes de associação criminosa não são uniformes, o mesmo sucede entre estes diplomas e o estipulado no artigo 299º do CP, o que suscita equívocos, dúvidas, confusões e erros.

A justificativa do crime de associação criminosa é a perigosidade acrescida que para os bens jurídicos penalmente relevantes resulta da criminalidade organizada. Isto é, está em causa uma intervenção prévia, “através de uma dispensa antecipada de tutela, quando a segurança e a tranquilidade públicas não foram ainda necessariamente perturbadas, no entanto já existe um especial perigo de perturbação que só por si viola a paz pública”⁵²⁰, sendo este o bem jurídico que de forma clara está em causa.

Não obstante, não podemos deixar de ter em consideração, que devido ao aumento da perigosidade destas organizações criminosas e à interferência que já têm na sociedade moderna, o que pode estar em causa no futuro é a própria qualidade democrática do estado.

Concluimos que a questão do número mínimo de pessoas necessário para se considerar que existe uma associação criminosa, encontra-se na atualidade solucionada pelo nº 5 do artigo 299º do CP.

A duração, torna-se indispensável à organização, por sua vez, a mesma não tem de ser determinada *a priori*, porém tem de existir para permitir a realização do escopo da organização. É exigível um mínimo de estrutura organizativa, sendo que não é necessário estar delimitado com rigor e por escrito as funções de cada um dos participantes, requer-se, por sua vez, uma certa estabilidade ou permanência dos elementos que compõem a

⁵²⁰ CAEIRO, Pedro; DIAS, Jorge de Figueiredo - Artigo 299º... p. 809.

organização. Assim dizendo, não se requer que haja uma divisão rigorosa de hierarquização, funcionamento ou divisão de trabalho, visto que, a organização há de surgir como algo suscetível, por natureza, de os assumir.

Estes são os três elementos (elemento organizativo, finalístico e de estabilidade associativa) exigíveis para que se verifique a existência de uma associação criminosa, porém observou-se que tanto a jurisprudência e doutrina dividem-se nesta questão, há quem defenda, como é o caso de Figueiredo Dias, que são necessários não três mas sim cinco elementos a fim de se verificar a existência da mesma. Esses dois elementos adicionais são pois a existência de um qualquer processo de formação da vontade coletiva e um sentimento comum de ligação, por parte dos membros da associação.

Independentemente de serem 3 ou 5 elementos exigíveis a fim de se verificar a existência de uma associação criminosa concluímos que parece que à semelhança do disposto no artigo 2º nº 1 da Lei nº 52/2003, de 22 de agosto⁵²¹ (com a redação dada pela Lei nº 2/2023, de 16 de janeiro), a associação criminosa não tem de ter continuidade na sua composição ou estrutura elaborada, nem os seus membros têm de ter funções, de modo formal, definidas.

No que concerne ao escopo da associação, é de notar que há situações em que o escopo pode apenas ter surgido mais tarde como um desvio de finalidade de uma associação legalmente estabelecida. Porém, não é fulcral que a atividade criminosa seja o único, último ou o principal objetivo da associação.

Podemos observar um claro desenvolvimento, alteração e delimitação do conceito de crime de associação criminosa, em especial quando estamos perante outras figuras jurídicas semelhantes.

Um dos objetivos era fazer a distinção das circunstâncias de comparticipação, do bando e da associação criminosa, que suscita, por vezes, algumas dúvidas. Por mais que não haja uma distinção clara do que seja uma associação criminosa, o mesmo acontece com a figura de bando. Em jeito de conclusão, poderemos obter o conteúdo de bando a partir da noção de comparticipação criminosa, no seu limite inferior, e através da noção do que é uma associação criminosa, no seu limite superior. Concluímos que a diferença essencial entre o conceito de associação criminosa e o conceito de bando está em especial no elemento da estrutura organizatória, pois o elemento finalístico e o elemento de estabilidade é comum a ambos os conceitos.

⁵²¹ Lei de Combate ao terrorismo.

A questão da tentativa prende-se de maneira primordial com a modalidade da ação fundar, visto que um indivíduo ao tentar fundar uma associação criminosa na verdade poderá já estar a promovê-la. No final de contas se ao tentar fundar uma associação criminosa já se está a promover a mesma, então aqui não haverá tentativa, mas sim consumação do crime, logo tem de haver uma punição como autoria e não como tentativa.

Quem tenta chefiar uma associação não tem de ser em rigor um membro da mesma. Historicamente, podemos observar que ao longo dos anos, em especial entre a famosa máfia italiana, muitas das vezes o que sucedia era que um chefe, ou até apenas um membro, de uma organização tentava chefiar outra organização criminosa, tentando-se apoderar da mesma e tentando controlar os membros desta. Neste caso, podemos verificar que o chefe não seria membro da associação, mas sim de uma outra associação.

Não se pode excluir, à partida, qualquer modalidade de atuação, pois no fundo a realidade da vida é muito mais rica e complexa do que podemos imaginar, e existem muitas situações em que não se pode excluir a punibilidade da tentativa, como por exemplo tentar chefiar, pois como vimos quem tenta chefiar ou dirigir pode nem fazer parte da associação em questão.

No entanto, parece pois, que este crime não será um crime de empreendimento, ao contrário, por exemplo, do crime de suborno previsto e punido pelo artigo 363º do CP.

Os autores que negam a possibilidade de uma punição autónoma da tentativa, no que diz respeito a este tipo de crime, referem que não se poderá configurar, em princípio, a possibilidade da desistência. Isto é, não haverá lugar para uma verdadeira desistência nos termos dos artigos 24º e 25º do CP.

Em jeito de conclusão, entendemos que o crime de associação criminosa é composto pelas diferentes modalidades de ação de promotor ou fundador, membro, apoiante, chefe e dirigente. O bem jurídico aqui tutelado é do da paz pública. No que concerne ao escopo criminoso a atividade da associação é dirigida à prática de um ou mais crimes, sendo que os crimes integrantes do escopo são, não só os pertinentes ao direito penal clássico, como também o direito penal secundário, em particular, o direito penal económico, devido ao seu crescimento e pertinência que atualmente tem neste âmbito.

No que diz respeito aos elementos comuns às diferentes modalidades de ação exigíveis para que se verifique a existência de uma associação, como vimos antes, e tal como a lei dispõe, são três, sendo estes o elemento organizativo, finalístico e de estabilidade associativa. Em relação à tentativa, parece-nos, à primeira vista, que apenas

a ação de fundar não admitirá a mesma, pois seria uma antecipação de uma antecipação da tutela penal. No entanto nem sempre os atos executórios da fundação configurarão uma promoção, visto que em grande parte dos casos, estes, estão rodeados de secretismo, sendo o mesmo inerente a este tipo de práticas. Isto é, na verdade, poderá em alguns casos, e dependendo das circunstâncias, existir a possibilidade de tentar fundar.

Deste modo, com esta investigação conseguiu-se esclarecer algumas dúvidas que surgem no âmbito do preenchimento do tipo objetivo do crime de associação criminosa. Porém, acreditamos que é um tema que terá de ser no futuro desenvolvido e solucionado. É urgente e necessário arranjar novos mecanismos, a fim de prevenir e reprimir o crime em questão e em especial por parte do legislador haver uma tipificação mais clara do conceito do crime de associação criminosa.

Referências Bibliográficas

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de – *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 4º Edição. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2021.

BASTOS, Armando Pinto – Acórdão do supremo Tribunal da Justiça, nº 44123 de 26 de Maio de 1993. BMJ nº 427, Junho de 1993 p. 278 a 380.

BEEK, Ulrick – *Sociedade de Risco Mundial: Em busca da segurança Perdida*. Reimpressão da 1ª edição. Edições 70, 2023. ISBN: 9789724418575

BORGES, Raúl – Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, nº 18/07.2GAAMT.P1.S1 de 27 de maio de 2010. [Consult. a 21 de setembro de 2023]. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/bf9755dc1e737be08025775900394e1b?OpenDocument>.

CAEIRO, Pedro; DIAS, Jorge de Figueiredo – Artigo 299º. In *Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial*, Tomo II, Vol. II (artigos 255º a 307º). 2ª Edição. Coimbra: GESTLEGAL Editora, agosto de 2022, p. 806 a 834. ISBN: 978-989-9136-01-4.

CARDOSO, Anabela – Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, nº 359/16.8PZLSB.L15 de 10 de julho de 2018. [Consult. a 3 de outubro de 2023]. Disponível em: <https://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/084668fdc5aad2568025830b002b871d?OpenDocument>.

CARVALHO, Américo Taipa de – Artigo 223º. In *Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial*, Tomo II, Vol. I (artigos 202º a 254º). 2ª Edição. Coimbra: GESTLEGAL Editora, agosto de 2022. ISBN: 9789899136007.

CARVALHO, Simões – Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, nº 141/09.9POLSB-BE.L1-5 de 24 julho de 2014. [Consult. a 17 de junho de 2023]. Disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/5a4058468312503380257d7e0050844c?OpenDocument>.

COUTO, Diana – A Justiça penal relativamente ao bem jurídico “vida humana”. In *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto*. V.8 nº 8, 2016. Disponível em: <https://revistas.ulusofona.pt/index.php/rfdulp/article/view/5728> [Consult. a 11 de julho de 2023].

COSTA, José de Faria – *Noções Fundamentais de Direito Penal*: (Fragmenta iuris poenalis). 4ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2015. ISBN: 9789723223286.

– Artigo 204º. In *Comentário Conimbricense do Código Penal*: Parte Especial, Tomo II, Vol. I (artigos 202º a 254º). 2ª Edição. Coimbra: GESTLEGAL Editora, agosto de 2022. ISBN: 9789899136007.

CORREIA, Eduardo – *Problemas Fundamentais da Participação Criminosa*. Coimbra, 1951, Separata da Revista de Direito e de Estudos Sociais, Anos IV e VI, nº 1 a 3. p. 45 a 50.

– *Direito Criminal*. Volume I, reimpressão, Almedina.

– *Direito Criminal*. Volume II, reimpressão, Almedina.

CRUZ, Nunes – Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, nº 048588 de 14 de novembro de 1996. [Consult. a 2 de setembro de 2023]. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/519402d5116586ff802568fc003b84d0?OpenDocument>.

DIAS, Ferreira – Acórdão do Supremo Tribunal da Justiça, nº 45272 de 1 de Junho de 1994. BMJ nº 438, Julho de 1994, p. 154 a 183.

DIAS, Liliana de Páris – Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, nº 5148/20.2JAPRT-A.P1 de 10 de março de 2021. [Consult. a 5 de dezembro de 2023]. Disponível: <https://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/0f37c2312c5f51f3802586b6005a2f82?OpenDocument>.

DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal* – lições policopiadas ao 1º ano do Curso Complementar de Ciências Jurídicas da Faculdade de Direito. Coimbra: Universidade de Coimbra. 1976. p. 43 a 97.

– *As Associações Criminosas no Código Penal Português de 1982*. In Separata da Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 119, n.º 3751 a 3760. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.

– *Comentário Conimbricense ao Código Penal: Parte Especial, Tomo II*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, artigos 202º a 307º (p.1155- 1175). ISBN: 9789723208559.

– *Direito Penal: Parte Geral, Tomo I*. 3º edição. Coimbra: GESTLEGAL Editora, 2019. ISBN: 978-989-8951-24-3.

DIONÍSIO, Maria Deolinda – Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, nº 696/16.PRPR.T.P1 de 14 de dezembro de 2017. [Consult. a 3 de outubro de 2023]. Disponível em:
<https://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/a9b57564fd92e3e980258218005302bc?OpenDocument>.

FARIA, Maria Paula Ribeiro – *Formas especiais do crime*. 1º edição. Porto: Universidade Católica Editora Porto, julho de 2017. ISBN: 978-989-8835-21-5.

FÉRIA, Teresa – Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, nº 4171/17.9T9CBR.C1.S1 de 14 de julho de 2021. [Consult. a 4 de outubro de 2023]. Disponível em:
<https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/b247c77655b728a480258749005842f1?OpenDocument>.

FERRAJOLI, Luigi – Criminalidade e Globalidade. In *Revista do Ministério Público*, ano 24, nº 96 Outubro/Dezembro de 2003.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de – *Direito Penal Português, Parte Geral, I*. Lisboa: Verbo Editora, 1982. ISBN:9789722201360.

– *Direito Penal Português, Parte Geral, II*. Lisboa: Verbo Editora, 1982.

– *Associações Criminosas formadas para a prática de delitos fiscais* : Parecer. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

– *Lições de Direito Penal*, Parte Geral, I e II. Editora: Almedina, 2010. ISBN: 9789724042053.

FONSECA, José Carlos de Almeida – *Crimes de Empreendimento e Tentativa*: Um estudo com particular incidência sobre o direito penal português. (sl): Livraria Almedina, 1986. ISBN:9789724001012.

GRANCHO, Antunes; ANDRADE, Costa – Reunião com representantes do Conselho Superior da Magistratura sobre a Revisão do Código Penal. *In Atas dos Trabalhos Preparatórios*, Volume IV, Lisboa, 1994. Lisboa: Assembleia da República-Divisão de Edições, 1995.

GONÇALVES, Manuel Lopes Maia – *Código Penal Português Anotado e Comentado*: Legislação Complementar. 18ª Edição. (sl): Almedina. 2007. ISBN:9789724032474.

GONÇALVES, Orlando – Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, nº 274/10.9JALRA-B.C1 de 27 de novembro de 2013. [Consult. a 18 de outubro de 2023]. Disponível em: <https://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/4d499d6f6a75c5e380257c3800385481?OpenDocument>.

GOUVEIA, Joana – *Autoria e Participação – Tráfico de estupefacientes*. Lisboa: Centros de Estudos Judiciários, 2019. [Consult. a 2 de novembro de 2023]. Disponível em: <https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=WvEUpmLv7uI%3D&portalid=30> ISBN: 978-989-8908-59-9

GUTIÉRREZ, Alri Zurita – *El Delito de Organización Criminal*: Fundamentos de Responsabilidad y Sanciones Jurídicas. Universidad de Sevilla. Tese de Doutoramento, 2016/2017. Disponível em: <https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/61304/Tesis%20Alri%20ZURITA%20GUTI%20c3%89RREZ.pdf?sequence=1&isAllowed=y> [Consult. a 14 de dezembro de 2023].

LAFAYETTE, Alexandre; PEREIRA, Victor de Sá – *Código Penal Anotado e Comentado: Legislação conexa e complementar*. 2º edição. (sl): Quid Juris, 2014. ISBN:978-972-724-675-5.

LEAL, Celso – Associação criminosa: Uma questão de autoria. In *Revista Jurídica Portucalense, Law Journal*, nº 18, Porto, Universidade Portucalense. 2015.p. 34 a 57, ISSN: 2183-5799. Disponível em: [file:///Users/marianafernandes/Downloads/6953-Texto%20do%20Trabalho-23133-1-10-20160201%20\(1\).pdf](file:///Users/marianafernandes/Downloads/6953-Texto%20do%20Trabalho-23133-1-10-20160201%20(1).pdf) [Consult. a 13 de junho de 2022].

LEAL-HENRIQUES, Manuel; SANTOS, Manuel Simas – *Código Penal Anotado*, (artigos 236º a 389º) Volume IV. 4º edição. (sl): Rei dos Livros, 2019. ISBN 978-989-8823-99-1.

LIVIANU, Roberto – *Corrupção: Incluindo a nova Lei Anticorrupção*. 2º edição. (sl): Quartir Latin do Brasil, 2014. ISBN:85767472200.

LOPES, Hugo – Acórdão do supremo Tribunal da Justiça, nº 1038/97 de 5 de Fevereiro de 1998. Coletânea de Jurisprudência, Acórdãos do STJ, ano VI, Tomo I, 1998, p.192 a 197.

MÁRQUEZ, Jara Bocanegra – *Tratamiento Jurídico Penal De Las Organizaciones Y Grupos Criminales- Cuestiones Dogmáticas Y De Política Criminal*. 2018-2019. Tesis Doctoral. Disponível em: https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/87607/TESIS_DEFINITIVO.pdf?sequence=1&isAllowed=y [Consult. a 27 de outubro de 2023].

MARTINS, Lourenço – Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, nº 02P32017 de 18 de dezembro de 2002. [Consult. a 3 de outubro de 2023]. Disponível em: <https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/558f546a21bd621a80256cf6003c56b1?OpenDocument>.

MEIRELES, Mário – *Da Associação Criminosa à Criminalidade Organizada no Ordenamento Jurídico Penal português*. 1º Edição. Coimbra: GESTLEGAL, julho de 2020. ISBN: 9789898951403.

MONTEIRO, Armindo – Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, nº 07P2605 de 12 de setembro de 2007. [Consult. a 26 de outubro de 2023]. Disponível em: <https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/3f2be3362ad46b91802573ae0057755f?OpenDocument>.

MONTEIRO, Armindo – Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, nº 101/11.0PAVNO.S1 de 26 de setembro de 2012. [Consult. a 27 de outubro de 2023]. Disponível em: <https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/c212c7ce3a50a99f80257ab8003dce2b?OpenDocument>.

MONTEIRO, Inácio – Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, nº 535/13.5JACBR.C1 de 18 de novembro de 2015. [Consult. a 4 de outubro de 2023]. Disponível em: <https://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/d6aa0c491a35e37b80257f07003c5a21?OpenDocument>.

MORAIS, Anabela – Controvérsias do crime de associação criminosa. In *Julgar online*. 2019. Disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2019/12/20191223-ARTIGO-JULGAR-Controv%C3%A9rsias-do-crime-de-associa%C3%A7%C3%A3o-criminosa-Anabela-Morais.pdf> [Consult. a 6 de junho de 2022].

MOTA, Lopes da – Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, nº 856/19.3T9SNT-D.S1 de 31 de maio de 2022. [Consult. a 11 de novembro de 2023]. Disponível em: <https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/826208680fbfddbf802588550050c7d4?OpenDocument>.

MOURA, Bruno de Oliveira – *A Conduta Prévia e a Culpa na Participação*. 1º edição. Lisboa: Âncora, março de 2022. ISBN: 9789727808014.

NUNES, Duarte Rodrigues – *Curso de Direito Penal: Questões Fundamentais, Teoria Geral do Crime. Parte Geral*, Tomo I. 2ª edição. Coimbra: GESTLEGAL, janeiro de 2023. ISBN: 978-989-9136-14-4.

PINTO, Federico de Lacerda da Costa – *Estudos Projeto Ethos, Corrupção e Criminalidade Económico-Financeira: A Arquitetura do Estado de Direito e a Expansão do Sistema Sancionatório*. Procuradoria-Geral da República, Outubro de 2018.

PEREIRA, Costa – Supremo Tribunal de Justiça, nº 97P1042 de 8 de janeiro de 1998. [Consult. a 29 de novembro de 2023]. Disponível em: <https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/cae47fe93a0728c6802568fc003b9fb4?OpenDocument>.

PEREIRA, Rui – Terrorismo e Insegurança: A resposta portuguesa. In *Revista do Ministério Público*, ano 25, nº 98-Abirl/Junho de 2004. p. 77 a 110.

RIO, J.M. castela; GARCIA, M.Miguez-*Código Penal: Parte geral e especial*. 2ª edição. Coimbra: Almedina, 2015.

PRETO, Manso – Acórdão do Supremo Tribunal Justiça, nº 038085 de 26 de fevereiro de 1986. [Consult. a 9 de julho de 2023]. Disponível em: <https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/83c74352cc80f973802568fc00393c5d?OpenDocument>.

RAMOS, José Joaquim Monteiro – “Constituição e Conceito de Bem jurídico” In *Estudos Comemorativos dos 25 anos do Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna em Homenagem Ao Superintendente Chefe Afonso de Almeida*. Manuel Valente (coord). Coimbra: Almedina AS, novembro 2009. p. 501 a 541.

RIBEIRO, Vinício – Acórdão Supremo Tribunal de Justiça, nº 5/16.0GAAMT.S1 de 10 de outubro de 2018. [Consult. a 22 de novembro de 2023]. Disponível em: <https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/aeceed3374a4780e802583a900505258?OpenDocument>.

ROCHA, Ferreira – Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, nº 046282 de 4 de maio de 1995. [Consult. a 9 de julho de 2023]. Disponível em: <https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/6e9ec3242f4f8c5d802568fc003b7d27?OpenDocument>.

RODRIGUES, Cunha – *Lugares do Direito*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 103. ISBN: 972-32-0914-4.

ROXIN, Claus – *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. 3ª edição. Lisboa: Veja, 1998. ISBN: 972-699-157-9.

SAMPAIO, Ana Catarina Dias de – *A Prova do Crime de Associação Criminosa: Uma Análise Jurisprudencial Crítica*. Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna. 2019. Dissertação de Mestrado em Ciências Policiais. Disponível em: <https://comum.rcaap.pt/bitstream/10400.26/30388/1/a%20prova%20do%20crime%20de%20associa%C3%A7%C3%A3o%20criminosa-convertido%20%281%29.pdf> [Consult. a 6 de junho de 2022].

SEQUEIRA, Vaz de – Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, nº 042233 de 13 de Fevereiro de 1992. [Consult. a 4 de outubro de 2023]. Disponível em: <https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/39750bd30e685b02802568fc003a27df?OpenDocument>.

SILVA, Germano Marques da – *Direito Penal Português I: Parte geral*. 3ª edição. Lisboa: Verbo, 2010. ISBN: 978-972-22-3012-4.

– *Direito Penal Português – Teoria do Crime*. 2ª edição. Lisboa: Universidade Católica, 2015. ISBN: 9789725404584.

SIMÃO, José Martins – Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, nº 1054/10.7TALLE.E1 de 20 de novembro de 2012. [Consult. a 22 de novembro de 2023]. Disponível em: <https://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/3888aa30da3d363e80257de10056fa17?OpenDocument>.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – Terrorismo: Fundamento de restrição de Direitos? *In* Adriano Moreira (coord) – Terrorismo. Coimbra: Almedina, 2004.

– *Direito Penal: Fundamentos Político – Criminais*. Lisboa: Manuel Monteiro Guedes Valente, 2017. ISBN:978-972-99118-1-1.

– *Criminalidade Organizada Transnacional: Corpus Delicti – I*. Coimbra: Almedina, 2019. ISBN: 978-972-40-8223-3.

– Terrorismo: Fundamento de restrição de Direitos? *In* Adriano Moreira (coord) – Terrorismo. Coimbra: Almedina, 2004.