



Universidades Lusíada

Ferreira, Windsor Santana, 1995-

Associação criminosa : uma perspetiva de direito comparado luso-brasileiro

<http://hdl.handle.net/11067/7433>

Metadados

Data de Publicação

2023

Resumo

O presente trabalho tem por escopo a investigação do tipo de crime de associação criminosa, sob uma perspetiva de Direito Comparado luso-brasileiro, através da análise do tipo penal previsto no artigo 299.º do Código Penal português e do tipo penal previsto no artigo 288.º do Código Penal brasileiro. A partir de uma abordagem histórico-normativa, foram traçados os processos de consagração e evolução dos tipos penais investigados em ambos os ordenamentos jurídicos. Em seguida, foram analisados os...

The scope of this research is to investigate the type of crime of criminal association, from a perspective of luso-brazilian Comparative Law, through the analysis of the criminal type provided for in article 299 of the Portuguese Penal Code and the criminal type provided for in article 288 of the Brazilian Penal Code. From a historical-normative approach, the processes of consecration and evolution of the criminal types investigated in both legal systems were traced. Next, the constituent elemen...

Palavras Chave

Crime organizado - Direito e legislação - Portugal, Crime organizado - Direito e legislação - Brasil, Direito comparado, Direito penal - Portugal, Direito Penal - Brasil

Tipo

masterThesis

Revisão de Pares

Não

Coleções

[ULL-FD] Dissertações

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-11-14T19:18:09Z com informação proveniente do Repositório



UNIVERSIDADE LUSÍADA

FACULDADE DE DIREITO

Mestrado em Direito

**Associação criminosa:
uma perspetiva de direito comparado luso-brasileiro**

Realizado por:

Windsor Santana Ferreira

Orientado por:

Prof.^a Doutora Ana Bárbara Pina de Morais de Sousa e Brito

Constituição do Júri:

Presidente: Prof. Doutor José Alberto Rodríguez Lorenzo González
Orientadora: Prof.^a Doutora Ana Bárbara Pina de Morais de Sousa e Brito
Arguente: Prof.^a Doutora Raquel Preciosa Tomás Cardoso

Dissertação aprovada em: 20 de março de 2024

Lisboa

2023



UNIVERSIDADE LUSÍADA

FACULDADE DE DIREITO

Mestrado em Direito

Associação criminosa:
uma perspetiva de direito comparado luso-brasileiro

Windsor Santana Ferreira

Lisboa

Novembro 2023



UNIVERSIDADE LUSÍADA

FACULDADE DE DIREITO

Mestrado em Direito

Associação criminosa:
uma perspetiva de direito comparado luso-brasileiro

Windsor Santana Ferreira

Lisboa

Novembro 2023

Windsor Santana Ferreira

Associação criminosa: uma perspetiva de direito comparado luso-brasileiro

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade Lusíada para a obtenção do grau de
Mestre em Direito.

Área científica: Ciências Jurídico-Criminais

Orientadora: Prof.^a Doutora Ana Bárbara Pina de
Morais de Sousa e Brito

Lisboa

Novembro 2023

FICHA TÉCNICA

Autor Windsor Santana Ferreira
Orientadora Prof.^a Doutora Ana Bárbara Pina de Morais de Sousa e Brito
Título Associação criminosa: uma perspetiva de direito comparado luso-brasileiro
Local Lisboa
Ano 2023

CASA DO CONHECIMENTO DA UNIVERSIDADE LUSÍADA - CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO

FERREIRA, Windsor Santana, 1995-

Associação criminosa : uma perspetiva de direito comparado luso-brasileiro / Windsor Santana Ferreira ; orientado por Ana Bárbara Pina de Morais de Sousa e Brito. - Lisboa : [s.n.], 2023. - Dissertação de Mestrado em Direito, Faculdade de Direito da Universidade Lusíada.

I - BRITO, Ana Bárbara Pina de Morais de Sousa e, 1970-

LCSH

1. Crime organizado - Direito e legislação - Portugal
2. Crime organizado - Direito e legislação - Brasil
3. Direito comparado
4. Direito penal - Portugal
5. Direito Penal - Brasil
6. Universidade Lusíada. Faculdade de Direito - Teses
7. Teses - Portugal - Lisboa

1. Organized crime - Law and legislation - Portugal
2. Organized crime - Law and legislation - Brazil
3. Comparative law
4. Criminal law - Portugal
5. Criminal law - Brazil
6. Universidade Lusíada. Faculdade de Direito - Dissertations
7. Dissertations, academic - Portugal - Lisbon

LCC

1. KKQ4314.F47 2023

Dedico este trabalho aos meus pais, o Sr. Dr.
José Wilson Ferreira e a Sra. Pedagoga
Danúcia A. Santana Ferreira.

AGRADECIMENTOS

Ao Deus Todo-Poderoso.

À Professora Doutora Ana Bárbara Pina de Moraes de Sousa e Brito.

À minha família.

Aos meus amigos.

“Elevo os olhos para os montes: de onde me virá o socorro?”

O meu socorro vem do Senhor, que fez o céu e a Terra.

Ele não permitirá que os teus pés vacilem; não dormitará aquele que te guarda.

É certo que não dormita, nem dorme o guarda de Israel.

O Senhor é quem te guarda; o Senhor é a tua sombra à tua direita.

De dia não te molestará o sol, nem de noite, a lua.

O Senhor te guardará de todo mal; guardará a tua alma.

O Senhor guardará a tua saída e a tua entrada, desde agora e para sempre.”

Rei Davi.

APRESENTAÇÃO

Associação criminosa: uma perspectiva de direito comparado luso-brasileiro

Windsor Santana Ferreira

O presente trabalho tem por escopo a investigação do tipo de crime de associação criminosa, sob uma perspectiva de Direito Comparado luso-brasileiro, através da análise do tipo penal previsto no artigo 299.º do Código Penal português e do tipo penal previsto no artigo 288.º do Código Penal brasileiro. A partir de uma abordagem histórico-normativa, foram traçados os processos de consagração e evolução dos tipos penais investigados em ambos os ordenamentos jurídicos. Em seguida, foram analisados os elementos constitutivos do tipo penal consagrado no art. 299.º do Código Penal nacional. Os tipos de crime de associação previstos em matérias especialmente reguladas também foram analisados, expondo, assim, as semelhanças e especificidades em relação ao art. 299.º do Código Penal. Seguidamente, como contributo para uma melhor compreensão do entendimento consagrado sobre o objeto investigado, foi realizada uma análise crítica da jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça sobre o crime de associação criminosa. A seguir, foram analisados os elementos constitutivos do tipo penal previsto no art. 288.º do Código Penal brasileiro. Logo depois, foram estudados os tipos de crime de associação previstos em legislação especial no ordenamento jurídico brasileiro. O entendimento consagrado pelos Tribunais Superiores brasileiros sobre o crime de associação criminosa também foi objeto de uma análise crítica. Mais adiante, com o intuito de estabelecer os limites e contornos do objeto investigado, foram analisadas as figuras análogas existentes em ambos os ordenamentos jurídicos investigados. Posteriormente, foi elaborada uma síntese comparativa com vista à constatação das semelhanças e diferenças existentes entre o tipo penal previsto no art. 299.º do Código Penal e o tipo penal previsto no art. 288.º do Código Penal brasileiro. Por fim, foram expostas as conclusões originadas do estudo desenvolvido, sendo, finalmente, apresentada uma proposta de iure condendo, inspirada no tipo de associação criminosa consagrado no Código Penal nacional, a ser oportunamente transposta para o tipo de associação criminosa previsto no Código Penal brasileiro.

Palavras-chave: Associação Criminosa – Direito Comparado – Luso-Brasileiro – Direito Penal.

PRESENTATION

Criminal association: a perspective of luso-brazilian comparative law

Windsor Santana Ferreira

The scope of this research is to investigate the type of crime of criminal association, from a perspective of luso-brazilian Comparative Law, through the analysis of the criminal type provided for in article 299 of the Portuguese Penal Code and the criminal type provided for in article 288 of the Brazilian Penal Code. From a historical-normative approach, the processes of consecration and evolution of the criminal types investigated in both legal systems were traced. Next, the constituent elements of the criminal type provided for in art. 299 of the national Penal Code were analyzed. The associative types provided for in specially regulated matters were also analyzed, thus exposing the similarities and specificities in relation to art. 299 of the Penal Code. Next, as a contribution to a better understanding of the established understanding of the object investigated, a critical analysis of the jurisprudence of the Supreme Court of Justice about the crime of criminal association was carried out. Next, the constituent elements of the criminal type provided for in art. 288 of the Brazilian Penal Code were analyzed. Soon after, the associative types provided for in special legislation in the Brazilian legal system were analyzed. The understanding established by the Brazilian Superior Courts regarding the crime of criminal association was also the subject of a critical analysis. Further on, in order to establish the limits and contours of the investigated object, analogous figures existing in both legal systems investigated were analyzed. Subsequently, a comparative synthesis was prepared with a view to verifying the similarities and differences between the criminal type provided for in art. 299 of the Penal Code and the criminal type provided for in art. 288 of the Brazilian Penal Code. Finally, the conclusions arising from the study developed were exposed, and finally, a *iure condendo* proposal was presented, inspired by the type of criminal association enshrined in the national Penal Code, to be transposed in due course to the type of criminal association provided for in the Brazilian Penal Code.

Keywords: Criminal Association – Comparative Law – Portuguese-Brazilian – Criminal Law.

LISTA DE ABREVIATURAS, SIGLAS E ACRÓNIMOS

Ampl.	-	Ampliada
Art.	-	Artigo
Arts.	-	Artigos
Cfr.	-	Confira
CP	-	Código Penal
CRP	-	Constituição da República Portuguesa
DL.	-	Decreto-lei
Ed.	-	Edição
Fl.	-	Folha
Fls.	-	Folhas
Inc.	-	Inciso
MG	-	Minas Gerais
N.º		Número
N.ºs	-	Números
P.	-	Página
Pp.	-	Páginas
Rev.	-	Revista
RGIT	-	Regime Geral das Infracções Tributárias
SISNAD	-	Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas
Ss.	-	Seguintes
STF	-	Supremo Tribunal Federal
STJ	-	Supremo Tribunal de Justiça
Vol.	-	Volume

SUMÁRIO

1. Introdução	19
2. Evolução histórico-normativa do tipo legal de associação criminosa	23
2.1. Portugal.....	23
2.2. Brasil	32
3. A associação criminosa no ordenamento jurídico português	43
3.1. Elementos constitutivos do crime	43
3.1.1. Elementos do tipo legal	44
3.1.1.1. O tipo subjetivo	48
3.1.2. A ilicitude	49
3.1.3. A culpa	49
3.1.4. Punibilidade	50
3.1.5. 2.1.5 Concursos	52
3.2. A associação criminosa em outros diplomas legais do ordenamento jurídico português.....	53
3.2.1. Associação criminosa – Art. 89.º da Lei n.º 15/2001, de 05 de junho.....	53
3.2.2. Associações Criminosas - Art. 28.º do Decreto-lei n.º 15/93, de 22 de janeiro.....	55
3.2.3. Associação de auxílio à imigração ilegal – Art. 184.º da Lei n.º 23/2007, de 4 de julho	58
3.3. Análise da jurisprudência portuguesa sobre o crime de associação criminosa	60
3.3.1. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 11 de dezembro de 2003, proc. 03P2293.....	61
3.3.2. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27 de Maio de 2010, proc. 18/07.2GAAMT.P1.S1.....	67
3.3.3. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18 de Fevereiro de 2016, proc. 68/11.4JBLSB.L1.S1	72
4. A associação criminosa no ordenamento jurídico brasileiro	77
4.1. Elementos constitutivos do crime	77
4.1.1. Elementos do tipo legal	78
4.1.1.1. O tipo subjetivo	82
4.1.2. A ilicitude	83
4.1.3. Culpabilidade.....	84
4.1.4. Punibilidade	84
4.1.5. Concursos	86
4.2. A associação criminosa em outros diplomas legais do ordenamento jurídico brasileiro	88

4.2.1. Associação para o genocídio – Art. 2º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956.....	88
4.2.2. Associação criminosa para a prática de crime hediondo – Art. 8º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990.....	92
4.2.3. Associação criminosa para o tráfico de drogas – Art. 35º da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.....	94
4.3. Análise da jurisprudência brasileira sobre o crime de associação criminosa ...	98
4.3.1. Acórdão do Supremo Tribunal Federal de 17 de dezembro de 2012, Ação Penal 470 Minas Gerais	98
4.3.2. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 07 de março de 2017, Habeas Corpus n.º 374.515 Mato Grosso do Sul.....	109
5. Figuras Análogas	117
5.1. Portugal.....	117
5.1.1. Comparticipação.....	117
5.1.2. Bando	120
5.2. Brasil	123
5.2.1. Concurso eventual de pessoas.....	123
5.2.2. Organização Criminosa - Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013	127
6. Art. 299.º do Código Penal português e art. 288 do Código Penal brasileiro: semelhanças e diferenças	133
6.1. Semelhanças.....	133
6.2. Diferenças	134
7. Conclusão (<i>Iure Condendo</i>)	137
Referências	143

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo a investigação do tipo de crime de associação criminosa sob uma perspectiva de Direito Comparado luso-brasileiro.

A preocupação dos governantes com as associações criminosas é uma realidade presente na sociedade que remonta ao tempo da Roma Antiga. Naquela altura, os governantes temiam tais associações por motivos políticos, como a sedição ou a conjuração¹.

No contexto hodierno as diversas atividades criminosas levadas a cabo por associações criminosas, em determinados casos caracterizadas pelo uso de meios informáticos e por uma atuação transnacional, têm se demonstrado cada vez mais difundidas e sofisticadas.

A existência de associações que tenham por desígnio a prática de crimes representa uma grave ameaça à ordem jurídica devido à especial perigosidade característica dessas associações criminosas.

A ordem jurídica e, em especial, o direito penal, por ser o ramo do direito público responsável pela tutela dos bens jurídicos fundamentais para o desenvolvimento da vida em sociedade, tem o dever de garantir a estabilidade das expectativas de uma vida em sociedade livre da especial perigosidade gerada por associações que tenham por escopo a prática de crimes.

A investigação do tipo de crime de associação criminosa, objeto do nosso trabalho, é fundamental para a compreensão e o combate desta conduta criminosa, e, conseqüentemente, para a garantia da paz pública.

O presente estudo tem como principal objetivo investigar o tipo de crime de associação criminosa, sob uma perspectiva de direito comparado² luso-brasileiro, através da análise aprofundada do tipo de crime previsto e punido pelo artigo 299.º do Código Penal português (*Associação Criminosa*) e do tipo de crime previsto e punido pelo artigo 288.º do Código Penal brasileiro (*Associação Criminosa*).

¹ FRAGOSO, Heleno Cláudio, *Lições de Direito Penal: parte especial*, 3.ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 1981, p. 285.

² *Direito Comparado significa comparação de direitos (em alemão Rechtsvergleichung)*, ALMEIDA, Carlos Ferreira; CARVALHO, Jorge Morais, in *Introdução ao Direito Comparado*, 3ª ed., Almedina, 2013, p. 11.

Os objetivos secundários do estudo, tendo sempre presente a perspectiva comparativa, são os seguintes: traçar a evolução histórico-normativa do tipo legal de associação criminosa; referenciar a previsão da associação criminosa em legislação penal diversa em matérias especialmente reguladas; analisar criticamente o entendimento da jurisprudência dos tribunais superiores; fazer referência às figuras análogas ao tipo de crime de associação criminosa; definir as semelhanças e especificidades existentes entre os tipos penais investigados.

A metodologia a ser utilizada será a do método comparativo de microcomparação³ a ser desenvolvido por meio da investigação e análise de legislações, livros, manuais de direito, artigos científicos, dissertações de mestrado, teses de doutoramento e jurisprudência.

O primeiro capítulo do nosso trabalho será dedicado à evolução histórico-normativa do tipo legal da associação criminosa nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro. Através dessa abordagem inicial, buscaremos traçar a evolução normativa do objeto investigado em ambas as ordens jurídicas.

No segundo capítulo, desenvolveremos com mais pormenor uma análise do tipo legal de associação criminosa previsto no art. 299.º do Código Penal. Faremos também uma referência à previsão do crime de associação criminosa em outros diplomas legais do ordenamento jurídico nacional. Por fim, será feita uma análise crítica da jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça a respeito deste tipo penal.

De modo semelhante, no terceiro capítulo, analisaremos o tipo legal de associação criminosa previsto no art. 288.º do Código Penal brasileiro. A seguir, faremos uma referência à previsão do crime de associação criminosa em leis especiais do ordenamento jurídico brasileiro. Por último, analisaremos criticamente a jurisprudência dos Tribunais Superiores brasileiros sobre o crime de associação criminosa.

Por sua vez, o quarto capítulo se ocupará das figuras análogas ao crime de associação criminosa previstas nos ordenamentos jurídicos investigados. Essa abordagem nos permitirá estabelecer os contornos e limites existentes entre as figuras próximas e o objeto do nosso estudo.

³ “A microcomparação consiste na comparação entre institutos jurídicos afins em ordens jurídicas diferentes”, ALMEIDA, Carlos Ferreira; CARVALHO, Jorge Morais, in “Introdução ao Direito Comparado”, 3ª ed., Almedina, 2013, p. 11.

No quinto capítulo elaboraremos uma síntese comparativa, apresentando, deste modo, as semelhanças e especificidades evidenciadas através do estudo comparativo do tipo penal previsto no art. 299.º do Código Penal Português e do tipo penal previsto no art. 288.º do Código Penal brasileiro.

Por fim, mas não menos importante, serão apresentadas as conclusões obtidas através da investigação desenvolvida e uma proposta de *iure condendo* inspirada no tipo de associação criminosa do Código Penal português a ser, oportunamente, transposta para o tipo de associação criminosa do Código Penal brasileiro.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICO-NORMATIVA DO TIPO LEGAL DE ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA

2.1. PORTUGAL

Uma referência à evolução histórico-normativa da associação criminosa se demonstra necessária para uma correta compreensão deste tipo legal de crime no tempo presente. Nas palavras de Figueiredo Dias “*A história jurídico-penal do conceito de associação é, assim, a história da afirmação da sua autonomia como elemento da facticidade típica*”.⁴”

Inspirado no artigo 265.º do Código Penal Napoleónico de 1810⁵, a primeira formulação moderna do tipo legal de associação criminosa⁶, o legislador nacional consagrou no artigo 263.º do Código Penal de 1852, sob a epígrafe “*Associações de Malfeitores*”, o crime de associação criminosa no ordenamento jurídico português pela primeira vez.

Em sua redação original, o art. 263.º do Código Penal de 1852 estabelecia:

“Associações de Malfeitores

ARTIGO 263.º

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

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

*§ 2.º São applicaveis as regras sobre a cumplicidade a todo aquelle que, sendo sabedor da associação, der voluntariamente pousada aos associados, ou os acolher, ou lhes fornecer logar de reunião*⁷.”

A tipificação desta conduta criminosa, naquela altura, visava à tutela antecipada e a proteção das pessoas e propriedades, especialmente, contra os ataques de grupos compostos principalmente por malfeitores, mendigos e vagabundos. Era exigido que a

⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo, “*As Associações Criminosas no Código Penal Português de 1982*”, Coimbra Editora, Separata da Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 119, n.º 3751 a 3760, 1988, p. 23.

⁵ Article 265. “*Toute association de malfaiteurs envers les personnes ou les propriétés, est un crime contre la paix publique*”.

⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo, “*As Associações Criminosas no Código Penal Português de 1982*”, Coimbra Editora, Separata da Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 119, n.º 3751 a 3760, 1988, p. 13.

⁷ Em nosso trabalho faremos as transcrições dos artigos e citações conforme a grafia dos textos originais.

associação fosse formada com o intuito de atacar pessoas ou propriedades e que a organização em si se manifestasse por convenção ou quaisquer outros factos⁸.

Levy M. Jordão, no seu comentário ao artigo 263.º do Código Penal de 1852, expõe os três elementos da incriminação: “1.º que haja uma associação formada ou organizada; 2.º que a associação tenha por objecto atacar as pessoas ou as propriedades; 3.º que o criminoso faça parte dessa associação⁹.”.

Conforme ensina Beleza dos Santos, as associações de malfeitores naquela época se apresentavam “disciplinadas, com um comando superior, às vezes com uma hierarquia complicada, com uma lei interna, que marcava os deveres de cada um e a distribuição das vantagens, muitas vezes com a sua sede, lugar ou lugares de reunião¹⁰.”.

A formulação original do crime de associações de malfeitores foi alvo de críticas por parte da doutrina. A restrição do objeto da associação de malfeitores, que deveria exclusivamente ser “*formada para atacar as pessoas, ou as propriedades*”, foi um dos principais alvos das críticas elaboradas pelos doutrinadores¹¹.

O legislador procedeu à reformulação da redação do tipo penal de associações de malfeitores no Código Penal de 1886, o art. 263.º do Código Penal passou a dispor:

“Associações de Malfeitores

Art. 263.º 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.”

Passaram, portanto, a ser consideradas criminosas todas as associações que tivessem sido fundadas para o cometimento dos crimes inscritos no Código Penal respeitantes ao direito penal clássico e cuja organização ou existência se manifestasse por

⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo, “As Associações Criminosas no Código Penal Português de 1982”, Coimbra Editora, Separata da Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 119, n.º 3751 a 3760, 1988, pp. 14 e 15.

⁹ JORDÃO, Levy Maria, “*Commentário ao Código Penal Portuguez*”, Morando, Lisboa, 1854, pp. 59 e ss.

¹⁰ SANTOS, José Beleza dos, in Revista de Legislação e Jurisprudência – “*O crime de Associação de Malfeitores (interpretação do artigo 263.º do Código Penal)*”, Ano 70º, 1937, p. 99.

¹¹ JORDÃO, Levy Maria, “*Commentário ao Código Penal Portuguez*”, Morando, Lisboa, 1854, p. 60.

convenção ou quaisquer outros factos¹². Por conseguinte, o âmbito típico foi alargado e passou a ser exigida somente a comprovação da “existência” da *societas sceleris* manifestada “*por convenção ou por quaisquer outros factos*”.

Deste modo, o legislador nacional buscou acompanhar a evolução doutrinária do conceito de associação criminosa, apresentando, assim, um conceito dotado de maior maleabilidade face às muitas facetas que a realidade criminosa pode assumir, com contornos mais ou menos definidos em determinados casos. Figueiredo Dias refere que “*Determinante passa a ser a existência da associação, independentemente do seu tipo de organização*”¹³.

Por força da Lei n.º 24/81, de 20 de agosto, a redação do art. 263.º do Código Penal de 1886 foi alterada:

“Art. 263.º Quem fundar ou dirigir grupo, organização ou associação que se proponha ou cuja actividade seja dirigida à prática de crimes será condenado na pena de prisão maior de dois a oito anos.

§ 1.º Quem promover, fundar ou dirigir grupo, organização ou associação terrorista será condenado na pena de prisão maior de doze a dezasseis anos.

§ 2.º Considera-se grupo, organização ou associação terrorista todo o agrupamento de duas ou mais pessoas que, actuando concertadamente, visem prejudicar a integridade e a independência nacionais ou impedir, alterar ou subverter o funcionamento das instituições do Estado previstas na Constituição ou forçar a autoridade pública à prática de um acto, a abster-se de o praticar ou a tolerar que se pratique ou ainda a intimidar certas pessoas, grupos de pessoas ou a população em geral, mediante a prática de quaisquer crimes:

a) Contra a vida, a integridade física ou a liberdade das pessoas;

b) Contra a segurança dos transportes, vias ou meios de comunicação, incluindo as comunicações telegráficas, telefónicas, de radiodifusão ou de televisão;

c) Contra a segurança da aviação civil;

d) Que impliquem o emprego de bombas, granadas, armas de fogo, substâncias ou engenhos explosivos, meios incendiários de qualquer natureza, encomendas ou cartas armadilhadas;

e) Que impliquem o emprego de substâncias venenosas, corrosivas, tóxicas ou asfixiantes ou a contaminação de alimentos e águas destinados a consumo humano, por

¹² DIAS, Jorge de Figueiredo, “As Associações Criminosas no Código Penal Português de 1982”, Coimbra Editora, Separata da Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 119, n.º 3751 a 3760, 1988, pp. 17 e ss.

¹³ *Idem*, p. 22.

forma a criarem perigo para a vida ou de grave lesão para a saúde ou integridade física e psíquica de outrem.

§ 3.º Nas mesmas penas incorrerá aquele que aderir ao grupo, organização ou associação, com eles colaborar de modo directo, seguir as suas instruções ou conscientemente facilitar as suas actividades, subsidiando as, ou fazendo a sua propaganda ou apologia ou dando guarida aos seus membros.

§ 4.º Quando o grupo, organização ou associação, ou as pessoas referidas no corpo do artigo e no parágrafo anterior possuam qualquer dos meios indicados nas alíneas d) e e) do § 2.º destinados a concretização dos seus propósitos criminosos, a pena será agravada de um quarto.

§ 5.º Os actos preparatórios da constituição de um grupo, organização ou associação terrorista serão punidos com a pena de prisão maior de dois a oito anos.”

Podemos notar que após as alterações promovidas pela Lei n.º 24/81, de 20 de agosto, o art. 263.º do CP de 1886 passou a congrega a tipificação do crime de associação criminosa e de organização terrorista.

No § 2.º do art. 263.º, o legislador consagrou os elementos necessários para que se pudesse considerar um grupo, organização ou associação como sendo terrorista. Importa ressaltar a definição de “*duas ou mais pessoas*” como o número de pessoas necessárias para a existência de uma organização ou associação terrorista.

Conforme veremos a seguir, no Código Penal de 1982 os crimes de associação criminosa e de organização terrorista passaram a ser positivados em diferentes artigos do Código Penal.

Com o advento do Código Penal de 1982, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de setembro, o tipo legal por nós investigado passou a estar previsto no art. 287.º, sob a epígrafe “*Associações Criminosas*”, inserido no Capítulo V, respeitante aos “*Crimes contra a ordem e a tranquilidade públicas*”, na Secção II, dedicada aos “*Crimes contra a paz pública*”.

A redação do crime de associações criminosas, previsto no art. 287.º da versão original do Código Penal de 1982, dispunha:

“ARTIGO 287.º

(Associações criminosas)

1 - Quem fundar grupo, organização ou associação cuja actividade seja dirigida à prática de crimes será punido com prisão de 6 meses a 6 anos.

2 - Na mesma pena incorre quem fizer parte de tais grupos, organizações ou associações ou quem os apoiar, nomeadamente fornecendo armas, munições, instrumentos de crime, guarda ou locais para as reuniões, ou qualquer auxílio para que se recrutem novos elementos.

3 - Na pena de prisão de 2 a 8 anos incorre quem chefiar ou dirigir os grupos, organizações ou associações referidos nos números anteriores.

4 - As penas referidas podem ser livremente atenuadas, ou deixar mesmo de ser aplicadas, se o agente impedir a continuação dos grupos, organizações ou associações ou comunicar à autoridade a sua existência a tempo de esta poder evitar a prática de crimes.”

Na sequência do art. 287.º do CP de 1982, surge o art. 288.º, sob a epígrafe “Organizações Terroristas”, que positivou de forma autónoma e específica a punição das organizações terroristas, nos seguintes termos:

“ARTIGO 288.º

(Organizações terroristas)

1 - Quem promover ou fundar grupo, organização ou associação terrorista será punido com prisão de 5 a 15 anos.

2 - Considera-se grupo, organização ou associação terrorista todo o agrupamento de 2 ou mais pessoas que, actuando concertadamente, visem prejudicar a integridade e a independência nacionais ou impedir, alterar ou subverter o funcionamento das instituições do Estado previstas na Constituição ou forçar a autoridade pública à prática de um acto, a abster-se de o praticar ou a tolerar que se pratique ou ainda a intimidar certas pessoas, grupos de pessoas ou a população em geral mediante a prática de quaisquer crimes:

a) Contra a vida, a integridade física ou a liberdade das pessoas;

b) Contra a segurança dos transportes e comunicações, incluindo as telegráficas, telefónicas, de radiodifusão ou de televisão;

c) De produção dolosa de perigo comum, através de incêndio, libertação de substâncias radioactivas ou de gases tóxicos ou asfixiantes, de inundação ou avalanche, desmoronamento de construção, contaminação de alimentos e águas destinados a consumo humano ou difusão de epizootias;

d) De sabotagem;

e) Que impliquem o emprego de bombas, granadas, armas de fogo, substâncias ou engenhos explosivos, meios incendiários de qualquer natureza, encomendas ou cartas armadilhadas.

3 - Na pena do n.º 1 deste artigo incorre quem aderir aos grupos, organizações ou associações terroristas referidos no número anterior.

4 - Quando um grupo, organização ou associação ou as pessoas referidas nos n.os 1 e 3 possuam qualquer dos meios indicados na alínea e) do n.º 2 destinados à concretização dos seus propósitos criminosos a pena será agravada de um terço nos seus limites mínimo e máximo.

5 - Na pena de prisão de 10 a 15 anos incorre quem chefiar ou dirigir grupo, organização ou associação terrorista.

6 - Os actos preparatórios da constituição de um grupo, organização ou associação terrorista serão punidos com prisão de 2 a 8 anos.

7 - É aplicável aos casos referidos neste artigo o disposto no n.º 4 do artigo 287.º.”

É com essa formulação que surge, na versão original do Código Penal de 1982, o tipo legal de organizações terroristas. Fruto de uma conjuntura de fatores existentes naquela altura que apontaram para a necessidade de prever de forma individualizada essa conduta criminosa¹⁴.

Sobre o tipo penal de organizações terroristas Figueiredo Dias declara:

“(...) surge todo um preceito novo, o artigo 288.º, que especificamente contempla a protecção penal contra o que chama «organizações terroristas» e a individualiza através do propósito de «prejudicar a integridade e a independência nacionais ou impedir, alterar ou subverter o funcionamento das instituições do Estado prevista na Constituição ou forçar a autoridade pública à prática de um acto, a abster-se de o praticar ou a tolerar que se pratique ou ainda a intimidar certas pessoas, grupos de pessoas ou a população em geral» mediante a prática de crimes de certa espécie que expressamente nomeia¹⁵.”

O ano de 1995 ficou marcado pela Reforma do Código Penal promovida pelo advento do Decreto-Lei n.º 48/95 de 15 de março. No que toca ao objeto investigado, ocorreu uma renumeração do artigo que prevê o crime de “*Associação criminosa*”, deixando de constar no art. 287.º do CP e passando a estar consagrado no art. 299.º do mesmo código.

As alterações promovidas pelo Decreto-lei n.º 48/95 de 15 de março não se limitaram somente quanto à renumeração sistemática do tipo legal de associação criminosa. Como veremos a seguir, o legislador também promoveu algumas alterações à letra da lei. O artigo 299.º passou a conter a seguinte redação:

¹⁴ Posteriormente, o crime de organizações terroristas viria a ser revogado do Código Penal por força da Lei 52/2003, de 22 de Agosto. Por não se tratar do objeto do nosso estudo decidimos fazer apenas uma breve referência ao tipo legal de organizações terroristas.

¹⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo, “*As Associações Criminosas no Código Penal Português de 1982*”, Coimbra Editora, Separata da Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 119, n.º 3751 a 3760, 1988, pp. 25 *in fine* e 26.

“Artigo 299.º - Associação criminosa

1 - Quem promover ou fundar grupo, organização ou associação cuja finalidade ou actividade seja dirigida à prática de crimes é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos.

2 - Na mesma pena incorre quem fizer parte de tais grupos, organizações ou associações ou quem os apoiar, nomeadamente fornecendo armas, munições, instrumentos de crime, guarda ou locais para as reuniões, ou qualquer auxílio para que se recrutem novos elementos.

3 - Quem chefiar ou dirigir os grupos, organizações ou associações referidos nos números anteriores é punido com pena de prisão de 2 a 8 anos.

4 - As penas referidas podem ser especialmente atenuadas ou não ter lugar a punição se o agente impedir ou se esforçar seriamente por impedir a continuação dos grupos, organizações ou associações, ou comunicar à autoridade a sua existência de modo a esta poder evitar a prática de crimes.”

Como podemos notar, as principais alterações promovidas foram as seguintes: no n.º 1 do artigo foi acrescentado “promover” antes de “fundar”, além disso, de modo semelhante, foi acrescentado “finalidade” a anteceder “actividade”, “cuja finalidade ou actividade seja dirigida à prática de crimes”, e por fim, a pena prevista no n. 1º foi alterada para “pena de prisão de 1 a 5 anos”; por sua vez, no n.º 4 o legislador substituiu a expressão “livremente atenuadas” pela expressão “especialmente atenuadas”, e inseriu o verbo “impedir” no texto, “se esforçar seriamente por impedir a continuação”, dando a conhecer uma posição menos exigente, daquela existente anteriormente, para a análise da possibilidade de atenuação ou ausência da pena destinada ao agente que se disponha a cooperar de modo sério com as autoridades competentes no intuito de impedir a continuação da atividade da associação criminosa¹⁶.

Em 09 de Junho de 2004 entrou em vigor na ordem jurídica portuguesa a Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional, mais conhecida como Convenção de Palermo. A Convenção de Palermo apresenta uma definição de associação criminosa que, necessariamente, inclui o objetivo de obter um benefício económico ou material através da prática deste. Para cumprir com tal exigência prevista pela Convenção, este critério foi, conseqüentemente, incorporado na norma penal nacional já existente, o art. 299.º do CP¹⁷.

¹⁶ MEIRELES, Mário Pedro Martins da Assunção Seixas, “Da Associação Criminosa à Criminalidade Organizada do Ordenamento Jurídico-Penal Português”, Tese de Doutoramento em Direito, no ramo das Ciências Jurídico-Criminais, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2018, p. 55.

¹⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa, “Comentário Conimbricense do Código Penal - Parte Especial, Tomo II, Volume II”, Gestlegal, 2022, p. 808.

Posteriormente, por força da Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro, significativas alterações foram introduzidas no art. 299.º do CP. A atual redação do art. 299.º do Código Penal prevê:

“Artigo 299.º

Associação criminosa

1 - Quem promover ou fundar grupo, organização ou associação cuja finalidade ou actividade seja dirigida à prática de um ou mais crimes é punido com pena de prisão de um a cinco anos.

2 - Na mesma pena incorre quem fizer parte de tais grupos, organizações ou associações ou quem os apoiar, nomeadamente fornecendo armas, munições, instrumentos de crime, guarda ou locais para as reuniões, ou qualquer auxílio para que se recrutem novos elementos.

3 - Quem chefiar ou dirigir os grupos, organizações ou associações referidos nos números anteriores é punido com pena de prisão de 2 a 8 anos.

4 - As penas referidas podem ser especialmente atenuadas ou não ter lugar a punição se o agente impedir ou se esforçar seriamente por impedir a continuação dos grupos, organizações ou associações, ou comunicar à autoridade a sua existência de modo a esta poder evitar a prática de crimes.

5 - Para os efeitos do presente artigo, considera-se que existe grupo, organização ou associação quando esteja em causa um conjunto de, pelo menos, três pessoas, actuando concertadamente durante um certo período de tempo.”

Com as alterações advindas da Lei 59/2007, de 4 de setembro, o entendimento passou a ser no sentido de que criminosa é toda associação que tenha por escopo a prática de um ou mais crimes, de acordo com o previsto pelo n.º 1 do artigo. Disposição essa que se demonstra claramente diferente das existentes nas versões anteriores, que determinavam a prática de “*crimes*”, o qual, inevitavelmente, levava ao entendimento de que se fazia necessária a prática de mais de um crime. Deste modo, é criado um novo paradigma.

O n.º 5 do artigo 299.º do CP surge como novidade. Agora, de forma inequívoca, a lei oferece um critério para a definição do conceito de grupo, organização ou associação criminosa, e determina, expressamente, a exigência de no mínimo “*três pessoas*” para que possamos falar de associação criminosa.

Tal determinação, quanto ao número mínimo de pessoas exigido para que possamos falar de grupo, organização ou associação criminosa, representa um rompimento com

a tradição da doutrina portuguesa que no passado admitia o número mínimo de duas pessoas para a constituição de uma associação criminosa¹⁸.

Outra relevante alteração promovida pela Lei 59/2007, de 4 de Setembro surge prevista no artigo 11.º do CP, “*Responsabilidade das pessoas singulares e coletivas*”, agora as pessoas coletivas e entidades equiparadas, com exceção do Estado, de pessoas coletivas no exercício de prerrogativas de poder público e de organizações de direito internacional público, são responsáveis pelo elenco de crimes que constam no n.º 2 do mesmo artigo, nomeadamente, pelo crime de associação criminosa previsto no art. 299.º do CP.

Por fim, não poderíamos deixar de fazer uma referência à Decisão-Quadro 2008/841/JAI, de 24 de outubro, relativa à luta contra a criminalidade organizada, que apresentou em seu art. 1.º uma definição de “*organização criminosa*”, semelhante ao conceito já existente na ordem jurídica nacional de “*grupo, organização ou associação*” criminosa, e que no n.º 2 do mesmo artigo apresenta a definição de “*associação estruturada*”.

As definições apresentadas pela Decisão-Quadro 2006/841/JAI, de 24 de outubro se traduzem em um reforço da não obrigatoriedade de uma estrutura totalmente definida para que possamos falar de associação ou organização criminosa e da necessidade encarar a sua existência através de formas mais maleáveis de estruturação e atuação¹⁹.

Portanto, conforme nos foi possível analisar, o tipo de crime de associação criminosa, outrora denominado “*associação de malfetores*”, passou por uma evolução histórico-normativa no ordenamento jurídico português, através das alterações realizadas no decorrer do tempo pelo legislador nacional, sempre atenta à evolução doutrinária, jurisprudencial e legislativa nacional e internacional do tipo de crime investigado.

¹⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo, “*As Associações Criminosas no Código Penal Português de 1982*”, Coimbra Editora, Separata da Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 119, n.º 3751 a 3760, 1988, pp. 35 *in fine* e 36.

¹⁹ MEIRELES, Mário Pedro Martins da Assunção Seixas, “*Da Associação Criminosa à Criminalidade Organizada do Ordenamento Jurídico-Penal Português*”, Tese de Doutoramento em Direito, no ramo das Ciências Jurídico-Criminais, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2018, pp. 146 *in fine* e 147.

2.2. BRASIL

O Código Penal Napoleónico, conforme já dissemos, foi responsável por consagrar em seu artigo 265.^o a primeira formulação moderna do crime de associação criminosa. Em seguida, do modo que ocorreu, por exemplo, no Código Penal Português de 1852, outras legislações acompanharam o *Códe Penal de 1810* no que diz respeito à tipificação das associações criminosas.

No ordenamento jurídico brasileiro, apesar da existência de verdadeiras associações criminosas atuantes no Brasil desde o século XVIII²⁰, o Código Criminal do Império de 1830 e o Código Penal de 1890 não consagraram a associação criminosa como crime autónomo²¹.

O Código Criminal de 1830 consagrava o tipo de crime de *ajuntamento ilícito*. Sendo esse o tipo que naquele Código mais se aproximava de um delito associativo, importa ressaltar que verdadeiramente não se tratava de um crime associativo, pois, não possuía carácter de estabilidade associativa²².

O crime de *ajuntamento ilícito* era previsto nos artigos 285 a 288 do Código Criminal de 1830, da seguinte forma:

“Art. 285. Julgar-se-há commettido este crime, reunindo-se tres ou mais pessoas com a intenção de se ajudarem mutuamente para commetterem algum delicto, ou para privarem ilegalmente a alguém do gozo, ou exercício de algum direito ou dever.

Art. 286. Praticar em ajuntamento illicito algum dos actos declarados no art. Antecedente.

Penas – de multa, além das mais em que tiver incorrido o réo.

Art. 287. Se o ajuntamento illicito tiver por fim impedir a percepção de alguma taxa, direito, contribuição ou tributo, legitimamente imposto, ou a execução de alguma lei ou sentença; ou se for destinado a soltar algum réo legitimamente preso.

²⁰ Nesse sentido José Lafaieti Barbosa Tourinho, “No Brasil o fenômeno “banditismo rural”, bem desenhado por Chrysolito Chaves de Gusmão, apresentava feições graves, imperando nos sertões, constituindo verdadeiras associações para delinquir, causando devastações principalmente nos Estados do Pernambuco, Rio Grande do Norte, Paraíba, Ceará, na região do “cangaço”, pelo menos desde o século XVIII, chefiados por líderes poderosos, “com direito de vida e de morte”, e que contavam com a proteção de governantes, que deles precisavam em seus “processos políticos”, desempenhando tais agrupamentos papéis históricos.” TOURINHO, José Lafaieti Barbosa, “Crime de quadrilha ou bando & associações criminosas, 2ª edição - Revista e Atualizada”, Curitiba, Juruá, 2009, p. 20.

²¹ GUSMÃO, Chrysolito Chaves de, “O banditismo e Associações para Delinquir (Especialmente no Brasil)”, Rio de Janeiro, Jacintho Ribeiro dos Santos, Livreiro-Editor, 1914, p. 45.

²² HUNGRIA, Néelson, “Comentário ao Código Penal, volume IX, arts. 250 a 361”, Rio de Janeiro, Forense, 1958, p. 174.

Pena – de multa, além das mais em que tiver incorrido o réo.

Art. 288. Os que se tiverem retirado do ajuntamento ilícito, antes de se haver cometido algum acto de violência, não incorrerão em penal alguma.”

Por seu turno, o Código Penal de 1890 consagrava o crime de *ajuntamento ilícito* em seu art. 119, nos seguintes moldes:

“Art. 199. Ajuntarem-se mais de três pessoas, em lugar publico, com designio de se ajudarem mutuamente, para, por meio de motim, tumulto ou assuada: 1º commetter algum crime; 2 privar ou impedir a alguém do gozo ou exercicio de um direito ou dever; 3º exercer algum acto de ódio ou desprezo contra algum cidadão; 4º perturbar uma reunião publica, ou a celebração de alguma festa civica ou religiosa: Pena – de prisão cellullar por um a tres meses.”

Somente com a entrada em vigor do atual Código Penal brasileiro, por força do Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940, o legislador inseriu no artigo 288, sob a epígrafe “*Quadrilha ou Bando*”, o primeiro crime associativo no Direito Penal brasileiro.

O art. 288 do Código Penal brasileiro, em sua redação original, dispunha:

“Quadrilha ou Bando

Art. 288. Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes:

Pena – reclusão, de um a três anos.

Parágrafo único. A pena aplica-se em dobro, se a quadrilha ou bando é armado.”

Inserido no Título IX, “*Dos crimes contra a paz pública*”, surge, portanto, um novo tipo penal responsável pela tipificação de associações dirigidas à prática de crimes e pela tutela da paz pública.

Sobre o bem jurídico tutelado pelo crime de *Quadrilha ou Bando*, a paz pública, Edgard Magalhães Noronha ensina:

“(…) no crime em estudo há, pois, lesão à paz pública, constituída pela existência da associação de criminosos, inconciliável com a ordem, disciplina, etc., que devem reinar no conglomerado social, e existe também perigo para os bens jurídicos, oriundo das ofensas concretas que se propõe realizar o bando ou quadrilha²³.”

²³ CF. NORONHA, Edgar Magalhães, “*Direito Penal, Volume 4*”, São Paulo, Saraiva, 1986, p. 89.

No que toca à razão político-criminal da tipificação desta conduta criminosa, José Lafaieti Barbosa Tourinho, claramente inspirado por Figueiredo Dias, expõe:

“(...) há uma especial ratio político-criminal para a tipificação da conduta em apreço, vez que a perigosidade inerente à quadrilha decorre de transformações da personalidade de seus integrantes, reduzindo-lhes o sentido de responsabilidade individual e mobilizando-os para a atividade criminosa²⁴.”

O mesmo autor aponta para o art. 416 do Código Penal Italiano como sendo o correspondente legal do crime de *Quadrilha ou Bando*, previsto no art. 288 do Código Penal de 1940²⁵.

O tipo previsto no art. 288 exigia a associação de mais de três pessoas, ou seja, a quadrilha ou o bando deveria ser composto por no mínimo 4 pessoas. A associação de tais indivíduos deveria ter como fim o cometimento de crimes.

A pena prevista era a de reclusão de 1 a 3 anos. Na hipótese da Quadrilha ou do Bando ser armado, nos termos do parágrafo único, a pena era aplicada em dobro.

Quanto ao *nomen iuris*, *Cuadrilla* era o termo presente no Código Penal Espanhol de 1822 (art. 338)²⁶ e, por sua vez, o termo *Bandes* era o que se encontrava previsto no Código Penal Napoleônico de 1810 (art. 266.)²⁷.

Segundo João Marcelo Araújo Júnior:

“(...) a lei assemelhou, para efeitos de dar o mesmo tratamento jurídico, a quadrilha e o bando. Ontologicamente não há diferença entre quadrilha e bando. As diferenças são meramente formais, mas convém se estabelecer as distinções. O bando se distingue da quadrilha, porque aquele é rural e, geralmente, se forma pela reunião mais ou menos desorganizada de criminosos, cujas atividades criminosas são convergentes²⁸.”

Nelson Hungria, a corrigir o equívoco cometido por Galdino Siqueira, que comparou o tipo penal do art. 288 com o crime de *ajuntamento ilícito* que se encontrava disposto nos códigos anteriores, afirma:

²⁴ TOURINHO, José Lafaieti Barbosa, *“Crime de quadrilha ou bando & associações criminosas, 2ª edição - Revista e Atualizada”*, Curitiba, Juruá, 2009, p. 33.

²⁵ *Idem*, p.22.

²⁶ “ART. 338 - *Es cuadrilha de malhechores toda reunion ó asociacion de cuatro ó mas personas macomunadas para cometer junta ó separadamente, pero de comum acuerdo, aigun delito ó delitos contra las personas ó contra las propiedades, sean públicas ó particulares.*”

²⁷ “ARTICLE 266. *Ce crime existe par le seul fait d’organisation de bandes ou de correspondance entre elles et leurs chefs ou commandants, ou de vonventions tendant À rendre compte ou à faire distribution ou partage du produit des méfaits.*”

²⁸ ARAÚJO JÚNIOR, J. M. *“Quadrilha ou bando”*, Rio de Janeiro, Liber Juris, 1998, pp. 39 e 40.

“Trata-se de entidade criminal estranha aos nossos Códigos anteriores, não passando de um equívoco de Galdino Siqueira o dizer que o fato já se encontrava aí incriminado sob o nome de ajuntamento ilícito, pois este não passava de reunião acidental de sediciosos ou amotinados na praça pública, sem nenhum caráter de estabilidade associativa. O que se deparava, quer no Código de 1830, quer no de 1890, de alguma afinidade com o crime de que ora se cuida, era, por imitação do art. 61, do Código francês, uma forma de cumplicidade presumida, consistente no favorecimento, mediante prestação de abrigo, a “bandos” de assassinos e roubadores; mas tal cumplicidade referia-se aos crimes acaso praticados pelos bandidos, e não à respectiva associação, que, em si mesma, não era prevista como crime.”²⁹

Renato Matos advoga no sentido de uma forte influência do “cangaceirismo” na criação do tipo de crime de *Quadrilha ou Bando*:

“Acredita-se que tal tipo penal tenha sido criado sob uma forte ascendência do cangaceirismo (...) O cangaceirismo foi um fenômeno criminoso que se estendeu pelo nordeste brasileiro durante o final do século XIX até a década de 1930, exigindo um esforço extraordinário das forças policiais para contê-lo. Entre as causas desse fenômeno podemos apontar as trágicas e penosas condições socioeconômicas do nordeste, além do fato de que a jovem República brasileira possuía ainda instituições repressivas bastante frágeis, incapazes de debelar com presteza e eficácia a criminalidade, principalmente quando organizada, que é justamente o caso dos bandos de cangaceiros.”³⁰

Mais adiante, escreve o autor:

*“(...) podemos afirmar que o cangaceirismo causou um dano incrível à coletividade brasileira, principalmente aos nordestinos mais pobres, sendo lembrado até hoje como um dos exemplos mais eloquentes de associação criminosa. Inclusive, que outra *societas sceleris* é conhecido pelo termo “bando” em seu epíteto, tal qual o “bando de Lampião”?...³¹.”*

No que diz respeito à influência do cangaceirismo na previsão do artigo 288, concordamos com Renato Matos, pois, é inegável o impacto causado pelos Bandos de Cangaceiros na história do Brasil. De modo claro esse fenômeno explicitava a necessidade da tipificação, mesmo que tardia a nosso ver, das associações criminosas como forma de tutela da paz pública no sistema jurídico brasileiro.

Em primeiro de outubro de 1956 é sancionada a Lei n.º 2.889/56, que define e pune o crime de genocídio. Em seu primeiro artigo, o diploma descreve as condutas típicas:

²⁹ HUNGRIA, Néelson, “Comentário ao Código Penal, volume IX, arts. 250 a 361”, Rio de Janeiro, Forense, 1958, p. 174.

³⁰ MATOS FILHO, Renato de Souza - Crimes associativos: Sociedades e organizações criminosas. 1.ª ed. Belo Horizonte : Editora Dialética, 2020, p. 37.

³¹ *Idem*, p. 44.

“Art. 1º Quem, com a intenção de destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como tal:

a) matar membros do grupo;

b) causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo;

c) submeter intencionalmente o grupo a condições de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física total ou parcial;

d) adotar medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo;

e) efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo;

Será punido:

Com as penas do art. 121, § 2º, do Código Penal, no caso da letra a;

Com as penas do art. 129, § 2º, no caso da letra b;

Com as penas do art. 270, no caso da letra c;

Com as penas do art. 125, no caso da letra d;

Com as penas do art. 148, no caso da letra e;”

O art. 2.º da Lei n. 2889/56 positivou o tipo de crime de associação para o genocídio, nos seguintes termos:

“Art. 2º Associarem-se mais de 3 (três) pessoas para prática dos crimes mencionados no artigo anterior.

Pena: Metade da cominada aos crimes ali previstos.”

Assim, o art. 2º. se ocupa de tipificar as associações constituídas especialmente para a prática das condutas descritas no art. 1º da Lei n.º 2.889/56 e determinar as respectivas punições para os infratores.

Como forma de acolher a recomendação presente na Convenção Única sobre Entorpecentes de 1961³², promulgada pelo Decreto 54.216/64, a Lei n.º 5.726 de 29 de outubro de 1971 acrescentou o § 5.º ao art. 281 do Código Penal.

O art. 281 do CP tipificava o comércio, a posse ou uso de entorpecente ou substância que determine dependência física ou psíquica.

³² A Convenção Única sobre Entorpecentes de 1961 atualizou a Convenção de Paris de 13 de julho de 1931.

Com as alterações promovidas pela Lei n.º 5.726/71, o § 5.º do art. 281 do Código Penal passou a dispor:

§ 5º Associarem-se duas ou mais pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer qualquer dos crimes previstos neste artigo e seus parágrafos.

Pena – Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa de 20 (vinte) a 50 (cinquenta) vezes o maior salário mínimo vigente no País.

Deste modo, o legislador inseriu uma nova disposição responsável pela tipificação e punição da quadrilha ou bando dedicada à prática dos crimes previstos no art. 281.º do CP, ou seja, das condutas típicas respeitantes ao tráfico de drogas.

Eram duas as principais diferenças existentes entre a previsão do § 5.º do art. 281 do CP e o tipo previsto pelo art. 288 do CP, o número de indivíduos necessários para a configuração da quadrilha ou bando, apenas 2 indivíduos, e a pena mais grave, de dois a seis anos de prisão e multa de vinte a cinquenta vezes o maior salário mínimo vigente no país.

Com o advento da Lei n.º 5.726/71, o artigo 288 do CP foi derogado no tocante à associação para fins de tráfico ilícito de drogas, passando a ser aplicável nestes casos o disposto pelo § 5.º do art. 281 do CP³³.

Posteriormente, a Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976, Lei Antitóxicos, instituiu em seu artigo 14º o tipo de crime de associação criminosa para a prática do tráfico de drogas.

Dispunha o art. 14 da Lei n. 6.368/76:

“Art. 14. Associarem-se 2 (duas) ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos Arts. 12 ou 13 desta Lei.

Pena: Reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias multa.”

³³ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, “*Algumas notas sobre a associação para fins de Tráfico de Entorpecentes*”, Revista Brasileira de Ciências Criminais, IBCC, Ano 7, n 25, Jan.-Mar., 1999, p. 165.

No art. 14^o, o legislador fez remissão às condutas típicas referentes ao tráfico ilícito de drogas e ao maquinário destinado a fabricação destas, respetivamente previstas e punidas pelos artigos 12³⁴ e 13³⁵ da Lei 6.368/76.

Destarte, por força do disposto no artigo 14^o, a pena prevista para dois ou mais indivíduos que se associassem para a prática, reiterada ou não, das condutas previstas nos arts. 12^o ou 13^o passa a ser de 3 a 10 anos de reclusão e pagamento de cinquenta a trezentos e sessenta dias multa.

Relativamente aos elementos deste tipo penal, Guilherme Calmon Nogueira da Gama discorre:

*“Os elementos especializantes do tipo de crime de associação para fins de tráfico de entorpecentes são: a) a finalidade de realizar qualquer uma das figuras típicas previstas nos arts. 12 e 13 da Lei 6.368/76; b) a existência de pelo menos duas pessoas com vínculo associativo e acordo de vontades.”*³⁶

Portanto, o art. 14 da Lei 6.368/76 consagrou uma forma especial de associação criminosa³⁷, composta pelo número mínimo de dois indivíduos e configurada, até mesmo, nos casos de prática não reiterada das condutas criminosas.

A Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, conhecida como Lei dos Crimes Hediondos, foi responsável por estabelecer novos limites de pena aplicáveis aos membros de

³⁴ “Art. 12. Importar ou exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar; Pena - Reclusão, de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa. § 1^o Nas mesmas penas incorre quem, indevidamente: I - importa ou exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda ou oferece, fornece ainda que gratuitamente, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda matéria-prima destinada à preparação de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica; II - semeia, cultiva ou faz a colheita de plantas destinadas à preparação de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica. § 2^o Nas mesmas penas incorre, ainda, quem: I - induz, instiga ou auxilia alguém a usar entorpecente ou substância que determine dependência física ou psíquica; II - utiliza local de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, para uso indevido ou tráfico ilícito de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica. III - contribui de qualquer forma para incentivar ou difundir o uso indevido ou o tráfico ilícito de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica.”

³⁵ “Art. 13. Fabricar, adquirir, vender, fornecer ainda que gratuitamente, possuir ou guardar maquinismo, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - Reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.”

³⁶ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, “Algumas notas sobre a associação para fins de Tráfico de Entorpecentes”, Revista Brasileira de Ciências Criminais, IBCC, Ano 7, n 25, Jan.-Mar., 1999, p. 165.

³⁷ TOURINHO, José Lafaieti Barbosa, “Crime de quadrilha ou bando & associações criminosas, 2^a edição - Revista e Atualizada”, Curitiba, Juruá, 2009, p. 81.

associações criminosas que tenham como fim a prática de crimes hediondos ou equiparados.

Nos termos do artigo 8.º da Lei 8072/90:

“Art. 8º Será de três a seis anos de reclusão a pena prevista no art. 288 do Código Penal, quando se tratar de crimes hediondos, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo.

Parágrafo único. O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços.”

Constatamos, portanto, um tipo penal qualificado em relação ao previsto pelo artigo 288 do Código Penal, uma vez que o tipo de crime de associação para a prática de crimes hediondos contém penas mínimas e máximas superiores às previstas no art. 288 do CP.

No ano de 1995 é sancionada a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995 (alterada pela Lei nº 10.217/2001), que nos termos do seu art. 1.º definia e regulava os meios de prova e os procedimentos investigatórios aplicáveis aos crimes resultantes das ações praticadas por quadrilhas ou bandos.

Em sua versão originária, a redação do art. 1º da Lei nº 9.034/1995 era a seguinte: “Esta lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versem sobre crime resultante de ações de quadrilha ou bando.”

No ano de 2001, a Lei nº 10.217, de 11 de abril de 2001 alterou a redação do art. 1 da Lei nº 9.034/1995 passando a vigorar com as seguintes alterações: “Art. 1º Esta Lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versem sobre ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo.”

A Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006³⁸, também conhecida como Lei de Drogas, instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – SISNAD.

No art. 35º da Lei 11.343/06 o legislador positivou o tipo penal de associação para o tráfico de drogas. A saber:

³⁸ A Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006 revogou as disposições da Lei 6.368/76, antiga Lei Antitóxico.

“Art. 35. Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa.

Parágrafo único. Nas mesmas penas do caput deste artigo incorre quem se associa para a prática reiterada do crime definido no art. 36 desta lei.”

O dispositivo faz menção aos crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º³⁹, e 34⁴⁰ da mesma lei, que se ocupam, respetivamente, da previsão e punição do tráfico ilícito de drogas e do maquinário destinado à fabricação das mesmas.

A conduta típica descrita pelo art. 35º da Lei 11.343/06 não apresenta grandes diferenças substanciais daquela anteriormente prevista no art. 14 da Lei 6.368/76⁴¹. O tipo penal pune a associação de duas ou mais pessoas para a prática de condutas típicas relacionadas com o tráfico de entorpecentes.

Apesar da grande semelhança com o art. 14º da Lei 6.368/76, notamos um aumento na pena prevista no *caput* do artigo, sendo esta de 3 a 10 anos de reclusão e pagamento de multa de setecentos a mil e duzentas dias-multa.

Por sua vez, o parágrafo único do art. 33º faz referência ao crime definido no art. 36⁴² desta lei, que consiste na conduta de financiar ou custear a prática de qualquer um dos

³⁹ “Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa. § 1º Nas mesmas penas incorre quem: I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas; II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas; III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas. IV - vende ou entrega drogas ou matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas, sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, a agente policial disfarçado, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019).”

⁴⁰ “Art. 34. Fabricar, adquirir, utilizar, transportar, oferecer, vender, distribuir, entregar a qualquer título, possuir, guardar ou fornecer, ainda que gratuitamente, maquinário, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 1.200 (mil e duzentos) a 2.000 (dois mil) dias-multa.”

⁴¹ TOURINHO, José Lafaieti Barbosa, “Crime de quadrilha ou bando & associações criminosas, 2ª edição - Revista e Atualizada”, Curitiba, Juruá, 2009, p. 81.

⁴² “Art. 36. Financiar ou custear a prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 20 (vinte) anos, e pagamento de 1.500 (mil e quinhentos) a 4.000 (quatro mil) dias-multa.”

atos previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34. Deste modo, aqueles que se associam com o fim de financiar ou custear tais condutas, incorrem nas mesmas penas previstas no *caput* do art. 33.

Volvidas algumas décadas desde a consagração do tipo legal de Quadrilha ou Bando no art. 288 do Código Penal de 1940, o contexto social do Brasil havia sido alterado substancialmente. Consequentemente, as formas de atuação e as características das associações criminosas também se modificaram.

Sobre a necessidade de adequação a essa nova realidade Pedro Taques, em um pronunciamento realizado em 2011, discorre:

“Desde a sua elaboração, Srs. Senadores, a população do Brasil quase duplicou, deixou de morar principalmente nos campos, porque nós vivíamos numa sociedade rural e veio para as áreas urbanas. A referência de formação do bando ou quadrilha, por exemplo, Senador Sérgio. V. Ex^a é jurista e sabe bem disso: o art. 288 do Código Penal trata de quadrilha ou bando, foi pensado tendo em conta o bando de Lampião, assim o nosso Código pensa em cangaceiros de Lampião ainda, pouco semelhantes às quadrilhas que hoje têm tentáculos internacionais e até mesmo tentáculos políticos, como nós todos sabemos⁴³.”

Em 2013, com a entrada em vigor da Lei 12.850, de 2 de outubro de 2013, o legislador brasileiro reformulou o tipo penal previsto pelo artigo 288 do CP que passou a se chamar “Associação Criminosa”. A redação do artigo 288 passou a ser a seguinte:

“Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.

Parágrafo único. A pena aumenta-se até a metade se a associação é armada ou se houver a participação de criança ou adolescente.”

Através da leitura da redação do artigo podemos notar que as alterações promovidas pelo legislador não se limitaram somente ao *nomen iuris* do tipo penal em comento.

O número mínimo de pessoas associadas exigido para o preenchimento da conduta prevista pelo tipo de crime de associação criminosa foi reduzido, passando de um mínimo de 4 (quatro) pessoas para 3 (três).

⁴³ TAQUES, Pedro, Pronunciamento realizado em 20/10/2011. Senado Federal, Brasília. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/pronunciamentos/-/p/pronunciamento/390408>. Acessado pela última vez em 21/04/2023.

O termo “*específico*” foi inserido antes de “*cometer crimes*”, evidenciando a intenção de qualificar⁴⁴, de maneira inconfundível e totalmente precisa, o escopo da associação criminosa.

O legislador alterou o critério de aumento de pena, previsto no parágrafo único, nas hipóteses em que a associação for armada, agora já não se duplica a pena, “*umenta-se até a metade*”.

Outra novidade prevista no parágrafo único do art. 288 é a previsão do aumento de pena, de igual modo até a metade, se “*houver a participação de criança ou adolescente*”.

Ora, foi essa a evolução histórico-normativa do tipo legal de associação criminosa no ordenamento jurídico-brasileiro, tendo como sua origem o antigo crime de *quadrilha ou bando*, definitivamente influenciado pelos famosos Bandos de Cangaceiros, evoluindo até a sua formulação atual consagrada pela Lei 12.850, de 2 de outubro de 2013.

⁴⁴ “ESTELLITA, Heloisa e LUIS, Greco, “*Nova definição do crime de associação criminosa*” Conjur, 14/09/2013. Disponível em: www.conjur.com.br/2013-set-14/definicao-organizacao. Acessado pela última vez em 20/04/2023.

3. A ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS

3.1. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DO CRIME

Através da consideração sucessiva dos elementos constitutivos do crime, buscaremos alcançar a compreensão unitária do crime de associação criminosa.

O tipo de crime de associação criminosa, previsto e punido pelo art. 299.º do Código Penal, em termos sistemáticos, está inserido no Livro II, Parte especial, Título IV, dos crimes contra a vida em sociedade, Capítulo V, dos crimes contra a ordem e a tranquilidade públicas, na Secção II, dos crimes contra a paz pública.

Sabemos que o conceito material de crime é constituído, para grande parte da doutrina, pela noção de bem jurídico dotado de dignidade penal. A esta noção de bem jurídico dotado de dignidade penal tem de acrescer ainda outro critério que torne a criminalização legítima, o critério da necessidade de tutela penal⁴⁵, nos termos do n.º 2 do artigo 18.º da CRP.

O bem jurídico tutelado pelo tipo penal da associação criminosa é a paz pública, na medida em que a existência de associações que tenham por escopo a prática de crimes representa um especial perigo de perturbação da segurança e da garantia da manutenção das expectativas sociais de uma vida comunitária livre da especial perigosidade característica das associações criminosas.

Evidente se torna a orientação do tipo da associação criminosa para a tutela de um bem jurídico autónomo⁴⁶, a paz pública, em concordância com o entendimento da doutrina maioritária que também acolhemos⁴⁷.

Estamos diante de uma intervenção do Estado em um estágio prévio, através de uma dispensa antecipada de tutela. Tal posição do legislador, de antecipação da tutela penal para um momento prévio, quando ainda não necessariamente a segurança e

⁴⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo, *“Direito Penal, TOMO I”*, 2ª Edição (2ª Reimpressão), Coimbra Editora, 2012, p. 127.

⁴⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo, *“As Associações Criminosas no Código Penal Português de 1982”*, Coimbra Editora, Separata da Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 119, n.º 3751 a 3760, 1988, pp. 26 in fine e 26.

⁴⁷ Neste sentido, o entendimento maioritário da doutrina portuguesa recusa as concepções defendidas por determinados autores da doutrina italiana (cfr. INSOLERA, 1983, pp. 142 e ss.) que defendem a proteção de um bem jurídico diverso, a ordem pública. De igual modo, diverge também do entendimento de autores alemães (cfr. RUDOLPHI SK6 § 129 2) que advogam a favor de uma função preventiva da incriminação da associação criminosa e pela não existência de um bem jurídico autónomo.

tranquilidade públicas foram perturbadas, se justifica com a especial perigosidade das associações criminosas que viola a paz pública.

É precisamente nesta especial perigosidade que reside a justificativa político-criminal da incriminação desta conduta criminosa. Neste sentido Figueiredo Dias:

“A referida perigosidade especial prende-se sobretudo com as transformações da personalidade individual no seio da organização. Esta tende a quebrar laços que ligavam os seus membros à cultura da legalidade e a induzir a interiorização de lealdades subculturais ou contraculturais. O que tem como efeito uma redução drástica do sentido da responsabilidade individual e uma mobilização para a atividade criminosa daqui resultando uma especial frustração do princípio da prevenção geral positiva ou de integração justamente assente na interiorização das normas⁴⁸.”

Logo, a existência por si só de grupos, organizações ou associações criminosas e toda dinâmica inerente à sua existência, principalmente a nível da transformação da personalidade individual dos seus membros, do rompimento dos laços com a cultura da legalidade e da frustração de princípios ligados à interiorização das normas existentes em um Estado de Direito Democrático, justifica a intervenção do Estado em um momento prévio ao da concretização do crime ou dos crimes planeados pela associação criminosa.

Deste modo, se trata de um crime de perigo abstrato, quanto ao grau de lesão do bem jurídico, assente na especialíssima perigosidade das associações criminosas.

Relativamente à forma de consumação, com exceção da modalidade de fundação, em que estamos diante de um crime de resultado, se trata de um crime de mera atividade⁴⁹.

3.1.1. ELEMENTOS DO TIPO LEGAL

Em conformidade com o disposto nos números 1, 2 e 3 do artigo 299.º do CP, o tipo objetivo assenta em promover ou fundar grupo, organização ou associação cuja finalidade ou atividade seja dirigida à prática de um ou mais crimes; fazer parte ou apoiar, nomeadamente fornecendo armas, munições, instrumentos de crime, guarda ou

⁴⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo, “*Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo II, Vol. II*”, 2ª Edição, agosto 2022, Gestlegal, pp. 809 *in fine* e 810.

⁴⁹ ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de, “*Comentário do Código Penal: à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*”, 4.ª Edição, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2021, p. 1113.

locais para as reuniões ou prestar qualquer auxílio no recrutamento de novos elementos; chefiar ou dirigir tais grupos, organizações ou associações.

Elementos comuns a todas as modalidades de ação que integram o tipo objetivo são, portanto, a existência de um grupo, organização ou associação, e que a atividade deste grupo, organização ou associação seja dirigida à prática de crimes⁵⁰.

Analisaremos primeiro os requisitos necessários para que se considere a existência de um grupo, organização ou associação criminosa e, na sequência, o escopo pelo qual a atividade deste grupo, organização ou associação deve se dirigir.

O n.º 5 do artigo 299.º, aditado pela Lei 59/2007, nos oferece uma noção de grupo, organização ou associação criminosa nos seguintes termos: *“Para os efeitos do presente artigo, considera-se que existe grupo, organização, ou associação quando esteja em causa um conjunto de, pelo menos, três pessoas, atuando concertadamente durante um certo período de tempo”*.

A letra da lei estabelece, portanto, como requisito essencial para a existência da associação criminosa, uma pluralidade de agentes (no mínimo 3 pessoas). Sobre este requisito Beza dos Santos explica:

“É essencial que haja uma associação, isto é, que diversas pessoas se unam voluntariamente para cooperar na realização de um fim ou fins comuns e que essa união possua ou queira possuir uma certa permanência ou estabilidade [...] Para existir o crime a que nos estamos referindo, é preciso, como ensina um autor italiano, que a associação deva viver, ou ao menos propor-se viver, como reunião estável de diversas pessoas ligadas entre si pelo propósito de delinquir e tendo em vista a atuação de um programa criminoso. O que caracteriza este primeiro elemento do crime é, por isso, a união de diversas pessoas, para cooperarem, com uma certa permanência de esforços, num fim comum⁵¹.”

Outro requisito estabelecido é que essa pluralidade de pessoas atue concertadamente durante um certo período de tempo, demonstrando, assim, estabilidade e permanência. Do encontro de vontades dessas pessoas deverá resultar um pacto ou acordo mais ou menos explícito com vista à prática de um ou mais crimes.

⁵⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo, “As Associações Criminosas no Código Penal Português de 1982”, Coimbra Editora, Separata da Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 119, n.º 3751 a 3760, 1988, pp. 31 e 32.

⁵¹ SANTOS, José Beza dos, *in* Revista de Legislação e Jurisprudência – “O crime de Associação de Malfeitores (interpretação do artigo 263.º do Código Penal)”, Ano 70º, 1937, pp. 97 e 98.

Figueiredo Dias defende ainda que do encontro de vontades deverá derivar uma realidade autónoma. Conforme expõe o autor:

“(...) só haverá associação ali, onde o encontro de vontades dos participantes – um qualquer pacto mais ou menos explícito entre eles – tiver dado origem a uma realidade autónoma, diferente e superior às vontades e interesses dos singulares membros. Onde, noutros termos, no plano das realidades psicológicas e sociológicas, derivar do encontro de vontades um centro autónomo de imputação fáctica das acções prosseguidas em nome e no interesse conjunto.”⁵²”

Em sentido contrário ao entendimento da doutrina maioritária, encontramos o entendimento de Mário Pedro Martins da Assunção Seixas Meireles:

“(...) salientamos o papel das circunstâncias factuais objectivas como factor fundamental de aferição da existência da associação criminosa, afastando assim, como decisivo, o elemento transcendental – traduzível por centro autónomo de imputação – tão salientado, como vimos, na doutrina e jurisprudência como determinante para determinar a existência de uma associação criminosa. Este centro autónomo de imputação, numa dada situação concreta, poderá efectivamente existir, mas não deve ser o critério determinante ou exclusivo de aferição da associação criminosa”⁵³”

Com a devida vénia aos ilustres autores que entendem pela exigência da comprovação de uma realidade autónoma, concordamos com o entendimento do autor supratranscrito.

Entendemos que a exigência pela comprovação de uma realidade autónoma, que poderá de facto existir em alguns casos, não deve ser tida como um requisito elementar obrigatório para a configuração do tipo de associação criminosa. A análise deverá ser feita considerando os factos que objetivamente comprovem, ou não, a existência de uma associação criminosa no caso concreto.

Será também exigido um mínimo de estrutura organizativa, composta e viabilizada pela estabilidade e permanência dos indivíduos que fazem parte da associação, e um processo de formação de vontade coletiva. A associação não precisa necessariamente de possuir uma estrutura rígida, definida ou complexa, bastando apenas a distribuição

⁵² DIAS, Jorge de Figueiredo, “As Associações Criminosas no Código Penal Português de 1982”, Coimbra Editora, Separata da Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 119, n.º 3751 a 3760, 1988, p. 33.

⁵³ MEIRELES, Mário Pedro Martins da Assunção Seixas, “Da Associação Criminosa à Criminalidade Organizada do Ordenamento Jurídico-Penal Português”, Tese de Doutoramento em Direito, no ramo das Ciências Jurídico-Criminais, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2018, p.353. Nesse mesmo sentido: MORAIS, Anabela, “Controvérsias do Crime de Associação Criminosa (Análise Do Tipo Legal)”, *Julgar*, dezembro de 2019, p. 43.

das tarefas entre os membros para a prossecução dos fins e objetivos criminosos definidos pela vontade coletiva.

Sobre a exigência de uma estrutura organizativa, Beleza dos Santos afirma:

“Não é necessário que possua qualquer grau de organização específica. Não é necessário que ela tenha uma sede, um lugar determinado de reunião. Não é mesmo essencial que os seus membros se reúnam e nem sequer que se conheçam. Não é preciso que tenha um comando ou uma direcção que lhe dê unidade de impulso, nem que possua qualquer convenção reguladora da sua actividade ou da distribuição dos seus encargos e lucros⁵⁴.”

Em segundo lugar, o tipo objetivo contido no artigo 299.^o determina que a atividade da associação seja dirigida à prática de um ou mais crimes.

Deste modo, o escopo da associação, subordinado à vontade daqueles que são responsáveis pela formação da vontade coletiva, deverá ser criminoso. Importa dizer que se faz necessário que se trate de crimes, do direito penal primário ou secundário, e não de contraordenações⁵⁵.

O escopo criminoso não precisa ser o único ou principal objetivo da associação, basta que se demonstre um pressuposto essencial para a realização do seu fim. O escopo criminoso poderá ser principal, concomitante ou acessório. Nem mesmo há obrigatoriedade da existência deste escopo criminoso no momento da fundação ou criação da associação, na realidade, este poderá ter lugar em momento posterior através de um *“desvio de finalidade”* de uma associação já constituída⁵⁶.

Quanto à sua autoria, no plano do agente, estamos diante de um crime comum, ou seja, pode ser cometido por qualquer pessoa. Paulo Pinto de Albuquerque classifica o crime de associação criminosa como crime de participação necessária na modalidade de convergência⁵⁷, pois, os contributos dos diversos participantes para o facto se dirigem, conjuntamente, à violação do bem jurídico.

⁵⁴ SANTOS, José Beleza dos, in Revista de Legislação e Jurisprudência – “O crime de Associação de Malfeitores (interpretação do artigo 263.^o do Código Penal)”, Ano 70^o, 1937, p. 97 e ss.

⁵⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo, “Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo II, Vol. II”, 2^o Edição, Gestlegal, 2022, p. 817.

⁵⁶ *Idem, Ibidem.*

⁵⁷ ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de, “Comentário do Código Penal: à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, 4.^o Edição, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2021, p. 1115.

As modalidades de ação estão diretamente ligadas às atividades desempenhadas pelos indivíduos no seio da associação criminosa.

O promotor ou fundador da associação criminosa é o indivíduo que tem a ideia criadora e procede à criação da associação. O membro é aquele que integra tal associação. O apoiante é o indivíduo que presta auxílio material ou moral. O angariador se caracteriza pelo recrutamento de novos indivíduos. O chefe ou dirigente é o membro responsável pelo controle da estrutura de comando e, portanto, chefia ou dirige o processo de formação da vontade coletiva da associação criminosa⁵⁸.

As pessoas coletivas, desde a entrada em vigor da Lei 59/2007, também podem responder pela prática deste crime conforme previsto pelo n.º 2 do artigo 11.º do CP.

A lei prevê ainda, no artigo 90.º-F do CP, a pena de dissolução “quando a pessoa coletiva ou entidade equiparada tiver sido criada com a intenção exclusiva ou predominante de praticar os crimes indicados no n.º 2 do artigo 11.º ou quando a prática reiterada de tais crimes mostre que a pessoa coletiva ou entidade equiparada está a ser utilizada, exclusiva ou predominantemente, para esse efeito, por quem nela ocupe uma posição de liderança.”.

Não é exigido que os crimes venham a ser praticados por membros da associação. Bastará a razão ou o apoio essencial à sua prática e que tais crimes, mesmo que praticados por indivíduos ou organizações não pertencentes a ela, sejam direcionados a servir o escopo e, portanto, sejam imputáveis a associação⁵⁹.

3.1.1.1. O TIPO SUBJETIVO

O tipo penal de associação criminosa é necessariamente doloso, atento ao disposto pelo artigo 14.º do CP. Logo, a atuação do agente deverá ser levada a cabo com conhecimento (elemento intelectual) e vontade (elemento volitivo) por parte do mesmo.

Quanto ao conhecimento, supõe-se que o agente conheça todos os elementos constitutivos do tipo objetivo de ilícito. Assim sendo, o agente deve ter conhecimento que existe um grupo, organização ou associação; que o agente é promotor ou fundador,

⁵⁸ *Idem*, p. 1114.

⁵⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa, “*Comentário Conimbricense do Código Penal - Parte Especial, Tomo II, Volume II*”, Gestlegal, 2022, p. 817.

membro ou apoiante, chefe ou dirigente desta associação; e de que o escopo da associação se dirige à prática de um ou mais crimes.

No tocante ao elemento volitivo, o tipo subjetivo admite qualquer modalidade de dolo. Portanto, basta para o correto preenchimento do tipo subjetivo o dolo eventual, previsto no n.º 3 do artigo 14.º do CP. Na esteira Figueiredo Dias, *“Basta assim, p.ex., que o agente, ao fornecer auxílio a um membro da organização, se represente a possibilidade de estar simultaneamente a favorecer a organização criminosa e se conforme com essa possibilidade (art. 14.º-3)⁶⁰”*.

3.1.2. A ILICITUDE

Da conjunção do bem jurídico protegido, a paz pública, e dos elementos do tipo legal deriva o sentido jurídico social da ilicitude material do facto que o tipo de ilícito de associação criminosa compreende.

A ilicitude se prende com a ofensa do bem jurídico tutelado, a paz pública, através do comportamento em desacordo com o direito.

No tipo de crime de associação criminosa, a ilicitude se traduz na conduta do agente que se decide, de maneira consciente, por promover ou fundar, fazer parte ou apoiar, chefiar ou dirigir, grupos, organizações ou associações cuja finalidade ou atividade seja dirigida à prática de um ou mais crimes. Atuando, deste modo, em contrariedade com a norma estabelecida pelo art. 299.º do CP.

3.1.3. A CULPA

Toda a culpa supõe a consciência da ilicitude por parte do agente, tal consciência deve ser atual e efetiva. Somente desta forma será possível afirmar que o agente se decidiu conscientemente contra o direito e, por conseguinte, configurar o elemento decisivo da culpa da vontade⁶¹.

Uma questão que a doutrina discute no âmbito da culpa é o de uma eventual falta de consciência do ilícito. Afirmar essa consciência exclusivamente a partir da consciência

⁶⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa, *“Comentário Conimbricense do Código Penal - Parte Especial, Tomo II, Volume II”*, Gestlegal, 2022, p. 825.

⁶¹ Cfr. FIGUEIREDO DIAS, *“O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal”*, 4.ª edição, Coimbra Editora, 1995, p. 206.

do ilícito dos factos integrantes do escopo associativo se demonstraria um equívoco, pois, ignoraria o princípio da cindibilidade da consciência do ilícito⁶².

Uma vez que toda a culpa se afirma na base do concreto tipo objetivo de ilícito, a consciência do ilícito do tipo de associação criminosa tem de ser autonomamente comprovada. Deste modo, não haverá lugar a dedução ou presunção através da consciência do ilícito dos factos integrantes do escopo associativo ou de alguns deles⁶³.

3.1.4. PUNIBILIDADE

O n.º 1 do artigo 299.º do CP determina a pena de prisão de um a cinco anos para quem promover ou fundar grupo, organização ou associação cuja finalidade ou atividade seja dirigida à prática de um ou mais crimes.

O n.º 2 do mesmo artigo estipula que incorre na mesma pena quem fizer parte de tais grupos, organizações ou associações criminosas ou quem os apoiar, *“nomeadamente fornecendo armas, munições, instrumentos de crime, guarda ou locais para as reuniões, ou qualquer auxílio para que se recrutem novos elementos.”*

Por sua vez, quem chefiar ou dirigir os grupos, organizações ou associações criminosas é punido com pena de prisão de dois a oito anos, nos termos previsto pelo n.º 3 do artigo 299.º do CP.

De forma inequívoca o legislador optou por valorar mais negativamente a conduta de quem chefia ou dirige a associação criminosa devido a maior carga de ilicitude contida nestas condutas. Há, portanto, um agravamento da moldura penal justificado pelo facto de tais modalidades de ação, chefiar ou dirigir, serem qualitativamente mais desvaliosos do que as demais modalidades de ação previstas no tipo legal de associação criminosa⁶⁴.

No que diz respeito à tentativa no crime de associação criminosa, a doutrina majoritária entende que não há lugar a essa figura neste tipo de crime.

⁶² Cfr. FIGUEIREDO DIAS, “*O Problema da Consciência da Ilícitude em Direito Penal*”, 4.ª edição, Coimbra Editora, 1995, p. 246.

⁶³ DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa, “*Comentário Conimbricense do Código Penal - Parte Especial, Tomo II, Volume II*”, Gestlegal, 2022, p. 826.

⁶⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo, “*As Associações Criminosas no Código Penal Português de 1982*”, Coimbra Editora, Separata da Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 119, n.º 3751 a 3760, 1988, pp. 60 *in fine* e 61.

Nas palavras de Paulo Pinto de Albuquerque, “A tentativa não é punível, uma vez que o crime consubstancia já uma antecipação da tutela penal⁶⁵”.

Considerando a natureza deste tipo penal, a punição da tentativa se traduziria em uma eventual punição de atos meramente preparatórios, a priori, não puníveis.

Figueiredo Dias entende que na generalidade das modalidades de ação a tentativa do crime de associação criminosa não é punível, no entanto, aponta para a possibilidade da existência de uma exceção. Segundo o autor:

“A única exceção poderá ser a pertença à (o “fazer parte” da) associação, pois são excogitáveis casos em que o agente pratica atos conducentes a integrar a associação (o estatuto de membro exige, como vimos, um laço de pertinência), mas sem êxito – porque, por exemplo, não é aceite. Nesses casos, talvez se possa divisar uma tentativa (punível)⁶⁶.”

O crime se consuma com a promoção ou fundação, adesão ou apoio, chefia ou direção de um grupo, organização ou associação cuja finalidade ou atividade seja dirigida à prática de um ou mais crimes, ou seja, com a prática de qualquer uma das condutas previstas nos números 1, 2 e 3 do art. 299.º do CP.

O n.º 4 do art. 299.º prevê a possibilidade das penas referidas nos números 1, 2 e 3, do artigo serem especialmente atenuadas ou, até mesmo, não ter lugar a punição “se o agente impedir ou se esforçar seriamente por impedir a continuação dos grupos, organizações, ou associações, ou comunicar à autoridade a sua existência de modo a esta poder evitar a prática de crimes.”.

No primeiro caso, basta o esforço sério do agente no sentido de impedir a continuação dos grupos, organizações ou associações, não sendo necessário que o impedimento seja alcançado de forma efetiva. Já no segundo caso, para que tenha lugar uma atenuação ou isenção da punição, parece ser necessário que a comunicação feita pelo agente tenha verdadeiramente evitado a prática de pelo menos um crime pela associação⁶⁷.

⁶⁵ ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de, “Comentário do Código Penal: à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, 4.º Edição, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2021, p. 1114.

⁶⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa, “Comentário Conimbricense do Código Penal - Parte Especial, Tomo II, Volume II”, Gestlegal, 2022, pp. 826 *in fine* e 827.

⁶⁷ *Idem*, pp. 827 e 828.

3.1.5. 2.1.5 CONCURSOS

No que toca à matéria dos concursos no âmbito do crime de associação criminosa, Figueiredo Dias ensina:

“A concorrência, na actividade da mesma pessoa, de várias modalidades típicas de acção não dá origem a um concurso de crimes: nem há, nos termos do art. 30.º-1, uma pluralidade de tipos preenchidos, nem uma realização plúrima do mesmo tipo de crime (...) Já a concorrência entre o crime de organização (de associação criminosa) e os crimes da organização constituirá, em princípio, um concurso efectivo⁶⁸.”

Logo, haverá concurso efetivo entre o crime de associação criminosa e os crimes cometidos pelo associado no seio da associação. Entretanto, não haverá concurso de crimes de associação criminosa se o mesmo agente realizar mais do que uma das modalidades típicas de ação descritas no tipo de associação criminosa.

Na hipótese da ação do agente se resumir exclusivamente e precisamente na prática de um crime que realiza o escopo da associação, reflexões quanto à existência de exceções a esta regra, naturalmente, poderão ser ponderadas.

Sobre a existência de tais exceções o mesmo autor desenvolve:

“Exceções a esta regra são pensáveis nos casos em que a ação de apoio se traduz tão só e exatamente na prática de um crime que realiza o escopo criminoso da associação (assim também Miguez Garcia/Castela Rio² 299. 16), a que se adicionam agora os casos em que a associação foi constituída para a prática de um único crime, cuja prática esgota o seu escopo: estes casos podem dar origem, em concreto e dependendo das circunstâncias, a um concurso aparente, resolvido pelo mecanismo da consunção (Figueiredo Dias, DP I 43.º11 ss.), através do qual o sentido de ilícito dominante absorverá o ilícito dominado, dando lugar à punição pelo primeiro e funcionando o crime consumido como factor de agravação da pena concreta (cf. Figueiredo Dias, DP I 43.º/53). Como poderá ser o caso, também, e com a mesma fundamentação oferecida para o caso anterior – agora na forma que a doutrina alemã designa por facto prévio não punível -, de alguém que adquire a qualidade de membro de uma associação unicamente na intenção de cometer certos crimes correspondentes ao seu escopo⁶⁹.”

Portanto, considerando as hipóteses supracitadas, poderá haver um concurso aparente entre o crime de associação criminosa e o crime integrante do escopo da associação praticado pelo agente.

⁶⁸ *Idem*, p. 830.

⁶⁹ *Idem*, p. 831.

3.2. A ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA EM OUTROS DIPLOMAS LEGAIS DO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS

O legislador nacional não se limitou pela incriminação da associação criminosa na previsão existente no art. 299.º do Código Penal. O crime de associação criminosa também se encontra previsto em legislação penal diversa em matérias especialmente reguladas.

Faremos uma referência, não exaustiva, do crime de associação criminosa em alguma legislação diversa. Analisaremos, pois, a previsão do crime de associação criminosa nas seguintes matérias: crimes tributários; tráfico de estupefacientes; auxílio à imigração ilegal.

3.2.1. ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA – ART. 89.º DA LEI N.º 15/2001, DE 05 DE JUNHO

A incriminação de associações dedicadas à prática de infrações tributárias não é novidade no ordenamento jurídico português. O Decreto n.º 42923, de 14 de abril de 1960, no âmbito do Contencioso Aduaneiro, já estabelecia em seu artigo 45.º-A a incriminação da associação formada para a prática de delitos fiscais.

O Decreto-Lei n.187/83, de 13 de Maio, revogou as disposições punitivas existentes do Contencioso Aduaneiro. Assim sendo, o diploma legal não continha incriminação da associação criminosa, pelo que, durante a vigência deste diploma, a jurisprudência entendia pela aplicação do art. 287.º do Código Penal de 1982 às associações cujo escopo se destinava à prática de crimes de contrabando⁷⁰.

Posteriormente, a incriminação da associação criminosa, no âmbito da legislação aduaneira, reaparece com o Decreto-Lei n.º 424/86, de 27 de dezembro. Com exceção aos limites máximos das penas, 2 anos inferiores às previstas pelo artigo do Código Penal, a redação positivada pelo legislador no art. 17.º do citado decreto era idêntica à prevista no art. 287.º do CP de 1982.

Em seguida, o Decreto-Lei n.º 424/86, de 27 de dezembro foi revogado pelo art. 3.º do n.º 1 do Decreto 376-A/89, de 25 de Outubro. O Decreto 376-A/89, de 25 de outubro,

⁷⁰ SILVA, Isabel Marques Da, “O crime de associação criminosa para prática de infrações fiscais”, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martínez, Volume II – Ciências Jurídico-Económicas, Livraria Almedina, Coimbra, 2000, p. 572.

estabeleceu o Regime Jurídico das Infrações Fiscais Aduaneiras que estabelecia em seu art. 34.º o crime de associações criminosas⁷¹.

Atualmente, o art. 89.º do Regime Geral das Infrações Tributárias, aprovado pela Lei n.º 15/2001 de 5 de junho, com as alterações promovidas pela Lei 64-B de 2011, prevê a associação criminosa nos seguintes moldes:

“Associação criminosa

1 - Quem promover ou fundar grupo, organização ou associação cuja finalidade ou actividade seja dirigida à prática de crimes tributários é punido com pena de prisão de um a cinco anos, se pena mais grave não lhe couber, nos termos de outra lei penal.

2 - Na mesma pena incorre quem fizer parte de tais grupos, organizações ou associações ou que os apoiar, nomeadamente fornecendo armas, munições, instrumentos de crime, armazenagem, guarda ou locais para as reuniões, ou qualquer auxílio para que se recrutem novos elementos.

3 - Quem chefiar, dirigir ou fizer parte dos grupos, organizações ou associações referidas 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.

4 - As penas referidas podem ser especialmente atenuadas ou não ter lugar a punição se o agente impedir ou se esforçar seriamente para impedir a continuação dos grupos, organizações ou associações, ou comunicar à autoridade a sua existência, de modo a esta poder evitar a prática de crimes tributários.”

É notável a enorme similitude entre a letra da lei do artigo 87.º do RGIT e a norma prevista no art. 299.º do CP. A estrutura do artigo previsto no RGIT é praticamente a mesma da prevista no Código Penal, não obstante, estamos diante de uma moldura penal específica para a prática de crimes tributários.

A opção político-criminal da estatuição de um crime de associação criminosa no âmbito dos crimes tributários se justifica com a importância dada à temática dos impostos, que acabam por se demonstrar fundamentais na dinâmica existente da sociedade atual e, portanto, como matéria que deve ser integrada e tutelada pelo direito penal de justiça⁷².

⁷¹ *Idem, Ibidem.*

⁷² MEIRELES, Mário Pedro Martins da Assunção Seixas, “Da Associação Criminosa à Criminalidade Organizada do Ordenamento Jurídico-Penal Português”, Tese de Doutoramento em Direito, no ramo das Ciências Jurídico-Criminais, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2018, pp. 94 e ss.

Quanto às penas previstas, os números 1 e 2 do art. 87.º determinam a pena de prisão de 1 a 5 anos para quem promover ou fundar, apoiar ou auxiliar no na tarefa de recrutamento de novos membros para tais grupos, organizações ou associações.

Por sua vez, quem chefiar, dirigir ou fizer parte de tais associações é punido com pena de prisão de 2 a 8 anos, se outra pena mais grave não lhe for aplicável.

O artigo 7.º do RGIT prevê a possibilidade das pessoas coletivas, sociedades, ainda que irregularmente constituídas, e outras entidades fiscalmente equiparadas responderem pelo crime de associação criminosa, previsto no art. 89.º do mesmo diploma.

Considerando que a pena de prisão prevista pelo art. 89.º não é aplicável a uma pessoa coletiva ou equiparada, se faz necessária a aplicação do disposto no n.º 1 do art. 90.º-B do CP que estabelece que os limites mínimo e máximo da pena de multa aplicável às pessoas coletivas equiparadas são determinadas considerando a pena de prisão prevista para as pessoas singulares⁷³.

O n.º 2 do art. 90.º-B do CP determina que, “um mês de prisão corresponde, para as pessoas coletivas ou equiparadas, a 10 dias de multa.”.

Logo, se considerarmos, por exemplo, a pena de prisão prevista no n.º 1 do art. 89.º do RGIT, a pena de multa aplicável às pessoas coletivas ou equiparadas será entre um mínimo de 120 dias e o máximo 600 dias.

Tal solução nos parece adequada para colmatar a inexistência de uma pena prevista para as entidades coletivas ou equiparada e, portanto, se apresenta como uma possibilidade de punição da entidade coletiva no âmbito da associação criminosa dirigida à prática de crimes tributários.

3.2.2. ASSOCIAÇÕES CRIMINOSAS - ART. 28.º DO DECRETO-LEI N.º 15/93, DE 22 DE JANEIRO

Como consequência direta da Convenção das Nações Unidas contra o tráfico ilícito de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas de 1988, assinada e ratificada por Portugal, um novo diploma foi criado no ordenamento jurídico português para regular as

⁷³ *Idem*, pp. 99 *in fine* e 100.

matérias relativas ao tráfico e consumo de estupefacientes, o Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de janeiro.

No âmbito do DL. n.º 15/93, de 22 de janeiro, legislação de combate à droga, o crime de associação criminosa é previsto e punido pelo artigo 28.º, sob a epígrafe “Associações criminosas”, com os seguintes dizeres:

“Associações criminosas

1 - Quem promover, fundar ou financiar grupo, organização ou associação de duas ou mais pessoas que, actuando concertadamente, vise praticar algum dos crimes previstos nos artigos 21.º e 22.º é punido com pena de prisão de 10 a 25 anos.

2 - Quem prestar colaboração, directa ou indirecta, aderir ou apoiar o grupo, organização ou associação referidos no número anterior é punido com pena de prisão de 5 a 15 anos.

3 - Incorre na pena de 12 a 25 anos de prisão quem chefiar ou dirigir grupo, organização ou associação referidos no n.º 1.

4 - Se o grupo, organização ou associação tiver como finalidade ou atividade a prática das condutas previstas nos n.ºs 3 a 5 do artigo 368.º-A do Código Penal face a vantagens ou a prática de recetação de coisas ou animais provenientes dos crimes previstos nos artigos 21.º e 22.º, o agente é punido:

a) Nos casos dos n.ºs 1 e 3, com pena de prisão de 2 a 10 anos;

b) No caso do n.º 2, com pena de prisão de um a oito anos.”

Nos termos do n.º 1 do artigo supracitado, quem promover, fundar ou financiar grupo, organização ou associação de duas ou mais pessoas que vise a prática de algum dos crimes previstos no art. 21.º, tráfico e outras atividades ilícitas⁷⁴, ou previstos no art. 22.º, tráfico de precursores⁷⁵, é punido com pena de prisão de 10 a 25 anos.

⁷⁴ “1 - Quem, sem para tal se encontrar autorizado, cultivar, produzir, fabricar, extrair, preparar, oferecer, puser à venda, vender, distribuir, comprar, ceder ou por qualquer título receber, proporcionar a outrem, transportar, importar, exportar, fizer transitar ou ilicitamente detiver, fora dos casos previstos no artigo 40.º, plantas, substâncias ou preparações compreendidas nas tabelas I a III é punido com pena de prisão de 4 a 12 anos. 2 - Quem, agindo em contrário de autorização concedida nos termos do capítulo II, ilicitamente ceder, introduzir ou diligenciar por que outrem introduza no comércio plantas, substâncias ou preparações referidas no número anterior é punido com pena de prisão de 5 a 15 anos. 3 - Na pena prevista no número anterior incorre aquele que cultivar plantas, produzir ou fabricar substâncias ou preparações diversas das que constam do título de autorização. 4 - Se se tratar de substâncias ou preparações compreendidas na tabela IV, a pena é a de prisão de um a cinco anos.”

⁷⁵ “1 - Quem, sem se encontrar autorizado, fabricar, importar, exportar, transportar ou distribuir equipamento, materiais ou substâncias inscritas nas tabelas V e VI, sabendo que são ou vão ser utilizados no cultivo, produção ou fabrico ilícitos de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas, é punido com pena de prisão de 2 a 10 anos. 2 - Quem, sem se encontrar autorizado, detiver, a qualquer título, equipamento, materiais ou substâncias inscritas nas tabelas V e VI, sabendo que são ou vão ser utilizados no cultivo, produção ou fabrico ilícitos de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas, é punido com pena de prisão de um a cinco anos. 3 - Quando o agente seja titular de autorização nos termos do capítulo II, é punido: a)

O n.º 2 do art. 28. estabelece uma pena de prisão de 5 a 15 anos para quem prestar colaboração, direta ou indireta, aderir, ou apoiar tais associações criminosas. Já o n.º 3 do presente artigo determina uma pena de prisão de 12 a 25 anos para quem chefiar ou dirigir os grupos, organizações ou associações referidas no n.º 1 do artigo.

O n.º 4 dispõe ainda que na hipótese de a associação criminosa ter como finalidade ou atividade a prática das condutas previstas nos números 3 e 5 do art. 368.º-A do CP, branqueamento, face às vantagens provenientes da prática dos crimes previstos nos artigos 21.º e 22.º do Decreto-Lei 15/93, de 22 de janeiro, o agente é punido, nos casos dos n.ºs 1 e 3 com pena de prisão de 2 a 10 anos, ou no caso do n.º 2 com pena de prisão de um a oito anos⁷⁶.

A partir da análise do disposto pelo art. 28.º do Decreto-Lei 15/93, de 22 de janeiro, podemos notar que o crime de “associações criminosas” no âmbito do tráfico de estupefacientes, em comparação com o crime previsto no artigo 299.º do CPP, possui um reforço grave da punição, sendo punido com limites mínimos e máximos muito superiores aos previstos no art. 299.º do Código Penal.

Outra grande diferença prende-se com a exigência de apenas “*duas ou mais pessoas, actuando concertadamente*”, para se concluir pela existência de um grupo, organização ou associação criminosa. Tal previsão do art. 28.º é diferente daquela existente no art. 299.º do CP que exige no mínimo 3 indivíduos para que se possa concluir pela existência de uma associação criminosa.

Claramente o legislador nacional decidiu por ser mais rigoroso na previsão e punição do crime de associação criminosa em matéria de tráfico de estupefacientes. Em certa medida essa posição, mais rigorosa, poderá ser justificada pelo enorme desvalor contido nas condutas criminosas previstas pelo Decreto-Lei 15/93, de 22 de janeiro.

No caso do n.º 1, com pena de prisão de 3 a 12 anos; b) No caso do n.º 2, com pena de prisão de dois a oito anos.”.

⁷⁶ Sobre os crimes de branqueamento praticados pela associação criminosa, Paulo Pinto de Albuquerque desenvolve: “O artigo 299.º do CP pune as associações destinadas à conversão, transferência, dissimulação ou recetação de bens ou produtos dos crimes de lenocínio, abuso sexual de crianças ou de menores dependentes, extorsão, tráfico de armas, tráfico de órgãos ou tecidos humanos, tráfico de espécies protegidas, fraude fiscal, tráfico de influência, corrupção e demais infrações previstas no artigo 1.º da Lei n.º 36/94, de 29.9, bem como dos resultantes crimes puníveis com pena de prisão de duração mínima superior a 6 meses ou de duração máxima superior a 5 anos. Há uma relação de concurso efetivo entre o crime de associação destinado ao branqueamento destes proventos e os concretos crimes de branqueamento praticados pela associação, puníveis pelo artigo 368.ºA do CP.”. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, “Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da CEDH”, 3ª edição atualizada, Universidade Católica, 2021, p. 1116.

Sobre a relação existente entre a previsão do Decreto-Lei 15/93 e a previsão do CP, Paulo Pinto de Albuquerque explica:

“Há uma relação de concurso aparente (especialidade) entre o crime previsto no art. 299.º do CP e o crime previsto no artigo 28.º do Decreto-Lei n. 15/93, de 22.1, com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 45/96, de 3.9. Este artigo prevê a punição de associações criminosas destinadas à prática dos crimes de tráfico de estupefacientes e tráfico de precursores. Os conceitos desta incriminação especial têm o mesmo conteúdo substantivo do seu homólogo do CP, salvo no que respeita ao número mínimo de membros da organização. Há, contudo, uma outra diferença significativa: no Decreto-Lei n.º 15/93, o financiamento do grupo é equiparado à ação de promoção ou fundação do grupo, ao invés do que sucede na incriminação geral, em que a atividade de financiamento do grupo se inclui na ação de auxílio prevista no artigo 299.º, n. 2, do CP⁷⁷.”

Conforme já foi dito, para além da agravação dos mínimos e máximos das penas de prisão previstas, a exigência de apenas duas pessoas para a constituição de uma associação criminosa se demonstra como o grande fator diferencial em relação à previsão do seu correspondente do Código Penal. O autor aponta ainda para equiparação da ação do financiador à ação do promotor ou do fundador.

3.2.3. ASSOCIAÇÃO DE AUXÍLIO À IMIGRAÇÃO ILEGAL – ART. 184.º DA LEI N.º 23/2007, DE 4 DE JULHO

A Lei 23/2007, de 4 de julho, nos termos do artigo 1.º, estabelece “as condições e procedimentos de entrada, permanência, saída e afastamento de cidadãos estrangeiros do território português, bem como o estatuto de residente de longa duração.”.

O art. 184.º do presente diploma prevê o crime de Associação de auxílio à imigração ilegal, nos seguintes termos:

“Associação de auxílio à imigração ilegal

1 - Quem promover ou fundar grupo, organização ou associação cuja finalidade ou atividade seja dirigida à prática dos crimes previstos no artigo anterior é punido com pena de prisão de um a seis anos.

2 - Incorre na mesma pena quem fizer parte de tais grupos, organizações ou associações, bem como quem os apoiar ou prestar auxílio para que se recrutem novos elementos.

⁷⁷ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, “Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da CEDH”, 3ª edição atualizada, Universidade Católica, 2021, pp. 1115 *in fine* e 1116.

3 - Quem chefiar ou dirigir os grupos, organizações ou associações mencionados nos números anteriores é punido com pena de prisão de dois a oito anos.

4 - A tentativa é punível.

5 - As penas aplicáveis às entidades referidas no n.º 1 do artigo 182.º são as de multa, cujos limites mínimo e máximo são elevados ao dobro, ou de interdição do exercício da atividade de um a cinco anos.”

O tipo de crime de associação de auxílio à imigração ilegal positiva a criminalização de grupos, organizações ou associações que tenham por escopo à prática dos crimes previstos no art. 183.º, “Auxílio à imigração ilegal”, da Lei n.º 23/2007, de 4 de Julho.

O n.º 1 do art. 184.º estabelece pena de prisão de um a seis anos para quem promover ou fundar tais grupos, organizações ou associações. O n.º 2 do mesmo artigo estipula a mesma pena para quem fizer parte de tais associações ou prestar auxílio para recrutar novos membros.

Relativamente ao número mínimo de pessoas necessárias para que se possa concluir pela existência da associação criminosa de auxílio à imigração ilegal, Mário Pedro Martins da Assunção Seixas Meireles entende que somente são necessárias duas pessoas. Sobre este tema desenvolve o autor:

“Em face da alteração promovida ao conceito de “associação criminosa” que decorre do CP poderão surgir dúvidas quanto ao número mínimo de pessoas necessárias para que se possa, estando reunidos todos os demais pressupostos, concluir pela existência da “associação criminosa”, na medida em que a norma não prevê o número mínimo de pessoas necessário para a sua existência. Entendemos que não estando expressamente previsto tal requisito, continua a ser possível concluir pela existência da associação, mesmo que somente duas pessoas nela participem, quer porque a decisão legislativa materializada nas alterações ao CP somente se restringem expressamente a tal diploma, quer porque as suas alterações são posteriores à entrada em vigor do diploma em que agora focamos a nossa breve atenção; não deixa, todavia, de a nova percepção do legislador poder ser um argumento relevante para exigir o número mínimo de três pessoas para que se conclua pela existência da associação de auxílio à imigração ilegal; todavia, em sentido contrário, podemos colher do mesmo legislador a mensagem que decorre do facto de manter, para efeitos do crime de associação criminosa no âmbito do tráfico de estupefacientes e no âmbito das organizações terroristas, o número mínimo de duas como requisito para a existência da “associação”⁷⁸.”

⁷⁸ MEIRELES, Mário Pedro Martins da Assunção Seixas, “Da Associação Criminosa à Criminalidade Organizada do Ordenamento Jurídico-Penal Português”, Tese de Doutoramento em Direito, no ramo das Ciências Jurídico-Criminais, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2018, pp. 109 e 110.

Nos termos do n.º 3 do art. 184.º, quem chefiar ou dirigir grupo, organização ou associação dirigida à prática dos crimes previsto no art. 183.º será punido com pena de prisão de dois a oito anos.

Importar ressaltar que no n.º 4 do presente artigo o legislador determina, de forma expressa, que a tentativa do crime de associação de auxílio à imigração ilegal é punível.

É interessante notar que, diferente da previsão existente no artigo 299.º do Código Penal, o legislador buscou clarificar de forma inequívoca a questão referente à possibilidade da figura da tentativa no crime de associação de auxílio à imigração ilegal por meio da própria letra da lei.

Considerando que a presente lei estabelece, nos termos do n.º 1 do art. 182.º, que *“As pessoas coletivas e entidades equiparadas são responsáveis, nos termos gerais, pelos crimes previstos na presente lei.”*, o número 5 do art. 184.º determina a aplicação das penas às pessoas coletivas ou equiparadas pela prática do crime associação de auxílio à imigração ilegal.

Portanto, no âmbito do auxílio à imigração ilegal, tanto as pessoas singulares quanto as pessoas coletivas ou entidades equiparadas poderão ser condenadas pela prática do crime de associação de auxílio à imigração ilegal.

3.3. ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA PORTUGUESA SOBRE O CRIME DE ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA

Nesta parte do nosso estudo, faremos a análise crítica de três acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça⁷⁹ como forma de consolidar o entendimento sobre o tipo penal de associação criminosa e determinar de que forma é aplicada a lei nos casos de associação criminosa.

⁷⁹ Para um estudo aprofundado sobre a jurisprudência dos Tribunais portugueses referente ao tipo de crime de associação criminosa Cfr.: FERREIRA, Rui Elói; SAMPAIO, Beatriz de Mello; FERREIRA, Windsor Santana, *“Jurisprudência Temática de Direito Penal Especial, N.º 87 – Fevereiro 2021, ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA”*, Carlos Pinto de Abreu e Associados – Sociedade de Advogados, 2021. Disponível em: <https://carlospintodeabreu.com/jurisprudencia/>.

3.3.1. ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE 11 DE DEZEMBRO DE 2003, PROC. 03P2293.

Iniciamos a nossa análise da jurisprudência portuguesa, sobre o tipo de crime de associação criminosa, com a análise do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 11 de dezembro de 2003, referente ao proc. 03P2293⁸⁰, relatado por Carmona da Mota.

Em síntese apertada, no processo em apreço, tendo o arguido A sido detido no dia 09 de outubro de 1999, no âmbito de um inquérito por tráfico de estupefacientes, dando, em momento posterior, entrada no Estabelecimento Prisional do Porto, este continuou, mesmo depois de detido, a traficar produtos estupefacientes, dentro e fora do estabelecimento prisional, através da atuação de um grupo composto por diversos indivíduos.

Com base nos factos tidos como provados, o tribunal coletivo dos juízos criminais de Matosinhos, no dia 6 de novembro de 2001, condenou A “(«pela prática, em concurso real, de um crime de associação criminosa e de um crime de tráfico de estupefacientes previstos e punidos pelo n.º 1 do art. 28º e pelos arts. 21º e 24.c do D.L. 15/93, de 22/1») nas penas de 13 e 9 anos de prisão (e, em cúmulo jurídico, na pena única de 17 anos de prisão)⁸¹ e R “pela prática de um crime de tráfico de estupefacientes, p. e p. pelo n.º 1 do art. 21º do mesmo D.L. 15/93») na pena de 4 anos e 2 meses de prisão⁸²”.

Os arguidos A, D, E, G, H, M, F, O e J, naquilo que nos interessa, foram acusados pela prática de um crime de associação criminosa previsto e punido pelo art. 28º do D.L. 15/93, ou seja, de terem fundado ou colaborado com um grupo que se dedicava concertadamente ao tráfico de estupefacientes. Sendo, E, G, H e F, juntamente com o arguido A, condenados pelo crime de associação criminosa. Por sua vez, a arguida R foi acusada pela prática de um crime de tráfico de estupefaciente simples.

Foi considerado que “Todos os arguidos agiram livre, consciente e voluntariamente, e o arguido A agiu com a intenção conseguida de constituir um grupo de pessoas que lhe

⁸⁰ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 11 de Dezembro de 2003, proc. 03P2293. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/-/1115F0FCBDD149AD80256E7D004B41E0>. Acessado pela última vez em: 09/04/2023.

⁸¹ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 11 de dezembro de 2003, proc. 03P2293. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/-/1115F0FCBDD149AD80256E7D004B41E0>. Acessado pela última vez em: 09/04/2023.

⁸² Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 11 de dezembro de 2003, proc. 03P2293. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/-/1115F0FCBDD149AD80256E7D004B41E0>. Acessado pela última vez em: 09/04/2023.

permitisse exercer a actividade de importação, preparação e comercialização de produtos estupefacientes, alguns deles destinados ao comércio dentro do estabelecimento prisional, apesar de estar privado da liberdade. E, G, H e F acederam a integrar aquele grupo, tendo cada um deles funções definidas e específicas na estrutura do mesmo grupo, de acordo com as instruções dadas pelo arguido A, mas cientes de que constituíam as "peças" necessárias à estrutura que permitia quer aquele arguido desempenhasse aquela actividade, e todos transportaram ou cederam a terceiros estupefacientes⁸³."

Tendo a Relação confirmado as decisões proferidas em sede de 1ª instância, os arguidos A e R apresentaram recursos ao Supremo Tribunal de Justiça.

A análise do caso em concreto tem início com a constatação de que o arguido A, antes de ser preso em 08 de setembro de 1999, já traficava estupefacientes a mando de um indivíduo de nacionalidade alemã, tendo outros indivíduos a cooperar com as tarefas necessárias para a prática delituosa.

Depois de detido, o arguido A decidiu livremente por continuar a traficar estupefacientes com a cooperação de outros dois indivíduos de nacionalidade holandesa, dentro e fora do estabelecimento prisional, mas desta vez "*por conta própria*", através de diversos "*colaboradores*".

As instâncias viram neste empreendimento criminoso uma associação criminosa, que no âmbito do tráfico de estupefacientes, se configurou com:

"(...) a união voluntária de duas ou mais pessoas que acordam em dedicar-se, com estabilidade, e de forma mais ou menos organizada, à prática de uma actividade delituosa, no caso ao tráfico de estupefacientes, e é essa união anterior à prática do crime concreto e o elemento de vocação de a mesma se perpetuar no tempo e nos desígnios, que distingue a associação criminosa da participação criminosa, podendo esse acordo de vontades coexistir com maior ou menor organização, com maior ou menor grau de consciência de todos da formação de vontade colectiva e com maior ou menor consciência da subordinação a essa vontade, mas essencial seria que os agentes estivessem de acordo em desenvolver, com permanência e estabilidade, uma actividade criminosa⁸⁴."

⁸³ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 11 de dezembro de 2003, proc. 03P2293. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/-/1115F0FCBDD149AD80256E7D004B41E0>. Acessado pela última vez em: 09/04/2023.

⁸⁴ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 11 de dezembro de 2003, proc. 03P2293. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/-/1115F0FCBDD149AD80256E7D004B41E0>. Acessado pela última vez em: 09/04/2023.

Contudo, diante do entendimento pelo preenchimento do tipo do crime de associação criminosa, é discutida a questão referente à distinção entre aquilo que de facto é uma associação criminosa daquilo que configura a comparticipação criminosa.

No intuito de estabelecer essa distinção, é citado o critério proposto por Figueiredo Dias:

“(...) «Para tanto indispensável se toma uma cuidadosa aferição, pelo aplicador, da existência in casu dos elementos típicos que conformam a existência de uma organização no sentido da lei (...); em muitos casos porém tal não será suficiente, sendo neles indispensável que o aplicador se pergunte se, na hipótese, logo da mera associação de vontades dos agentes resultava sem mais um perigo para bens jurídicos protegidos notoriamente maior e diferente daquele que existiria se no caso se verificasse simplesmente uma qualquer forma de comparticipação criminosa; e que só se a resposta for indubitavelmente afirmativa (in dubio pro reo) possa vir a considerar integrado o tipo de ilícito do art. 299º» (...).

7.4. «Um bom critério prático residirá aliás em o juiz não condenar nunca por associação criminosa, à qual se impute já a prática de crimes, sem se perguntar primeiro se condenaria igualmente os agentes mesmo que nenhum crime houvesse sido cometido e sem ter respondido afirmativamente à pergunta»⁸⁵.”

A seguir, é dito que no caso em concreto o único “empresário” é o arguido A. Os demais indivíduos envolvidos nas práticas criminosas seriam somente “colaboradores” de A. Assim sendo, segundo o entendimento consagrado no acórdão relatado, “não se vê que ele e os seus «colaboradores» merecessem ser «condenados» pela sua simples pertença a esse «corpo» (sem «alma», pois que ausente o «espírito associativo»), mesmo que «nenhum crime houvesse sido cometido»⁸⁶.”

Ademais, segundo o entendimento firmado pelo acórdão em comento, no caso em apreço não foi possível verificar os estímulos e contra-estímulos de natureza criminosa, tipicamente derivados da altíssima e especialíssima perigosidade da associação criminosa.

No mesmo sentido, é dito que no caso em concreto não é possível notar transformações da personalidade individual dos agentes no seio da organização, nem mesmo a quebra de laços com a cultura da legalidade ou a interiorização de lealdades subculturais ou

⁸⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo, “Comentário Conimbricense do Código Penal - Parte Especial, Tomo II”, Editora Coimbra, 1999, pp. 1157 e 1158.

⁸⁶ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 11 de Dezembro de 2003, proc. 03P2293. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/-/1115F0FCBDD149AD80256E7D004B41E0>. Acessado pela última vez em: 09/04/2023.

contra-culturais. Deste modo, não ocorreu a redução do sentido de responsabilidade individual ou a mobilização para a atividade criminosa.

Existindo, assim, algo distinto e além da co-autoria, mas, do mesmo modo, distinto da associação criminosa. Esse “algo” distinto da co-autoria e da associação criminosa se traduz na figura do bando.

No entanto, entendemos que tais estímulos e contra-estímulos de natureza criminosa estão presentes, uma vez que, por exemplo, um guarda prisional foi aliciado, mediante o pagamento de quantias em dinheiro como contrapartida, para fazer entrar o produto estupefaciente no estabelecimento prisional. Possibilitando, assim, que A traficasse os estupefacientes dentro do estabelecimento prisional, mesmo estando preso.

Para efeitos de definição do conceito de bando e de distinção entre este e a associação criminosa, é feita a citação de parte do conteúdo do acórdão do STJ de 06 de novembro de 2003, relatado por Pereira Madeira:

*“«Entre os casos de agravação, encontra-se o da alínea j) do artigo 24.º daquele Decreto-Lei "o agente actuar como membro de bando destinado à prática reiterada dos crimes previstos nos artigos 21.º e 22.º, com a colaboração de, pelo menos, outro membro do bando". Como sugere Lourenço Martins (20), se esta referência legal a «bando» tivesse como significado o de associação criminosa, então, nos crimes com intervenção reiterada de, pelo menos duas pessoas pertencentes ao bando, haveria uma agravação qualificada, para além da própria punição por pertencerem à associação, podendo ficar em causa o princípio da proporcionalidade das penas. Por isso, e também porque segundo as boas regras interpretativas, não é concebível que o legislador desconhecesse o alcance preciso da figura da associação criminosa, é de ter como arredada a hipótese de equiparação das duas figuras. Assim sendo, tendo em conta o que fica exposto, no âmbito da norma em apreço, o conceito de bando há-de buscar-se algures entre o de «associação criminosa» e o de simples co-autoria, sendo certo que há-de ficar aquém daquele e algo além deste. Já em acórdão anterior, de 26/3/97, no recurso n.º 1293/97-3, citado no acórdão recorrido e acessível em www.dgsi.pt/stj, o Supremo afirmava que «"bando" (...) é um grupo social não institucionalizado, com relativa autonomia sociológica e psicológica que, dadas as suas características potenciais, pode descambar para a criminalidade (pertencer a um bando não significa necessariamente a vontade firme e deliberada de cometer delitos)». Tentando delinear de algum modo o conceito, o acórdão deste Supremo, de 24/2/99, proferido no recurso n.º 1136/99-3, *ibidem*, concluiu que «a agravação da alínea j) do artigo 24.º do D.L. 15/93, de 22 de Janeiro, pressupõe uma entidade que se distingue dos seus membros com características de factor potencial de criminalidade não integrando, contudo, por si*

mesmo, qualquer tipo de crime autónomo, como acontece com as associações criminosas (art. 28.º do D.L. 15/93)»⁸⁷.

Relativamente à matéria da associação criminosa e do bando, foram apresentadas as seguintes conclusões no acórdão em análise:

“10.3. O juiz não condenará nunca por associação criminosa, à qual se impute já a prática de crimes, sem antes se perguntar (e responder afirmativamente) se condenaria igualmente os agentes mesmo que nenhum crime tivesse sido cometido.

10.4. Agravará especialmente a responsabilidade do agente de um crime de «tráfico agravado de drogas ilícitas», a actuação em bando, nomeadamente «uma actuação com vista à prática reiterada de crimes, em que cada agente não tem consciência e (ou) intenção de pertença a um ente colectivo com personalidade distinta da sua e objectivos próprios - o que afastará a associação criminosa típica - mas em que os diversos "colaboradores", inseridos numa orgânica ainda incipiente, reconhecem, todavia, a existência de uma liderança de facto a que se subordinam»⁸⁸.

O Supremo Tribunal de Justiça, reunido em audiência para a apreciação dos recursos apresentados pelos cidadãos A e R, deliberou pela absolvição do arguido A do crime de associação criminosa previsto e punido pelo art. 28.º do Decreto-Lei 15/93 e pela absolvição dos condenados não recorrentes E, G, H e F, conforme disposto na alínea a) do n.º 2 do art. 402 do Código de Processo Penal.

Decidiu também pela incriminação dos agentes, na decorrência da degradação da acusada associação criminosa em atuação em bando, como co-autores de um crime de tráfico agravado de drogas ilícitas, nos termos da alínea j) do art. 24 do Decreto-Lei 15/93.

Além disso, decidiu pela restauração das penas, por tráfico agravado de drogas ilícitas, que a 1.ª instância aplicou a cada um deles, *“9 (nove) anos de prisão ao arguido A; 3,5 (três e meio) anos de prisão ao condenado E, 7 (sete) anos de prisão à condenada G, 6 (seis) anos de prisão à condenada H, e 2,5 (dois e meio) anos de prisão à condenada F⁸⁹”*, fixou a pena conjunta do condenado E em quatro anos de prisão; e condenou os recorrentes nas custas dos respetivos recursos *“com 06 UC de taxa de justiça e 02 UC*

⁸⁷ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 11 de dezembro de 2003, proc. 03P2293. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/-/1115F0FCBDD149AD80256E7D004B41E0>. Acessado pela última vez em: 09/04/2023.

⁸⁸ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 11 de dezembro de 2003, proc. 03P2293. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/-/1115F0FCBDD149AD80256E7D004B41E0>. Acessado pela última vez em: 09/04/2023.

⁸⁹ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 11 de Dezembro de 2003, proc. 03P2293. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/-/1115F0FCBDD149AD80256E7D004B41E0>. Acessado pela última vez em: 09/04/2023.

de procuradoria pelo arguido A e 03 UC de taxa de justiça e 01 UC de procuradoria pela arguida R⁹⁰.”.

Discordamos, porém, da decisão pela degradação do crime de associação criminosa em atuação em bando.

Data venia, a nosso ver, no momento em que A se decidiu por unir esforços com outros dois indivíduos de nacionalidade holandesa, de forma estável, permanente e organizada para o tráfico de estupefacientes mediante a colaboração de diversos “colaboradores”, estamos diante de uma associação criminosa.

Concordamos, no caso em concreto, com os entendimentos da 1^o instância e da Relação, que haviam decidido pela condenação pelo crime de associação criminosa previsto e punido pelo art. 28.^o do Decreto-Lei 15/93.

Importa ressaltar que estamos diante de dois momentos diversos: no primeiro momento o arguido A traficava a mando de um cidadão de nacionalidade alemã; no segundo momento, de modo diverso, o arguido A decidiu voluntariamente por unir esforços de forma estável, permanente e organizada com outros dois cidadãos de nacionalidade holandesa para a prossecução da atividade delituosa de tráfico de estupefaciente, dentro e fora do estabelecimento prisional.

Ao se fazer valer da colaboração de diversos indivíduos, que possuíam funções e tarefas estabelecidas que possibilitaram a prossecução do empreendimento criminoso, de forma estável e permanente, entendemos que A chefiava uma associação criminosa destinada ao tráfico de estupefacientes.

Assim sendo, discordamos da decisão deliberada no presente acórdão e entendemos que as condenações pelo crime de associação criminosa deveriam ter sido confirmadas pelo Supremo Tribunal de Justiça.

⁹⁰ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 11 de Dezembro de 2003, proc. 03P2293. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/-/1115F0FCBDD149AD80256E7D004B41E0>. Acessado pela última vez em: 09/04/2023.

3.3.2. ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE 27 DE MAIO DE 2010, PROC. 18/07.2GAAMT.P1.S1

No Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27 de Maio de 2010, referente ao processo 18/07.2GAAMT.P1.S1⁹¹, relatado por Raúl Borges, é discutido se a conduta dos indivíduos configura efetivamente as condutas típicas previstas no art. 28º do DL 15/93 e 299.º do CP, ou se a conduta dos agentes terá configurado um caso típico de comparticipação.

A decisão do tribunal coletivo de primeira instância e do tribunal da relação foi no sentido de estarmos diante de uma associação criminosa formada para a prática do tráfico de estupefacientes. No entanto, como veremos, o Supremo Tribunal de Justiça entendeu de modo diverso.

AA, condenado por um crime de fundação e chefia de associação criminosa (A.C.), nos termos dos artigos 28.º, n.ºs 1 e 3 do DL n.º 15/93 e 299.º, n.ºs 1 e 3 do CP, interpôs recurso ao STJ.

Em síntese, AA alega a impossibilidade de serem identificados os factos que comprovam a formação de uma A.C no dia 29/11/2007, pois, foi dada como provada a prática do crime de tráfico de drogas em data anterior a esse, questionando, deste modo, a questão relativa ao elemento temporal e a prova da existência de uma estabilidade associativa.

AA alega ainda a falta de prova da formação da entidade autónoma e transpessoal, considerando que a dinâmica delituosa já estaria presente anteriormente.

Por fim, AA alega a existência de um erro na apreciação de prova que resultaria em uma situação de *non liquet*, uma vez que não se provou o dolo associativo, pugnando por uma condenação em comparticipação e não pelo crime de associação criminosa.

No que diz respeito à factualidade tida como provada em primeira instância e mantida pela Relação, AA tinha acesso a um outro indivíduo, cuja identidade não ficou determinada, que era o líder de toda a atividade, dava ordens, teria percentagem sobre

⁹¹ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27 de maio de 2010, referente ao processo 18/07.2GAAMT.P1.SE. Disponível em: [http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/bf9755dc1e737be08025775900394e1b?](http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/bf9755dc1e737be08025775900394e1b?OpenDocument) Acessado pela última vez em: 10/04/2023.

os lucros obtidos com as vendas, recolhia o produto para a distribuição, autorizava pagamentos, recebia dinheiro por parte dos demais e entregava a CC.

Por sua vez, CC vendia, dava ordens a DD e EE, providenciava a entrega dos produtos a estes, recolhia e contabilizava o dinheiro e reportava os resultados a AA e ao outro indivíduo não identificado.

No acórdão em análise, foram firmados os seguintes entendimentos sobre o objeto analisado:

“No caso de associação criminosa estamos perante uma autoria plural ou colectiva, por contraposição a autoria singular, e diversa da actuação num quadro de co-autoria ou participação criminosa, e mesmo da figura de bando.

Perante um caso de participação plúrima, três situações dogmáticas se podem e devem conceber: participação propriamente dita, associação criminosa e membro de bando.”

(...)

“O crime consuma-se com a fundação da associação com a finalidade de praticar crimes, ou – relativamente a associados não fundadores – com a adesão ulterior. Haverá sempre que distinguir claramente o crime de associações criminosas dos crimes que venham a ser cometidos por todos ou alguns dos associados; entre um e outros haverá concurso de crimes. Caracteriza a associação o fim que se propõe: a prática de crimes (...)

(...)

“Por conseguinte, o crime de associação criminosa consuma-se “independentemente do começo de execução de qualquer dos delitos que se propôs levar a cabo, bastando-se com a mera organização votada e ajustada a esses fins, sendo certo que o facto de a associação ser já de si um crime conduz a que os participantes nela sejam responsabilizados pelos delitos que eventualmente venham a ser cometidos no âmbito da organização, segundo as regras da acumulação real.”

(...)

“(…) Nelson Hungria, em Comentário ao CP Brasileiro, IX, págs. 177 e ss., escreve que “Associar-se quer dizer reunir-se, aliar-se ou congregar-se estável e permanentemente, para a consecução de um fim comum⁹².”

⁹² Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27 de maio de 2010, referente ao processo 18/07.2GAAMT.P1.SE. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/bf9755dc1e737be08025775900394e1b?OpenDocument>. Acessado pela última vez em: 10/04/2023.

Na sequência, o acórdão se ocupa da tarefa de estabelecer a diferenciação entre a associação criminosa e a figura da comparticipação:

“A nota de estabilidade ou permanência da aliança é essencial. Não basta, como na co-participação criminosa, um ocasional e transitório concerto de vontades para determinado crime; é preciso que o acordo verse sobre uma duradoura actuação em comum, no sentido da prática de crimes não precisamente individualizados ou apenas ajustados quanto à espécie, que tanto pode ser única ou plúrima, “basta uma organização social rudimentar, a caracterizar-se apenas pela continuada vontade de um esforço comum.”

(...)

“A associação criminosa distingue-se da comparticipação pela estabilidade e permanência que a acompanha, sendo o elemento fundamental que os distingue a estrutura nova que surge na associação criminosa.”

(...)

“Ora, o grupo, a organização ou associação é uma entidade necessariamente prévia à prática de crimes – os crimes da associação – o que constitui o seu objectivo, o seu desígnio, o seu fim abstracto, o seu escopo, colocando-se num estádio anterior, numa congregação de vontades, na criação de uma entidade pré-ordenada ao cometimento de crimes. (...) No nosso caso a dinâmica criminosa estava presente muito antes de aparecer qualquer forma de associação e até aí os arguidos dela prescindiram; a dinâmica criminosa já estava adquirida, em marcha, não foi fornecida pela associação⁹³.”

Posteriormente, é feita a definição do conceito de bando:

“A figura criminosa de “bando” foi introduzida com o DL n.º 15/93, de 22-01, constituindo então uma absoluta novidade no nosso ordenamento jurídico - criminal.”

(...)

“O conceito de bando assenta numa designação de cariz criminológico, que pretende traduzir uma situação em que haja, simultaneamente, e em razão da existência de um líder, algo menos do que na associação e algo diferente da co-autoria; algo próximo, mais do que o «concurso de pessoas» (incluindo a co-autoria, espécie mais relevante ou mais forte de tal «concurso»), mas menos do que a «associação»⁹⁴.”

⁹³ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27 de maio de 2010, referente ao processo 18/07.2GAAMT.P1.SE. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/bf9755dc1e737be08025775900394e1b?OpenDocument>. Acessado pela última vez em: 10/04/2023.

⁹⁴ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27 de maio de 2010, referente ao processo 18/07.2GAAMT.P1.SE. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/bf9755dc1e737be08025775900394e1b?OpenDocument>. Acessado pela última vez em: 10/04/2023.

Como podemos notar, no acórdão em comento é estabelecida a definição, as características e o momento da consumação do tipo de crime de associação criminosa.

Verificamos também o cuidado de proceder à distinção da associação criminosa em contraposição às figuras da comparticipação e do bando.

Sobre o modus operandi do grupo, entenderam que:

“O modus operandi do grupo de arguidos AA, CC, DD e EE, foi de colaboração mútua, agindo “em rede”, com a consciência de participação em grupo, que tinham um plano de venda e revenda de heroína e cocaína a partir de Amarante, com divisão de tarefas, na busca de lucro, todos se referenciando às directivas da arguida CC, agindo ao longo de cerca de pouco mais de três meses, socorrendo-se de meios de transporte, que conduziam sem serem titulares de habilitação, dispondo de uma organização, que não os transcendia, mantendo a sua singularidade⁹⁵.”

Considerando todas as questões supracitadas, concluíram por:

“(...) afastar a incriminação do recorrente pelo crime de fundação e chefia de associação criminosa, sendo antes de operar a convolução e considerar a conduta do recorrente de subsumir no tipo de crime qualificado de tráfico de estupefacientes, p. p. pelo artigo 24.º, alínea j), do Decreto-Lei n.º 15/93⁹⁶.”

Deste modo, decidiu o Supremo Tribunal de Justiça em julgar o recurso interposto pelo arguido AA como parcialmente procedente.

Por conseguinte, revogou o acórdão recorrido na parte em que confirma a condenação do recorrente AA pela prática de um crime de fundação e chefia de associação criminosa previsto e punido pelos números 1 e 3, do art. 28.º do Decreto-Lei n.º 15/93 e pelos números 1 e 3, do art. 299.º do CP e de um crime de tráfico de estupefacientes, previsto e punido pelo n. 1 do art. 21.º do Decreto-Lei 15/93.

Afastando a incriminação pelo crime de fundação e chefia de associação criminosa, entenderam pela configuração da conduta integrada no tipo de crime qualificado de

⁹⁵ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27 de maio de 2010, referente ao processo 18/07.2GAAMT.P1.SE. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/bf9755dc1e737be08025775900394e1b?OpenDocument>. Acessado pela última vez em: 10/04/2023.

⁹⁶ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27 de maio de 2010, referente ao processo 18/07.2GAAMT.P1.SE. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/bf9755dc1e737be08025775900394e1b?OpenDocument>. Acessado pela última vez em: 10/04/2023.

tráfico de estupefacientes, previsto e punido pelo art. 24.º, al. j), do DL 15/93, de 22 de janeiro.

Com o devido respeito, não concordamos com a decisão proferida no presente acórdão. Considerando que a junção de esforços, a especificidade da atuação de cada um dos indivíduos, a organização da atividade criminosa desenvolvida pelos indivíduos e a divisão de tarefas para a realização da conduta criminosa são dadas como certas, entendemos que estamos diante de uma associação criminosa.

Tais elementos se encontram reforçados no próprio acórdão que descreve o *modus operandi* do grupo da seguinte forma:

“O modus operandi do grupo de arguidos AA, CC, DD e EE, foi de colaboração mútua, agindo “em rede”, com a consciência de participação em grupo, que tinham um plano de venda e revenda de heroína e cocaína a partir de Amarante, com divisão de tarefas, na busca de lucro, todos se referenciando às directivas da arguida CC, agindo ao longo de cerca de pouco mais de três meses, socorrendo-se de meios de transporte, que conduziam sem serem titulares de habilitação, dispondo de uma organização, que não os transcendia, mantendo a sua singularidade⁹⁷.”

Ora, diante da colaboração mútua, da atuação em rede, da consciência de participação em grupo, do plano de venda de estupefacientes, da divisão de tarefas, da busca de lucro, da referenciação às diretivas de um dos arguidos, da organização e do número de arguidos, é evidente, a nosso ver, a configuração de uma associação criminosa.

Entendemos ainda que o facto de haver atuações antecedentes, por parte de alguns dos indivíduos, não impede a constituição de uma associação criminosa, ou a sua adesão posterior, uma vez que esta poderá, eventualmente, decorrer da própria estruturação, organização e divisão de tarefas na atuação criminosa dos indivíduos com vista a prossecução dos delitos inerentes ao tráfico de estupefacientes.

Destarte, sendo evidente a estabilidade e permanência no *modus operandi* dos indivíduos, que agiram conjuntamente de forma consciente, por mais de três meses, através de um plano de venda e revenda de estupefaciente, plano este que se traduz em um acordo, entendemos que estavam reunidos os elementos necessários para a

⁹⁷ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27 de maio de 2010, referente ao processo 18/07.2GAAMT.P1.SE. Disponível em: [http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/bf9755dc1e737be08025775900394e1b?](http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/bf9755dc1e737be08025775900394e1b?OpenDocument) Acessado pela última vez em: 10/04/2023.

configuração dos crimes associativos previstos nos arts. 28.^o do DL 15/93 e 299.^o do CP.

3.3.3. ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE 18 DE FEVEREIRO DE 2016, PROC. 68/11.4JBLSB.L1.S1

Procederemos a análise do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18 de Fevereiro de 2016, referente ao processo 68/11.4JBLSB.L1.S1⁹⁸, cujo relator é Armindo Monteiro.

No acórdão ora em comento, foram os arguidos condenados pelos crimes de associação criminosa, roubo, furto qualificado, detenção de arma proibida, explosão e recetação, tendo quatro dos arguidos apresentado recursos partindo da premissa que não existia factualidade que sustentasse a condenação pelo crime de associação criminosa, previsto e punido pelo art. 299.^o do CP.

Alegaram os arguidos que não estava provado um encontro de vontades que desse origem a um ente autónomo, superior às vontades dos indivíduos, e a estabilidade e permanência característica da associação criminosa.

A, que foi considerado como sendo o líder da associação, entendia não estar provado que fosse ele o responsável por estabelecer e firmar as regras com os demais, ou mesmo que este exercesse qualquer posição de liderança na associação criminosa.

A alega ainda que a existência do acordo que é a origem da vontade autónoma e superior aos interesses individuais de cada um dos indivíduos é facto que deve ser provado, não podendo ser presumido com base nos demais factos dados como assentes.

Em apertada síntese, os seguintes factos foram dados como provados: os arguidos e outros indivíduos não identificados firmaram um acordo com o intuito se apropriarem de viaturas e outros objetos para explodirem caixas de multibanco, de modo a subtrair o dinheiro, dividindo as tarefas entre os mesmos e obedecendo regras de execução, atuando, assim, de forma minimamente organizada. Ficou ainda provado que o acordo

⁹⁸ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18 de Fevereiro de 2016, proc. 68/11.4JBLSB.L1.S1. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/55e5dd07d90103d280257f5e0039e758?OpenDocument&Highlight=0,68%2F11.4JBLSB.L1.S1>. Acessado pela última vez em: 10/04/2023.

foi realizado em data anterior a junho de 2011, e que o grupo atuou durante o período de 15 de junho de 2011 e 10 de agosto de 2012.

Na tarefa de aferição da factualidade dos factos dados como provados, foram utilizados diversos meios de prova, sendo utilizados exames periciais, periciais, localizações de telemóveis, buscas, escutas e depoimentos. Da conjugação destes diversos elementos probatórios, foi possível chegar a conclusão de que estava configurada uma associação criminosa.

No que diz respeito à tipificação do crime de associação criminosa, discorre o relator:

“A tipificação do crime associação criminosa é, contudo, bem mais simples, desde logo pela simples conjugação do seu elemento literal, dos n.ºs 1 e 5, do art. 299.º, do CP, o primeiro e nuclear elemento interpretativo da Lei; o pensamento do legislador ecoa nas palavras que escreve, e destas não se pode inferir a consagração de uma construção dogmática, com um pendor restritivo, como o desenhado no Parecer em referência, cujos termos ainda se continuam acolhidos no Comentário Conimbricense do Código Penal ao art. 299.º, do CP.

O pensamento do legislador é menos elaborado e exigente na medida em que abdica da formação de uma vontade autónoma originando uma realidade autónoma, diferente e superior à vontade e interesse dos singulares membros, de nem sempre fácil identificação e materialização, quase pessoa colectiva, que dê origem a um centro autónomo de imputação e motivação.

A lei basta-se e a tanto importa ser obediente, enfatizando o princípio da tipicidade penal, com a existência de um grupo de pessoas, pelo menos três, teleologicamente formado, erigido, direccionado, sob a forma de organização ou associação com vista à prática de crimes, agindo mediante acordo entre os seus membros, com consciência da pertinência a essa formação, não se esgotando na prática de actos ocasionais, mas com reiteração e estabilidade ao longo do tempo, denotando algum profissionalismo, vivendo dessa opção criminal⁹⁹.”

Concordamos com o entendimento do ilustre relator no sentido da dispensa da comprovação de uma realidade autónoma, muitas das vezes difícil de ser provada, diferente e superior aos membros que fazem parte da associação criminosa.

No que concerne aos elementos constitutivos do tipo de associação criminosa, é feita a seguinte referência ao estudo do Professor Beleza dos Santos:

⁹⁹ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18 de Fevereiro de 2016, proc. 68/11.4JBLSB.L1.S1. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/55e5dd07d90103d280257f5e0039e758?OpenDocument&Highlight=0,68%2F11.4JBLSB.L1.S1>. Acessado pela última vez em: 10/04/2023.

“O Professor Beleza dos Santos naquele estudo, de plena actualidade e clareza, que o tempo não apagou, sintetiza: «São elementos típicos desta infracção: A existência de uma associação e a sua finalidade criminosa». Examinando, separadamente, cada um deles, ponderou: «a) É essencial que haja uma associação, isto é, que diversas pessoas se unam voluntariamente para cooperar na realização de um fim ou fins comuns e que essa união possua ou queira possuir uma certa permanência ou estabilidade, acrescentando de seguida que: «Para existir o crime é preciso (...) que a associação deva viver, ou ao menos propor-se viver, como reunião estável de diversas pessoas ligadas entre si pelo propósito de delinquir e tendo em vista a actuação de um programa criminoso. O que caracteriza este primeiro elemento do crime é, por isso, a união de diversas pessoas, para cooperarem, com uma certa permanência de esforços, num fim comum de actuação prática de “um programa criminoso”¹⁰⁰ (...)”

Sobre a estrutura e o escopo da associação criminosa, afirma:

“À pergunta sobre se seria «...necessário também que haja uma certa organização, quer dizer, uma direcção, uma disciplina, uma hierarquia, uma sede ou lugar de reunião, uns estatutos ou uma convenção para regular os direitos ou deveres comuns e especialmente a partida de lucros», responde, assertivamente, que a razão de ser e o teor da norma levam «...nitidamente a uma conclusão oposta» (...)

O ilícito pressupõe que a dita associação viva, ou ao menos se proponha viver, como reunião estável de diversas pessoas ligadas entre si com o fito de delinquir e norteadas pela actuação de um programa criminoso. Acresce que o escopo desviante não tem que estar estabelecido à partida, antes pode surgir numa fase em que a associação já esteja em funções; ademais, não carece de ser o único objectivo, nem sequer o principal da associação. Por outro lado, não é preciso que existam crimes concretos, cometidos ou planeados, apenas que a associação se proponha essa prática.

É o fim abstracto e é aquela ideia de permanência que distinguem a «associação criminosa» da «comparticipação», simples acordo conjuntural para se cometer um crime em concreto¹⁰¹.”

Concluindo que para a constituição de uma associação criminosa é determinante:

“(...) a congregação de três elementos essenciais: um elemento organizativo, um elemento de estabilidade associativa e um elemento de finalidade criminosa, bastando, pois, demonstrar a existência de uma associação, isto é, um acordo de vontade (...) para a consecução de fins criminosos e uma certa estabilidade e permanência ou pelo menos o propósito de ter esta estabilidade¹⁰².”

¹⁰⁰ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18 de Fevereiro de 2016, proc. 68/11.4JBLSB.L1.S1. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/55e5dd07d90103d280257f5e0039e758?OpenDocument&Highlight=0,68%2F11.4JBLSB.L1.S1>. Acessado pela última vez em: 10/04/2023.

¹⁰¹ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18 de Fevereiro de 2016, proc. 68/11.4JBLSB.L1.S1. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/55e5dd07d90103d280257f5e0039e758?OpenDocument&Highlight=0,68%2F11.4JBLSB.L1.S1>. Acessado pela última vez em: 10/04/2023.

¹⁰² Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18 de Fevereiro de 2016, proc. 68/11.4JBLSB.L1.S1. Disponível em:

Finalmente, entendendo pela improcedência da argumentação apresentada pelos arguidos, decidiram por negar provimento aos recursos e confirmar, plenamente, a decisão recorrida.

Apesar do entendimento consagrado neste acórdão ser minoritário, estamos inteiramente de acordo, pois consideramos que a lei é clara ao definir os elementos constitutivos do tipo penal previsto no art. 299.^o do CP.

Nesse sentido, Anabela Morais afirma:

“Não existe, na letra da lei, qualquer restrição, delimitação do âmbito da figura da associação criminosa, mediante a verificação de uma “realidade transcendente à vontade e interesses individuais” das pessoas que actuam concertada e duradouramente e que por ser transcendente, essa realidade funcione como centro autónomo de imputação e motivação¹⁰³.”

Face à existência de um grupo organizado de pelo menos três indivíduos, de atuação estável e permanente, direcionado à prática de crimes de modo reiterado, atuando mediante a existência de um acordo de vontades entre os seus membros e a consciência de pertença ao mesmo, entendemos como sendo totalmente acertada a decisão do duto acórdão.

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/55e5dd07d90103d280257f5e0039e758?OpenDocument&Highlight=0,68%2F11.4JLSB.L1.S1>. Acessado pela última vez em: 10/04/2023.

¹⁰³ MORAIS, Anabela, “*Controvérsias do Crime de Associação Criminosa (Análise Do Tipo Legal)*”, Julgar, dezembro de 2019, p. 43.

4. A ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

4.1. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DO CRIME

O crime de associação criminosa, previsto e punido pelo artigo 288 do Código Penal Brasileiro, está inserido no Título IX que se ocupa *“Dos crimes contra a paz pública”*.

Partindo de uma interpretação sistemática, ao considerarmos a opção do legislador brasileiro pela inserção do tipo de crime de associação criminosa no Título IX do CP, não restam dúvidas que o bem jurídico tutelado pelo tipo em análise é a paz pública.

A respeito do bem jurídico tutelado, Lafaieti Barbosa Tourinho declara:

“A paz pública diz com um direito que todo o indivíduo tem de se sentir seguro na sociedade em que vive (e convive), pois, do contrário, não se teria por garantia a harmonia social preconizada pela Constituição Federal¹⁰⁴”.

Estamos diante de um crime de perigo abstrato. Assim sendo, ocorre uma antecipação da tutela penal através da intervenção prévia do Direito Penal com vista à proteção do bem jurídico tutelado.

No que toca à justificativa da intervenção prévia para a tutela da paz pública, o mesmo autor esclarece:

“A vinculação do direito penal à proteção de bens jurídicos não exige que estes sofram lesão, vez que podem ser postos em perigo por condutas em si perigosas, justificando, portanto, a tutela.

É legítima, destarte, a intenção penal para tutelar a paz pública¹⁰⁵”.

É especificamente na perigosidade inerente à própria atividade desenvolvida por esses indivíduos que reside a razão de ser da tutela do bem jurídico protegido e da incriminação desta conduta.

É evidente que a conduta de três ou mais pessoas que se associam com o fim específico de cometer crimes representa um perigo para toda a coletividade, resultando na frustração das expectativas de uma vida pacífica, segura e harmoniosa em sociedade

¹⁰⁴ TOURINHO, José Lafaieti Barbosa, *“Crime de quadrilha ou bando & associações criminosas, 2ª edição - Revista e Atualizada”*, Curitiba, Juruá, 2009, p. 34.

¹⁰⁵ *Idem, ibidem*.

e, conseqüentemente, na lesão do bem jurídico tutelado pelo tipo penal em comento, a paz pública.

Impende registrar que encontramos na doutrina autores que defendem que o bem jurídico tutelado pelo tipo penal de associação criminosa, a paz pública, deve ser entendido em sentido subjetivo¹⁰⁶.

4.1.1. ELEMENTOS DO TIPO LEGAL

Em conformidade com os termos do artigo 288 do Código Penal brasileiro, “Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes”, o núcleo do tipo penal de associação criminosa consiste em “associarem-se”.

Nas palavras de Nelson Hungria associar-se significa “reunir-se, aliar-se ou congregarem-se estável ou permanentemente, para a consecução de um fim comum¹⁰⁷”.

Para o preenchimento do tipo objetivo do crime de associação criminosa, é necessária a reunião estável e duradoura de três ou mais indivíduos com o fim específico de cometer crimes.

Deste modo, a estabilidade e a permanência são elementos essenciais do tipo legal de crime previsto no art. 288 do CP. De acordo com Gabriel Habib:

“(...) exigem-se como condição essencial a estabilidade e a permanência da associação para o fim de cometer crimes, o que não significa a sua perpetuidade. Não basta, portanto, um acordo de vontades eventual no sentido de praticar um delito determinado, é necessário que tal acordo seja de uma duradoura atuação conjunta. O simples acordo de vontade não é punível. São a permanência e estabilidade do acordo de vontades que transformam o simples acordo no delito de associação criminosa¹⁰⁸”.

Devido à estabilidade e permanência, elementos fundamentais do tipo, estamos diante de um crime permanente¹⁰⁹. É precisamente através da estabilidade e da permanência,

¹⁰⁶ Nesse sentido Renato de Souza Matos Filho, “(...) a paz pública em sentido subjetivo é compreendida consoante lição de Hungria, como “o sentimento coletivo de paz que a ordem jurídica assegura” (...), MATOS FILHO, Renato de Souza - Crimes associativos: Sociedades e organizações criminosas. 1.ª ed. Belo Horizonte : Editora Dialética, 2020, p. 56.

¹⁰⁷ HUNGRIA, Nélson, “Comentário ao Código Penal, volume IX, arts. 250 a 361”, Rio de Janeiro, Forense, 1958, p. 177.

¹⁰⁸ HABIB, Gabriel, “Associação Criminosa: sentido e validade dos crimes associativos” 2ª Edição, São Paulo, Editora Método, 2021, pp. 23 *in fine* e 24.

¹⁰⁹ Guilherme de Souza Nucci apresenta uma classificação doutrinária detalhada do crime de associação criminosa: “Classificação: trata-se de crime comum (aquele que pode ser cometido por qualquer pessoa); formal (crime que não exige, para sua consumação, resultado naturalístico, consistente no cometimento efetivo do delito): de forma livre (pode ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (o

resultante do acordo de vontades dos indivíduos que se associam com o fim específico de cometer crimes, que a *societas sceleris surge*.

A consumação do crime de associação criminosa ocorre exatamente no instante da formação da *societas delinquentium*. No dizer de Nelson Hungria:

“O momento consumativo do crime é o momento associativo, pois com este já se apresenta um perigo suficientemente grave para alarmar o público ou conturbar a paz ou a tranquilidade de ânimo da convivência civil¹¹⁰.”

No que diz respeito aos indivíduos que se associarem em momento posterior, esses *“terão cometido o delito tão logo passem a ser sócios dela¹¹¹”*.

Não é necessário que a associação apresente uma estrutura complexa, *“basta uma associação fática, rudimentar, prescindindo de formalização¹¹²”*.

Nesse mesmo sentido, não é exigido, para a correta configuração do delito, que haja uma hierarquia entre os seus membros. Conforme Fernando Capez clarifica:

“Não é necessário para a comprovação da estabilidade da associação que haja uma organização estrutural, isto é, uma hierarquia entre seus membros, com papéis previamente estabelecidos para cada um¹¹³.”

O *“fim específico de cometer crimes”* é elemento necessário do tipo legal investigado, uma vez que é esse o verdadeiro motivo de ser da associação criminosa, o seu escopo e a razão pela qual o acordo prévio foi firmado pelos indivíduos que se associam para praticar crimes.

O legislador foi claro ao determinar que o fim específico da associação deva ser *“cometer crimes”*, por conseguinte, se faz necessário que a associação seja constituída para a realização de vários crimes. Como explica Noronha, *“o que se exige é o propósito*

termo implica ação) e, excepcionalmente, omissivo impróprio ou comissivo por omissão (quando o agente tem o dever jurídico de evitar o resultado, nos termos do art. 13, § 2.º CP); permanente (cuja consumação se prolonga no tempo). (...) de perigo abstrato (coloca um número indeterminado de pessoas em perigo, que é presumido pela lei). (...) plurissubjetivo (delito cuja ação é composta por vários atos, permitindo-se o seu fracionamento);” (NUCCI, Guilherme de Souza, “Código Penal Comentado”, 19.ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2019, p. 1346 in fine e 1347).

¹¹⁰ HUNGRIA, Nelson, “Comentário ao Código Penal, volume IX, arts. 250 a 361”, Rio de Janeiro, Forense, 1958, p. 178.

¹¹¹ MATOS FILHO, Renato de Souza - Crimes associativos: Sociedades e organizações criminosas. 1.ª ed. Belo Horizonte : Editora Dialética, 2020, p. 146.

¹¹² TOURINHO, José Lafaieti Barbosa, “Crime de quadrilha ou bando & associações criminosas, 2ª edição - Revista e Atualizada”, Curitiba, Juruá, 2009, p. 42.

¹¹³ CAPEZ, Fernando. “Curso de Direito Penal, Parte especial”, Volume 3, Saraiva: São Paulo, 2004, p.255.

*de cometer vários crimes. O desígnio de cometer apenas um não daria a tonalidade necessária ao delito*¹¹⁴.”

Não obstante, o crime ocorre independentemente da consecução dos delitos que fazem parte do programa criminoso da associação¹¹⁵. O tipo legal de associação criminosa é crime autónomo.

Considerando que o legislador não exige nenhuma qualidade específica do sujeito que pratica o crime, estamos diante de um crime comum que pode ser cometido por qualquer pessoa¹¹⁶. Por sua vez, o sujeito passivo é a sociedade como um todo.

O crime é plurissubjetivo ou de concurso necessário, pois, a pluralidade de agentes é elemento constitutivo do tipo. É exigido o concurso de no mínimo 3 pessoas para a configuração do crime¹¹⁷.

A doutrina majoritária entende pela inclusão dos inimputáveis no cômputo do *quorum* mínimo de três pessoas¹¹⁸.

Marcelo Fortes Barbosa discorda do entendimento consagrado pela doutrina majoritária e argumenta no seguinte sentido:

*“Ora, a característica fundamental da inimputabilidade é a ausência da capacidade de entender e de querer, e de autodeterminação e, conseqüentemente, do livre-arbítrio, e assim sendo, o menor não pode ser considerado pessoa para os fins de integralizar, com sua participação associativa, o crime do art. 288 do Código Penal*¹¹⁹.”

Guilherme de Souza Nucci defende que os adolescentes podem ser considerados no cálculo, mas as crianças não. De maneira precisa o autor desenvolve:

“Número mínimo de três pessoas: o tipo penal não exige que todas elas sejam imputáveis, de modo que se admite, para a composição do crime, a formação de associação criminosa entre maiores e menores de 18 anos (...). É o que se denomina de “concurso impróprio”. Natural, ainda, argumentar que depende muito da idade dos menores, uma vez que não tem cabimento, quando eles não têm a menor noção do que estão fazendo, incluí-los na associação. Se dois maiores se valem de uma criança de nove anos para o cometimento de furtos, não pode o grupo ser considerado uma

¹¹⁴ NORONHA, Edgar Magalhães, “Direito Penal, Volume 4”, São Paulo, Saraiva, 1986, p. 91.

¹¹⁵ NUCCI, Guilherme de Souza, “Código Penal Comentado”, 19ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2019, p. 1345.

¹¹⁶ TOURINHO, José Lafaieti Barbosa, “Crime de quadrilha ou bando & associações criminosas, 2ª edição - Revista e Atualizada”, Curitiba, Juruá, 2009, p. 34.

¹¹⁷ *Idem, ibidem*.

¹¹⁸ Nesse sentido: ARAÚJO JÚNIOR, J. M. “Quadrilha ou bando”, Rio de Janeiro, Liber Juris, 1998, p. 39; NORONHA, Edgar Magalhães, “Direito Penal, Volume 4”, São Paulo, Saraiva, 1986, pp. 91 e 92.

¹¹⁹ BARBOSA, M. F. “Latrocínio”, São Paulo, Malheiros, 1994, p. 96.

associação criminosa, pois um deles não tem a menor compreensão do que está fazendo. É apenas uma hipótese de autoria mediata, ou seja, os maiores usam o menor para fins escusos. Mas, quando se tratar de adolescente que, não responsável penalmente, tem discernimento para proceder à associação, forma-se o grupo criminoso e configura-se o tipo penal¹²⁰.

A solução proposta por Guilherme de Souza Nucci nos parece a mais apropriada, razão pela qual acolhemos no todo esse entendimento.

Ainda sobre o cômputo dos integrantes, não se faz necessária a identificação de todos os indivíduos para a conclusão pela existência de uma associação criminosa, é suficiente *“que haja certeza moral da sua existência¹²¹”*.

Logo, basta que se prove a existência de uma associação de três ou mais pessoas com o propósito específico de cometer crimes, mesmo que a identidade concreta de um dos integrantes seja desconhecida.

Mesmo na hipótese de alguns dos integrantes da associação criminosa não se conhecerem mutuamente, tal circunstância não afastará o preenchimento da conduta criminosa.

Sobre esses casos, Nelson Hungria afirma:

“Nem mesmo é preciso que todos os quadrilheiros ou bandidos se conheçam mutuamente, ou residam na mesma localidade, ou tenham sede habitual de reunião. Para o acordo associativo não é mister a presença conjunta dos comparsas: poderá efetuar-se até mesmo mediante emissários ou correspondência¹²².”

Poderá também ocorrer que uma associação constituída para fins legítimos se transforme em uma associação criminosa. Nesses casos, desde que haja o número de membros exigido e o programa criminoso, o crime de associação criminosa estará caracterizado¹²³.

¹²⁰ NUCCI, Guilherme de Souza, *“Código Penal Comentado”*, 19ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2019, p. 1345. No mesmo sentido Nelson Hungria entende pelo cômputo de menores no *quorum* mínimo de três pessoas, “desde que possam manifestar o *quantum satis* de entendimento e vontade para o acordo em torno do fim comum e sejam capazes de contribuição por parte *viril*”. (HUNGRIA, Néson, *“Comentário ao Código Penal, volume IX, arts. 250 a 361”*, Rio de Janeiro, Forense, 1958, p. 178).

¹²¹ HUNGRIA, Néson, *“Comentário ao Código Penal, volume IX, arts. 250 a 361”*, Rio de Janeiro, Forense, 1958, p. 178.

¹²² *Idem, ibidem*. O autor faz menção aos quadrilheiros, pois, se referia ao antigo crime de Quadrilha ou Bando, no entanto, esse entendimento se aplica de igual modo ao tipo de crime de associação criminosa.

¹²³ TOURINHO, José Lafaieti Barbosa, *“Crime de quadrilha ou bando & associações criminosas, 2ª edição - Revista e Atualizada”*, Curitiba, Juruá, 2009, pp. 44 *in fine* e 45.

4.1.1.1. O TIPO SUBJETIVO

O elemento subjetivo do tipo de crime de associação criminosa é o dolo, representado pela vontade livre e consciente dos agentes de se associarem. Além disso, é exigido um elemento subjetivo específico, a finalidade de cometer crimes¹²⁴.

É necessário o conhecimento de que se está associando a, pelo menos, outros 2 indivíduos e a ciência da finalidade específica de cometer vários crimes¹²⁵.

Questão discutida pela doutrina é sobre a necessidade da associação ser formada para a prática de crimes indeterminados ou se basta que a associação seja formada para a prática de vários crimes, mesmo que sejam determinados.

Para alguns autores, a associação deve ser formada para a prática de um número indeterminado de crimes¹²⁶.

No entanto, outros autores entendem que basta que a associação tenha por fim específico cometer vários crimes, *“uma vez que a exigência típica foi apenas em relação ao número de crimes (mais de um), e não de indeterminação de infrações¹²⁷”*.

Nesse sentido, José Lafaieti Barbosa Tourinho analisa o entendimento da doutrina majoritária e argumenta:

“Nelson Hungria definia a associação como “reunião estável ou permanente (o que não significa perpétua), para o fim de perpetração de uma indeterminada série de crimes”.

Nesta linha de entendimento, inclina-se a doutrina majoritária a concluir que a finalidade de prática de número “indeterminado” de crimes é essencial à configuração do crime previsto no art. 288 do Código Penal.

Não é esta a melhor exegese.

A lei se refere à finalidade de cometer crimes. Não a uma série indeterminada de delitos.

¹²⁴ HABIB, Gabriel, *“Associação Criminosa: sentido e validade dos crimes associativos”* 2ª Edição, São Paulo, Editora Método, 2021, p. 24. Nesse mesmo sentido: TOURINHO, José Lafaieti Barbosa, *“Crime de quadrilha ou bando & associações criminosas, 2ª edição - Revista e Atualizada”*, Curitiba, Juruá, 2009, p. 45.

¹²⁵ TOURINHO, José Lafaieti Barbosa, *“Crime de quadrilha ou bando & associações criminosas, 2ª edição - Revista e Atualizada”*, Curitiba, Juruá, 2009, p. 59.

¹²⁶ Nesse sentido: HUNGRIA, Nélson, *“Comentário ao Código Penal, volume IX, arts. 250 a 361”*, Rio de Janeiro, Forense, 1958, p. 174; MATOS FILHO, Renato de Souza - Crimes associativos: Sociedades e organizações criminosas. 1.ª ed. Belo Horizonte : Editora Dialética, 2020, p. 148.

¹²⁷ HABIB, Gabriel, *“Associação Criminosa: sentido e validade dos crimes associativos”*, 2ª Edição, São Paulo, Editora Método, 2021, p. 25.

Na análise do caso concreto, pode se ter configurado o crime de quadrilha ou bando na hipótese de objetivo de prática de crimes indeterminados, ou quando exista um programa criminoso bem definido, para a prática de mais de um crime, desde que presentes os demais requisitos exigidos pelo tipo, a afastar a hipótese de mero concurso de agentes¹²⁸.

Estamos de acordo com a segunda posição doutrinária, na medida em que entendemos que o legislador é claro ao exigir somente que sejam cometidos crimes, ou seja, mais de um.

A prática de ilícitos administrativos ou contravenções¹²⁹ estão excluídos da adequação típica do crime de associação criminosa¹³⁰.

A forma negligente não é punida¹³¹.

4.1.2. A ILICITUDE

No ordenamento jurídico brasileiro, a ilicitude, também conhecida como antijuridicidade¹³², é um dos elementos essenciais para a configuração do crime, juntamente com a tipicidade e culpabilidade.

A ilicitude representa a contrariedade da conduta do agente com a norma positivada pelo ordenamento jurídico.

No delito em comento, a ilicitude se prende com o facto do agente se decidir, de forma livre e consciente, por atuar em contrariedade com a norma estabelecida no art. 288 do CP ao se associar com outros dois ou mais indivíduos com o fim de cometer crimes.

Deste modo, ao formar ou integrar uma associação criminosa, o indivíduo está infringindo a norma legal prevista no art. 288 do CP, configurando, deste modo, a ilicitude da ação.

¹²⁸ TOURINHO, José Lafaieti Barbosa, *“Crime de quadrilha ou bando & associações criminosas, 2ª edição - Revista e Atualizada”*, Curitiba, Juruá, 2009, p. 41.

¹²⁹ No direito brasileiro as contravenções são semelhantes às contraordenações do direito português.

¹³⁰ MATOS FILHO, Renato de Souza - Crimes associativos: Sociedades e organizações criminosas. 1.ª ed. Belo Horizonte : Editora Dialética, 2020, p. 148.

¹³¹ NUCCI, Guilherme de Souza, *“Código Penal Comentado”*, 19.ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2019, p. 1345.

¹³² No ordenamento jurídico brasileiro os termos ilicitude e antijuridicidade são sinónimos.

4.1.3. CULPABILIDADE

Tal como já referimos em relação ao ordenamento jurídico português a culpa supõe a consciência da ilicitude por parte do agente, tal consciência deve ser atual e efetiva. Somente desta forma será possível afirmar que o agente se decidiu conscientemente contra o direito e, por conseguinte, configurar o elemento decisivo da culpa da vontade¹³³.

Considerasse também que afirmar essa consciência exclusivamente a partir da consciência do ilícito dos factos integrantes do escopo associativo se demonstraria um equívoco, pois, ignoraria o princípio da cindibilidade da consciência do ilícito¹³⁴. Dessa forma a consciência do ilícito do tipo de associação criminosa tem de ser autonomamente comprovada. Deste modo, não haverá lugar a dedução ou presunção através da consciência do ilícito dos factos integrantes do escopo associativo ou de alguns deles¹³⁵.

4.1.4. PUNIBILIDADE

O fundamento da punição do crime previsto pelo artigo 288 do Código Penal brasileiro é o perigo abstrato para a paz pública que é evidente ao considerarmos o objetivo da associação, o cometimento de crimes¹³⁶.

A punibilidade do delito recai sobre uma pluralidade de indivíduos que se associam com o intuito de cometer crimes¹³⁷. Assim, a lei estabelece a punibilidade de todos os membros da associação criminosa.

A pena prevista no *caput* do art. 288 do CP para o crime de associação criminosa é de 1 (um) a (três) anos de reclusão.

¹³³ Cfr. FIGUEIREDO DIAS, “O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal”, 4.ª edição, Coimbra Editora, 1995, p. 206.

¹³⁴ Cfr. FIGUEIREDO DIAS, “O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal”, 4.ª edição, Coimbra Editora, 1995, p. 246.

¹³⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa, “Comentário Conimbricense do Código Penal - Parte Especial, Tomo II, Volume II”, Gestlegal, 2022, p. 826.

¹³⁶ *Idem, ibidem*.

¹³⁷ BARRILARI, Claudia Cristina, “O crime de quadrilha ou bando à luz do bem-jurídico penal”, Dissertação de Mestrado em Direito, apresentada à Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2008, p. 101.

Iremos agora fazer referência as circunstâncias qualificativas essencialmente do ilícito típico, neste capítulo da punibilidade, pois, queremos destacar o aumento da pena.

Nos termos do parágrafo único do art. 288 “*A pena aumenta-se até a metade se a associação é armada ou se houver a participação de criança ou adolescente.*”. Deste modo, o legislador determina duas causas especiais de aumento de pena.

Na primeira hipótese, a doutrina entende que para configurar a causa de aumento de pena não se faz necessário que todos os membros portem armas, basta que um dos membros o faça com o conhecimento dos demais¹³⁸.

A justificativa para o aumento de pena quando se tratar de associação armada se deve ao facto de vermos aumentadas “*as chances de efetividade das infrações penais*”¹³⁹.

Como o legislador não estabeleceu qualquer restrição quanto ao tipo de arma que deva ser utilizada, é admitido o uso de arma própria ou imprópria para configurar a causa de aumento prevista no parágrafo único do artigo ¹⁴⁰.

Na segunda hipótese, o aumento de pena se justifica pela maior reprovabilidade da conduta dos agentes maiores que deturpam a moral social de uma criança ou de um adolescente¹⁴¹.

A doutrina maioritária entende pela inadmissibilidade da tentativa no crime de associação criminosa¹⁴².

Cezar Roberto Bitencourt clarifica a questão relativa à inadmissibilidade da tentativa no crime de associação criminosa:

“A tentativa é absolutamente inadmissível, pois se trata de crime abstrato, de mera atividade. A impossibilidade de configurar-se a tentativa decorre do fato de tratar-se de

¹³⁸ NUCCI, Guilherme de Souza, “*Código Penal Comentado*”, 19.ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2019, p. 1348.

¹³⁹ HABIB, Gabriel, “*Associação Criminosa: sentido e validade dos crimes associativos*”, 2ª Edição, São Paulo, Editora Método, 2021, p. 25.

¹⁴⁰ NUCCI, Guilherme de Souza, “*Código Penal Comentado*”, 19.ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2019, p. 1348

¹⁴¹ HABIB, Gabriel, “*Associação Criminosa: sentido e validade dos crimes associativos*”, 2ª Edição, São Paulo, Editora Método, 2021, p. 25.

¹⁴² Nesse sentido: NORONHA, Edgar Magalhães, “*Direito Penal, Volume 4*”, São Paulo, Saraiva, 1986, p. 93; ARAÚJO JUNIOR, J. M. “*Quadrilha ou bando*”, Rio de Janeiro, Liber Juris, 1998, p. 67; GRECO, Rogério, “*Curso de Direito Penal: parte especial, volume IV*”, 11. Ed, - Niterói, RJ: Impetus, 2015, p. 269; Em sentido contrário: MATOS FILHO, Renato de Souza - Crimes associativos: Sociedades e organizações criminosas. 1.ª ed. Belo Horizonte : Editora Dialética, 2020, p. 146 e ss.

*meros atos preparatórios (uma exceção à impunibilidade dos atos preparatórios), fase anterior ao início da ação, que é o elemento objetivo configurador da tentativa*¹⁴³

Concordamos com a inadmissibilidade da tentativa. Ademais, nesse tipo de crime já ocorre uma intervenção prévia para a proteção do bem jurídico tutelado.

4.1.5. CONCURSOS

É pacífico o entendimento de que os membros da associação serão responsabilizados penalmente pelo crime de associação criminosa em concurso material com os crimes que praticarem no âmbito da associação¹⁴⁴.

Conforme Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini ensinam:

*“O crime de associação criminosa é sempre independente daqueles que são praticados pelo *societas delinquentium*, configurando-se, pois, concurso material entre eles*¹⁴⁵.”

Importa ressaltar que os associados só serão responsabilizados pelos crimes em que participarem *in concreto*. Assim sendo, o facto de pertencerem à associação criminosa não determina, obrigatoriamente, que todos os membros sejam responsabilizados por todos os crimes praticados pela associação.

Deste modo, se algum dos associados não participar moralmente ou materialmente em determinado crime planeado e praticado no seio da associação criminosa, somente os executores ou participantes responderão pelo crime de associação criminosa em concurso material com o crime praticado¹⁴⁶.

Diante da pluralidade de condutas criminosas, da diversidade de bens jurídicos e dos diferentes momentos consumativos, cabe ao intérprete analisar o “*grau de extensão da responsabilidade penal de cada um dos membros*¹⁴⁷” no caso concreto.

¹⁴³ BITENCOURT, Cezar Roberto, “*Tratado de direito penal*”, Vol. 2, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 442.

¹⁴⁴ ZANELLA, Everton Luiz, “*Associação Criminosa*”, Enciclopédia Jurídica da PUC-SP, Tomo VIII, (recurso eletrônico), direito penal, coord. Christiano Jorge Santos, São Paulo, 2020, p. 5.

¹⁴⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. “*Manual de direito penal*”, Volume III, São Paulo, Atlas, 2015, p. 1824.

¹⁴⁶ HUNGRIA, Nélson, “*Comentário ao Código Penal, volume IX, arts. 250 a 361*”, Rio de Janeiro, Forense, 1958, p. 179.

¹⁴⁷ TOURINHO, José Lafaieti Barbosa, “*Crime de quadrilha ou bando & associações criminosas, 2ª edição - Revista e Atualizada*”, Curitiba, Juruá, 2009, p. 59.

Sendo certo que o agente só será responsabilizado penalmente, em concurso material com o crime de associação criminosa, pelos crimes em que de facto concorrer.

Na hipótese de algum dos membros não participar de nenhum dos crimes praticados pela associação criminosa, esse responderá, apenas, pelo tipo penal previsto e punido pelo art. 288 do CP.

Questão discutida pela doutrina é a respeitante aos crimes cujas penas são majoradas devido à prática em concurso de pessoas ou associação.

Temos como exemplos, o furto qualificado (art. 155 § 4, inc. IV do CP), o roubo qualificado (art. 157, § 2º, inc. II do CP) e a extorsão mediante sequestro (art. 159, § 1º, do CP), entre outros.

A questão tem a ver com a seguinte hipótese: Na hipótese de uma associação criminosa cometer algum destes crimes, poderia ser aplicada a qualificadora ou a causa de aumento prevista pelo tipo legal sem que se acabe por incorrer em *bis in idem*?

Apesar de não haver consenso sobre esta matéria, entendemos que a resposta deva ser positiva¹⁴⁸.

No mesmo sentido, encontramos a exposição de Guilherme de Souza Nucci ao analisar o concurso do crime de associação criminosa com o crime de roubo qualificado:

“(...) cremos admissível a possibilidade de punição do agente pela associação criminosa, situação ofensiva à sociedade, tratando-se de crime de perigo abstrato e comum, juntamente com o roubo com causa de aumento, consistente na prática por duas ou mais pessoas, delito que se volta contra vítima determinada e é de dano. Inexiste bis in idem, pois os objetos jurídicos são diversos, bem como a essência dos delitos¹⁴⁹.”

Conforme exposto pelos autores, os crimes apresentam objetos jurídicos diversos. Além disso, os crimes se consumam em momentos diversos. Logo, não há impedimentos para a aplicação da qualificadora, motivo pelo qual aderimos a esse entendimento.

¹⁴⁸ Nesse sentido: HUNGRIA, Nélon, “Comentário ao Código Penal, volume IX, arts. 250 a 361”, Rio de Janeiro, Forense, 1958, p. 180; ARAÚJO JÚNIOR, J. M. “Quadrilha ou bando”, Rio de Janeiro, Liber Juris, 1998, p. 61; TOURINHO, José Lafaieti Barbosa, “Crime de quadrilha ou bando & associações criminosas, 2ª edição - Revista e Atualizada”, Curitiba, Juruá, 2009, p. 65. Em sentido contrário: DELMANTO, C, “Código penal comentado”, 4. Ed., atual e ampl. Rio de Janeiro, Renovar, 1998; CUNHA, Rogério Sanches, “Manual de direito penal”, 5. Ed, São Paulo, Jus Podivm, 2013, p. 316.

¹⁴⁹ NUCCI, Guilherme de Souza, “Código Penal Comentado”, 19.ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2019, p. 1347.

4.2. A ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA EM OUTROS DIPLOMAS LEGAIS DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Conforme evidenciamos no primeiro capítulo do nosso estudo, o legislador brasileiro não se limitou pela incriminação das associações criminosas no tipo penal previsto no art. 288 do Código Penal brasileiro.

Considerando isto, faremos uma breve exposição sobre três dos crimes associativos positivados em legislação penal especial. Cuidaremos dos tipos de crimes de associação para o genocídio, associação para a prática de crime hediondo e associação para o tráfico ilícito de drogas.

4.2.1. ASSOCIAÇÃO PARA O GENOCÍDIO – ART. 2º DA LEI Nº 2.889, DE 1º DE OUTUBRO DE 1956

A Lei n.º 2.889 de 1º de outubro de 1956 foi responsável por definir o crime de genocídio no ordenamento jurídico brasileiro e estabelecer as penas aplicáveis.

As condutas tipificadas pela Lei n.º 2889/56 integram a categoria dos crimes contra a humanidade¹⁵⁰.

Conforme explica José Lafaieti Barbosa Tourinho:

“Estes delitos contra a humanidade foram denominados por Raphael Lemkin como genocídio, reconhecido como crime internacional na convenção para a prevenção e a sanção do delito de genocídio, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 09/12/1948, ratificada pelo Brasil.”¹⁵¹

No artigo 1.º da Lei n.º 2889/56 estão descritas as condutas típicas:

“Art. 1º Quem, com a intenção de destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como tal:

a) matar membros do grupo;

b) causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo;

c) submeter intencionalmente o grupo a condições de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física total ou parcial;

¹⁵⁰ TOURINHO, José Lafaieti Barbosa, *“Crime de quadrilha ou bando & associações criminosas, 2ª edição - Revista e Atualizada”*, Curitiba, Juruá, 2009, p. 96.

¹⁵¹ *Idem, ibidem.*

d) adotar medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo;

e) efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo;

Será punido:

Com as penas do art. 121, § 2º, do Código Penal, no caso da letra a;

Com as penas do art. 129, § 2º, no caso da letra b;

Com as penas do art. 270, no caso da letra c;

Com as penas do art. 125, no caso da letra d;

Com as penas do art. 148, no caso da letra e;”

É na letra do art. 2.º que se encontra positivado o tipo de crime de associação para o genocídio:

“Art. 2º Associarem-se mais de 3 (três) pessoas para prática dos crimes mencionados no artigo anterior.

Pena: Metade da cominada aos crimes ali previstos.”

Sucedendo, pois, a associação de mais de três indivíduos com o fim “*de destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso*”, os indivíduos responderão pelo crime tipificado no art. 2º, ao invés do crime previsto no art. 288 do CP, em razão do princípio da especialidade.

O tipo objetivo do crime previsto no art. 2.º consiste precisamente na conduta de se associar, com no mínimo outros três indivíduos, para cometer o genocídio através da prática das condutas previstas no art. 1º da Lei 2889/56.

É exigida a estabilidade e permanência do grupo, de modo semelhante ao exigido para a configuração do delito previsto no art. 288 do CP. O crime se consuma precisamente no momento associativo, uma vez verificada a estabilidade e permanência do grupo com o fim de praticar o genocídio por meio de uma das modalidades prevista pelo art. 1º.

O tipo penal de associação para o genocídio tutela o mesmo bem jurídico que o crime de associação criminosa, qual seja, a paz pública.

O elemento subjetivo do tipo de crime de associação para o genocídio é o dolo, que deve compreender “*a vontade livre e consciente dos agentes de se associarem, de*

*modo estável ou permanente, com o desígnio de cometer algumas das formas típicas do crime de genocídio*¹⁵²."

O elemento subjetivo especial do crime de associação para o genocídio é a finalidade de *"destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso"*. Assim sendo, o tipo legal previsto no art 2.º engloba o elemento subjetivo especial do crime-fim, previsto no art. 1º¹⁵³.

José Lafaieti Barbosa Tourinho esclarece que:

*"À vista da natureza do genocídio, parece-nos mais acertado o raciocínio de que é suficiente que a associação objetive a prática de qualquer uma das condutas previstas nas várias alíneas do art. 1º, mesmo porque o dolo reside na vontade livre e consciente de destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso, e os integrantes da associação, mais das vezes, se propõem ao cometimento de quaisquer das condutas adiante tipificadas, para atingir o desiderato de destruição*¹⁵⁴."

O entendimento do autor nos parece correto, tendo em vista a natureza das condutas previstas, motivo pelo qual adotamos o mesmo entendimento.

Sendo crime comum, o sujeito ativo poderá ser qualquer pessoa. Por sua vez, o sujeito passivo deverá ser entendido como sendo a humanidade¹⁵⁵.

Renato Matos apresenta a seguinte classificação doutrinária para o crime de associação para a prática de genocídio:

*"Classificação doutrinária: crime comum (pode ser cometido por qualquer pessoa), formal (ou de consumação antecipada), doloso, comissivo (podendo ser também praticado por omissão imprópria), de perigo abstrato, de forma livre (pode ser cometido por qualquer meio escolhido pelo agente), permanente, plurissubjetivo de condutas paralelas, plurissubsistente, transeunte e vago*¹⁵⁶."

Importa dizer que a associação para o genocídio é crime autónomo, por conseguinte, o agente responde pelo simples facto de se associar, de maneira estável e permanente,

¹⁵² CANÊDO, Carlos Augusto, *"O genocídio como crime internacional"*, Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 179.

¹⁵³ MATOS FILHO, Renato de Souza - Crimes associativos: Sociedades e organizações criminosas. 1.ª ed. Belo Horizonte : Editora Dialética, 2020, p. 257.

¹⁵⁴ TOURINHO, José Lafaieti Barbosa, *"Crime de quadrilha ou bando & associações criminosas, 2ª edição - Revista e Atualizada"*, Curitiba, Juruá, 2009, p. 97.

¹⁵⁵ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano, *"O Direito Penal Internacional"*, Belo Horizonte, Del Rey, 2009, p. 31.

¹⁵⁶ MATOS FILHO, Renato de Souza - Crimes associativos: Sociedades e organizações criminosas. 1.ª ed. Belo Horizonte : Editora Dialética, 2020, p. 256.

com outros três ou mais indivíduos com o fim de cometer quaisquer das condutas tipificadas pelo art. 1º.

A pena prevista para o delito em comento é a metade da cominada aos crimes descritos no art. 1º da Lei nº 2.889/56¹⁵⁷. O art. 4º do mesmo diploma determina que a pena seja agravada em 1/3 “quando cometido o crime por governante ou funcionário público.”

Considerando a previsão existente no parágrafo único do art. 1º da Lei 8.072/90, “Consideram-se também hediondos, tentados ou consumados: I – o crime de genocídio, previsto nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956”, o crime de associação para o genocídio é considerado crime hediondo¹⁵⁸.

Deste modo, há entendimento no sentido da aplicação da pena prevista no art. 8º da Lei 8.072/90) para o crime de associação para o genocídio. Determina o art. 8 da Lei 8.072/90:

“Art. 8º Será de três a seis anos de reclusão a pena prevista no art. 288 do Código Penal, quando se tratar de crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo.

Parágrafo único. O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços.”

Apesar do art. 8º só fazer menção ao art. 288 do CP, de acordo com esse entendimento, o dispositivo da Lei 8.072/90 também seria aplicável ao crime de associação para o genocídio¹⁵⁹, uma vez que a Lei 8.072/90 é mais recente que a Lei 2.889/56. Logo, a pena aplicável para o delito de associação para o genocídio deverá ser de 3 a 6 anos de reclusão, uma vez que o genocídio é considerado crime hediondo.

¹⁵⁷ Encontramos na doutrina críticas ao sistema de penas previsto no art. 2º da Lei 2889/56. Cfr. CANÊDO, Carlos Augusto, “O genocídio como crime internacional”, Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 198; TOURINHO, José Lafaieti Barbosa, “Crime de quadrilha ou bando & associações criminosas, 2ª edição - Revista e Atualizada”, Curitiba, Juruá, 2009, p. 98.

¹⁵⁸ TOURINHO, José Lafaieti Barbosa, “Crime de quadrilha ou bando & associações criminosas, 2ª edição - Revista e Atualizada”, Curitiba, Juruá, 2009, p. 98.

¹⁵⁹ Nesse sentido: CANÊDO, Carlos Augusto, “O genocídio como crime internacional”, Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 198; TOURINHO, José Lafaieti Barbosa, “Crime de quadrilha ou bando & associações criminosas, 2ª edição - Revista e Atualizada”, Curitiba, Juruá, 2009, p. 99; MATOS FILHO, Renato de Souza - Crimes associativos: Sociedades e organizações criminosas. 1.ª ed. Belo Horizonte : Editora Dialética, 2020, p. 258.

No que toca à questão da admissibilidade da tentativa no crime de associação para o genocídio, o entendimento maioritário é pela exclusão dessa possibilidade¹⁶⁰. Não obstante, não poderíamos deixar de mencionar que encontramos na doutrina posicionamento contrário a esse¹⁶¹.

4.2.2. ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA PARA A PRÁTICA DE CRIME HEDIONDO – ART. 8º DA LEI Nº 8.072, DE 25 DE JULHO DE 1990

A Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, Lei dos Crimes Hediondos, consagra em seu artigo 8º o tipo penal de associação para a prática de crime hediondo.

Nos termos do artigo 8.º da Lei 8072/90:

“Art. 8º Será de três a seis anos de reclusão a pena prevista no art. 288 do Código Penal, quando se tratar de crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo.

Parágrafo único. O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços.”

Ao analisarmos a pena mínima e máxima prevista pelo art. 8º, de três a seis anos de reclusão, evidenciamos o intuito do legislador de consagrar uma forma qualificada do crime previsto pelo art. 288 do Código Penal brasileiro, especificamente formulada para os casos em que a associação tiver como escopo a prática de crimes hediondos, tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo.

Este posicionamento se justifica pela maior gravidade dos delitos visados pela associação, que demonstra um maior desvalor na conduta dos associados.

Sobre a proporcionalidade entre a sanção penal e a gravidade do delito de associação para a prática de crime hediondo, José Lafaieti Barbosa Tourinho desenvolve:

“Apesar das imperfeições da lei de crimes hediondos, entendemos que a previsão do art. 8º deste diploma encerra proporcionalidade entre a sanção penal e a gravidade do delito.

¹⁶⁰ Devido aos mesmos argumentos apresentados pela doutrina para a não admissibilidade da tentativa no crime de associação criminosa, previsto no art. 288 do CP.

¹⁶¹ Cfr. MATOS FILHO, Renato de Souza - Crimes associativos: Sociedades e organizações criminosas. 1.ª ed. Belo Horizonte : Editora Dialética, 2020, p. 258.

Em princípio a conduta daqueles que se associam para a prática de delitos etiquetados como hediondos ou equiparados merece resposta penal mais severa do que a prevista para uma quadrilha ou bando direcionada à prática de um crime qualquer.

Há um desvalor maior da conduta de associar-se para crimes reconhecidamente, inclusive na esfera constitucional, de maior gravidade¹⁶².”

Ora, é a gravidade dos delitos que fazem parte do escopo da associação que se dedica à prática de crimes hediondos, que justifica a necessidade da previsão de uma sanção penal mais grave.

É notório o maior desvalor presente na conduta dos indivíduos que se associam de forma estável e permanente com o intuito de praticar crimes hediondos. O dolo é o elemento subjetivo do tipo de associação para a prática de crime hediondo.

No parágrafo único do art. 8º se encontra prevista uma causa especial de diminuição de pena. O legislador expressamente determina que “*O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços*”.

A causa especial de diminuição de pena prevista no parágrafo único é amplamente conhecida como “*delação premiada*”¹⁶³.

Nos termos da lei, a denúncia deverá resultar no desmantelamento da associação. Deste modo, verificado o desmantelamento da associação através da denúncia feita pelo associado ou participante, será obrigatória a redução da pena de um a dois terços¹⁶⁴.

Ressaltamos que apesar do parágrafo único do art. 8º fazer referência a “*bando ou quadrilha*”, terminologia utilizada na versão original do art. 288 do CP, para a correta compreensão do conceito de associação devemos recorrer aos elementos que compõem o conceito de associação criminosa previsto na versão atual do art. 288 do CP.

¹⁶² TOURINHO, José Lafaieti Barbosa, “*Crime de quadrilha ou bando & associações criminosas, 2ª edição - Revista e Atualizada*”, Curitiba, Juruá, 2009, p. 70.

¹⁶³ *Idem*, p. 72.

¹⁶⁴ *Idem*, pp. 76 e 77.

A doutrina entende pela exclusividade da aplicação dessa causa especial de diminuição de pena apenas quando a associação se dedicar a prática de crimes hediondos ou equiparados, não sendo aplicável à associação criminosa prevista no art. 288 do CP¹⁶⁵.

4.2.3. ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA PARA O TRÁFICO DE DROGAS – ART. 35º DA LEI Nº 11.343, DE 23 DE AGOSTO DE 2006

A Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006, também conhecida como Lei de Drogas, foi responsável por instituir o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – SISNAD, prescrever medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, estabelecer normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas, definir crimes e dar outras providências.

O tipo penal de associação para o tráfico de drogas está previsto no artigo 35 da Lei 11.343/06, nos seguintes termos:

“Art. 35. Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, 34 desta Lei:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa.

Parágrafo único. Nas mesmas penas do caput deste artigo incorre quem se associa para a prática reiterada do crime definido no art. 36 desta lei.”

O *caput* do art. 35 tipifica a associação de duas ou mais pessoas que tenha como escopo a prática, reiterada ou não, das condutas previstas nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 da presente lei.

Tendo em conta a referência expressa às condutas previstas nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 da Lei 11.343/06, é oportuna a transcrição dos mesmos. A saber:

“Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

¹⁶⁵ NUCCI, Guilherme de Souza, “Código Penal Comentado”, 19.^a ed., Rio de Janeiro, Forense, 2019, p. 1348.

§ 1º *Nas mesmas penas incorre quem:*

I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;

III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas;

IV - vende ou entrega drogas ou matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas, sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, a agente policial disfarçado, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019).”.

“Art. 34. Fabricar, adquirir, utilizar, transportar, oferecer, vender, distribuir, entregar a qualquer título, possuir, guardar ou fornecer, ainda que gratuitamente, maquinário, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 1.200 (mil e duzentos) a 2.000 (dois mil) dias-multa.”

Deste modo, o tipo previsto no *caput* do art. 35 criminaliza a conduta dos agentes, dois ou mais, que se associam com o fim de praticar as condutas típicas que configuram o crime de tráfico de drogas, previstas no *caput* do art. 33, e também as condutas típicas previstas no § 1º do mesmo artigo, ou seja, o tráfico de matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas; o semeio, cultivo ou colheita de plantas que constituem matéria-prima para a preparação de drogas; a utilização de local ou bem de qualquer natureza para o tráfico ilícito de drogas; e a venda ou entrega de drogas, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas a agente policial disfarçado.

No que diz respeito ao art. 34, de igual modo, o art. 35 prevê e pune a associação composta por dois ou mais indivíduos que tenha como escopo a fabricação, aquisição, utilização, transporte, oferecimento, venda, distribuição, entrega a qualquer título, posse, guarda, ou fornecimento, ainda que a título gratuito, de maquinário ou de quaisquer outros objetos destinados à produção ou transformação de drogas.

Por sua vez, o parágrafo único do art. 35 determina que incorre nas mesmas penas do *caput* deste artigo quem se associa para a prática reiterada do crime positivado no art. 36 desta Lei. O art. 36 apresenta a seguinte redação:

“Art. 36. Financiar ou custear a prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei:

Pena – reclusão, de 8 (oito) a 20 (vinte) anos, e pagamento de 1.500 (mil e quinhentos) a 4.000 (quatro mil) dias-multa.”

Assim, no parágrafo único do art. 35 está tipificada a conduta de associação para o financiamento do tráfico de droga, que é punida com as mesmas penas determinadas no *caput* do art. 35.

No crime de associação para o tráfico de drogas, o bem jurídico tutelado é a paz pública e a saúde pública. O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, pois se trata de crime comum. O sujeito passivo é a coletividade. O dolo é o elemento subjetivo admitido no crime de associação para o tráfico de drogas¹⁶⁶.

Verificamos a existência de um elemento subjetivo especial, uma vez que associação é constituída especificamente para a prática dos crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, 34 e 36 da Lei 11.343/06¹⁶⁷.

Deste modo, quando evidenciado o especial fim de agir, de acordo com o princípio da especialidade, deverá ser afastado o tipo previsto no art. 288 do CP, sendo aplicável o tipo legal previsto no art. 35¹⁶⁸.

Renato de Souza Matos Filho classifica o crime de associação para o tráfico da seguinte forma:

“Classificação doutrinária: crime comum (pode ser cometido por qualquer pessoa, formal (ou de consumação antecipada), doloso, comissivo (podendo ser também praticado por omissão imprópria), de perigo abstrato, de forma livre (pode ser cometido por qualquer meio escolhido pelo agente), permanente, plurissubjetivo de condutas paralelas, plurissubsistente, transeunte e vago¹⁶⁹.”

¹⁶⁶ MATOS FILHO, Renato de Souza - Crimes associativos: Sociedades e organizações criminosas. 1.ª ed. Belo Horizonte : Editora Dialética, 2020, p. 231.

¹⁶⁷ TOURINHO, José Lafaieti Barbosa, “Crime de quadrilha ou bando & associações criminosas, 2ª edição - Revista e Atualizada”, Curitiba, Juruá, 2009, p. 82.

¹⁶⁸ *Idem, ibidem.*

¹⁶⁹ MATOS FILHO, Renato de Souza - Crimes associativos: Sociedades e organizações criminosas. 1.ª ed. Belo Horizonte : Editora Dialética, 2020, p. 231.

Nos termos do caput do art. 35 “Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, 34 desta Lei”, é admissível a hipótese da constituição de uma associação para o tráfico de drogas que tenha por escopo a prática de um único crime previsto no art. 33, caput e § 1º, ou um único crime previsto no art. 34¹⁷⁰.

O caput do art. 35 determina, para os integrantes da associação, a pena de reclusão de três a dez anos e o pagamento de multa de setecentos a mil e duzentos dias-multa.

Notoriamente, o legislador definiu uma pena elevada para o delito previsto no art. 35 da Lei 11.343/06.

Importa destacar que a pena de reclusão prevista no art. 35, de três a dez anos, é equivalente à sanção prevista para o delito tipificado no art. 34 que faz parte do escopo da associação. Logo, a desproporcionalidade da pena definida para o crime de associação para o tráfico de drogas é evidente¹⁷¹.

Encontramos positivadas no art. 40 da Lei 11.343/06 diversas causas de aumento para as penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei. Dispõe o artigo 40:

“Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se:

I - a natureza, a procedência da substância ou do produto apreendido e as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade do delito;

II - o agente praticar o crime prevalecendo-se de função pública ou no desempenho de missão de educação, poder familiar, guarda ou vigilância;

III - a infração tiver sido cometida nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas, ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social, de unidades militares ou policiais ou em transportes públicos;

IV - o crime tiver sido praticado com violência, grave ameaça, emprego de arma de fogo, ou qualquer processo de intimidação difusa ou coletiva;

V - caracterizado o tráfico entre Estados da Federação ou entre estes e o Distrito Federal;

¹⁷⁰ *Idem*, p. 232.

¹⁷¹ VIANA, Lurizam Costa, “A Organização Criminosa na lei 12.850/13”, Dissertação de Mestrado em Direito, Área de Especialização em Direito Penal Contemporâneo, Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 2017, p. 208.

VI - sua prática envolver ou visar a atingir criança ou adolescente ou a quem tenha, por qualquer motivo, diminuída ou suprimida a capacidade de entendimento e determinação;

VII - o agente financiar ou custear a prática do crime.”

O artigo 41 prevê a possibilidade da colaboração premiada nos seguintes moldes:

“Art. 41. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços.”

Por sua vez, o art. 44 determina que os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e os delitos previstos nos arts. 34 a 37 da lei em comento *“são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.”* O parágrafo único do mesmo artigo determina que *“Nos crimes previstos no caput deste artigo, dar-se-á o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena, vedada sua concessão ao reincidente específico.”*

Ao compararmos o tipo penal previsto no art. 35 da Lei 11.343/06 com os outros crimes associativos analisados, é clara a intenção do legislador de consagrar um delito portador de um maior grau de reprovabilidade, com penas consideravelmente elevadas e com uma especificidade única, a possibilidade de configuração da *societas sceleris* mediante o acordo de apenas duas pessoas.

4.3. ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA SOBRE O CRIME DE ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA

No intuito de analisar as orientações e entendimentos consagrados pelos Tribunais Superiores brasileiros acerca do crime de associação criminosa, analisaremos, a seguir, um acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal e outro acórdão proferido pelo Supremo Tribunal de Justiça.

4.3.1. ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DE 17 DE DEZEMBRO DE 2012, AÇÃO PENAL 470 MINAS GERAIS

Reconhecendo a relevância das orientações consagradas pelo Supremo Tribunal Federal a respeito do tipo penal previsto no art. 288 do Código Penal brasileiro no âmbito da Ação Penal 470/MG, que ficou conhecida devido ao *“Escândalo do Mensalão”*,

dedicaremos maior atenção a análise do Acórdão proferido em 17 de Dezembro de 2012¹⁷², relatado por Joaquim Barbosa.

Sendo o julgamento mais longo da história do Supremo Tribunal Federal, julgado de agosto de 2012 a março de 2014, as orientações jurisprudenciais consagradas na Ação Penal 470 permanecem atuais e refletem o entendimento do STF sobre o tipo penal de associação criminosa.

Impende destacar que no início do julgamento ainda estava em vigor o antigo tipo penal de “*Quadrilha ou Bando*”. Entretanto, no ano de 2013 o tipo penal previsto no art. 288 do CP foi alterado e passou a ostentar o *nomen iuris* “*Associação Criminosa*”.

Como já foi dito em momento anterior do nosso estudo, as alterações trazidas pelo novo tipo penal previsto no art. 288 do CP foram as seguintes: redução do número mínimo de pessoas para a constituição da associação criminosa, tendo o *quorum* mínimo sido reduzido de quatro pessoas para 3 pessoas; previsão de majorante na hipótese de a associação criminosa ser armada; e previsão de majorante no caso de haver participação de criança ou adolescente na associação criminosa.

Considerando o elevado número de réus que foram acusados pela prática do crime de formação de Quadrilha ou Bando, que a associação não era armada e que não houve participação de criança ou adolescente, as alterações previstas no novo art. 288 do CP não interferiram no julgamento. Assim sendo, as orientações constantes no acórdão ora analisado são aplicáveis à atual formulação do tipo de crime de associação criminosa.

Segundo consta da denúncia do Ministério Público Federal, haveria se formado uma quadrilha de quarenta pessoas com o intuito de comprar votos dentro do Congresso Nacional Brasileiro. Para a prossecução deste fim ilícito, entre meados de 2002 até 2005, os acusados teriam cometido os crimes de corrupção ativa, corrupção passiva, peculato, lavagem de dinheiro, evasão de divisas, gestão fraudulenta de instituição financeira e formação de quadrilha ou bando. Deste modo, os réus desviaram milhões de reais dos cofres públicos através da ação dos que compunham os chamados núcleos político, financeiro e operacional.

¹⁷² Acórdão do Supremo Tribunal Federal de 17/12/2012, Ação Penal 470 Minas Gerais. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3678648>. Acessado pela última vez em: 20/07/2023.

Sendo o tipo penal previsto no art. 288 do Código Penal o objeto do nosso estudo, iremos analisar as questões pertinentes a este no presente acórdão.

Apesar do voto do relator Joaquim Barbosa pela condenação dos réus pelo crime previsto e punido pelo art. 288 do Código Penal brasileiro, entendimento seguido pelos votos de Celso de Mello, Gilmar Mendes, Luiz Fux e Marco Aurélio, os réus foram inocentados através dos votos de Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski, Roberto Barroso, Rosa Weber e Teori Zavascki.

No entendimento do ilustre relator, estavam presentes e provados todos os elementos do crime de quadrilha ou bando. Nomeadamente, o mínimo de pessoas, o vínculo associativo estável e permanente, e o escopo de praticar uma série de crimes. A prática efetiva de diversos crimes pelos membros do grupo e a duração da atuação do mesmo, aproximadamente dois anos e meio, foram as principais provas consideradas para fundamentar o voto pela condenação dos indivíduos.

Não obstante, com a exceção do voto do Ministro Roberto Barroso, que votou pela absolvição dos réus por entender que ocorreu a prescrição do crime, no entendimento dos ilustres Ministros que votaram pela absolvição dos réus pela prática da conduta típica prevista no art. 288 do CP não ficou provado que estavam configurados todos os elementos do tipo associativo.

Passemos, portanto, para a análise dos entendimentos que fundamentaram a absolvição dos réus relativamente à prática do tipo penal investigado.

Questão que se demonstrou controversa, durante o julgamento da Ação Penal 470, foi o entendimento da Ministra Rosa Weber pela necessidade de que os associados tomem a decisão de *“viver à base dos produtos auferidos com ações criminosas indistintas”*.

Em seu pronunciamento, afirmou a Ministra:

“O tipo penal do art. 288 do Código Penal - formação de quadrilha ou bando - é delito contra a paz pública da ótica enfatizada por Hungria. Não a paz pública no sentido material, vale dizer, a perturbação da paz

pública em si, mas a situação de alarma no seio da coletividade, isto é, a quebra do sentimento geral de tranquilidade, de sossego, de paz, que corresponde à confiança na continuidade normal da ordem jurídico-social (Comentários, vol. 9, p.163). O que pretende a regra de proibição é evitar a conduta que viabiliza sociedades montadas para o crime. É o caso de grupos reunidos para traficar, assaltar, furtar, falsificar, sequestrar e extorquir. Pelo modo mais diverso e imprevisto a decisão é viver à base dos produtos

auferidos com ações criminosas indistintas. Organizada essa sociedade criminosa já está consumado o delito de bando, porque afetado o bem jurídico tutelado pela norma - a paz pública-, ainda que sequer haja o início de uma outra ação delituosa¹⁷³.”

Com a devida vênia, discordamos do entendimento da Ministra Rosa Weber quanto à necessidade de os membros da sociedade criminosa viverem à base dos produtos auferidos com as ações criminosas por eles praticadas.

Entendemos que o art. 288 do Código Penal não possibilita essa interpretação, que claramente vai além da letra e do espírito da lei. O legislador foi claro ao determinar que o crime se configura mediante a associação dos indivíduos para o fim de cometer crimes.

Deste modo, não vemos margem para uma interpretação que determine a obrigatoriedade dos indivíduos se decidirem por viver à base dos produtos ou vantagens auferidas através das condutas criminosas praticadas no âmbito da associação.

Em sentido contrário ao entendimento apresentado por Rosa Weber, Gilmar Mendes discorre:

(...) com as vênias de quem pensa em sentido oposto, é que o tipo penal, conquanto reclame a estabilidade e permanência, não exige exclusividade, ou seja, que a quadrilha seja o próprio meio de vida do indivíduo.

Aliás, como observa Figueiredo Dias, “a actividade criminosa não necessita ser o único objectivo da associação, nem o seu objectivo último ou principal” (ob.cit., p. 39).

Ad argumentandum tantum, condicionarmos o reconhecimento do crime de quadrilha ou bando ao meio exclusivo de vida, incorreríamos em contradição lógica, na medida em que “não se torna necessário, para que o tipo objectivo se considere preenchido, que existam crimes concretos cometidos ou sequer planeados” (Figueiredo Dias, ob.cit., p. 38)¹⁷⁴.”

Consideramos ser essa a interpretação mais adequada do tipo. Conforme observado pelo Ministro Gilmar Mendes, o tipo penal não exige exclusividade do *modus vivendi* dos indivíduos e não se faz necessário que haja crimes concretos cometidos para o correto preenchimento do tipo objetivo.

¹⁷³ Acórdão do Supremo Tribunal Federal de 17/12/2012, Ação Penal 470 Minas Gerais, fls. 52889 *in fine* e 52890. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3678648>. Acessado pela última vez em: 20/07/2023.

¹⁷⁴ Acórdão do Supremo Tribunal Federal de 17/12/2012, Ação Penal 470 Minas Gerais, fl. 57778. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3678648>. Acessado pela última vez em: 20/07/2023.

Outro entendimento controverso apresentado por Rosa Weber, que também mereceu a nossa atenção, foi no sentido de que a conduta dos réus deu origem à existência de uma associação ad hoc, pois, segundo o seu entendimento, tal associação era desprovida do elemento subjetivo especial do tipo.

Nesse sentido, Rosa Weber se faz valer da doutrina nacional e da lição do argentino Jorge Federico Mikkelsen-Löth, ao comentar o tipo de *asociación ilícita* do Código Penal argentino, para fundamentar o seu entendimento.

Vejamos um trecho do voto da Ministra:

“Só existe quadrilha na acepção legal reitero, quando o acerto de vontades entre os integrantes visa a uma série indeterminada de delitos. Por isso a diferença com os crimes praticados em concurso de agentes (concurso material, formal ou crime continuado, que não passa de uma forma atenuada do concurso material).

E nessa linha de entendimento a doutrina majoritária, a concluir que a finalidade de prática de número indeterminado de crimes é essencial à configuração do tipo do art. 288 CP, como destaca José Lafaieti Barbosa Tourinho, em primorosa monografia sobre o tema (“Crime de Quadrilha ou Bando & Associações Criminosas), reportando-se ao magistério de Hungria, a que já me referi, e de penalistas como Antolisei, Faria, Fiandaca, Musco, Maggiore, Mirabete, Prado, Ranieri, Rosa, Ribeiro, Siqueira, inobstante ele próprio tenha compreensão diversa (ob. cit., p. 43).

*Na minha ótica, na esteira dessa abalizada doutrina, a indeterminação da prática de crimes na ação final é a base para a diferenciação de bando e concurso de agentes puro e simples, à luz do art. 288 do Código Penal. E pela equivalência que guarda com a denominada *asociación ilícita* do Código Penal argentino, merece realce a lição do argentino Jorge Federico Mikkelsen-Löth ao comentar o tipo, em tradução livre:*

Dito de outro modo, as associações ad hoc não são organizações que perseguem a consecução de “algum delito indeterminado” ou de “delitos em geral”, e sim estão expressamente constituídas para empreender uma única operação concreta e pontual, extinguindo-se neste mesmo ato. Por isso, embora com características similares, não constituem associação ilícita. (“Asociación Ilícita”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2001, p. 56)

(Dicho de otro modo, las asociaciones ad hoc no son organizaciones que persiguen la comisión de “algún delito indeterminado” o de “delitos en general”, sino están expresamente constituídas para emprender una única operación concreta y puntual extinguiéndose en ese mismo acto. Por eso, aun con características muy similares, no constituyen asociación ilícita. (“Asociación Ilícita”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2001, p. 56).

(...)

Havia um objetivo: a cooptação de apoio político ao governo. Todos os demais fatos típicos que giraram em torno desse objetivo sempre tiveram por finalidade garantir a consumação desse desiderato.

Em absoluto detecto a configuração, ainda que informal, de uma entidade com vida própria ou, nos dizeres de José de Figueiredo Dias, de um “centro autônomo de imputação e motivação” a que subordinados os réus como agentes criminosos.

Delineada, isto sim, data venia, hipótese de coautoria, traduzindo, a meu juízo, o fato de os crimes terem sido praticados em série e por tempo considerável, continuidade delitiva, e não a existência de quadrilha ao feitio legal¹⁷⁵.”

Nesse sentido, segundo o entendimento da Ministra, a determinação final e o cometimento de crimes previamente determinados, com o intuito de atingir o fim mediato, são indícios da configuração de uma associação criminosa ad hoc, ou seja, uma associação eventual.

Data venia, entendemos não ser essa a melhor interpretação a ser feita do art. 288 do Código Penal Brasileiro. Uma vez comprovado o cometimento de diversos crimes, a existência de uma “*entidade com vida própria (...) a que subordinados os réus como agentes criminosos*” e o número mínimo de agentes, concluímos pela existência de uma *societas sceleris*.

A comprovação do elevado número de crimes praticados pelos indivíduos pertencentes ao grupo corrobora para preenchimento do elemento correspondente a prática de uma série indeterminada de crimes.

A nosso ver, não é determinante para a configuração, ou não, do tipo a existência de um fim mediato. Entendemos que a análise deve ser feita no caso concreto considerando a estrutura estável e permanente do grupo formado pelos diversos réus, o escopo criminoso e a efetiva prática de diversos delitos.

Como já citado em outro momento do nosso estudo, acompanhamos o entendimento de José Lafaieti Barbosa Tourinho que advoga no sentido de que “*Na análise do caso concreto, pode se ter configurado o crime de quadrilha ou bando na hipótese de objetivo de prática de crimes indeterminados, ou quando exista um programa criminoso bem*

¹⁷⁵ Acórdão do Supremo Tribunal Federal de 17/12/2012, Ação Penal 470 Minas Gerais, fls. 53042 e ss. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3678648>. Acessado pela última vez em: 20/07/2023.

*definido, para a prática de mais de um crime, desde que presentes os demais requisitos exigidos pelo tipo, a afastar a hipótese de mero concurso de agentes*¹⁷⁶”.

Na sequência do julgamento, a Ministra Rosa Weber defendeu ainda que os integrantes de uma associação criminosa devem se associar para o cometimento de uma série indeterminada e diversificada de condutas criminosas.

Nesse sentido, a Ministra sustentou o seu entendimento da seguinte forma:

*“Em síntese, à compreensão de que só existe quadrilha ao feitiço legal quando o acerto de vontades entre os integrantes do grupo visa a uma série indeterminada de delitos, é dizer, à compreensão de que o tipo penal exige que a associação se faça para a prática de crimes com indeterminação na ação final e de que o tipo penal diz com sociedades engendradas para o crime com a finalidade de, por formas diversificadas e imprevistas, usufruir dos produtos auferidos com ações criminosas indistintas, caso, exemplificativamente, de grupos formados para assaltar, roubar, falsificar, sequestrar, extorquir, conluo pela inviabilidade de reputar tipificado o artigo 288 do Código Penal, na espécie, com a consequente absolvição de todos os réus, forte no art. 386, III, do Código Penal*¹⁷⁷.”

Assim sendo, percebemos que a Ministra entende que para a correta configuração do dolo específico do tipo se faz necessário que a associação tenha como intuito cometer um número indeterminado e diversificado de crimes. Não bastando, portanto, a prática de uma indeterminada série de crimes, sendo ainda necessário que os diversos crimes praticados pelos agentes sejam qualitativamente diferentes.

Renovado o pedido de vênica, discordamos no todo da posição defendida por Rosa Weber. Entendemos que tal interpretação não encontra guarida na letra da lei, na versão anterior ou atual, pois, o legislador é claro ao determinar que o fim daqueles que se associam deve ser *“cometer crimes”*.

Logo, não há lugar para uma interpretação no sentido de que os crimes devam ser qualitativamente diferentes, sendo suficiente a prática de diversos crimes pela associação criminosa.

¹⁷⁶ TOURINHO, José Lafaieti Barbosa, *“Crime de quadrilha ou bando & associações criminosas, 2ª edição - Revista e Atualizada”*, Curitiba, Juruá, 2009, p. 41.

¹⁷⁷ Acórdão do Supremo Tribunal Federal de 17/12/2012, Ação Penal 470 Minas Gerais, fls. 53046 *in fine* e 53047. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3678648>. Acessado pela última vez em: 20/07/2023.

Contrário a esse entendimento da Ministra Rosa Weber, o Ministro Ayres Britto consignou:

“Avanço para consignar que a formação de quadrilha é crime de perigo abstrato, não sendo necessária para a sua configuração a efetiva realização de outros crimes pelos agentes. Estou a dizer: a associação de agentes imbuídos de um propósito delitivo em comum (cometer crimes) já tem a potencialidade lesiva suficiente para atrair a incidência da lei penal. Isso porque a organização de pessoas para a prática de crimes concorre diretamente para a desorganização do Estado, mormente quando integrada por agentes públicos. Mais do que isso: o enquadrilhamento em si aumenta o potencial ofensivo do criminoso e reduz o potencial defensivo dos órgãos de persecução criminal. Tudo a revelar que a proteção da paz pública (entendida aqui como a dimensão subjetiva da Ordem Pública, na medida em que o delito de quadrilha tutela o sentimento coletivo de segurança e de um desenvolvimento ordenado e justo da vida social) é a própria razão de ser da criminalização autônoma da associação com fins delitivos.

Assim postas as coisas, fica fácil distinguir as hipóteses constitutivas do delito de formação de quadrilha daquelas reveladoras de uma associação ocasional para a prática de determinado delito, constitutivas, portanto, de um singelo concurso eventual de pessoas.

Não posso deixar de consignar que os fundamentos deduzidos pelas ministras Rosa Weber e Cármen Lúcia me levaram a refletir, uma vez ainda, sobre a caracterização, ou não, do referido delito associativo. Mas essa nova reflexão apenas robusteceu a análise inicial que fiz das provas dos autos. Em primeiro lugar, porque o fato de a associação criminosa visar os específicos delitos de corrupção passiva e de lavagem de dinheiro não desnatura o vínculo associativo estável e permanente para a prática de crimes; em segundo, porque a exigência normativa de que o enquadrilhamento seja dirigido à prática indeterminada de crimes não corresponde à interpretação de que os crimes sejam “indeterminados”. Ou seja, a indeterminação diz respeito ao número de infrações, aos meios e modos de execução, mas não, necessariamente, à espécie dos crimes que serão cometidos. Concluir em sentido diverso nos levaria, por exemplo, à ilógica conclusão de que não existem quadrilhas especializadas em roubo de cargas, adulteração de veículos, estelionato etc. Ou seja: a natureza dos delitos pretendidos pelos quadrilheiros não é elementar do tipo (quando o legislador assim entendeu, o fez de maneira explícita, como, por exemplo, na associação para o tráfico de drogas, art. 35 da Lei 11.343/2006) e não pré-exclui, por si só, a possibilidade de enquadramento legal de condutas na letra do art. 288 do CP. Equivale a dizer: o delito eventualmente resultante da associação delitiva não constitui condição normativa para a configuração típica do delito de formação de quadrilha.

De mais a mais, não posso deixar de consignar que nas ações delitivas organizadas e amparadas na corrupção de agentes públicos a paz pública é fortemente violada. Seja pela extensão incomensurável dos danos acarretados pelos desvios de verbas públicas, seja pelo enfraquecimento da credibilidade das instituições públicas e do próprio Estado. Ou seja, atos como os que estamos a julgar atingem diretamente a sensação coletiva de segurança e tranquilidade, garantida pela ordem jurídica. Mais do que isso: a paz pública, entendida aqui como a dimensão subjetiva da Ordem Pública, é violada, na medida em

que se reduz o sentimento coletivo de confiança na ordem jurídica e nas instituições democráticas¹⁷⁸;"

Estamos inteiramente de acordo com a posição defendida por Ayres Britto. Considerando o facto de que no caso concreto diversos réus foram condenados pela prática de crimes de corrupção passiva e de lavagem de dinheiro, cometidos durante um considerável período de tempo, é evidente o vínculo associativo estável e permanente existente entre os indivíduos.

Além disso, uma vez que se trata de crime de perigo abstrato, do qual não se faz necessária a efetiva realização de outros crimes por parte dos agentes para a sua correta configuração, entendemos, mais uma vez, que o determinante é a existência de um propósito delitivo em comum, a prática de crimes.

Ora, a exigência da prática de crimes indeterminados não se refere à espécie dos crimes que fazem parte do desiderato da *societas delinquentium*. A existência de associações especializadas na prática de determinados delitos como, por exemplo, o roubo de cargas nos leva a essa conclusão lógica.

Por sua vez, a Ministra Cármen Lúcia, que votou pela absolvição dos réus da acusação pela prática do crime previsto no art. 288 do CP, por concluir pela atipicidade das condutas devido à ausência do elemento subjetivo especial, defendeu a tese de que se faz necessário que a associação constituída tenha a intenção de cometer crimes desde a sua origem.

"Tal como a Ministra Rosa acaba de dizer, o que fica no meu voto e eu estou, portanto, pedindo, com todas as vênias, a possibilidade de divergir, é exatamente porque me parece que aqui, tal como foi afirmado pelo Ministro-Revisor e agora pela Ministra Rosa Weber, a associação é feita - na minha compreensão, ao interpretar o artigo 288 - para a prática de crimes e, neste caso, esta associação já se faz, já se constitui de maneira voltada à estabilidade e permanência; são os termos do artigo 288: associação, estável e permanente, de mais de três pessoas para a prática de crimes.

Então, o que me parece aqui? É que o bem jurídico tutelado - que o Ministro Joaquim tão bem enfatiza -, quer dizer, não pode ter um corte, de que serviria apenas para um determinado tipo de crime, e assim não é. O exemplo dado pelo Nelson Hungria e o exemplo normalmente citado é exatamente o do bando de Lampião: praticam-se crimes. E a só constituição da quadrilha, a chegada de um bando numa determinada localidade é suficiente para trazer o desassossego. E, portanto, para que se considere como crime

¹⁷⁸ Acórdão do Supremo Tribunal Federal de 17/12/2012, Ação Penal 470 Minas Gerais, fls. 56123 e 56124. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3678648>. Acessado pela última vez em: 20/07/2023.

autônomo o crime de quadrilha, a meu ver, seria necessário realmente que se firmasse uma associação de maneira estável e permanente para a prática de crimes em geral.

E é isso e por isso que estou seguindo na linha do que foi afirmado, inicialmente, na divergência do Ministro-Revisor, Ricardo Lewandowski, porque não me parece que tenha havido, neste caso, a comprovação, pelo Ministério Público, de que houve a constituição de uma associação com fins a durar, sem determinação, com a específica finalidade de prática de crimes.

Nelson Hungria - que acaba de ser citado também pela Ministra Rosa Weber - afirma expressamente que o elemento subjetivo do crime de formação de quadrilha é a vontade consciente e livre de se associar com o fim de cometer crimes. Afirma ele: o dolo específico é este¹⁷⁹.”

Com o devido respeito, é forçoso discordar do entendimento postulado pela Ministra Cármen Lúcia.

Entendemos que o tipo associativo previsto no art. 288 não contém nenhuma exigência elementar que exclui a hipótese de uma associação que tenha sido inicialmente constituída para fins lícitos venha, posteriormente, a cometer uma série de crimes, configurando, deste modo, uma associação criminosa.

Nesse sentido, nos fazemos valer do entendimento de José Lafaieti Barbosa Tourinho:

“Finalmente, pode suceder que uma associação, originalmente constituída com fins lícitos, se transforme em criminosa, o que ocorre com certas sociedades comerciais, seja por não atingirem suas finalidades econômicas, seja para auferirem maior lucros¹¹¹. Em tais casos, desde que haja o número de membros exigido pelo tipo, e o programa delituoso esteja bem delineado, caracterizada estará a quadrilha¹⁸⁰.”

No mesmo sentido, Renato de Souza Matos Filho, ao realizar interessantíssima análise sobre a Ação Penal em comento, discorre sobre esse controverso entendimento:

“Não há motivos para se fazer nenhum corte sociológico na caracterização dos crimes associativos em geral, principalmente quando se estiver tratando de uma sociedade do crime exaurida que cometeu graves crimes em série. É o que se depreende também dos princípios constitucionais da legalidade e da igualdade. A lei é, de fato, para todos.

Isso não quer dizer que se admitirá sempre o cometimento de algum crime associativo quando forem constatados crimes em série no seio de uma sociedade empresária, praticados por uma pluralidade de gestores. Além da óbvia exigência do número mínimo

¹⁷⁹ Acórdão do Supremo Tribunal Federal de 17/12/2012, Ação Penal 470 Minas Gerais, fls. 57510 in fine e 57511. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3678648>. Acessado pela última vez em: 20/07/2023.

¹⁸⁰ TOURINHO, José Lafaieti Barbosa, “Crime de quadrilha ou bando & associações criminosas, 2ª edição - Revista e Atualizada”, Curitiba, Juruá, 2009, pp. 44 in fine e 45. Nesse mesmo sentido: DIAS, Jorge de Figueiredo, “Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo II, Vol. II”, 2ª Edição, Agosto 2022, Gestlegal, p. 817.

de agentes estipulada no tipo penal associativo respectivo, há que se levar em conta toda uma gama de fatores indiciários e probatórios sobre o vínculo associativo criminoso e o elemento subjetivo especial¹⁸¹.”

No caso em concreto, conforme já expusemos, a comprovação da prática de crimes, a condenação de diversos réus pela prática destes e a própria organização presente no *modus operandi* dos indivíduos oferecem fatores indiciários e probatórios suficientes para concluirmos pela existência de um vínculo associativo criminoso e do elemento subjetivo especial.

Trazemos à colação o voto do Ministro Celso de Mello, que acompanhou integralmente o voto do Ministro Relator, devido a sua notória relevância:

“O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Em mais de 44 anos de atuação na área jurídica, primeiramente como membro do Ministério Público paulista e, depois, como Juiz do Supremo Tribunal Federal, nunca presenciei caso em que o delito de quadrilha se apresentasse tão nitidamente caracterizado em todos os seus elementos constitutivos, como sucede no processo ora em julgamento.

Na realidade, Senhor Presidente, e na linha do voto do eminente Relator, tenho por inteiramente comprovada a acusação penal fundada na imputação, aos réus, do crime de quadrilha, por entender configurados todos os elementos e requisitos que lhe compõem a estrutura típica.

Formou-se, na cúpula do poder, à margem da lei e do Direito e ao arrepio dos bons costumes administrativos, um estranho e pernicioso sodalício constituído de altos dirigentes governamentais e partidários, unidos por um perverso e comum desígnio, por um vínculo associativo estável que buscava conferir operacionalidade, exequibilidade e eficácia ao objetivo espúrio por eles estabelecido: cometer crimes, qualquer crime, agindo, nos subterrâneos do poder, como conspiradores à sombra do Estado, para, em assim procedendo, vulnerar, transgredir e lesionar a paz pública, que representa, em sua dimensão concreta, enquanto expressão da tranquilidade da ordem e da segurança geral e coletiva, o bem jurídico posto sob a égide e a proteção das leis e da autoridade do Estado.

A isso, Senhor Presidente, a essa sociedade de delinquentes, a essa “societas delinquentium”, o direito penal brasileiro dá um nome: o de quadrilha ou bando.

(...)

Nada mais ofensivo e transgressor à paz pública do que a formação de quadrilha no núcleo mais íntimo e elevado de um dos Poderes da República com o objetivo de obter, mediante perpetração de outros crimes, o domínio do aparelho de Estado e a submissão inconstitucional do Parlamento aos desígnios criminosos de um grupo que desejava

¹⁸¹ MATOS FILHO, Renato de Souza - Crimes associativos: Sociedades e organizações criminosas. 1.ª ed. Belo Horizonte : Editora Dialética, 2020, p. 187.

controlar o poder, quaisquer que fossem os meios utilizados, ainda que vulneradores da própria legislação criminal do Estado brasileiro.

O que vejo neste processo, Senhor Presidente, emergindo da prova nele produzida contra os ora acusados, são homens que desconhecem a República, que ultrajaram as suas instituições e que, atraídos por uma perversa vocação para o controle criminoso do poder, vilipendiaram os signos do Estado democrático de Direito e desonraram, com os seus gestos ilícitos e ações marginais, a ideia mesma que anima o espírito republicano pulsante no texto de nossa Constituição.

Mais do que práticas criminosas, por si profundamente reprováveis, identifico, no comportamento desses réus, notadamente dos que exerceram (ou ainda exercem) parcela de autoridade do Estado, grave atentado às instituições do Estado de Direito, à ordem democrática que lhe dá suporte legitimador e aos princípios estruturantes da República.

Este processo revela um dos episódios mais vergonhosos da história política de nosso País, pois os elementos probatórios que foram produzidos pelo Ministério Público expõem aos olhos de uma Nação estarecida, perplexa e envergonhada um grupo de delinquentes que degradou a atividade política, transformando-a em plataforma de ações criminosas¹⁸².

Não poderíamos estar mais de acordo com os entendimentos apresentados no voto do Ministro Celso de Mello. Entendemos que no caso concreto estão perfeitamente configurados todos os elementos e requisitos que compõem o tipo penal associativo.

Considerando que a *societas sceleris* foi constituída no núcleo mais elevado dos Poderes da República brasileira, é enorme a sua potencialidade lesiva ao bem jurídico tutelado, a paz pública. Além disso, a atuação criminosa de seus participantes representou um ultraje ao Estado de Direito Democrático.

Posto isto, com as devidas vênias daqueles que pensam de modo contrário, não concordamos com a decisão acordada no sentido da absolvição dos réus na Ação 470/MG pela acusação da prática do crime previsto no art. 288 do Código Penal.

4.3.2. ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE 07 DE MARÇO DE 2017, HABEAS CORPUS N.º 374.515 MATO GROSSO DO SUL

No acórdão ora em análise¹⁸³, relatado pela Ministra Maria Thereza de Assis Moura, o Supremo Tribunal de Justiça julgou o habeas corpus n.º 374.515 impetrado a favor do

¹⁸² Acórdão do Supremo Tribunal Federal de 17/12/2012, Ação Penal 470 Minas Gerais, fls. 57802 e ss. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3678648>. Acessado pela última vez em: 20/07/2023.

¹⁸³ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 07/03/2017, Habeas Corpus n.º 374.515 - MS. Disponível em:

paciente, tendo sido apontada como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul.

A denúncia oferecida pelo Promotor de Justiça do Ministério Público Estadual imputou ao paciente a conduta delituosa de associação criminosa com outros indivíduos com o fim de cometer reiterados crimes de roubo. Tendo este sido convidado por um dos indivíduos para fazer parte do plano, uma vez que possuía um carro que seria utilizado no empreendimento criminoso.

Segundo consta na denúncia, após a prática de um roubo contra uma gráfica os indivíduos foram detidos e ao serem indagados sobre os factos, confessaram que se associaram para a prática de diversos roubos. Além disso, os elementos indiciários colhidos revelam que os denunciados se associaram de forma estável e permanente a fim de cometer reiterados crimes de roubo, entretanto, os planos foram interrompidos devido a detenção dos indivíduos antes da prática de outros crimes.

O impetrante do habeas corpus sustentou a tese de que se fazia *“necessária uma correta valoração do fato jurídico incontroverso, que no presente caso se refere à análise do fato de que o paciente não se associou de maneira duradoura com os demais réus¹⁸⁴”*.

Tendo alegado que *“a associação eventual para cometimento de um único crime, conforme a situação dos presentes autos, não alcança a figura típica do art. 288 do CP. Isto, porque, conforme afirmado alhures, exige o dispositivo em comento que haja associação para o cometimento de crimes. Diante do suposto cometimento de um único crime, a denúncia também está viciada pela atipicidade da conduta, o que enseja sua rejeição¹⁸⁵”*.

Argumentou ainda que a *“a hipotética confissão, se é que ocorreu, se deu em sede de inquérito policial a partir de meras declarações dos policiais que não lograram êxito em demonstrar quais outros roubos praticaram, tentaram ou planejaram. Cabia à denúncia*

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201602681710&dt_publicacao=14/03/2017. Acessado pela última vez em: 25/07/2023.

¹⁸⁴ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 07/03/2017, Habeas Corpus n.º 374.515 – MS, p. 3. Disponível em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201602681710&dt_publicacao=14/03/2017. Acessado pela última vez em: 25/07/2023.

¹⁸⁵ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 07/03/2017, Habeas Corpus n.º 374.515 – MS, p. 4. Disponível em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201602681710&dt_publicacao=14/03/2017. Acessado pela última vez em: 25/07/2023.

demonstrar o intento criminoso de todo o grupo em outras empreitadas criminosas¹⁸⁶ e que “inexiste justa causa para a ação penal ante a evidente inexistência da associação de forma estável e permanente, de um lastro probatório mínimo capaz de justificar sua instauração e, ainda, diante da atipicidade da conduta, configurando, portanto, a continuidade do feito um abuso ao direito de acusar e uma ofensa às garantias constitucionais do acusado¹⁸⁷”.

Por fim, é reforçada a ideia de que o paciente teria, supostamente, participado apenas de um único crime, excluindo, portanto, a figura do art. 288. Deste modo, configurado estaria o concurso eventual de pessoas e não a associação criminosa. Requerendo, nestes termos, o trancamento da ação penal, por razão da ausência dos indícios mínimos de autoria e materialidade.

No julgamento do habeas corpus impetrado, a ilustre relatora apresenta a seguinte leitura do tipo penal previsto no art. 288 do CP:

“Na hipótese, o paciente foi tido por incurso no crime previsto no art. 288 do CP, o qual, com a alteração promovida pela Lei nº 12.850/2013, guarda a seguinte redação:

Art. 288. Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes: (Redação dada pela Lei nº 12.850, de 2013) (Vigência)

Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos. (Redação dada pela Lei nº 12.850, de 2013) (Vigência)

Parágrafo único. A pena aumenta-se até a metade se a associação é armada ou se houver a participação de criança ou adolescente. (Redação dada pela Lei nº 12.850, de 2013) (Vigência)

Da leitura do tipo penal em comento, extrai-se a existência de um elemento tipológico estrutural objetivo, consistente na associação de três ou mais pessoas, bem como de um elemento subjetivo especial, delineado como o desiderato específico do grupo no cometimento de crimes indeterminados¹⁸⁸.”

A seguir, faz referência ao entendimento consagrado pela doutrina sobre os elementos que compõem a estrutura do tipo, citando, para este efeito, Cezar Roberto Bitencourt:

“Na verdade, a estrutura central do núcleo desse crime reside na consciência e vontade de os agente atuarem em associação criminosa, com o fim especial - elemento subjetivo especial do injusto - e imprescindível de praticar crimes variados. Associação Criminosa

¹⁸⁶ *Idem, Ibidem.*

¹⁸⁷ *Idem, Ibidem.*

¹⁸⁸ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 07/03/2017, Habeas Corpus n.º 374.515 – MS, p. 8. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201602681710&dt_publicacao=14/03/2017. Acessado pela última vez em: 25/07/2023.

é crime de perigo comum e abstrato, de concurso necessário e de caráter permanente, inconfundível, pelo menos para os indiciados, com o concurso eventual de pessoas. É indispensável que os componentes da associação concertem previamente a específica prática de crimes indeterminados, como objetivo e fim do grupo. Para a configuração desse crime, ademais, deve, necessariamente, haver um mínimo de organização hierárquica estável e harmônica, com distribuição de funções e obrigações organizativas. (Bitencourt, Cezar Roberto. Código Penal comentado. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1229)¹⁸⁹

Sendo esses os elementos, segundo o entendimento da Ministra, sobre os quais o Ministério Público deve se debruçar para proceder a correta função acusatória na denúncia. Exigindo, assim, que a inicial traga a descrição nítida dos elementos objetivos, subjetivos e normativos e da sua ocorrência no mundo dos factos no caso concreto através da demonstração dos indícios mínimos de autoria e materialidade.

Considerando que, de facto, são esses os elementos do tipo em análise amplamente consagrados pela doutrina majoritária brasileira, estamos de acordo com a necessidade imprescindível da descrição dos mesmos e respetiva correlação com os factos no caso concreto.

Na sequência do acórdão, a relatora faz a descrição dos factos que levaram o Ministério Público à conclusão de que os denunciados se associaram com a finalidade de praticar outros delitos da mesma espécie:

“No caso em tela, a partir das investigações realizadas em um delito isolado de roubo, do qual o paciente supostamente agiu como corréu, vislumbrou-se também o cometimento do crime de associação criminosa.

Segundo narrado, AGEU, um dos corréus, teria se evadido de presídio paulista e se instalado na comarca de Dourados-MS com a finalidade de cometer crimes, notadamente tráfico de drogas e roubos. Já estabelecido na cidade, AGEU conheceu EDUARDO e foi apresentado a LAÉRCIO. Os três teriam combinado a realização de roubo contra uma gráfica, ficando acertado que AGEU providenciaria um veículo e uma pessoa para dirigir-lo; ao passo que EDUARDO providenciaria uma arma de fogo para uso na empreitada. Daí o ingresso de RODRIGO, ora paciente, e de FAGNER, o primeiro fornecendo o veículo e exercendo a atividade de piloto de fuga; o segundo emprestando a arma (auxílio material). Delineadas as funções, os réus teriam executado a atividade criminosa na forma como planejado, o que é objeto de apuração nos autos do processo nº 0001720-64.2015.8.12.0002.

A partir desses fatos, como dito alhures, bem como tomando por base o boletim de ocorrência de fl. 54, os interrogatórios dos acusados e as bibliografias criminais (fls. 127/172), o Ministério Público entendeu que os denunciados se associaram com o fito

¹⁸⁹ *Idem, Ibidem.*

*de praticar não somente o roubo supracitado, mas também outros delitos da mesma espécie naquela cidade*¹⁹⁰.”

Ao proceder à análise da prova pré-constituída referenciada pela acusação, entendeu a Ministra que se encontravam ausentes os requisitos mínimos para o prosseguimento da ação penal, dando razão à defesa.

Conforme explica Maria Thereza, o ponto mais importante diz respeito ao elemento associativo e a finalidade específica de cometimento de outros crimes. Considerando insuficiente a descrição das características integrantes do tipo e, por conseguinte, ausentes os indícios mínimos de autoria e materialidade delitiva.

Afirma ainda que é possível perceber que o paciente foi convidado a ingressar em uma empreitada criminosa específica, o roubo da gráfica, por possuir o veículo necessário para o sucesso da atividade criminosa. Assim sendo, conclui que não houve o concerto prévio de Rodrigo no sentido da continuidade associativa para a prática de crimes indeterminados.

Sobre o elemento de estabilidade e permanência da associação, a relatora discorreu no seguinte sentido:

“O nexa a ser demonstrado, como visto alhures, deve ser de caráter permanente, inconfundível com o concurso eventual de pessoas. Também impossível vislumbrar a existência de um mínimo de organização hierárquica e harmônica, a atrair o elemento normativo estabilidade e permanência (mais uma vez, apenas em relação ao paciente). Frise-se: o agente deve ter a consciência de que participa de uma estrutura associativa que tem mais que a finalidade de delinquir, mas associar-se “para o fim específico de praticar crimes”. Os interrogatórios dos acusados, também elencados como prova indiciária da participação do paciente, nada trazem com vistas a incriminá-lo pelo delito associação criminosa. RODRIGO negou a intenção de cometer outros crimes na companhia dos envolvidos, afirmando, que não tinham planejado mais nenhum roubo em conjunto (fl. 56)”¹⁹¹”

Nesse mesmo sentido, encontramos na doutrina o pensamento de Gabriel Habib:

“exigem-se como condição essencial a estabilidade e a permanência da associação para o fim de cometer crimes, o que não significa a sua perpetuidade. Não basta, portanto,

¹⁹⁰ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 07/03/2017, Habeas Corpus n.º 374.515 – MS, p. 9. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201602681710&dt_publicacao=14/03/2017. Acessado pela última vez em: 25/07/2023.

¹⁹¹ *Idem*, p. 10.

*um acordo de vontades eventual no sentido de praticar um delito determinado, é necessário que tal acordo seja de uma duradoura atuação conjunta.*¹⁹².

No que toca aos interrogatórios dos acusados, em partes utilizados pelo Ministério Público na acusação, a relatora destacou o seguinte:

“Em um segundo momento, EDUARDO apenas detalhou a divisão de tarefas do roubo, mencionando a participação de RODRIGO, sem contudo, mencionar o objetivo de praticar outros delitos (fls. 73/74). Em outra oportunidade de oitiva, EDUARDO asseverou expressamente que as pessoas acusadas, dentre os quais o paciente, chegaram a praticar apenas um roubo, não tendo planejado nenhum outro delito. Por fim, no interrogatório de AGEU, consta apenas o convite feito ao paciente para participar do roubo em questão, bem como a ausência de pretensão em praticar outros roubos em conjunto (fls. 81/87).

*A confissão mencionada pelo Parquet - não realizada pelo paciente - se refere ao delito de roubo e não ao de associação criminosa. E mesmo que assim não fosse, do que se extrai dos interrogatórios, não há quaisquer elementos no sentido de que o paciente pretendia continuar a prática delitativa em conjunto com os demais acusados*¹⁹³.

Ora, nos próprios interrogatórios há fortes indícios presentes de que o paciente foi convidado a participar apenas do roubo em questão e que a confissão mencionada pelo Ministério Público se referia exclusivamente ao tipo de crime de roubo.

Assim sendo, a Ministra Maria Thereza considerou que *“De tão lacônica a descrição do crime associação, desprovida ainda de elementos mínimos concretos, a incoativa desaguou, penso, em inépcia formal e ausência de justa causa*¹⁹⁴.

Tendo, deste modo, o Ministério Público falhado, ao imputar o delito de associação criminosa ao réu, no dever de apresentar as circunstâncias concretas que dariam razão ao processo penal, não demonstrando *“na peça de ingresso a existência dos elementos constitutivos do tipo, tais quais a existência de um liame estável e permanente entre o paciente e os demais réus com o desiderato de cometer outros crimes. Além disso, os elementos expressamente alinhavados na tentativa, sem sucesso, de se demonstrar a existência de indícios mínimos de autoria e materialidade, estão em franca dissonância com o que consta na documentação carregada aos autos*¹⁹⁵.

¹⁹² HABIB, Gabriel, *Associação Criminosa: sentido e validade dos crimes associativos* 2ª Edição, São Paulo, Editora Método, 2021, pp. 23 *in fine* e 24.

¹⁹³ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 07/03/2017, Habeas Corpus n.º 374.515 – MS, p. 10. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201602681710&dt_publicacao=14/03/2017. Acessado pela última vez em: 25/07/2023.

¹⁹⁴ *Idem*, p. 11.

¹⁹⁵ *Idem*, *Ibidem*.

Concluindo pela ausência de qualquer indicativo de que o paciente tenha manifestado o ânimo associativo, aparentando somente um concurso eventual de agentes para a prática de crime específico. Assim sendo, não ficou estabelecido de que forma a conduta do acusado poderia ter afetado o bem jurídico tutelado pelo tipo associativo.

Diante do exposto, a relatora votou pela concessão da ordem para trancar a ação penal em relação ao paciente. Tendo sido proferida pela egrégia Sexta Turma, por unanimidade dos votos dos Ministros, nos termos do voto da Ministra Relatora, a concessão de ordem de habeas corpus.

Considerando todas as circunstâncias fáticas presentes no acórdão em análise, entendemos como correta a decisão proferida, uma vez que a decisão pela concessão do habeas corpus tem como pressuposto a ausência no caso em concreto dos elementos objetivos, subjetivos e normativos do tipo penal de associação criminosa.

Não ficou demonstrado na denúncia do Ministério Público o correto preenchimento dos elementos constitutivos do tipo de associação criminosa. Deste modo, não ficou comprovado que o paciente havia estabelecido um acordo com os outros indivíduos para a prossecução de outros crimes.

Uma vez que o fim específico de cometer crimes, no plural, é um dos elementos do tipo, expressamente consagrado pela norma do art. 288 do CP, não podemos falar em associação criminosa diante da ausência deste fim.

Portanto, estamos de acordo com as orientações consagradas no presente acórdão, pois, estão de acordo com a letra e o espírito da norma penal e com o entendimento consagrado pela doutrina majoritária.

5. FIGURAS ANÁLOGAS

Nessa etapa do nosso estudo faremos uma análise sucinta de algumas figuras análogas ao conceito de associação criminosa em ambos os ordenamentos jurídicos comparados.

Urge a necessidade de delimitar o objeto investigado, assim, a análise que será desenvolvida se apresenta como um contributo para a realização da tarefa de determinação dos contornos e limites do objeto investigado, a associação criminosa.

5.1. PORTUGAL

5.1.1. COMPARTICIPAÇÃO

A comparticipação criminosa é um instituto que integra a parte geral do Código Penal. A matéria referente à comparticipação se encontra prevista nos artigos 26.º, 27.º, 28.º e 29.º do CP.

Encontramos no art. 26.º do CP, sob a epígrafe “*Autoria*”, duas formas de autoria singular, mediata e imediata, e uma forma de autoria plural, a coautoria e, por fim, a figura da instigação.

No que diz respeito à matéria da autoria, a doutrina maioritária portuguesa entende pela aplicação da teoria do domínio do facto, desenvolvida por Roxin¹⁹⁶.

De igual modo, o Supremo Tribunal de Justiça expressamente assume tal teoria como sendo a vigente no ordenamento jurídico penal português, “*A doutrina do domínio do facto (...) é a que melhor se harmoniza com os parâmetros da autoria nos crimes dolosos de acção*”¹⁹⁷.

Na primeira parte do art. 26.º, o legislador faz referência à autoria material, imediata e singular, “*É punível como autor quem executar o facto, por si mesmo...*”. Nestes casos, o agente executa a conduta típica sozinho. O art. 26.º prevê também a punição como

¹⁹⁶ Sobre a teoria do domínio do facto Cfr. ROXIN, Claus, “*Autoría y Dominio Del Hecho en Derecho Penal*”, Traducción de la Novena Edición Alemana. Madrid: Marcial Pons, 2016; DIAS, Jorge de Figueiredo, “*Direito Penal, TOMO I*”, 2ª Edição (2ª Reimpressão), Coimbra Editora, 2012, p. 775 e ss.

¹⁹⁷ Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 27/05/2009 (Proc. 58/07.1PRL.SB.S1, rel. Henrique Gaspar). Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/8e674ed29d3df0a1802575ec0030bffe?OpenDocument>. Acessado pela última vez em 10/06/2023.

autor de quem executar o facto “*por intermédio de outrem*”, assim, estamos diante da autoria mediata. A parte final do mesmo artigo determina ainda a punição como autor de “*quem, dolosamente, determinar outra pessoa à prática do facto, desde que haja execução ou começo de execução*”, nessa hipótese se trata da instigação¹⁹⁸.

A autoria material singular, prevista na parte inicial do art. 26.º, pode dar-se simultaneamente com a figura da instigação ou de cumplicidade¹⁹⁹, nos termos do n.º 1 do art. 27.º “*É punível como cúmplice quem, dolosamente e por qualquer forma, prestar auxílio material ou moral à prática por outrem de um facto doloso.*”.

Na comparticipação criminosa, diversos agentes concorrem para a prática de uma conduta típica.

Cabe na comparticipação criminosa a figura da coautoria que, nos termos do art. 26.º do CP, significa o “*tomar parte directa na sua execução, por acordo ou juntamente com outro ou outros...*”.

Sobre a coautoria, Figueiredo Dias:

“O que nesta figura existe de característico é a existência, por um lado de uma decisão conjunta; por outro lado de uma determinada medida de significado funcional da contribuição do co-autor para a realização típica²⁰⁰.”

Deste modo, a coautoria é composta por duas componentes: a componente subjetiva, que está ligada à decisão conjunta tomada pelos agentes; e a componente objetiva, que está ligada à necessidade da execução conjunta do facto típico pelos agentes.

Sobre a componente subjetiva, que reside na decisão conjunta, Figueiredo Dias explica:

“A componente subjectiva da co-autoria reside na decisão conjunta. A razão da exigência deste elemento compreende-se porque só através dele se pode justificar que responda pela totalidade do delito o agente que por si levou a cabo apenas uma parte da execução típica²⁰¹.”

¹⁹⁸ OLIVEIRA, Ana Catarina Martins, “*Autoria e Comparticipação Criminosa nos Crimes Relativos a Estupefacientes. Enquadramento Jurídico, Prática e Gestão Processual*”, Coleção Formação Ministério Público, 2019, p. 16.

¹⁹⁹ *Idem, ibidem.*

²⁰⁰ Cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo, “*Direito Penal, TOMO I*”, 2ª Edição (2ª Reimpressão), Coimbra Editora, 2012, p. 791.

²⁰¹ *Idem*, p. 791 *in fine* e 792.

Por seu turno, sobre a componente objetiva, o mesmo autor ainda ensina: “O art. 26 (...) exige (...) que o co-autor tome “parte directa na execução” e, por conseguinte, preste neste estágio uma contribuição objetiva para a realização do facto²⁰².”.

Por sua vez, a cumplicidade se apresenta com características diferentes daquelas que compõem o conceito de coautoria.

Na cumplicidade não há o domínio do facto por parte do cúmplice. A conduta do cúmplice se resume em facilitar o facto principal, por meio de “auxílio material ou moral à prática por outrem de um facto doloso.”.

Assim, aquilo que diferencia os autores dos cúmplices é precisamente o facto dos autores realizarem a ação típica, direta ou indiretamente, enquanto os cúmplices não realizam a ação típica nem dão causa a mesma, apenas, ajudam os autores, materialmente ou moralmente, na prática do facto doloso²⁰³.

Germano Marques da Silva esclarece que o papel do cúmplice se resume “num mero auxílio, não sendo determinante da vontade dos autores nem participa da execução do crime, mas é sempre auxílio à prática do crime e nessa medida contribui para a prática do crime, é uma concausa do crime²⁰⁴.”.

O n. 2 do art. 27.º do CP determina que a pena fixada para o autor do facto doloso é aplicável ao cúmplice, no entanto, sendo esta especialmente atenuada.

No que diz respeito à culpa dos participantes, o art. 29.º do CP é claro ao determinar que “Cada participante é punido segundo a sua culpa, independentemente da punição ou do grau de culpa dos outros participantes.”.

Figueiredo Dias aponta para a tarefa de distinção entre a associação criminosa e a participação criminosa como sendo o problema de maior complexidade na tarefa de interpretação e aplicação no âmbito do estudo do objeto investigado²⁰⁵.

²⁰² *Idem*, p. 794.

²⁰³ SILVA, Germano Marques da, “*Direito Penal Português*”, Volume II, Verbo, 1998, p. 279.

²⁰⁴ *Idem*, pp. 291 e 292.

²⁰⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa, “*Comentário Conimbricense do Código Penal - Parte Especial, Tomo II, Volume II*”, Gestlegal, 2022, p. 810.

O ilustre autor afirma que para a correta distinção entre as figuras, se faz necessária uma minuciosa aferição da existência, no caso concreto, dos elementos típicos que configuram a existência de uma associação criminosa no sentido consagrado pela lei²⁰⁶.

Sobre a distinção entre as duas formas de participação criminosa, coautoria e cumplicidade, e a associação criminosa, Mário Pedro Martins da Assunção Seixas Meireles desenvolve:

“(...) há naturalmente uma óbvia similitude entre as duas figuras; há uma raiz comum entre as duas figuras sobressaindo a associação criminosa da mera participação criminosa sobretudo a partir do momento em que se constata um maior grau de intensidade, complexidade e perenidade da vontade criminosa; com efeito, enquanto na típica participação criminosa a prática conjunta de determinados factos criminosos se esgota tendencialmente nesses mesmos factos, muito embora a lei a encare com mais rigor do que a prática do crime por autor singular, já na associação criminosa a intensidade da união entre os elementos que programam a prática de crimes é de tal ordem que, em si mesma, emerge na sociedade com um potencial de perigosidade que exige do ordenamento jurídico uma resposta e esta traduz se na sua consagração como crime, independentemente da prática concreta dos factos criminosos programados²⁰⁷.”

Deste modo, podemos dizer que é o maior grau de intensidade, complexidade e perenidade da vontade criminosa existente na relação dos indivíduos associados que justifica a consagração de tal conduta como crime autónomo, *associação criminosa*, e, por conseguinte, o distingue da simples coautoria e cumplicidade

5.1.2. BANDO

O DL n.º 15/93, de 22 de janeiro, Legislação de Combate à Droga, foi responsável por inserir, através da disposição existente na alínea j) do art. 24.º, a noção de *bando* no ordenamento jurídico português.

O art. 24.º, *Agravação*, prevê o aumento de um quarto nos seus limites mínimo e máximo das penas previstas nos arts. 21.º, Tráfico e outras atividades ilícitas, e 22.º, Precusores, do DL n.º 15/93 de 22 de janeiro.

Dispõe a alínea j) do art. 24.º:

²⁰⁶ *Idem, ibidem.*

²⁰⁷ MEIRELES, Mário Pedro Martins da Assunção Seixas, “Da Associação Criminosa à Criminalidade Organizada do Ordenamento Jurídico-Penal Português”, Tese de Doutoramento em Direito, no ramo das Ciências Jurídico-Criminais, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2018, p. 308 *in fine* e 309.

“O agente actuar como membro de bando destinado à prática reiterada dos crimes previstos nos artigos 21.º e 22.º, com a colaboração de, pelo menos, outro membro do bando;”

Assim, conforme disposto pela alínea j), será aumentada a pena do agente que é membro de um bando destinado à prática reiterada das condutas típicas previstas nos arts. 21.º e 22.º, e que atua com a colaboração de, pelo menos, outro membro do mesmo bando²⁰⁸.

Apesar da figura-jurídica do bando estar presente no ordenamento jurídico português, a lei não define o que é “*bando*”. Tal ausência de definição levou, até mesmo, ao entendimento de que estamos diante de uma lesão do princípio da legalidade incriminatória. Nesse sentido, José António Barreiros argumenta:

“O conceito de bando não está definido pela lei, o que a nosso ver é insuportável lesão do princípio da legalidade incriminatória, ao estar o legislador a usar para a sua descrição incriminatória um conceito com contornos fluidos como este²⁰⁹.”

Sobre a introdução do conceito de bando no ordenamento jurídico-penal português, José de Faria Costa apresenta uma abordagem crítica:

“(...) talvez não tenha sido filtrada convenientemente pela crítica da adequação ao real social nacional. Não nos parece que a realidade que nos envolve – sobretudo tenha em linha de conta que já o intérprete, para as situações de plúrima participação, já era senhor de toda a doutrina da comparticipação e ainda da figura da associação criminosa – exigisse ou exija o reforço da benfeitoria conceptual da noção de bando²¹⁰.”

Diante da ausência de uma definição na lei, a tarefa de determinação daquilo que é a figura do bando ficou a cargo da jurisprudência e da doutrina.

No acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27/05/2010, referente ao processo n. 18/07.2GAAMT.P1S.1, se encontram relatadas as raízes do conceito de bando:

“O conceito de bando, que encontra raízes no direito penal alemão, figurando na lei da droga alemã de 1981, enquanto agravante ope legis e como circunstância qualificativa do furto, foi introduzido por Figueiredo Dias, no Projecto de Revisão do Código Penal, 1993, como factor de qualificação dos crimes de «furtum rei» e de roubo. O Professor Figueiredo Dias explanou então que «o «bando» é uma forma de comparticipação», «uma forma especial de co-autoria», deixando claro que o conceito se diferencia da

²⁰⁸ A figura do bando também se encontra prevista na alínea g), do n.º 2 do art. 204.º do CP.

²⁰⁹ BARREIROS, José António, “*Crimes contra o património*”, Universidade Lusíada, 1996, p. 70.

²¹⁰ Cfr. COSTA, José de Faria – Artigo 204.º (Furto qualificado). In DIAS, Jorge de Figueiredo, dir. - Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial. Coimbra : Coimbra Editora, 1999. Tomo 2, p. 54-93, pp. 81 e 82.

associação criminosa. «Uma associação criminosa pode, obviamente, cometer roubos, mas nem todo o conluio se transforma em associação criminosa», disse²¹¹.»

Ao se ocupar da tarefa de determinação do conteúdo da figura do Bando, Mário Pedro Martins da Assunção Seixas Meireles desenvolve:

“Uma dificuldade inicial decorre desde logo da circunstância de a lei não definir o que seja “bando”, pelo que podemos obter o seu conteúdo, a partir, por um lado, da noção de “comparticipação criminosa” – no seu “limite inferior” – e, por outro lado, da noção de “associação criminosa” – no seu “limite superior”. Portanto, a sua delimitação conceitual pode ser feita deste modo negativo, isto é, bando será uma figura jurídico-penal que não se pode confundir com as noções de participação criminosa e de associação criminosa; quer dizer, o fenómeno colectivo em que necessariamente se traduz o bando tem de ser algo mais do que a figura da participação e algo menos do que a figura da associação criminosa²¹².”

Deste modo, o autor situa a figura do bando precisamente entre a figura da participação criminosa, limite inferior, e da figura da associação criminosa, limite superior.

Encontramos no sumário do acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18/12/1997, referente ao processo 97P918, um entendimento que vai de encontro com a ideia de que o bando é “*algo mais*” do que a participação criminosa e “*algo menos*” do que a associação criminosa:

“A figura do bando visa abarcar aquelas situações de pluralidade de agentes actuando “de forma voluntária e concertada, em colaboração mútua, com uma incipiente estruturação de funções”, que embora mais graves – e portanto mais censuráveis – do que a mera co-autoria ou participação criminosa, não são de considerar verdadeiras associações criminosas, por nelas inexistir “uma organização perfeitamente caracterizada. Com níveis e hierarquias de comando e com uma certa divisão e especialização de funções de cada um dos seus componentes ou aderentes²¹³.”

Nesse mesmo sentido, Américo A. Taipa de Carvalho apresenta um conceito de bando como sendo uma figura menos exigente que a associação criminosa:

²¹¹ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 27/05/2010 (Proc. 18/07.2GAAMT..P1.S1, rel. Raúl Borges). Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/bf9755dc1e737be08025775900394e1b?OpenDocument>. Acessado pela última vez em: 15/06/2023.

²¹² MEIRELES, Mário Pedro Martins da Assunção Seixas, “*Da Associação Criminosa à Criminalidade Organizada do Ordenamento Jurídico-Penal Português*”, Tese de Doutoramento em Direito, no ramo das Ciências Jurídico-Criminais, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2018, p. 77.

²¹³ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 07/03/1997 (Proc. 97P918, rel. Hugo Lopes). Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/e71a712291a6ac5f802568fc003b78c2?OpenDocument&Highlight=0,bando>. Acessado pela última vez em: 15/06/2023.

“Ora, bando significa uma cooperação duradoura entre várias pessoas. É um conceito menos exigente que o de associação criminosa (cfr. art. 299.º), pois que, diferentemente desta, não pressupõe uma estrutura organizacional. Mas também não se basta com uma mera associação conjuntural (ocasional) de pessoas²¹⁴.”

Já no acórdão do STJ de 23/04/2014, proferido no processo n.º 603/09.3JAPRT.P1.S1, encontramos uma distinção entre as três figuras e uma concisa definição daquilo que podemos entender como sendo a figura do bando:

“III- Enquanto que na participação criminosa se regista um encontro meramente casual ou conjuntural de pessoas que agem em conjugação de esforços com um objectivo comum, a associação criminosa caracteriza-se por ser um grupo de pessoas, com uma certa organização, que se destina a perdurar no tempo, que acordam na prática de crimes. IV – É esse acordo para a prática de crimes que falta no bando, grupo mais ou menos inorgânico, desarticulado, com relativa autonomia entre os seus membros²¹⁵.”

No acórdão supracitado, o bando é definido como *“grupo mais ou menos inorgânico, desarticulado, com relativa autonomia entre os membros”*. Entendemos que tal definição, apesar de ser notoriamente sucinta, é adequada à figura do bando.

5.2. BRASIL

5.2.1. CONCURSO EVENTUAL DE PESSOAS

Os tipos penais previstos no ordenamento jurídico-penal podem ser monossubjetivos, condutas típicas suscetíveis de serem praticadas por apenas um único agente, ou plurissubjetivos, que são aqueles crimes que exigem obrigatoriamente uma pluralidade de agentes²¹⁶.

Em sua generalidade, os crimes previstos no ordenamento jurídico brasileiro são condutas típicas passíveis de serem praticadas por apenas um único agente, ou seja, são crimes monossubjetivos. No entanto, eventualmente, esses crimes podem vir a ser praticados por mais de um agente. Nessa hipótese, estaremos diante do concurso eventual²¹⁷.

²¹⁴ CARVALHO, Américo A. Taipa de – Artigo 223.º (Extorsão). In DIAS, Jorge de Figueiredo, dir. - Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial. Coimbra : Coimbra Editora, 1999. Tomo 2, p. 338-361, pp. 352 e 353.

²¹⁵ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 23/04/2014 (Proc. 1603/09.3JAPRT.P1.S1, rel. Armindo Monteiro). Disponível em: <https://www.stj.pt/wp-content/uploads/2023/03/criminal2014.pdf>. Acessado pela última vez em: 15/06/2023.

²¹⁶ JESUS, Damásio de, *“Direito penal, volume 1 : parte geral”*, 32. ed., São Paulo, Saraiva, 2011, p. 447 *in fine*.

²¹⁷ *Ibem*, 448.

Por sua vez, o concurso necessário diz respeito aos crimes plurissubjetivos, onde a norma penal exige necessariamente “o concurso de pelo menos duas pessoas. Aqui, a norma incriminadora, no seu preceito primário, reclama, como *conditio sine qua non* do tipo, a existência de mais de um autor²¹⁸.”.

Guilherme de Souza Nucci explica que o conceito de concurso se traduz na “cooperação (ciente e voluntária) desenvolvida por mais de uma pessoa para o cometimento de uma infração penal (crime ou contravenção)²¹⁹.”.

O art. 29, positivado no Título IV do Código Penal brasileiro (Do Concurso de Pessoas), dispõe:

“Art. 29. Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

§ 1º Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço.

§ 2º Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave.”

Deste modo, o art. 29 do CP, norma de extensão transversalmente aplicável pelo ordenamento jurídico, determina que todo aquele que, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas previstas para este. Esse princípio somente é aplicável para os casos de concurso eventual, excluindo, assim, os crimes de concurso necessário²²⁰.

Encontramos três teorias que buscam clarificar a matéria relativa ao concurso de agentes: teoria pluralista, teoria dualista²²¹ e teoria monista (unitária).

O Código Penal brasileiro adotou, como regra, a teoria monista. Entretanto, em casos excepcionais, expressamente previstos pela lei, terá lugar a adoção da teoria dualista. Nesse sentido, Cezar Roberto Bitencourt afirma que o CP:

“(...) adotou, como regra, a teoria monística, determinando que todos os participantes de uma infração penal incidem nas sanções de um único e mesmo crime e, como exceção, a concepção dualista, mitigada, distinguindo a atuação de autores e partícipes, permitindo uma adequada dosagem de pena de acordo com a efetiva participação causal

²¹⁸ CAPEZ, Fernando, “Curso de Direito Penal: parte geral”, Volume 1, 6. Ed., São Paulo, Saraiva, 2003, p. 309.

²¹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza, “Manual de Direito Penal: parte geral”, 2. Ed, São Paulo, RT, 2006, p. 343.

²²⁰ JESUS, Damásio de, “Direito penal, volume 1: parte geral”, 32. ed., São Paulo, Saraiva, 2011, p. 448.

²²¹ Crítica dirigida à Teoria Dualista, cfr. MIRABETE, Júlio F., “Manual de Direito Penal: parte geral”, Volume 1, 23. Ed., São Paulo, RT, 2003, p. 224.

*da conduta de cada partícipe, na medida da culpabilidade perfeitamente individualizada*²²².”

Assim sendo, segundo a teoria monista, ainda que um determinado crime tenha sido praticado por meio do concurso de diversos agentes, este permanece único. Já em casos excepcionais, expressamente previstos por lei, os agentes serão punidos por crimes diversos, em conformidade com a concepção dualista.

O § 2º do art. 29. do CP representa uma dessas exceções. Nesses casos, para o agente que *“quis participar de crime menos grave”* será *“aplicada a pena deste”*. Não obstante, a pena será aumentada até a metade *“na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave”*.

Importa ressaltar que no § 1º do artigo em comento está consagrada a possibilidade de diminuição da pena de um sexto a um terço se a participação do agente *“for de menor importância”*.

Em matéria de concurso eventual de pessoas, a pluralidade de agentes convergentes na prática delituosa poderá resultar na aparição de uma das formas de participação, como a coautoria e, ao seu lado, a participação propriamente dita.

Sobre a forma de participação conhecida como a coautoria, Aníbal Bruno explica:

*“Dá-se a co-autoria, quando vários agentes participam da realização da ação típica (...) cada um dos consócios participa da realização do fato punível na sua inteira configuração legal. A execução da figura típica é objetiva e subjetivamente obra de cada um deles*²²³.”

A respeito da participação propriamente dita – participação em sentido estrito -, essa abrange os sujeitos que, apesar de não tomar parte da execução da conduta típica, auxiliam ou colaboram, de qualquer modo, na realização do crime.

Na participação em sentido estrito, encontramos duas espécies distintas de participação, a instigação e a cumplicidade.

²²² BITENCOURT, Cezar Roberto, “Tratado de Direito Penal: parte geral I”, 15. ed. rev. atual. e ampl., São Paulo, Saraiva, 2010, p. 481.

²²³ BRUNO, Aníbal. Direito Penal I: Parte Geral - Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 265.

Nas palavras de Nilo Batista, *“por instigação propriamente dita se compreende a conduta que faz reforçar e desenvolver no autor direto uma resolução ainda não concretizada, mas preexistente²²⁴”*.

Quanto à cumplicidade, essa se configura *“quando alguém, de forma dolosa, adere à conduta de outrem e, sem possuir o domínio do fato, produz atos auxiliares e materiais não descritos nas elementares previstas para o fato punível²²⁵”*.

São os seguintes os requisitos do concurso de pessoas: pluralidade de condutas; liame subjetivo; e identidade de infração para todos os participantes²²⁶.

No que concerne à pluralidade de condutas, importa que cada um dos agentes tenha realizado pelo menos uma conduta que contribua para a realização do facto típico e que tal conduta seja relevante para a realização deste²²⁷.

No que diz respeito ao liame subjetivo, é imprescindível o elemento subjetivo através do qual cada um dos concorrentes tem a consciência de sua contribuição para a realização da conduta típica. Deste modo, é necessária a vontade individual de contribuir para a realização do crime. Sendo dispensável um acordo prévio, basta que *“uma vontade adira à outra²²⁸”*.

Por seu turno, a identidade de infração para todos os participantes se traduz em uma consequência jurídica do disposto pelo art. 31. do CP que determina que *“O ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado.”*

Sobre a interpretação da disposição contida no art. 31, Damásio de Jesus ensina:

“Extrai-se da interpretação da disposição o seguinte: se o Código exige crime tentado ou consumado para que haja participação, é evidente que todos os participantes respondem pelo mesmo delito. Mudando o nomen juris do crime para um dos participantes, a operação de desclassificação estende-se a todos²²⁹”.

²²⁴ BATISTA, Nilo. Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1979, p. 140.

²²⁵ SCARABEL, Pésio Ricardo Perrella, *“Concurso de pessoas e a Teoria do domínio do fato”*, Dissertação de Mestrado em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2022, p. 59.

²²⁶ JESUS, Damásio de, *“Direito penal, volume 1: parte geral”*, 32. ed., São Paulo, Saraiva, 2011, p. 462.

²²⁷ *Idem, ibidem*.

²²⁸ *Idem, ibidem*.

²²⁹ *Idem*, p. 466.

Considerando que para a configuração do concurso eventual de pessoas basta a prática de um único crime, estamos diante de uma figura distinta do tipo penal de associação criminosa prevista no art. 288 do Código Penal.

Outro fator diferenciador existente é a possibilidade da ocorrência do concurso eventual de pessoas por meio da participação conjunta de apenas dois agentes, além do facto de ser dispensável a existência de um acordo prévio entre estes.

Por fim, a ausência de estabilidade e permanência entre os indivíduos que concorrem para a prática delituosa se apresenta como critério fundamental na tarefa de distinção entre a figura do concurso eventual de pessoas e o tipo de crime de associação criminosa.

5.2.2. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA - LEI Nº 12.850, DE 2 DE AGOSTO DE 2013

A Lei nº 12.694, de 24 de julho de 2012, positivou pela primeira vez, em seu artigo 2º, o conceito de organização criminosa no Direito Penal brasileiro:

“Art. 2º Para os efeitos desta Lei, considera-se organização criminosa a associação, de 3 (três) ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional.”

Salientamos a enorme importância deste diploma, pois, apesar da previsão sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas datar de 1995 (Lei nº 9.034/1995, alterada pela Lei nº 10.217, de 11 de abril de 2001) e a da incorporação da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional em 2004 (promulgada pelo Decreto Presidencial 5.015/2004) no ordenamento jurídico brasileiro, até o advento da Lei nº 12.694 de 2012 não havia um conceito de organização criminosa positivado no Direito Brasileiro²³⁰.

²³⁰ Durante esse período de ausência de um conceito de Organização Criminosa no Direito Brasileiro, o STJ considerou que, por força da promulgação da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, deveria ser considerado o conceito de Organização Criminosa positivado no art. 2º da Convenção de Palermo.

A Lei nº 12.850, de 2 de outubro de 2013 consagrou a disposição e o conceito vigente do tipo de organização criminosa²³¹, plasmado em seu artigo 1º, §1º, com os seguintes dizeres:

“§ 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com o objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.”

Por sua vez, determina o art. 2º do mesmo diploma:

“Art. 2º Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa:

Pena: reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas.”

Procederemos, portanto, a análise dos elementos que integram o conceito de organização criminosa.

Nos termos iniciais do § 1º, para a configuração da organização criminosa se faz necessária “a associação de quatro ou mais pessoas”. Assim sendo, estamos diante de um crime plurissubjetivo, sendo obrigatória a associação de quatro ou mais pessoas.

Conforme Marcus Alan de Melo Gomes discorre:

“O conceito de organização criminosa produz reflexos no âmbito da tipicidade do crime previsto no art. 2º da Lei 12.850/2013, especificamente em relação à autoria. O preceito primário do tipo não prevê o número mínimo de autores daquela infração penal. Para a configuração típica, demanda que o agente promova, constitua, financie ou integre, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa. O concurso necessário decorre aqui, por uma peculiaridade ímpar desse delito, do número de pessoas que o art. 1º, § 1º, da lei exige para a formação de uma organização criminosa²³².”

No cômputo do número mínimo de integrantes da organização criminosa, à semelhança do que ocorre no tipo de crime de associação criminosa, a doutrina brasileira majoritária tem entendido pela consideração dos inimputáveis no cálculo.

O segundo elemento consagrado na letra da lei para a configuração do tipo de organização criminosa é que tal organização seja “*estruturalmente ordenada*”, ou seja,

²³¹ A principal diferença entre a antiga formulação do tipo de organização criminosa e a atual, consagrada pela Lei 12.850/2013, é o aumento do número mínimo de associados de 3 para 4.

²³² GOMES, Marcus Alan de Melo, “*Organizações e associações criminosas*”, 1. ed., São Paulo, Tirant lo Blanch, 2019, p. 14. Obra que seguiremos de perto na análise do tipo de crime de Organização Criminosa.

se faz necessário que a organização criminosa tenha uma estrutura, uma definição de papéis e funções minimamente estabelecida²³³.

Naturalmente, não é exigida que a estrutura ou que a própria organização seja legalmente constituída, esta poderá ser verificada através de acordos estabelecidos entre os integrantes da organização criminosa.

A exigência de uma estrutura ordenada resulta na necessidade da existência de estabilidade e permanência da organização criminosa, que deriva do vínculo associativo estabelecido entre os indivíduos que compõem a organização criminosa²³⁴. A ausência da estabilidade e permanência, também exigida para a configuração do tipo penal previsto no art. 288 do Código Penal brasileiro, implicaria no reconhecimento da constituição da organização criminosa.

Outro elemento essencial para a constituição de uma organização criminosa é que essa seja *“caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente”*. Deste modo, para o preenchimento da figura analisada, é fundamental que seus membros dividam e determinem as tarefas a serem realizadas para a prossecução das condutas criminosas visadas.

Nesse sentido, Rodrigo Carneiro Gomes:

“(...) a divisão de tarefas decorre da noção de hierarquia que vige nas organizações criminosas, em uma estrutura compartimentada, nas quais cada um só sabe aquilo necessariamente indispensável para o exercício de suas funções dentro do elo criminoso que os une”²³⁵.

A organização criminosa deverá ter como objetivo *“obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza”*. Logo, essa deverá ser a finalidade específica que motiva o vínculo associativo dos indivíduos que compõem a organização criminosa.

Em seu estudo sobre a criminalidade organizada, Callegari afirma:

“A expansão internacional da atividade econômica e a abertura ou globalização dos mercados são acompanhados da correlativa expansão ou globalização da criminalidade,

²³³ *Idem*, p. 15.

²³⁴ *Idem*, p. 16.

²³⁵ GOMES, Rodrigo Carneiro, *“O crime organizado na visão da Convenção de Palermo”*, 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 167.

*que frequentemente apresenta um caráter transnacional, podendo-se afirmar que a criminalidade organizada é a da globalização*²³⁶.”

Ora, é evidente que a obtenção, direta ou indireta, de vantagens de qualquer natureza é o principal objetivo que norteia a atividade dos agentes que se organizam de forma estruturada para a realização de condutas criminosas através da divisão de tarefas, ainda que informalmente.

Por fim, o § 1, do art. 1º da Lei 12.850/2013, adota um critério objetivo para a definição das condutas ilícitas levadas à cabo com o fim de obtenção da vantagem de qualquer natureza, a gravidade abstrata da infração penal²³⁷.

Assim sendo, somente estaremos diante de uma organização criminosa quando as condutas típicas pertencentes ao escopo da organização sejam punidas com penas máximas superiores a quatro anos ou que sejam de caráter transnacional.

O sujeito ativo do tipo de crime de organização criminosa poderá ser qualquer pessoa (crime comum). O sujeito passivo é a coletividade. O bem jurídico tutelado é a paz pública. O elemento subjetivo é o dolo, sendo o objetivo de obtenção de vantagem de qualquer natureza, o elemento subjetivo especial do tipo²³⁸.

Conforme previsto no art. 2.º da lei em comento, a pena prevista para quem “*Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa*” é a pena de reclusão de 3 a 8 anos e multa, “*sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas.*”

A Lei nº 12.850/13 prevê ainda uma agravante no § 3º do seu art. 2º:

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

Os parágrafos 2º e 4º determinam as causas de aumento da pena prevista na lei em comento. A saber:

²³⁶ CALLEGARI, André Luís, “Controle social e criminalidade organizada”, In: CALLEGARI, André Luís (Org.). Crime organizado: tipicidade - política criminal - investigação e processo: Brasil, Espanha e Colômbia. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, pp. 13 e 14.

²³⁷ GOMES, Marcus Alan de Melo, “Organizações e associações criminosas”, 1.ed., São Paulo, Tirant lo Blanch, 2019, p.33.

²³⁸ MATOS FILHO, Renato de Souza - Crimes associativos: Sociedades e organizações criminosas. 1.ª ed. Belo Horizonte : Editora Dialética, 2020, p. 215.

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

(...)

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

I – se há participação de criança ou adolescente;

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

III – se o produto ou proveito da infração penal destinar-se, no todo ou em parte, ao exterior;

IV – se a organização criminosa mantém conexão com outras organizações criminosas independentes;

V – se as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade da organização.”

A Lei nº 12.850/13 dispõe de dispositivos legais que consagram o instituto da colaboração premiada nas disposições e parágrafos dos artigos: 3º- A., 3º- B, 3º- C, 4º, 5º, 6º e 7º²³⁹.

Ao compararmos o tipo de crime de organização criminosa e o tipo de crime de associação criminosa (art. 288 do CP), notamos algumas diferenças. Em especial, chamamos atenção para o primeiro elemento previsto pelo §1º, do art. 1º da Lei 12.850/2013, *“a associação de quatro ou mais pessoas”*.

Esse elemento, apesar de não ser o único fator diferenciador, se apresenta como determinante na tarefa de distinção entre a associação criminosa, prevista no art. 288 do Código Penal brasileiro, e a organização criminosa. No primeiro caso o número mínimo de pessoas, conforme os termos do art. 288 do Código Penal, é preenchido com um mínimo de 3 associados. De modo diverso, para a constituição de uma organização criminosa são necessários um mínimo de 4 associados.

Outro fator diferenciador é a obrigatoriedade da divisão de tarefas entre os associados para a configuração do tipo de organização criminosa, tal exigência não é feita para verificação da existência de uma associação criminosa.

²³⁹ Cfr. na lei 12.850/2013.

De modo semelhante, não é exigido que a associação criminosa seja estruturalmente ordenada, como ocorre na organização criminosa.

Ademais, não se faz obrigatória para o preenchimento da moldura penal prevista no art. 288 do CP a intenção de obter vantagem de qualquer natureza “*mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional*”, elemento subjetivo especial próprio da organização criminosa.

6. ART. 299.º DO CÓDIGO PENAL PORTUGUÊS E ART. 288 DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO: SEMELHANÇAS E DIFERENÇAS

Neste capítulo do nosso trabalho, como parte fundamental do processo comparativo no âmbito da microcomparação, faremos uma síntese comparativa²⁴⁰ com vista à apuração das semelhanças e diferenças existentes entre as normas penais comparadas.

6.1. SEMELHANÇAS

No que diz respeito às semelhanças, apontamos inicialmente para aquela que se apresenta com maior facilidade de percepção, qual seja, o facto dos tipos associativos investigados partilharem do mesmo *nomen iuris*, associação criminosa.

Em nossa análise encontramos também semelhanças sistemáticas, no Código Penal nacional o tipo penal de associação criminosa está consagrado em uma secção nominada “*Dos crimes contra a paz pública*” e no Código Penal brasileiro o tipo penal de associação criminosa está consagrado em um título chamado “*Dos crimes contra a paz pública*”.

Verificamos que de modo semelhante o art. 299.º do Código Penal e o art. 288 do Código Penal brasileiro exigem o *quorum* mínimo de três pessoas para a configuração do tipo de crime de associação criminosa.

Outra semelhança existente entre as normas penais em análise, é a determinação de uma pena mínima de prisão igual a 1 (um) ano para os indivíduos que fizerem parte, como membros, de uma associação criminosa.

No que toca à questão dos elementos constitutivos do tipo, em ambos os regimes jurídicos é amplamente consagrado o entendimento pela exigência de um acordo mais ou menos estabelecido entre 3 ou mais pessoas, estabilidade e permanência associativa e um escopo criminoso.

Importa ressaltar que, de semelhante modo, os tipos penais investigados tutelam o mesmo bem jurídico, a paz pública.

²⁴⁰ ALMEIDA, Carlos Ferreira; CARVALHO, Jorge Morais, “*Introdução ao Direito Comparado*”, 3ª ed., Almedina, 2013, pp. 30 e 33.

6.2. DIFERENÇAS

Ao nos debruçarmos sobre a análise das diferenças constatadas entre os tipos penais investigados, notamos que o legislador nacional consagrou o modelo unitário alemão²⁴¹, tendo tipificado no mesmo artigo do Código Penal a associação criminosa e a organização criminosa. Por sua vez, de modo distinto, o legislador brasileiro optou pelo modelo diferenciador austríaco, de acordo com o qual é feita a distinção entre a associação criminosa e a organização criminosa.

Outra diferença constatada é o facto de o legislador nacional ter positivado, por meio da letra do art. 299.º do CP, diferentes penas para as diferentes modalidades de ação existentes no tipo. Tal diferenciação não se encontra positivada na previsão do tipo de crime de associação criminosa consagrado no Código Penal brasileiro.

Verificamos também que o dispositivo legal consagrado no Código Penal português apresenta, no número 5 do art. 299.º, o conceito de associação criminosa. De diferente modo, no ordenamento jurídico brasileiro a tarefa de estabelecer um conceito de associação criminosa ficou a cargo da doutrina.

Notamos que o legislador brasileiro positivou, no parágrafo único do art. 288, dois critérios para o aumento de pena do crime de associação criminosa inexistentes no art. 299.º do Código Penal, quais sejam, a hipótese de a associação ser armada ou a participação de crianças ou adolescentes na associação.

Diferentes se demonstraram também as penas máximas previstas pelos tipos. Enquanto em Portugal a pena máxima de prisão prevista, nos termos do n.º 3 art. 299.º do CP, é de 8 anos, a pena máxima prevista pelo *caput* do art. 288 do Código Penal brasileiro é de três anos, podendo chegar a 4 anos e 6 meses nas hipóteses de aumento de pena consagradas no parágrafo único do artigo.

Outra diferença verificada é a possibilidade de atenuação especial das penas ou de *“não ter lugar a punição”* na hipótese de *“o agente impedir ou se esforçar seriamente por impedir a continuação dos grupos, organizações ou associações, ou comunicar à autoridade a sua existência de modo a esta poder evitar a prática de crimes”*, nos termos

²⁴¹ ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de, *“Comentário do Código Penal: à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”*, 4.º Edição, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2021, p. 1113.

do n.º 4 do art. 299 do CP. Tal possibilidade não está prevista na letra do art. 288 do Código Penal brasileiro.

Por fim, no que diz respeito ao escopo da associação criminosa, um fator diferenciador existente entre os tipos analisados é a exigência expressa do *“fim específico de cometer crimes”*, consagrada no art. 288 do Código Penal brasileiro. Assim, para a configuração do tipo é necessário que a associação de três ou mais pessoas tenha o fim específico de cometer mais do que um crime.

Por seu turno, de modo diferente, para a configuração do tipo penal previsto e punido pelo art. 299.º do Código Penal português, basta que a finalidade ou atividade da associação *“seja dirigida à prática de um ou mais crimes”*. Deste modo, não se faz necessário que o escopo criminoso da associação seja composto pelo intuito de praticar diversos crimes, bastando apenas um.

7. CONCLUSÃO (*IURE CONDENDO*)

Aqui chegados, importa apontar para as conclusões resultantes da investigação desenvolvida.

Através da abordagem histórico-normativa da consagração e evolução do tipo de associação criminosa, foi possível determinar que o artigo 265.^o do Código Napoleónico serviu como fonte de inspiração inicial para a formulação do primeiro tipo associativo previsto no ordenamento jurídico português, associação de malfeitores, e para o primeiro tipo associativo previsto no ordenamento jurídico brasileiro, quadrilha ou bando.

Posteriormente, ambos os tipos penais passaram por um processo de evolução normativa, acompanhando a própria evolução da sociedade nos tempos modernos e as políticas-criminais estabelecidas. Deste modo, foram deixadas para trás as formulações originais, notoriamente marcadas por um recorte social e criminológico, passando ambos os tipos a partilharem o mesmo *nomen iuris*, associação criminosa.

No que diz respeito à análise dos elementos do tipo penal de associação criminosa, previsto no art. 299.^o do Código Penal português, concluímos que são três os elementos determinantes para a constituição de uma associação criminosa: um elemento organizativo, um elemento de estabilidade associativa e um elemento de finalidade criminosa.

Impende ressaltar que uma relevante parcela da doutrina advoga pela necessidade da comprovação de uma “*realidade autónoma, diferente e superior às vontades e interesses dos singulares membros*” para a correta configuração do tipo. Com a devida vênia, discordamos de tal entendimento. Entendemos que essa “*realidade autónoma*”, que eventualmente poderá existir em determinados casos, não deve ser considerada como um critério determinante e obrigatório na tarefa de aferição da existência de uma associação criminosa. Bastando, portanto, o preenchimento dos elementos constitutivos que decorrem expressamente do tipo legal.

Devido a questões relacionadas com a política-criminal e a realidade e os desafios da sociedade moderna, o legislador nacional consagrou o crime de associação criminosa em legislação penal diversa em matérias especialmente reguladas. Da referência realizada, sobre a associação criminosa em matérias especialmente reguladas, destacamos o tipo de crime de associação criminosa para o tráfico de estupefacientes.

O tipo previsto no art. 28.º do DL. n.º 15/93 DL. n.º 15/93, de 22 de janeiro, sob a epígrafe “*Associações Criminosas*”, determina limites mínimos e máximos de pena de prisão muito superiores aos previstos no art. 299.º do Código Penal, podendo chegar a 25 anos de prisão. Além disso, para efeitos de preenchimento do tipo legal previsto no art. 28.º da Legislação de combate à Droga, basta o número de 2 pessoas para a constituição da associação criminosa. Assim sendo, concluímos que o legislador optou por ser mais rigoroso na previsão e punição do crime de associação criminosa em matéria de tráfico de estupefacientes.

No que toca à análise crítica da jurisprudência portuguesa, encontramos no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18 de Fevereiro de 2016, referente ao processo 68/11.4JBLSB.L1.S1, entendimento jurisprudencial consagrado que vai de encontro ao entendimento da doutrina minoritária no que diz respeito à não obrigatoriedade de comprovação de uma “*realidade autónoma*” para o preenchimento do tipo de associação criminosa.

Por sua vez, da análise da associação criminosa no ordenamento jurídico brasileiro, ficou demonstrada a exigência, em conformidade com os elementos do tipo previsto no art. 288 do Código Penal brasileiro, dos seguintes elementos: elemento organizativo; estabilidade associativa; finalidade criminosa.

No que diz respeito aos tipos associativos previstos em legislação especial do ordenamento jurídico brasileiro, salientamos o tipo de crime de associação criminosa para o tráfico de drogas. O delito previsto no art. 35 da Lei 11.343/06, de 23 de agosto de 2006 estabelece penas de prisão mínimas e máximas superiores aquelas previstas no art. 288 do Código Penal brasileiro e requer, somente, 2 pessoas para a sua configuração. Tal formulação demonstra a opção do legislador brasileiro por ser mais rigoroso e punitivo com associações dedicadas ao tráfico de drogas.

No que toca à análise crítica da jurisprudência brasileira, nos posicionamos de maneira contrária aos entendimentos consagrados no Acórdão do Supremo Tribunal Federal de 17 de dezembro de 2012, Ação Penal 470/MG. Ressaltamos que não concordamos com o entendimento pela obrigatoriedade da prática de crimes indeterminados e qualitativamente diversos. Entendemos que basta que o acordo de vontades dos indivíduos seja no sentido do cometimento de mais de um crime e que não é relevante se os crimes são, ou não, qualitativamente diversos.

Da análise das figuras análogas à associação criminosa existentes na ordem jurídica nacional, participação e bando, constatamos que apesar da figura-jurídica do bando estar presente no ordenamento jurídico português, a lei não define o que é “*bando*”. Assim, a tarefa de definição da figura do bando ficou a cargo da doutrina e jurisprudência, estando esta figura situada como “*algo mais*” do que a participação criminosa e “*algo menos*” do que a associação criminosa.

Por seu turno, na ordem jurídica brasileira, foram analisados o concurso eventual de pessoas e o tipo de crime de organização criminosa. No que diz respeito ao tipo de crime de organização criminosa, concluímos como sendo elementos diferenciadores, em relação aos elementos da do tipo de associação criminosa: a exigência da associação de 4 ou mais pessoas; a obrigatoriedade da divisão de tarefas; a estrutura ordenada; a intenção de obter vantagem de qualquer natureza “*mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.*”.

Apesar das semelhanças existentes entre os tipos penais investigados, foi possível determinar, através da síntese comparativa desenvolvida, que existem consideráveis diferenças entre os tipos penais previstos no art. 299.º do Código Penal português e no art. 288 do Código Penal brasileiro.

Realçamos, assim, aquela que consideramos como fator principal na tarefa de diferenciação dos tipos, o escopo criminoso. Conforme já expusemos, o tipo penal previsto no art. 299.º do Código Penal português determina que a finalidade ou atividade da associação seja dirigida à prática de um ou mais crimes. De diferente modo, o tipo penal previsto no art. 288 do Código Penal brasileiro estabelece que a associação criminosa deva ser constituída para o fim específico de cometer crimes, ou seja, mais de um crime.

Deste modo, tal fator diferenciador se demonstra fundamental na medida em que só podemos falar em associação criminosa, no ordenamento jurídico brasileiro, quando estiver comprovado que os três ou mais indivíduos se associaram para cometer diversos crimes. Assim sendo, o *animus* associativo só estará presente quando do acordo estabelecido entre três ou mais pessoas resultar o fim específico de cometer crimes.

É precisamente no âmbito dessa questão que apresentaremos, finalmente, uma proposta de *iure condendo*, inspirada no tipo de associação criminosa consagrado no

Código Penal nacional, a ser oportunamente transposta para o tipo de associação criminosa previsto no art. 288 do Código Penal brasileiro.

Ora, por entendermos que a exigência da prática de crimes reduz o âmbito de aplicação e a eficácia da norma penal prevista no art. 288 do Código Penal brasileiro, propomos que a norma seja alterada, no sentido previsto no art. 299.º do Código Penal português, passando a prever a punição da associação de três ou mais pessoas cujo fim seja dirigido à prática de um ou mais crimes.

Como nos foi possível constatar, tal exigência elementar, em alguns casos, dá azo a interpretações e entendimentos que, a nosso ver, vão além da letra e do espírito da lei. Por exemplo, o entendimento de que para a configuração do tipo de associação criminosa se faz necessário o intuito de praticar crimes de forma indeterminada e de que os crimes devem ser qualitativamente diversos.

Consideramos que decisivo é, na realidade, o intuito criminoso dos agentes que de forma livre e consciente se associam, por meio de um acordo mais ou menos estabelecido, para a prossecução de um empreendimento criminoso.

Uma vez que para o preenchimento dos elementos do tipo, na formulação atual, não se faz necessária a prática efetiva de nenhum crime, bastando, assim, a comprovação da existência de uma *societas delinquentium*, entendemos que não faz sentido a manutenção da obrigatoriedade do fim de cometer diversos crimes.

Vemos como positiva a alteração da norma jurídica ocorrida no ordenamento jurídico português nesse sentido, por força das alterações promovidas pela Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro, motivo pelo qual propomos alteração semelhante no ordenamento jurídico brasileiro.

Eventualmente poderão alegar que tal alteração proposta poderia causar algum tipo de confusão no enquadramento das condutas dos agentes em relação à figura do concurso eventual de pessoas.

Data venia, entendemos que não há lugar para tal proposição, pois, aquilo que diferencia, essencialmente, o crime de associação criminosa da figura do concurso eventual de pessoas é a estabilidade e permanência, elemento típico indispensável para a configuração do tipo de crime de associação criminosa.

Por todo o exposto, concluímos que a transposição deste modelo para a ordem jurídica brasileira se revelaria como um enorme contributo para a prevenção e o combate dessa conduta criminosa marcada por sua especial perigosidade.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - O crime de organização criminosa no código penal português. *Boletim Ibccrim*. N. 292 (Mar. 2017).

ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de - *Comentário do Código Penal : à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 4.^a ed. Lisboa : Universidade Católica Editora, 2021.

ALMEIDA, Carlos Ferreira ; CARVALHO, Jorge Morais - *Introdução ao Direito Comparado*. 3.^a ed. Coimbra : Almedina, 2013.

ARAÚJO JÚNIOR, J. M. - *Quadrilha ou bando*. Rio de Janeiro : Liber Juris, 1998.

BARBOSA, Marcelo Fortes – *Latrocínio*. São Paulo : Malheiros, 1994.

BARREIROS, José António - *Crimes contra o património*. Lisboa : Universidade Lusíada, 1996.

BARRILARI, Claudia Cristina - *O crime de quadrilha ou bando à luz do bem-jurídico penal*. São Paulo : Universidade Católica de São Paulo, 2008. Dissertação de Mestrado em Direito, apresentada à Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

BATISTA, Nilo - *Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro : Liber Juris, 1979.

BITENCOURT, Cezar Roberto - *Tratado de direito penal*. 6.^a ed. São Paulo : Saraiva, 2012. Vol. 2.

BRUNO, Aníbal - *Direito Penal I : Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1959. Tomo 2.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos ; NAHUR, Marcius Tadeu Maciel - *Criminalidade Organizada & Globalização Desorganizada*. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 2014.

CALLEGARI, André Luís - Controle social e criminalidade organizada. In CALLEGARI, André Luís, org. - *Crime organizado : tipicidade - política criminal - investigação e processo: Brasil, Espanha e Colômbia*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2008.

CANÊDO, Carlos Augusto - *O genocídio como crime internacional*. Belo Horizonte : Del Rey, 1999.

CAPEZ, Fernando - *Curso de Direito Penal, Parte especial*. São Paulo : Saraiva, 2004. Vol. 3.

CAPEZ, Fernando - *Curso de Direito Penal: parte geral*. 6.^a ed. São Paulo : Saraiva, 2003. Vol. 1.

CARVALHO, Américo A. Taipa de – Artigo 223.^o (Extorsão). In DIAS, Jorge de Figueiredo, dir. - *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial*. Coimbra : Coimbra Editora, 1999. Tomo 2, p. 338-361.

COSTA, José de Faria – Artigo 204.^o (Furto qualificado). In DIAS, Jorge de Figueiredo, dir. - *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial*. Coimbra : Coimbra Editora, 1999. Tomo 2, p. 54-93.

CUNHA, Rogério Sanches - *Manual de direito penal*. 5.^a ed. São Paulo : Jus Podivm, 2013.

DELMANTO, C. - *Código penal comentado*. 4.^a ed., atual e ampl. Rio de Janeiro : Renovar, 1998.

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

DIAS, Jorge de Figueiredo *Direito Penal*. 2.^a ed, 2.^a reimp. Coimbra : Coimbra Editora, 2012. Tomo 1.

DIAS, Jorge de Figueiredo - *O Problema da Consciência da Ilícitude em Direito Penal*. 4.^a ed. Coimbra : Coimbra Editora, 1995.

DIAS, Jorge de Figueiredo ; ANDRADE, Manuel da Costa - *Comentário Conimbricense do Código Penal - Parte Especial*. Coimbra : Gestlegal, 2022. Vol. 2, tomo 2.

DIAS, Jorge de Figueiredo, dir. - *Comentário Conimbricense do Código Penal - Parte Especial*. Coimbra : Editora Coimbra, 1999. Tomo 2.

ESTELLITA, Heloisa ; LUÍS, Greco - Nova definição de organização criminosa é progresso. Consultor Jurídico (ConJur) [Em linha]. (14 set. 2013). [Consult. 18 set. 2023]. Disponível em WWW:<URL:https://www.conjur.com.br/2013-set-14/definicao-organizacao-criminosa-progresso-legislacao/>.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de - *Lições de direito penal*. Lisboa : Verbo, 1992. Vol. 1.

FERREIRA, Rui Elói ; SAMPAIO, Beatriz de Mello ; FERREIRA, Windsor Santana - Associação criminosa. *Jurisprudência Temática de Direito Penal Especial* [Em linha]. N.º 87 (fevereiro 2021). [Consult. 18 set. 2023]. Disponível em WWW:<URL:https://carlospintodeabreu.com/wp-content/uploads/2021/02/Associac%CC%A7a%CC%83o-Criminosa.pdf>.

FRAGOSO, Heleno Cláudio - *Lições de Direito Penal : parte especial*. 3.ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 1981.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da - Algumas notas sobre a associação para fins de tráfico de entorpecentes. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. A. 7, n. 25 (jan.-mar 1999) p. 164-173.

GOMES, Marcus Alan de Melo - *Organizações e associações criminosas*. 1.ª ed. São Paulo : Tirant lo Blanch, 2019.

GOMES, Rodrigo Carneiro, “O crime organizado na visão da Convenção de Palermo”, 2.ª ed. Belo Horizonte : Del Rey, 2009.

GONÇALVES, Manuel Lopes Maia - *Código Penal Português, Anotado e Comentado*. 14.ª ed. Coimbra : Almedina, 2001.

GRECO, Rogério - *Curso de Direito Penal: parte especial*. 11.ª ed. Niterói, RJ : Impetus, 2015. Vol. 4.

GUSMÃO, Chrysolito Chaves de - *O banditismo e associações para delinquir (especialmente no Brasil)*. Rio de Janeiro : Jacintho Ribeiro dos Santos, Livreiro-Editor, 1914.

HABIB, Gabriel - *Associação Criminosa : sentindo e validade dos crimes associativos*. 2.ª ed. São Paulo : Editora Método, 2021.

HUNGRIA, Nélson - *Comentário ao Código Penal, arts. 250 a 361*. Rio de Janeiro : Forense, 1958. Vol. 9.

INSOLERA, Gaetano - *L'associazione per delinquere*. Padova : CEDAM, 1983.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano - *O Direito Penal Internacional*. Belo Horizonte : Del Rey, 2009.

JERÓNIMO, Patrícia - *Lições de Direito Comparado* [Em linha]. Braga : ELSA UMinho, 2015. [Consult. 18 set. 2023]. Disponível em WWW:<URL:<https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/53976/3/JERONIMO,%20Patricia,%20Licoes%20de%20Direito%20Comparado.pdf>>.

JESUS, Damásio de - *Direito penal : parte geral*. 32.^a ed. São Paulo : Saraiva, 2011. Vol. 1.

JORDÃO, Levy Maria - *Commentário ao Código Penal Português*. Lisboa : Morando, 1854.

LEAL, Celso - Associação criminosa : uma questão de autoria. *Revista Jurídica da Universidade Portucalense Infante D. Henrique*. N. 18 (2015) p. 31-46.

MASSON, Cleber Rogério - *Direito penal esquematizado: parte especial*. 7.^a ed., rev., atual. e amp. Rio de Janeiro : Editora Método, 2015. Vol. 2.

MATOS FILHO, Renato de Souza - *Crimes associativos: Sociedades e organizações criminosas*. 1.^a ed. Belo Horizonte : Editora Dialética, 2020.

MEIRELES, Mário Pedro Martins da Assunção Seixas - *Da Associação Criminosa à Criminalidade Organizada do Ordenamento Jurídico-Penal Português*. Coimbra : Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2018. Tese de Doutoramento em Direito, no ramo das Ciências Jurídico-Criminais, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. [Consult. 14 ago. 2023]. Disponível em WWW:<URL:<https://estudogeral.uc.pt/bitstream/10316/87601/1/Da%20Associa%c3%a7%c3%a3o%20Criminosa%20c3%a0%20Criminalidade%20Organizada.pdf>>.

MIRABETE, Julio Fabbrini ; FABBRINI, Renato N. - *Manual de direito penal*. São Paulo : Atlas, 2015. Vol. 3.

MORAIS, Anabela - Controvérsias do Crime de Associação Criminosa (Análise Do Tipo Legal). *Julgar* [Em linha]. (dezembro 2019). [Consult. 25 set. 2023]. Disponível em WWW:<URL:https://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>.

NORONHA, Edgar Magalhães - *Direito Penal*. São Paulo : Saraiva, 1986. Vol. 4

NUCCI, Guilherme de Souza - *Código Penal Comentado*. 19.^a ed. Rio de Janeiro : Forense, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza - *Manual de Direito Penal : parte geral*. 2.^a ed. São Paulo : RT, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza - *Organização Criminosa*. 4.^a ed. Rio De Janeiro : Forense, 2018.

OLIVEIRA, Ana Catarina Martins - Autoria e participação criminosa nos crimes relativos a estupefacientes : enquadramento jurídico, prática e gestão processual. In PEREIRA, Luís Manuel Cunha da Silva, coord. [et al.] - *Autoria e Participação – Tráfico de estupefacientes* [Em linha]. Lisboa : CEJ. 2019. P. 11-48. (Formação Ministério Público), 2019. [Consult. 13 set. 2023]. Disponível em WWW:<URL:https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=WvEUpmLv7ul%3D&portalid=30

PEREIRA, Victor de Sá ; SILVA, Alexandre Lafayette Estêvão da - *Código Penal Anotado e Comentado, Legislação Conexa e Complementar*. 2.^a ed. Lisboa : Quid Juris, 2014.

ROXIN, Claus - *Autoría y Dominio Del Hecho en Derecho Penal*. Traducción de la Novena Edición Alemana. Madrid : Marcial Pons, 2016.

SAMPAIO, Ana Catarina Dias de - *A Prova Do Crime de Associação Criminosa: Uma Análise Jurisprudencial Crítica* [Em linha]. Lisboa : ISCPSI, 2019. Dissertação de Mestrado em Ciências Policiais Área de Especialização em Criminologia e Investigação Criminal, Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna. [Consult. 18 jun. 2023]. Disponível em WWW:<URL: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>.

SANTOS, José Beleza dos - O crime de Associação de Malfeitores (interpretação do artigo 263.º do Código Penal). *Revista de Legislação e de Jurisprudência*. Ano 70 (1937).

SCARABEL, Pérsio Ricardo Perrella - *Concurso de pessoas e a teoria do domínio do fato* [Em linha]. São Paulo : Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2022. Dissertação de Mestrado em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. [Consult. 18 jun. 2023]. Disponível em WWW:<URL:https://repositorio.pucsp.br/bitstream/handle/27230/1/Persio%20Ricardo%20Perrella%20Scarabel.pdf>.

SILVA, Daniel Tavares da - *Criminalidade Organizada Económica-Financeira: Conceitos e Regimes Fundamentais ONU, Conselho Da Europa, União Europeia e Portugal*. Lisboa : Universidade Lusíada Editora, 2015.

SILVA, Germano Marques da - *Direito Penal Português*. Lisboa : Verbo, 1998. Vol. 2.

SILVA, Isabel Marques da - O crime de associação criminosa para prática de infracções fiscais. In *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martínez : Ciências Jurídico-Económicas*. Coimbra : Livraria Almedina, 2000. Vol. 2.

TAQUES, Pedro - *Pronunciamento realizado em 20/10/2011* [Em linha]. Brasília : Senado Federal, 2011. [Consult. 18 jun. 2023]. Disponível em WWW:<URL:https://www25.senado.leg.br/web/atividade/pronunciamentos/-/p/pronunciamento/390408>.

TOURINHO, José Lafaieti Barbosa - *Crime de quadrilha ou bando & associações criminosas*. 2.ª ed., revista e atualizada. Curitiba : Juruá, 2009.

VIANA, Lurizam Costa - *A Organização Criminosa na lei 12.850/13* [Em linha]. Belo Horizonte : Universidade Federal de Minas Gerais, 2017. Dissertação de Mestrado em Direito, Área de Especialização em Direito Penal Contemporâneo, Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. [Consult. 18 jun. 2023]. Disponível em WWW:<URL:https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUOS-

ASHGA3/1/a_organiza__o_criminosa_na_lei_12.850_13__disserta__o__lurizam_cos
ta__viana_.pdf>.

VICENTE, Dário Moura - *Direito comparado*. 5.^a ed. Coimbra : Almedina, 2022. Vol. 1.

ZANELLA, Everton Luiz - Associação Criminosa. In SANTOS, Christiano Jorge, coord.
- *Enciclopédia Jurídica da PUC-SP : Direito Penal* [Em linha]. São Paulo : Pontifícia
Universidade Católica, 2020. [Consult. 18 jun. 2023]. Disponível em WWW:<URL:
<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/413/edicao-1/associacao-criminosa>>.