





**PROTOCOLO ADICIONAL À CONVENÇÃO
DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA A
CRIMINALIDADE ORGANIZADA
TRANSNACIONAL**

**RELATIVO À PREVENÇÃO, À REPRESSÃO
E À PUNIÇÃO DO TRÁFICO DE
PESSOAS, EM ESPECIAL DE
MULHERES E CRIANÇAS**

**ACÇÃO COMUM 98/733/JAI, DE 21 DE
DEZEMBRO DE 1998**

**RELATIVA À INCRIMINAÇÃO DA PARTICIPAÇÃO
NUMA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA NOS
ESTADOS-MEMBROS DA UNIÃO EUROPEIA**

**DIRECTIVA 2002/90/CE DO CONSELHO
DE 28 DE NOVEMBRO DE 2002**

**RELATIVA À DEFINIÇÃO DO AUXÍLIO À ENTRADA, AO
TRÂNSITO E À RESIDÊNCIA IRREGULARES**

**DECISÃO-QUADRO 2002/946/JAI DO
CONSELHO, DE 28 DE NOVEMBRO
DE 2002**

**RELATIVA AO REFORÇO DO QUADRO PENAL PARA A
PREVENÇÃO DO AUXÍLIO À ENTRADA, AO
TRÂNSITO E À RESIDÊNCIA IRREGULARES**

**DECISÃO-QUADRO 2008/841/JAI
DO CONSELHO, DE 24 DE
OUTUBRO DE 2008**

**RELATIVA À LUTA
CONTRA A CRIMINALIDADE ORGANIZADA**



**PRINCÍPIO DA
INTERPRETAÇÃO CONFORME**





**DIREITO INTERNACIONAL
CONVENCIONAL**
(princípio da interpretação conforme)

- Eficácia do Direito Internacional na ordem jurídica interna de cada Estado
- A natureza "estatista" do Direito Penal
- A não recepção do direito internacional como direito constitucional

The slide has a black background with a blue curved shape on the left side. The text is in yellow, bold, uppercase letters. The text reads: 'DIREITO INTERNACIONAL CONVENCIONAL (princípio da interpretação conforme)'. Below this is a list of three bullet points, each starting with a yellow arrowhead.

DIREITO INTERNACIONAL CONVENCIONAL

(princípio da interpretação conforme)

- Os instrumentos internacionais não contém tipos penais
- O artigo 8º. da Constituição da República Portuguesa:
 - ✓ Incorporação automática das normas e princípios de direito internacional geral ou comum (nº. 1)
 - ✓ Vigência na ordem interna das normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas (nº. 2)
- ✓ Prevalência do direito internacional convencional, enquanto vincular o Estado Português

DIREITO INTERNACIONAL CONVENCIONAL

(princípio da interpretação conforme)

- Princípio da interpretação conforme com o direito internacional convencional, tanto do direito interno posterior e, sobretudo, do que é uma transposição dele, como do anterior, sob pena de o preceito penal dever ser tido como ilegal





DIREITO COMUNITÁRIO

(princípio da interpretação conforme)

➤ Concretamente:

- Ac. de 8.10.1987, proferido no processo 80/86 (caso contra Kolpinghuis Nijmegen BV), em matéria de Directivas;
- Ac. de 07.01.2004, proferido no processo C-60/02 (caso suscitado pelo Tribunal Regional de Eisenstadt (Austria), no âmbito de um processo penal, nele instaurado, por contrafacção de marcas), no que concerne aos Regulamentos e
- Acórdão de 16.06.2005, proferido no processo C-105/03 (caso contra Maria Pupino, em relação às Decisões-Quadro.



DIREITO COMUNITÁRIO

(princípio da interpretação conforme)

➤ Duas das questões colocadas no primeiro processo:

- Quando um órgão jurisdicional nacional é chamado a interpretar uma norma de direito nacional, deve ou pode, para tal interpretação, guiar-se pelo conteúdo de uma directiva aplicável?
- A resposta à questão anterior será diferente se o prazo fixado para a adaptação da legislação nacional pelo Estado-Membro em questão ainda não tiver expirado quando o Tribunal nacional é chamado a pronunciar-se?



DIREITO COMUNITÁRIO

(princípio da interpretação conforme)

➤ Respostas:

- Ao aplicarem o direito nacional, todas as autoridades, inclusive, as jurisdicionais, devem interpretá-lo à luz do texto e dos objectivos da Directiva relativa ao caso, ainda que não tenha terminado o prazo para a sua transposição a data em que são chamadas a intervir ou ela tenha sido transposta deficientemente, salvo se a interpretação conduzir a um resultado contrário aos princípios gerais de direito que fazem parte do direito comunitário, designadamente os da segurança jurídica e da não retroactividade



DIREITO COMUNITÁRIO

(princípio da interpretação conforme)

- Acórdão do processo de contrafacção de marcas do Tribunal Regional de Eisenstadt, relativo à aplicação do Regulamento (CE) n.º 3295/94 do Conselho, de 22.12.1994:
 - É também afirmada “a obrigação de interpretação conforme do direito nacional, à luz do texto e da finalidade do direito comunitário, para atingir o resultado” por este prosseguido, salvo nos casos em que é criada ou agravada a responsabilidade penal de quem viole as prescrições do regulamento



DIREITO COMUNITÁRIO

(princípio da interpretação conforme)

- Acórdão sobre o caso “Maria Pupino”:
 - Assume relevo tanto para o Direito Processual Penal, como para o Direito Penal Substantivo, apesar de recair sobre um caso daquele;
 - Defende a obrigação de os órgãos jurisdicionais nacionais respeitarem o princípio da interpretação conforme, inclusive, quanto às Decisões-Quadro e, desta forma, de interpretarem o direito interno, “na medida do possível, à luz do teor e da finalidade” dessas Decisões, a fim de atingirem o resultado por elas visado, conformando-se, assim, com ele.



DIREITO COMUNITÁRIO

(princípio da interpretação conforme)

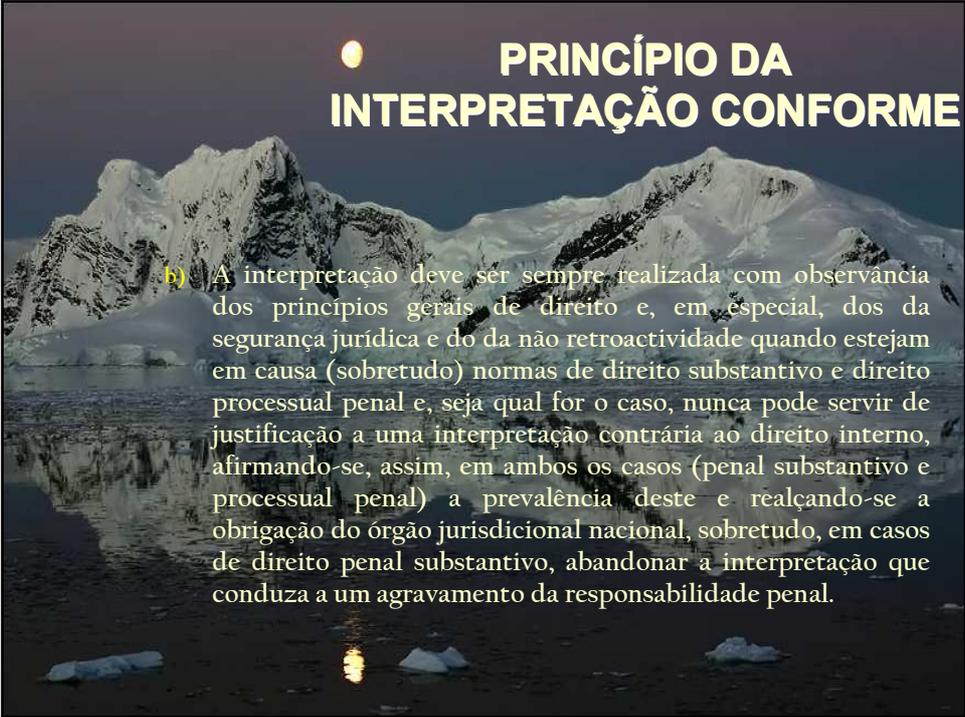
- Acórdão sobre o caso “Maria Pupino” (continuação):
 - Ressalva, porém, a interpretação “contra legem” do direito nacional
 - Reafirma a distinção que, sempre, se deve fazer entre a aplicabilidade das disposições do acto legislativo comunitário enquanto tais ao caso concreto (impossível nas Decisões-Quadro, por não terem efeito directo) e o uso do princípio da interpretação conforme.



PRINCÍPIO DA INTERPRETAÇÃO CONFORME

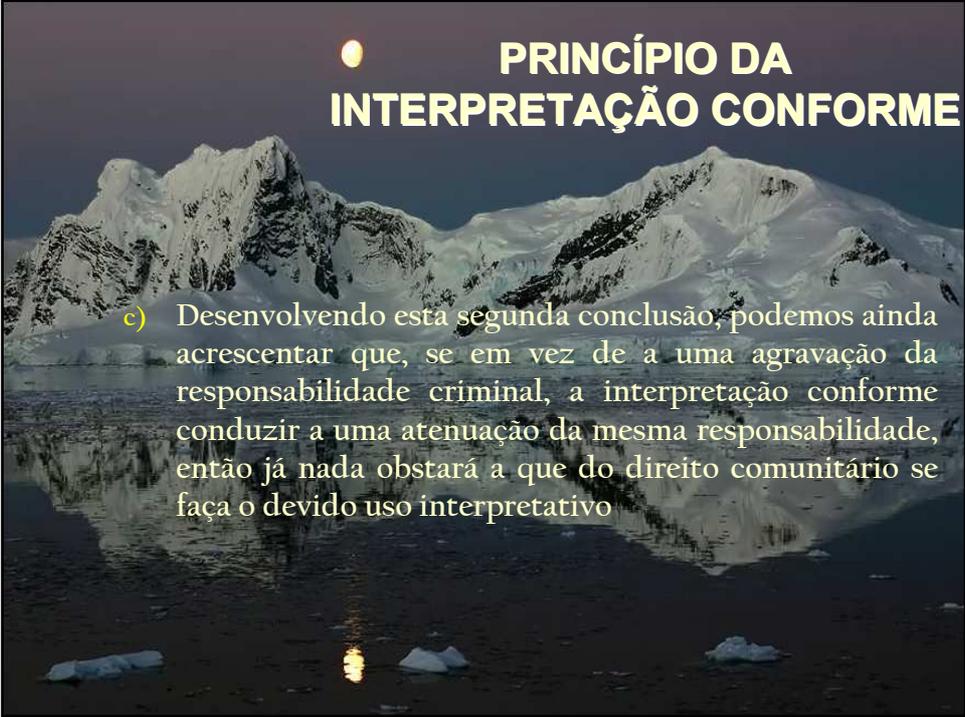
Conclusões:

- a) Seja qual for o acto legislativo comunitário (Directiva, Decisão ou Regulamento) relativo ao caso, o juiz nacional está sempre obrigado a interpretar as disposições do direito interno (sejam elas de natureza penal ou não) em conformidade com esse acto de modo a “fazer todo o possível” para que, tendo em vista o alcance e a finalidade do mesmo acto, aquela norma reflecta o resultado por ele pretendido, atendo-se, desta forma, a ele, ainda que não tenha sido transposto ou a transposição tenha sido efectuada de forma deficiente;



PRINCÍPIO DA INTERPRETAÇÃO CONFORME

- b) A interpretação deve ser sempre realizada com observância dos princípios gerais de direito e, em especial, dos da segurança jurídica e do da não retroactividade quando estejam em causa (sobretudo) normas de direito substantivo e direito processual penal e, seja qual for o caso, nunca pode servir de justificação a uma interpretação contrária ao direito interno, afirmando-se, assim, em ambos os casos (penal substantivo e processual penal) a prevalência deste e realçando-se a obrigação do órgão jurisdicional nacional, sobretudo, em casos de direito penal substantivo, abandonar a interpretação que conduza a um agravamento da responsabilidade penal.



● PRINCÍPIO DA INTERPRETAÇÃO CONFORME

- c) Desenvolvendo esta segunda conclusão, podemos ainda acrescentar que, se em vez de a uma agravação da responsabilidade criminal, a interpretação conforme conduzir a uma atenuação da mesma responsabilidade, então já nada obstará a que do direito comunitário se faça o devido uso interpretativo



CRIME DE AUXÍLIO À IMIGRAÇÃO ILEGAL

“Cinquenta e quatro pessoas morreram sufocadas num camião que as transportava clandestinamente. Eram mais de 100, num contentor de 6 m por 2 m. Muitos dos sobreviventes encontram-se em estado grave em virtude da desidratação e da falta de oxigénio...”

(Notícia da BBC – “apud” Informação de Abril de 2009 da UNODC)



BEM JURÍDICO PROTEGIDO

- ✓ É discutida na doutrina e na jurisprudência a questão do bem jurídico protegido pelo crime de auxílio à imigração ilegal e a natureza deste mesmo bem, podendo distinguir-se quatro posições:
 - ✓ a do interesse público de controlo dos fluxos migratórios,
 - ✓ a do delito pluriofensivo,
 - ✓ a da protecção dos direitos fundamentais dos estrangeiros e
 - ✓ a da protecção da dignidade humana do imigrante.



BEM JURÍDICO PROTEGIDO

a) Teoria do interesse público de controlo dos fluxos migratórios:

- ✓ O interesse protegido é o da soberania e segurança do Estado, em virtude de, com a violação das regras que regulam o acesso e a permanência de cidadãos estrangeiros (abrangidos pelo RJEPSAE) em território português, ser desrespeitado o poder (soberano) do Estado de decidir quem entra ou permanece no seu território e essa violação poder acarretar consequências graves ao nível da segurança interior.
 - ✓ PAULO SOUSA MENDES, “Tráfico de pessoas”, em Revista do CEJ, 1.º Semestre de 2008, n.º 8 (Especial), p. 175 e
 - ✓ Acs. da RP, de 13/07/2005 (proc. 0540595) e da RC. de 11/10/2003 (CJ, XXXVIII, IV, 46



BEM JURÍDICO PROTEGIDO

b) Teoria do delito pluriofensivo:

Para além do controlo dos fluxos migratórios, considerado não em si (como exigindo o respeito pelas regras administrativas que regulam a entrada, trânsito e permanência de estrangeiros), mas enquanto a sua postergação pode afectar a ordem sócio-económica, violam-se também direitos básicos dos próprios imigrantes, os quais, do ponto da vista da protecção, devem considerar-se ao mesmo nível ou, pelo menos, num nível intermédio ou secundário, mas nunca de forma indirecta;

- Ac. do STJ, de 3 de Dezembro de 2009, proferido no proc. nº. 187/09.7YREVR.SI e
- Artigo 385º. bis, nº. 1, do Cód. Penal Espanhol, na sua actual redacção Para outros, pelo contrário, devem considerar-se num plano superior, embora como pertencendo a um grupo, a uma entidade abstracta.



BEM JURÍDICO PROTEGIDO

b) Teoria do delito pluriofensivo (continuação):

✓ O interesse no controlo dos fluxos imigratórios apenas deve ser visto do ponto de vista do perigo que resulta para ele do aproveitamento dos movimentos migratórios por grupos mafiosos de criminalidade organizada, considerando que, para além desse interesse, se pretende também defender o interesse na protecção colectiva e, ao mesmo tempo, individual da liberdade, segurança e dignidade dos cidadãos estrangeiros

- GABRIEL CATARINO, "Aspectos jurídico-penais e processuais do Regime Jurídico de Entrada, Permanência, Saída e Afastamento de Estrangeiros", em "Julgar on line e
- ANDRÉS PALOMO DEL ARCO, "Criminalidad organizada y la inmigración ilegal", "Cuadernos de Derecho Judicial", nº. 2, 2001

BEM JURÍDICO PROTEGIDO

c) Teoria da protecção dos direitos fundamentais :

- ✓ O interesse protegido é o direito do imigrante à sua plena integração social ou todos os direitos dele que podem ser postos em causa com o auxílio à imigração ilegal

d) Teoria da protecção da dignidade humana .

- ✓ O que está em causa é a própria dignidade humana do imigrante, concretamente, nos casos em que, durante o processo migratório e seja qual for a fase deste, ele é tratado como um objecto, uma

BEM JURÍDICO PROTEGIDO

➔ Posição que se defende:

- ✓ Delito pluriofensivo, através do qual se pretende proteger, fundamentalmente, a dignidade e os direitos fundamentais do imigrante e, subsidiariamente, o interesse da protecção da ordem socio-económica subjacente ao controlo dos fluxos migratórios



NATUREZA

- Salvo nos casos do n.º 3, o crime é de perigo abstracto
- Nesses casos já se exige algo mais, concretamente:
 - um resultado (a provocação da ofensa grave à integridade física ou a morte),
 - uma aptidão ou perigosidade (o transporte ou manutenção do cidadão estrangeiro em condições desumanas ou degradantes) ou
 - a concreta ou real verificação do perigo (a colocação em perigo da vida),variando, por isso, a natureza do crime consoante a situação: crime de resultado, de aptidão ou perigo concreto



ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

- Como se verifica dos n.ºs. 1 e 2 do artigo 183.º do RJEPSAE, comete o crime aquele que favorecer ou facilitar, por qualquer forma, a entrada ou o trânsito ilegais de cidadão estrangeiro em território nacional, ainda que sem intenção lucrativa e, havendo esta intenção, também no caso de o favorecimento ou a facilitação visarem a permanência do mesmo cidadão.
- Havendo transporte ou manutenção do cidadão estrangeiro em condições desumanas ou degradantes ou sendo colocada em perigo a sua vida ou causadas ao mesmo a ofensa grave à integridade física ou a morte, a pena é agravada nos termos do n.º 3 do mesmo artigo



ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

- **Entrada ilegal:**
 - É a efectuada em violação do disposto nos artigos 6.º, 9.º e 10.º e nos n.ºs 1 e 2 do artigo 32 (artigo 181º., nº. 1)
 - Assim, e, por exemplo:
 - Entrada sem o controlo das autoridades portuguesas
 - Entrada de cidadão estrangeiro que, pretendendo vir trabalhar para Portugal, não obtém o devido visto de trabalho e entra, por exemplo, ao abrigo de um acordo com o seu País que dispensa os nacionais do mesmo de visto em determinadas condições.
 - Rejeição da doutrina do Ac. da RP, de 13/07/2005, proc. 0540595
 - Defesa da doutrina dos Acs. da RP de 15.02.2006 (proc. 0545889) e da RC, de 11/10/2003, em CJ, XXVIII, 4, 46 e ss.



ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

- **Permanência ilegal:**
 - É a que não tenha sido autorizada de harmonia com o disposto no RJEPSAE (vejam-se os seus artigos 45º. e ss. e 71º. e ss) ou na lei reguladora do direito de asilo, bem como a subsequente à entrada ilegal em conformidade com o nº. 1 do artigo 181º. (cfr. nº. 2 deste artigo).
 - Assim, por exemplo, e na esteira do disposto no art. 6º., nº. 1, alínea c), do Protocolo contra o Tráfico Ilícito de Imigrantes, é ilegal a permanência de estrangeiro que entra para trabalhar sem o respectivo visto, aproveitando-se da dispensa para outros fins de um Acordo com o seu País.



ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

- O “animus lucrandi”
 - Age com este “animus” aquele que procede com o objectivo de obter uma vantagem, uma contraprestação, um benefício ou ganho na realização de qualquer das actividades previstas pelo tipo, seja ele financeiro ou económico (como sucede, por exemplo, quando o agente transporta gratuitamente um dos cidadãos estrangeiros que o ajuda a manter a ordem no seio dos demais), seja outro de natureza material (ver art. 3º., al. a), do Protocolo contra o Tráfico Ilícito de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea)



ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

- O fundamento da sua exigência, alicerçado nos instrumentos internacionais a que fizemos referência, está, não tanto (ou tão só) na maior reprovabilidade da conduta de quem, com o crime, pretende obter um interesse financeiro ou económico, mas, e como também já se disse, na defesa do pessoa do estrangeiro, com tudo o que esta defesa envolve ao nível dos seus direitos fundamentais e da sua própria dignidade como ser humano
 - Rejeição da doutrina do Ac. da RC, de 11-10-2006, proc. nº. 8/00.6ZRCBR.CI



ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

- **Favorecer ou facilitar, por qualquer forma, a entrada, permanência ou o trânsito ilegais**
 - Favorecer é possibilitar, servir, dar ajuda, apoio ou protecção à entrada, permanência ou trânsito do cidadão estrangeiro (v.g., fornecer trabalho, actuar como intermediário).
 - Facilitar é remover obstáculos ou facultar meios para que sejam possíveis os actos de entrada, permanência ou trânsito ilegais, intervir para que estes tenham lugar ou sejam conseguidos, inclusive, através da cooperação na realização ou execução deles (v.g., transportar o cidadão estrangeiro, pagar-lhe as viagens, etc.)



ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

- **Favorecer ou facilitar directamente:**
 - O agente realiza qualquer das acções juridicamente relevantes.
- **Favorecer ou facilitar indirectamente:**
 - Há uma participação em cadeia, isto é, leva-se a cabo um acto no processo de imigração ilegal a que, por sua vez, também se segue uma participação no facto típico: pede-se a intervenção de outro para que ajude ou incite outrem a ajudar numa determinada fase ou em determinadas fases do processo de imigração ilegal, conhecendo-se os intervenientes.



CRIME DE ASSOCIAÇÃO DE AUXÍLIO À IMIGRAÇÃO ILEGAL

- *“Resolvemos proteger as nossas sociedades da delinquência organizada em todas as suas formas, através de medidas legislativas estritas e eficazes e de instrumentos operacionais, que sejam em tudo conformes com os direitos humanos e as liberdades fundamentais internacionalmente reconhecidos”*

“(Declaração de Nápoles de 1994)”



CRIME DE ASSOCIAÇÃO DE AUXÍLIO
À
IMIGRAÇÃO ILEGAL

BEM JURÍDICO PROTEGIDO

- Para além do interesse social comum a todos os crimes de associação criminosa de evitar o perigo para a paz pública que advém do crime organizado, o de obviar àquele outro perigo que, igualmente em abstracto, mas, agora, para o grupo dos cidadãos estrangeiros, resulta da actuação de grupos criminosos tendo por objecto a imigração ilegal (ainda que como actividade secundária), nomeadamente, ao nível da sua liberdade, segurança e dignidade



NATUREZA

- Crime de perigo abstracto



ELEMENTOS OBJECTIVOS

- São **elementos constitutivos objectivos** do crime de associação de auxílio à imigração ilegal:
 - a existência de um grupo, organização ou associação (elemento organizativo) e
 - o fim de favorecimento ou facilitação, por parte do mesmo grupo, organização ou associação, da entrada ou trânsito ilegais de cidadãos estrangeiros (nos termos que definimos), com ou sem intenção lucrativa ou, existindo esta intenção, da permanência ilegal dos mesmos cidadãos (elemento finalístico)



ELEMENTOS OBJECTIVOS

Conceito de grupo, organização ou associação

- **União de pessoas** com vista à realização do referido fim, ainda que através de acordo implícito.
- **Quantas pessoas?**
 - Pelo menos, três:
 - Acção comum 98/733/JAI:
 - “Entende-se por «organização criminosa» a associação estruturada de mais de duas pessoas...” (art. 1º., corrigindo o erro de tradução da versão portuguesa)
 - Convenção de Palermo:
 - ““Grupo criminoso organizado” - um grupo estruturado de três ou mais pessoas...” (art. 2º., al. a)
 - Decisão-Quadro 2008/841/JAI:
 - «“Organização criminosa”, a associação estruturada de mais de duas pessoas...» (art. 1º., nº. 1),



ELEMENTOS OBJECTIVOS

Conceito de grupo, organização ou associação

- Será necessário que da união, nasça “uma realidade autónoma, diferente e superior às vontades e interesses dos singulares membros” ou, como também se diz, “um centro autónomo de imputação fáctica das acções prosseguidas em nome e no interesse do conjunto”, centro este que há-de também ser um centro de motivação?
 - Parece que não.



ELEMENTOS OBJECTIVOS

Conceito de grupo, organização ou associação

Argumentos:

- 1) Art. 2º., alíneas a) e c), da Convenção de Palermo:
 - "Grupo criminoso organizado" - um grupo estruturado de três ou mais pessoas, existindo durante um período de tempo e actuando concertadamente com a finalidade de cometer um ou mais crimes graves ou infracções estabelecidas na presente Convenção, com a intenção de obter, directa ou indirectamente, um benefício económico ou outro benefício material;
 - "Grupo estruturado" - um grupo formado de maneira não fortuita para a prática imediata de uma infracção e cujos membros não tenham necessariamente funções formalmente definidas, podendo não haver continuidade na sua composição nem dispor de uma estrutura desenvolvida.



ELEMENTOS OBJECTIVOS

Conceito de grupo, organização ou associação

Argumentos (continuação):

- 2) Art. 1º. da Decisão-Quadro 2008/841/JAI do Conselho:
 - "Organização criminosa", a associação estruturada de mais de duas pessoas, que se mantém ao longo do tempo e actua de forma concertada, tendo em vista a prática de infracções passíveis de pena privativa de liberdade ou medida de segurança privativa de liberdade cuja duração máxima seja, pelo menos, igual ou superior a quatro anos, ou de pena mais grave, com o objectivo de obter, directa ou indirectamente, benefícios financeiros ou outro benefício material
 - "Associação estruturada", uma associação que não foi constituída de forma fortuita para a prática imediata de uma infracção e que não tem necessariamente atribuições formalmente definidas para os seus membros, continuidade na sua composição ou uma estrutura sofisticada



ELEMENTOS OBJECTIVOS

Conceito de grupo, organização ou associação

➤ **Argumentos** (continuação):

- 3) Posição Comum de 29 de Março de 1999 definida pelo Conselho com base no artigo K.3 do TUE, relativa à proposta de convenção das Nações Unidas contra a criminalidade organizada;
- 4) Reuniões do Comité Especial intergovernamental criado pela Resolução da Assembleia-Geral das Nações Unidas nº. 53/111, de 9 de Dezembro de 1998, para a elaboração do projecto que veio a dar origem à Convenção de Palermo (veja-se, por exemplo, o teor da nota 2 inserida pela Secretária-Geral das Nações Unidas nos Trabalhos Preparatórios das Negociações daquela Convenção e seus Protocolos -- § 16 da Informação elaborada sobre o 7º. período de sessões, realizado em Viena, de 17 a 28.01.2000 e documento das Nações Unidas A/55/383/Add.1, de 3.11.2000, respeitante ao 45º. período de sessões)



ELEMENTOS OBJECTIVOS

Conceito de grupo, organização ou associação

➤ **Argumentos** (continuação):

- 5) Guia Legislativo para a Aplicação da Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional e seus Protocolos”, versão de 2004 da Divisão para Assuntos de Tratados dos Escritórios das Nações Unidas contra a Droga e o Crime
- 6) Projecto de Resolução Legislativa do Parlamento Europeu sobre a Proposta de Decisão-Quadro do Conselho relativa à luta contra a criminalidade organizada [a Proposta (COM(2005)0006)], posteriormente aprovado pela Resolução de 26 de Outubro de 2005 [Resolução P6_TA(2005)0405]



ELEMENTOS OBJECTIVOS

Finalidade do grupo, organização ou associação

- **Prática de crimes de auxílio à imigração ilegal.**
 - Não de um só, de uma actividade que se esgote numa conduta de auxílio ilegal determinada, mas de uma pluralidade de "auxílios" a efectuar, pois, de outra forma, estar-se-á perante uma situação de comparticipação
 - Mas já não é necessário que o grupo tenha em vista mais de uma modalidade do crime. Pode ser, por exemplo, só para a entrada ou a permanência.



ELEMENTO SUBJECTIVO

- Basta o **dolo genérico** em qualquer das suas modalidades (art. 14º. do CP)



SUJEITOS PASSIVOS

- Sujeitos passivos são o **Estado Português** e a própria **União Europeia** enquanto interessada no desenvolvimento do espaço de liberdade, de segurança e de justiça, a partir da competência partilhada com Portugal e das políticas comuns por ela criadas em termos, nomeadamente, do combate à imigração ilegal: cfr. arts. 3º., nº. 2, da versão consolidada do TUE e 4º., nº. 2, al. j), 67º. e ss. e 77º. e ss. (dentre estes, art. 79º., sobretudo) da versão consolidada do TFUE

