



CATÓLICA PORTO

Proposta de Homicídio

Da punibilidade da tentativa do autor mediato e do instigador, na criminalidade e no âmbito dos delitos de domínio.

DISSERTAÇÃO DO 2º CICLO DE ESTUDOS CONDUCENTE AO GRAU DE
MESTRE EM DIREITO CRIMINAL

Autora: ISABEL MARIA TROCADO MONTEIRO

TRABALHO REALIZADO SOB A ORIENTAÇÃO DA SRª PROFESSORA DOUTORA MARIA CONCEIÇÃO FERREIRA CUNHA

MAIO DE 2014

ÍNDICE

I. INTRODUÇÃO	5
II. SÍNTESE HISTÓRICA DA AUTORIA MEDIATA, DA INSTIGAÇÃO E DA TENTATIVA.	7
III. AUTORIA MEDIATA, INSTIGAÇÃO E TENTATIVA NO DIREITO COMPARADO.....	10
IV. REVISITANDO CONCEITOS.....	11
A-FORMAS DE AUTORIA.....	12
B-PREPARAÇÃO E TENTATIVA.....	24
V-ANÁLISE DOS FACTOS À LUZ DOS CONCEITOS.....	31
VI-DE IURE CONSTITUENDO	33
VII-CONCLUSÕES.....	37

“O pensamento é livre, escapa à acção material do homem, ao império da justiça humana: da sua criminalidade só conhece Deus e a consciência”. (Levy Maria Jordão, Commentário ao Código Penal Portuguez, de 1852, pág.19).

Não assim já o ato externo que tem como fito a realização da decisão tomada, e que pressupõe um perigo sério para a vida da vítima, bem jurídico-penal que “não se coloca em causa, nem exige comprovação da carência de tutela penal.” (Maria Conceição Cunha, Constituição e Crime, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 1995, pág. 339).

SIGLAS E ABREVIATURAS

A) Legislação

CRP - Constituição da Republica Portuguesa

CP - Código Penal

DL - Decreto-Lei

L - Lei

Projecto de 1963 - Projecto de Revisão do CP (1963)

StGB - Strafgesetzbuch (Código Penal alemão)

B) Revistas, Boletins, e Estudos Comemorativos

CJ - Coletânea de Jurisprudência (Coimbra, Palácio da Justiça) CJ/STJ - Coletânea de Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça

Liber Discipulorum - Liber Discipulorum para Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues, Volume 1, (Coimbra, Coimbra Editora, 2001)

Liber Discipulorum - Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias (Coimbra, Coimbra Editora, 2003)

RDPC - Revista de Derecho Penal y Criminologia (Madrid, UNED)

RPCC - Revista Portuguesa de Ciência Criminal (Lisboa, Aequitas, Editorial Notícias)

C) Jurisprudência

Ac. - Acórdão

D R – Diário da República;

TC - Tribunal Constitucional;

TR - Tribunal da Relação (P) Porto (C) Coimbra (L) Lisboa;

STJ – Supremo Tribunal de Justiça;

D) Fontes

Internet

Jurisprudência do Tribunal Constitucional - www.tc.pt

Jurisprudência dos tribunais judiciais (em geral) - www.dgsi.pt

Jurisprudência do Tribunal da Relação de Coimbra - www.trc.pt

Jurisprudência do Tribunal da Relação do Porto - www.trp.pt

Jurisprudência do Tribunal do Supremo Tribunal de Justiça – www.stj.pt

E) Outras siglas e abreviaturas

FDUC - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

FDUL - Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Ob.cit. - obra citada

p.p. – previsto e punido

I. INTRODUÇÃO

1. Na teoria da infração criminal existem problemas dogmáticos geradores de ampla controvérsia doutrinária, como os da teoria da participação criminosa e da tentativa, onde se suscitam árduas questões de punibilidade.

Uma vertente desta controvérsia presente nas decisões da jurisprudência nacional respeita à criminalidade grave, no âmbito dos delitos de domínio, conhecida pelos casos de mandato criminoso. Nestes casos, um agente decide a morte de uma pessoa, contrata outrem para a concretizar, a qual aparentemente aceita, mediante pagamento, de que recebe parte e ainda indicações de como concretizar a morte. O agente fica convencido da concretização do plano, todavia, o executor não leva avante o facto punível, nem qualquer ato de execução do crime, antes denuncia os factos à polícia, que detém o mandante.

Os Tribunais proferiram sobre estas situações decisões contraditórias, designadamente em anexo:

No Ac. do STJ 97/95, de 31.10.1996, P 048948, decidiu-se que o arguido que age dessa forma não pratica qualquer crime, não devendo ser condenado, uma vez que a lei portuguesa não pune a tentativa de instigação; por outro lado, na autoria mediata o homem da frente é um mero instrumento não responsabilizável, sem domínio moral ou material do facto, o que não se verifica no caso. A haver crime, ele teria (de ser) necessariamente tentado e o que o arguido fez, para ser considerado ato de execução, teria que preceder imediatamente o ato idóneo a produzir a morte;

No Ac. do TRP de 20.09.2006, P. 0644842 decidiu-se que, se o agente determinou outrem a causar a morte de um terceiro, fornecendo-lhe para o efeito a identificação deste e informações sobre os seus hábitos rotineiros, horários e meios de transporte e entregando-lhe uma soma considerável como pagamento de parte do preço combinado, praticou uma tentativa de homicídio;

No Ac. de 12.09.2007 do TRC P. 702/06.8GBCNT-A C1, pelo contrário, decidiu-se que “No caso de autoria mediata a tentativa é punível, no caso da instigação a punição do sujeito ativo só é ponderada se tiver havido execução ou a mesma tiver tido o seu início. Assim, ao instigador não poderá ser assacada qualquer responsabilidade penal se não tiver havido execução ou começo de execução, quedando de fora a punibilidade da tentativa de instigação. No entanto, se se considerar que o arguido atua como autor mediato, então será possível a sua punição como autor do facto típico, na forma tentada. O começo da tentativa surge naquele momento em que o círculo de proteção dos direitos do titular do direito se revela, objetivamente, ameaçado pela acção

realizada e quando entre esta acção e o verbo típico ocorre um contínuo temporal que, inexoravelmente deveria conduzir à realização do tipo de ilícito”;

No Ac. 3867/07, do STJ de 16 de Outubro de 2008, foi julgado que a conduta do arguido era integradora da prática de um crime p.p. pelos artºs. 22º, 23º, 73º, 131º e 132º nºs 1 e 2, als. d) e i) do C P, uma vez que o mesmo preenchia o conceito de autoria, tal qual nos revela o art.º 26º, do C P, considerando-o autor mediato, não obstante os executores não terem querido nunca praticar o crime, nem tão pouco chegado a praticar qualquer ato de execução - ou que, como tal, possa ter sido entendido, - antes tendo logo denunciado a pretensão do arguido às autoridades e, desde então, estas terem tomado conhecimento da mesma.

Perante a divergência de julgados, o Ac. de Fixação de Jurisprudência 11/2009, 18.06.2009, publicado no Diário da República, 1ª série-Nº 139, 2-07-2009, fixou: “É autor do crime de homicídio na forma tentada p.p. pelas disposições conjugadas dos artºs 22º, 1,2,c), 23º, 26º, 131º, do C P, quem decidiu e planeou a morte de uma pessoa, contactando outrem para a sua concretização, que manifestou aceitar, mediante pagamento de determinada quantia, vindo em consequência o mandante a entregar-lhe parte dessa quantia e a dar-lhe indicações relacionadas com a prática do facto, na convicção e expectativa dessa efectivação, ainda que esse outro não viesse a praticar qualquer ato de execução do facto”.

No Ac. do TRP 1275/11.5JAPRT.P1, de 3/07/2013, decidiu-se pela condenação em autoria mediata de um crime doloso tentado de homicídio qualificado p.p. pelos artºs. 14º, 22.º 1, 2, c) 26º, 131º e 132, 2º, j) do C P, por a arguida ter decidido e planeado a morte de uma pessoa, contratando outrem para a sua concretização, que manifestou aceitar, mediante pagamento de determinada quantia monetária, tendo sido entregue parte e dadas indicações relacionadas com a prática do facto, na expectativa dessa efectivação; pese embora a pessoa a quem a arguida encomendou a morte de outrem não tenha praticado qualquer ato de execução do facto.

O elenco das decisões indicadas não pretende ser exaustivo, antes visa alertar para a atualidade das questões sobre as quais nos vamos debruçar e que foram objeto de análise crítica na disciplina lecionada pela Professora Doutora Maria da Conceição Cunha, “Crimes contra as Pessoas”, onde apresentámos um breve comentário ao Ac. 11/2009. Desta feita, ficou o interesse pelas questões abordadas, que permanecem controvertidas, pelo que, propomos o seu aprofundamento nesta dissertação de mestrado sob o título: “Da punibilidade da tentativa do autor mediato e do instigador, na criminalidade grave, e no âmbito dos delitos de domínio”.

Os delitos de domínio são aqueles em que é autor, “todo aquele e só aquele”, que possui o domínio do facto, e que se caracterizam por serem exclusivamente delitos comissivos e dolosos, cuja execução, ao contrário dos crimes de mão própria, pode ser levada a cabo também “por intermédio de outrem”, como, designadamente, o homicídio e as ofensas à integridade física (CONCEIÇÃO VALDÁGUA:1993;68). Ficam, por isso, excluídos desta dissertação, atentos os limites em que se deve conter, os delitos de dever especial, os crimes omissivos, os delitos de mão própria, os delitos negligentes e os delitos específicos próprios e impróprios.

Assim, poderemos vir a concluir que serão de manter as noções de Autoria Mediata e Instigação, tal qual as conhecemos, ou, pelo contrário, seremos levados a reconhecer a necessidade de alargamento da noção de autoria mediata, do conceito de atos preparatórios de um crime, das previsões dos atos de execução na tentativa, ou ainda, revelar-se-á necessário que se repense a noção de Instigação, atenta a categoria dogmática do aliciamento, bem como, prever-se a punibilidade da instigação na forma tentada, ou avançar outra solução para os fatos em apreciação. Tudo numa atitude, que nos propomos, de reflexão e de análise crítica à luz da lei em vigor, (*de iure constituto*) e do direito a constituir (*de iure constituendo*), mas limitado à criminalidade dolosa grave, com respeito pelo princípio da legalidade (art.º 1º, nº 3, do C P¹ e 29º, 1 e 3 da CRP) e pelos imperativos da dignidade Constitucional (art.º 18º nº 2, da CRP).

*

II. SÍNTESE HISTÓRICA DA AUTORIA MEDIATA, DA INSTIGAÇÃO E DA TENTATIVA.

2.1. No séc. XIX ocorreu no nosso país uma vaga codificadora, que se traduziu “na organização de amplos corpos legislativos unitários, obedecendo a uma orgânica mais ou menos científica (...) que condensavam, autonomamente, as normas relativas aos ramos básicos do direito, já então individualizados”. O movimento codificador apareceu ora “com o patrocínio do Despotismo Esclarecido”, ora na “sequência da difusão das ideias da Revolução Francesa”, com relevo para o princípio da separação de poderes. Em conformidade, o direito era uma criação exclusiva do poder legislativo e o positivismo legalista começa a fazer caminho: “o direito é uma criação do Estado, enquanto poder legislativo” e o direito positivo é um dado que não se discute; perspectiva-se a ordem jurídica como um “sistema total e auto-suficiente”, onde os códigos continham os sistemas acabados das relações sociais (ALMEIDA COSTA;2007;289ss;404 a 407).

¹ Daqui em diante os artigos sem indicação do diploma a que pertencem são do Código Penal.

Quanto à codificação do direito penal, há duas gerações de códigos: uma que parte do “*Code Penal*” napoleónico de 1810 e do Código Penal bávaro de 1813, e a outra que segue na esteira do Código Penal prussiano de 1851. O primeiro Código Penal português (1852) insere-se na linha do “*Code Penal*” de 1810.

Originariamente, entre nós, a autoria mediata só se utilizou “para preencher lacunas”. Com ela quis-se abarcar aqueles casos em que não era possível o castigo da instigação tendo em conta a acessoriedade estrita da participação. É no C P de 1852 que, pela primeira vez, se faz o tratamento sistemático da comparticipação, nos art.ºs 24º a 26º, mas “assumindo uma conceitualização declarativa e casuística das categorias de agentes, por contraposição à cumplicidade” (EDUARDO CORREIA;1993;258).

Por sua vez, o C P de 1886, no art.º 20º, nº 2 a 4, designava como autores morais, aqueles que “constrangiam, determinavam, aconselhavam, ou instigavam” outro a cometer o crime, sem autonomizar o conceito de instigação. Consagra-se neste diploma a “doutrina latina da comparticipação e foi esta doutrina, em especial a francesa, que foi proposta na Comissão Revisora do C P, por EDUARDO CORREIA, por contraposição à alemã, na qual a divisão fundamental era entre autoria e participação - aqui o autor é quem executa o facto, os participantes secundários são o instigador e o cúmplice” (MARQUES DA SILVA,1998;285).

Na proposta de revisão do C P, de Eduardo Correia, inexistiam disposições correspondentes ao art.º 20º, pelo que, nas posteriores revisões do projeto foi incorporada a fórmula de “execução por intermédio de outrem”, para abarcar a autoria mediata, isto é, as situações em que o executor não tem culpa ou não é imputável.

O C P de 1982, e as suas revisões, mantiveram a instigação como uma verdadeira forma de autoria, embora sujeita ao princípio da acessoriedade, continuando, desta forma, a manter-se a diferença entre o C P português e o alemão, no facto de, no primeiro, a instigação constituir uma forma de autoria e, no segundo, uma forma de participação. A redação final do art.º 26º resultou do embate entre a conceção causal da autoria de Eduardo Correia e a teoria do domínio do facto, o que possibilitou alcançar soluções razoáveis e justas para os problemas concretos da comparticipação. Assim, redefiniram-se as diversas formas de autoria; aceitou-se um conceito restritivo de autor, nos crimes dolosos de ação; considerou-se a instigação entre as formas de autoria e não como participação a par da cumplicidade (FIGEIREDO DIAS:2012;761;773).

No entanto, este entendimento não é pacífico. Há quem considere a instigação como uma forma de participação (TERESA BELEZA:1988:597:CONCEIÇÃO VALDÁGUA:2001:930).

2.2. No que à tentativa se refere, o direito romano fazia uma equiparação entre atos preparatórios, tentativa e consumação, mas parece ser inquestionável que, em Roma, se distinguia o *delictum perfectum* do *delictum imperfectum*, apesar de o direito romano não se ocupar especificamente da tentativa e questões a ela conexas (FARIA COSTA:1995;7;8). O direito penal português anterior ao movimento da codificação punia tudo: a cogitação, a resolução, a tentativa, o crime frustrado e consumado (SÍLVIA ALVES;2003:533).

O C P de 1852 prevê o regime da tentativa nos art.ºs 6º a 11º e 89º. A tentativa é “qualquer acto exterior e voluntário, que constitua começo de execução do crime” punida “com alguma das penas maiores, salvo os casos especialmente declarados” (art.º8). Os atos preparatórios “somente são puníveis quando a lei os qualifica como tais”, (art.º 10). Neste diploma emergiu a linha divisória entre o pensamento do crime (atos internos) e o *iter* percorrido pelo agente na sua execução (atos externos). A pena da tentativa é a pena do crime consumado, mas atenuada.

Por sua vez, o C P de 1886 regulava a tentativa nos art.ºs 8º a 14º, 103º e 105º. O art.º 8º, delineava o *iter criminis*, estatuiu que “São puníveis não só o crime consumado mas também o frustrado e a tentativa”. Não se punem “*cogitationes*” por “não representarem ainda nenhum facto externo, nenhuma alteração na ordem jurídica”, que só relevam se o agente concretizar o crime projetado, altura em que a cogitação tem “um interesse fundamental na punição do facto criminoso (...)”. Nos termos do art.º 11º, há tentativa “quando se verificarem cumulativamente os seguintes requisitos: 1º- Intenção do agente; 2º- Execução começada e incompleta dos atos que deviam produzir o crime consumado; 3º- Ter sido suspensa a execução por circunstâncias independentes da vontade do agente, exceto nos casos previstos no art.º 13º; 4º- Ser punido o crime consumado com pena maior, salvo os casos especiais em que, sendo aplicável pena correccional ao crime consumado, a lei expressamente declarar punível a tentativa d'esse crime”. Os atos preparatórios, que não constituem ainda começo de execução, não são puníveis, nos termos do art.º 14º. A tentativa é punida como crime frustrado, (art.º 105º) (TRINDADE COELHO,1903).

O princípio orientador do Projeto do C P de 1966 era: “o que importa é que o homem responda por aquilo que fez, e não pelo que é” (Atas:1963;18;21), significando que o facto é o ponto de partida e o fulcro do direito penal, o que, no entanto, só teve aplicação em 1982.

O Código Penal, aprovado pelo DL 400/82, de 23-09, entrou em vigor em 1.01.1983, e previu as formas de aparecimento do crime e a tentativa. Como regra, previu a não punibilidade dos atos

preparatórios, conforme art.º 21º. O art.º 22º² ocupa-se da tentativa e prevê a punibilidade daquela no art.º 23º exigindo-se que ao crime consumado respetivo corresponda pena superior a dois anos de prisão, salvo disposição em contrário; sendo punível com a pena aplicável ao crime consumado especialmente atenuada, nos termos dos art.ºs 72º e 73º.

O Código Penal foi revisto pelo DL 48/95, de 15 de Março, tendo alterado, no que à tentativa respeita, o art.º 23º, elevando o limite mínimo previsto no nº1, de dois para três anos, sendo este o atual direito positivado.

III. AUTORIA MEDIATA, INSTIGAÇÃO E TENTATIVA NO DIREITO COMPARADO.

3.1. Após um breve excuro pela legislação penal portuguesa, faremos uma incursão, que se quer despreziosa, noutros ordenamentos jurídico-penais.

O C P alemão regula a matéria da comparticipação criminosa nos §§ 25 e seguintes, onde distingue três formas de autoria: a autoria imediata ou mediata, no nº 1, e a coautoria, no nº 2 (CONCEIÇÃO VALDAGUA,1993;38;ss). Nos §§ 26 e 27, contemplam-se, como formas de participação, a instigação e a cumplicidade, com reconhecimento do princípio da acessoriedade. A pena do instigador é igual à do autor (§ 26); a pena do cúmplice beneficia de uma atenuação especial obrigatória (§ 27), tal como acontece em Portugal (art.º 27).

A divergência mais importante entre o regime dos §§ 25, 26 e 27 do StGB e os art.ºs 26º e 27º, do C P português, está no facto de que, para o diploma alemão, o instigador é apenas um simples participante; enquanto entre nós é autor e, como tal, punido (art.º 26º). Apenas e na medida em que no art.º 26º é exigida para a punição do instigador, que haja “execução ou começo de execução” por parte do instigado (princípio da acessoriedade), este se aproxima do StGB.

No C P italiano, nos arts.º 85º a 109º, dispõe-se sobre o agente do crime e, no art.º 110º, sobre os agentes que concorrem para o delito, concretizando o art.º 115º o acordo para cometer o crime e a instigação, sem identidade típica com a legislação portuguesa, o mesmo acontecendo na legislação penal francesa, nos arts. 121-4 a 121-6, para a autoria singular e plural.

Por sua vez, no C P espanhol é autor quem realizar os factos por si, ou conjuntamente ou por meio de outrem de quem se serve como instrumento. E ainda quem induzir outros a executar o

² Cujos critérios de ilicitude serão adiante alvo do nosso estudo.

crime e quem cooperar na prática do facto com um ato sem o qual tal facto não teria ocorrido (art.º 28º a) e b)).

3.2.A definição da categoria da tentativa em Portugal tem a sua origem na definição do § 43 do StGB vigente à data da elaboração do projeto do C P português, de 1963. Mas, em 1975, o C P alemão foi alterado, e o § 22 definiu a tentativa quando o agente “avança para a realização imediata do tipo legal, de acordo com a sua representação mental do facto”. Daí que, e ao contrário do art.º 22º, do C P português, o dispositivo alemão não utilize a expressão “atos de execução”, para assinalar o início da tentativa.

Importa referir, por não se nos afigurar despidendo, que, no C P alemão, o acordo criminoso, a tentativa de instigação, são puníveis, no § 30, nº 2 do StGB (CONCEIÇÃO VALDAGUA, 1993;38 42), mesmo que não se lhes siga qualquer ato de execução, ao contrário do C P português onde são impunes, por não existir preceito correspondente. De facto, o art.º 31º do anteprojeto do C P de 1963, que os previa, e que teria introduzido um regime paralelo à “*conspiración*” do art.º 17º do C P espanhol, não teve acolhimento no C P (Atas 1963;207).

No C P italiano, prevê a tentativa no art.º 56º, 1, prescrevendo: “quem executa atos idóneos, diretos de modo não equívoco a cometer um delito, responde por delito tentado se a ação não se conclui ou se o resultado não se verifica”.

Por sua vez, no C P espanhol, “há tentativa quando o agente inicia a execução do delito diretamente por atos exteriores, praticando todos ou parte dos atos que objetivamente deveriam produzir o resultado, e todavia este não se produz por causas independentes da vontade do autor” (art.º 16º).

O C P francês, no art.º 121-5, há tentativa, desde que, “haja começo de execução, esta seja suspensa ou deixe de causar efeitos por circunstâncias alheias à vontade do seu autor”.

Cotejadas as diversas definições legais de tentativa, a do C P português é mais próxima das dos códigos penais italiano, espanhol e francês, do que da do StGB.

*

IV. REVISITANDO CONCEITOS

4. No artigo 26º dispõe-se: “É punível como autor quem executa o fato por si mesmo ou por intermédio de outrem, ou tomar parte direta na execução, por acordo ou juntamente com outro ou outros, e ainda quem, dolosamente determinar outra pessoa à prática do fato, desde que haja execução ou começo de execução”.

Neste preceito descrevem-se quatro formas de autoria criminosa, consistindo a primeira e a terceira na prestação de contributos de natureza material e as duas restantes na prestação de contributos de natureza moral ou psíquica. Na literatura juspenalista portuguesa, são designadas por autoria imediata, autoria mediata, coautoria e instigação.

*

A-FORMAS DE AUTORIA

5. Antecipando as noções das categorias, tal como as entendemos, pois a estas faremos a subsunção dos factos (indicados em I.1), somos levados a concluir que é autor quem realiza por si mesmo todos os elementos do tipo de crime, realização que pode ser produzida por um só agente ou pela atuação conjunta de vários, como ainda pelos que, sem executarem uma ação típica formal, também dispõem do domínio do facto, o que significa ir além do sentido literal da realização da ação típica.

O domínio do facto pode acontecer pelo domínio da ação em que o agente executa o facto por si (autoria imediata); pelo domínio da vontade, onde o agente formula o propósito criminoso e decide a sua efetivação, dominando a vontade do instrumento/executor, - por coação, hipnose, indução em erro; por intermédio de inimputáveis, ou no âmbito de um aparelho organizado de poder (autoria mediata); pelo domínio funcional do facto face ao significado funcional da contribuição de cada coautor, na divisão de trabalho ou repartição de tarefas na concretização da decisão (coautoria); e, finalmente, pela determinação de outrem à prática de um crime (pelo instigador), dominando-lhe a vontade, desde que haja execução ou começo de execução pelo instigado (instigação), (FIGUEIREDO DIAS:2012:763-797;PINTO ALBUQUERQUE:2008;122).

A autoria imediata e a autoria mediata são autorias singulares, ainda que na autoria mediata o facto possa ser levado a cabo por mais de uma pessoa, mas só o agente-de-trás reúne as condições para ser punido³, enquanto as demais formas de autoria do art.º 26º, são autorias plurais.

Com JESCHECK, diremos que “só pode ser autor quem, segundo a importância da sua contribuição objetiva, partilha o domínio do curso do facto”; ou ainda “quem, de acordo com o significado do seu contributo efetivo, governa o curso do facto” (1993;594;586). O autor é, “ao nível da acção, a figura central do acontecimento criminoso”, é quem tem o domínio positivo e negativo do facto, iniciando-o e fazendo-o prosseguir até à consumação, ou pondo-lhe termo (CONCEIÇÃO VALDÁGUA,1993;68); ou é o “centro pessoal do ilícito típico” (FIGUEIREDO

³ O instrumento quando muito poderá ser punido por negligência.

DIAS,2012;758).

O domínio do facto pelo “domínio da vontade” abrange “todas as situações em que há imputação de ações alheias” no campo da comparticipação criminosa, nomeadamente a imputação ao agente mediato das ações do agente imediato. Mas isto “só tem sentido se e na medida, em que for o agente mediato - e não o agente imediato - o “senhor do facto”, aquele que conduz o processo causal para o fim pretendido” (CONCEIÇÃO VALDÁGUA,1993;68).

Na autoria mediata o domínio do facto pertence ao homem-de-trás, que é quem realiza o tipo penal, servindo-se para a execução da ação típica de outrem como “instrumento”, e obtém, através do domínio sobre o homem-da-frente, um domínio do fato como se fosse o próprio a empreendê-lo. Neste caso, “a intervenção material do homem-da-frente é inócua”, em termos penalmente significativos (ressalvada a negligencia do homem-da-frente), já que só pode ser responsabilizado o homem-de-trás, que faz com que o “facto se execute por si e para si”, pelo que, todos os pressupostos de punibilidade têm que concorrer no homem-de-trás. “O homem-de-trás usa as mãos do homem-da-frente”(JESCHECK:1993:594:604:FIGUEIREDO DIAS:2012:776).

Na categoria de domínio da vontade, no âmbito de um aparelho organizado de poder, o agente mediato tem o poder de se fazer obedecer e de, a todo o tempo, fazer substituir o autor imediato, sem que o agente imediato esteja em situação de se poder opor eficazmente ao agente mediato.

Em definitivo, nos termos do art.º 26º, “autor não é quem causa o facto, mas quem o executa, direta ou indiretamente”, e é isto que corresponde à “exigência própria do Estado de Direito, de que a punição se vincule e refira à realização do tipo”. Ao que acresce que “se autor é quem realiza o facto típico e se todo o tipo é tipo de ilícito, então a essência da autoria tem de decorrer da essência do ilícito”. A ação ilícita é um ato pessoal, por isso o conceito restritivo de autor traduz-se na “realização pessoal de um ilícito típico, não na sua causação” (FIGUEIREDO DIAS 2012:763).

Por sua vez, o instigador é “aquele que produz ou cria de forma cabal no executor a decisão de atentar contra um certo bem jurídico-penal através da comissão de um concreto ilícito típico, inculcando a ideia, revelando o interesse e as vantagens, fazendo o acompanhamento de perto e ao pormenor da tomada de decisão definitiva pelo executor” (FIGUEIREDO DIAS:2012:799). Não cabe nesta categoria a determinação geral à prática de crimes ou de crimes de certa espécie, nem o mero incentivo, conselho, reforço ou ajuda, que integram a cumplicidade.

Ora, o instigador é um agente que não pratica atos de execução do facto punível, que ficam antes a cargo do instigado, tendo este que dar início à execução do ilícito, condição da punição da

instigação. No entanto, o instigador pode ser punido como autor num delito tentado, atenta a referência ao “começo de execução”, (art.º 26º), que só tem sentido para casos que se ficam pela tentativa cometida pelo instigado, apesar de o art.º 22º não descrever o comportamento do instigador, mas apenas a do instigado, exigida no art.º 26º, como pressuposto da punição do instigador num delito tentado. Assim, a conduta do instigador precede o início da execução do delito pelo instigado e traduz-se em “determinar” outra pessoa à prática do facto punível, funcionando como “causa” (psíquica) da resolução criminosa do instigado.

6. A teorização das categorias da autoria mediata e da instigação não é consensual entre os doutrinadores, do que daremos conta a partir da categoria dos autores no quadro de um aparelho de poder organizado, categoria da autoria mediata. Aqui tentaremos dilucidar a que título deve(m) ser punido(s) o(s) membro(s) de uma organização criminosa, que se limita(m) a ordenar a prática de infrações, sem diretamente tomar(em) parte na sua execução, nas versões que assumiu(ram).

Uma vez que o aliciamento, na dogmática jurídica, se quer assumir como fundamento autónomo, unitário e englobante do domínio da vontade, assimilando o domínio da vontade através de um aparelho organizado de poder, exigirá a nossa atenção. A questão de saber se aquele que alicia outrem à prática de um crime é um autor mediato ou um instigador não está esvaziada de conteúdo, apesar da sua punição como autor, uma vez que a uniformidade de tratamento destas categorias é só aparente, divergindo na estrutura, nos fundamentos e na punição. Senão vejamos: a instigação faz depender a sua punição da existência da “execução ou começo de execução,” do instigado; a autoria mediata não é seguida de exigência semelhante (art.º26). Aliás, é desta diversidade de estrutura típica que resulta a não incriminação da tentativa de instigação e a controvérsia do início da tentativa pelo autor mediato. Isto significa que a não alusão, na autoria mediata, ao início da execução, não excluiu a possibilidade de o “homem-de-trás” ser punido por tentativa, a partir de um momento anterior àquele em que o autor imediato começa a praticar atos de execução do tipo legal de crime. Mas, tal facto, não deixa de suscitar a questão de saber em que momento se inicia a tentativa do autor mediato: se antes da prática de atos de execução pelo autor imediato; se a partir do momento em que deixa de ter nas mãos o curso dos acontecimentos; ou ainda, se com a verificação do perigo imediato para o bem jurídico.

Em nosso entender, não haverá obstáculo à punição do homem-de-trás como autor mediato, quando este põe em marcha a execução com um ato, que possa ser abrangido pela al. c) do nº2, do art.º 22, isto é “promovendo uma interferência lesiva nos bens jurídicos”, podendo desde aí falar-se de um início da tentativa (com FERNANDA PALMA:2006;96;164).

Existe sempre tentativa do autor mediato quando o instrumento inicia a execução, mas pode acontecer que o autor mediato inicie ele, desde logo, a tentativa, a qual é prosseguida pelo instrumento, desde que o ato praticado se inscreva na alínea c) do nº2, do art.º 22º. Assim, quando o *homem-de-trás atuando sobre o executor, leva-o a um comportamento ilícito punível*: **A**, caçador, está a ensinar **B**, aprendiz, a arte venatória. De noite, **A**, ao ver um seu inimigo, **C**, atrás de um arbusto, diz a **B** que dispare por ali estar uma rês, o que **B** faz acreditando em **A**. **C** não morre por ter sido prontamente socorrido; *o autor mediato larga as mãos do acontecimento*: diariamente **J**, ao chegar a casa, toma uma bebida antes de jantar, preparada por **M**. Certa noite **M**, resolvida a matar **J**, adiciona à bebida arsénico, entregando-a a **L** para que este leve a **J** para que este beba, todavia o copo cai e parte; *com a criação de perigo imediato para o bem jurídico pelo autor mediato*: **D**, a pretexto de uma brincadeira, pede a **F** que toque na campainha de uma casa, onde antes havia instalado uma bomba, acionável pelo toque, que não chega a explodir, por **D** ter sido descoberto; em todas estas situações existe já uma conexão de perigo típica (com FIGUEIREDO DIAS,2012;818-821).

Perante o exposto, as situações tradicionais de autoria mediata, através de coação, indução em erro ou uso de inimputáveis, porque mais pacíficas, não serão objeto desta dissertação.

7. O domínio da vontade através de um aparelho de poder organizado foi uma categoria surpreendida por ROXIN, dirigida à “funcionalização de uma organização rigidamente hierarquizada, em que o autor mediato é quem detém o poder e dá as ordens, domina o processo pela simples fungibilidade do instrumento”, isto é, “da sua substituição por outro, por a condição de instrumento não depender das características individuais da pessoa que executa o facto” (ROXIN;2000;§24:269-280;CONCEIÇÃO VALDÁGUA;2001;917).

Nesta categoria, o executor é um agente responsável, o homem-de-trás e todos os que transmitem a instrução criminosa “com poder de mando independente, ao longo da cadeia hierárquica, são autores mediatos”. “A fungibilidade do executor confere ao autor de secretária o domínio do facto”(TERESA SERRA,1995;314).

Pelo exposto, o domínio da vontade através de um aparelho de poder organizado tem por pressupostos: “(a) fungibilidade absoluta do executor, substituível pelo autor mediato se necessário; (b) a existência de uma organização rigidamente hierarquizada; (c) organização que optou decididamente por uma via criminosa, pois desligou-se como um todo das normas de direito”. E assim, “só o funcionamento do aparelho de poder organizado à margem do Estado de Direito e da sua ordem jurídica produz as condições necessárias à total fungibilidade do executor

que, a final, constitui o fundamento do domínio da vontade nesta forma de autoria mediata” (ROXIN;2000§24:269-280).

Em face do exposto, para ROXIN o domínio da vontade mediante um aparelho de poder organizado só tem duas formas típicas de manifestação: (a) quando o aparelho de poder consiste numa organização política, militar ou policial que se apoderou do poder do Estado; (b) quando esse aparelho de poder constitui uma espécie de “Estado dentro do Estado”. Nestas circunstâncias estão apenas certos movimentos clandestinos, associações secretas ou associações criminosas, género “máfias”, onde a organização é independente dos membros, que dela não podem sair e os objetivos são contrários às normas penais do Estado, visando a atuação policial dos Estados a organização e não uma pessoa. Deve, por isso, interpretar-se esta categoria restritivamente, pois aí só deve ser integrada uma organização que oponha a sua lei à lei do Estado, que o desafie e coloque em perigo.

Enquanto a direção e organização do aparelho se deixarem vincular pela ordem jurídica de um Estado e não ficarem à sua margem, não há uma “ordem criminosa” com efeito constitutivo de um aparelho organizado de poder, por as leis do Estado serem de valor hierárquico superior e excludentes das ordens ilícitas e do poder da vontade do homem-de-trás. Assim, se a organização apenas extravasa pontualmente a ordem jurídica, tal é apenas um empreendimento privado, resultante do contorno do seu modo de funcionamento.

O executor aparece na organização como uma pequena roda da engrenagem: fungível, responsável e com o domínio do facto que pratica (caso assim não fosse faltava poder de domínio da vontade do homem-de-trás, sobre o executor). No entanto, a singularidade do contexto em que se encontra o executor, que está na presença de um domínio da vontade “*sui generis*”, que pertence ao homem-de-trás (que não deixa de praticar o facto por outrem ou por si mesmo), particulariza esta categoria, onde não se lhe pode deixar de reconhecer falta de liberdade de decisão.

Ilustrando esta categoria ROXIN discorreu: “Quando Hitler ou Estaline mandavam matar os seus opositores, isso era obra sua (embora não só sua). A afirmação de que deixavam aos seus subordinados a decisão sobre se os factos ordenados seriam executados contraria princípios sensatos de imputação social, histórica e até jurídica”⁴.

Segundo o mesmo autor, o mandato criminoso não se enquadra na coautoria, por inexistir

⁴ Citado por CONCEIÇÃO VALDÁGUA; 2003;659.

decisão conjunta, execução conjunta ou um tomar parte na realização do facto criminoso, não podendo ser relegado para a cumplicidade, já que a resolução criminosa inicial é a mais perigosa, pois faz despoletar a decisão criminosa ulterior do executor.

8. Por sua vez, os representantes de um princípio de autorresponsabilidade absoluto não admitem a figura do “autor atrás do autor”, recusando o domínio da vontade por um aparelho organizado de poder e não reconhecem o aliciamento como categoria da autoria mediata.

Na autoria mediata, “um tal domínio do facto só pode aceitar-se quando os próprios executores não possam ser considerados como autores plenamente responsáveis (estão em causa situações de coação, hipnose, indução em erro, domínio do facto através de terceiros inimputáveis). No caso de o serem, a pessoa que domina a organização seria coautor”. É assim que JESCHECK defende limites na autoria mediata, que se revelam quando o executor é um agente plenamente responsável (1993;605). A autoria mediata caracteriza-se pela existência do domínio do facto pelo autor mediato (homem-de-trás), que realiza o tipo penal usando outrem (homem-da-frente) como “instrumento”, sobre quem detém o domínio da vontade e através dela o domínio do facto, sendo a atuação do executor a que seria realizada pelo homem-de-trás.

Por sua vez, JAKOBS não relaciona a subordinação voluntária do executor à decisão do homem-de-trás com o domínio do facto por este, nem atribui a autoria mediata ao homem-de-trás, nos casos em que tal subordinação se verifica. Sustenta sim, que nesses casos - e só neles - o agente mediato é coautor ou instigador (*apud* Teresa Serra;1995;314).

9. Entre nós, FIGUEIREDO DIAS, condicionou a aplicação da categoria em análise, à verificação cumulativa de três requisitos: “(a) existência de um aparelho organizado de poder com estrutura hierárquica rígida; (b) fungibilidade, sem restrições, do executor da ordem de conteúdo criminoso (c) ao facto de o aparelho organizado de poder, como um todo, se ter desvinculado do direito, funcionando à margem do ordenamento jurídico”. Mas ainda que reconheça que uma organização, assim descrita, cria uma fortíssima dependência psicológica do homem-da-frente perante o homem-de-trás, sustenta que a questão radica em saber se uma tal dependência “não deixa aparecer o homem-da-frente como participante plenamente responsável” (por intervir uma causa de justificação ou de exclusão da culpa), caso em que a autoria mediata deve considerar-se fundada. Na situação de, “pelo contrário, o homem-da-frente aparecer como participante plenamente responsável, então o homem-de-trás não deverá ser considerado autor mediato, de acordo com o princípio da autorresponsabilidade, só podendo ser instigador”. Assim, o princípio da autorresponsabilidade estabelece a fronteira entre a autoria mediata e a

instigação (2012; 790;805).

A ideia subjacente à delimitação do conceito de autoria mediata é que esta só se pode verificar quando, por força da atuação do homem-de-trás, o executor realiza o tipo de ilícito de forma não (totalmente, dolosamente) responsável, pois se não se verifica tal condição, que se deve reputar de essencial, ao homem-de-trás só pode caber a qualificação de instigador, não a de autor mediato.

O homem-de-trás, nas circunstâncias em análise, não é coautor, porque não executa, mas as suas ordens são para ser obrigatoriamente cumpridas, não carecendo de aceitação, conjugado com a consciência do homem-da-frente de que pertence à organização, significando dispor-se a executar ordens, o que será idêntico à subordinação voluntária indicada por CONCEIÇÃO VÁLDAGUA, afastando em definitivo uma decisão conjunta indispensável à coautoria (FIGUEIREDO DIAS:2012;785ss).

Em face do exposto, o reconhecimento da figura de um “autor atrás do autor” (ambos responsáveis) em face do princípio fundamental da autorresponsabilidade, não é dogmaticamente concebível no quadro da autoria mediata.

Apesar de, recentemente e para certos casos, parte da doutrina alemã, e até nacional, ter vindo a limitar o princípio da autorresponsabilidade para admitir a figura do “autor (mediato) atrás do autor”, e apesar da responsabilidade pessoal de cada agente pelo facto, tal visou suprir lacunas de punibilidade ou elevar o agente à categoria de autor. Estas doutrinas e interpretações assentam no dogma segundo o qual, e de acordo com a teoria do domínio do facto, o instigador não seria nunca autor, mas mero participante, ficando, deste modo, sujeito aos princípios limitadores da punibilidade da participação (princípio da acessoriedade) e da sua menor punição. Ora, entre nós, a instigação como verdadeira determinação é autoria e como tal punida, no art.º26, pelo que, afirmar a autoria mediata do mandante apesar do executor agir de forma plenamente responsável, é fazê-lo à custa do que sempre foi entre nós entendido como instigação.

Com influência da dogmática alemã, CONCEIÇÃO VALDÁGUA, (2001;930) sustenta que “a figura da instigação, tal como está caracterizada na parte final do art.º 26º, não constitui uma modalidade de participação principal (autoria), mas sim uma modalidade de participação acessória”, uma vez que, para a punição, o artigo em apreço exige que “haja, pelo menos, início de execução do facto pelo autor imediato”, como é próprio de “uma forma de participação de natureza acessória”, independentemente de o legislador lhe atribuir o “*nomen iuris* de autoria”. De

resto, sustenta que, no art.º 26º, não se diz que é autor, mas sim, apenas, que “é punível como autor”. É assim que, admitindo a figura do “autor atrás de autor”, ambos plenamente responsáveis, integra o aliciamento na categoria da autoria mediata.

Criticando este argumento, FIGUEIREDO DIAS desvaloriza-o e alerta para a verificação de que “exatamente o mesmo se diz naquele preceito a respeito do autor imediato, do autor mediato e do coautor que, ainda na mais estreita perspectiva teórico-dogmática, integram indubitavelmente a categoria da autoria”. De sorte que “daqui, pois, não pode extrair-se qualquer argumento contra a conceitualização do instigador como autor” (2012;798).

O instigador é o “verdadeiro senhor” da decisão do instigado de cometer um ilícito típico, é quem faz germinar no executor a resolução criminosa e a execução daquela. O crime aparece como obra do executor, mas é também obra do instigador, pois só esta é, no entendimento da nossa lei, “a instigação-determinação e por conseguinte a instigação que é autoria”, que é um acontecimento que o instigador corealiza, já que sem ele não havia crime (FIGUEIREDO DIAS;2012:799).

Em face do que fica dito, revela-se essencial a ação do instigado, que domina o facto, como autor, na vertente do domínio da ação, ficando demonstrada a insuficiência do comportamento do instigador. A relevância do comportamento do instigador está dependente de haver “execução ou início de execução” pelo instigado, pois sem ela inexistente instigação uma vez que os atos de execução são do instigado. O comportamento de um agente que se mostrar decidido a cometer crimes de certa espécie, v.g. o homicida profissional integra a instigação, pois para este basta a decisão pelo facto concreto, que é criada pelo instigador (FIGUEIREDO DIAS;2012;799).

O princípio da autorresponsabilidade é o único que assegura a manutenção da essência e fidelidade das categorias da autoria mediata e instigação em consonância com um conceito restritivo de autor, mas é apenas um critério da autoria instigação e não de toda a autoria.

Em síntese, na autoria mediata integram-se as situações do domínio da vontade do executor pelo homem-de-trás, em que o comportamento criminoso do executor não é levado a cabo de forma totalmente responsável e dolosa. Enquanto na instigação, o homem-da-frente atua de forma plenamente responsável do ponto de vista penal (FIGUEIREDO DIAS;2012;803).

10. Ao contrário, para CONCEIÇÃO VALDÁGUA, “o autor é, ao nível da ação, a figura central do acontecimento criminoso,” mas a autoria mediata não se alicerça apenas nas categorias da coação, erro e domínio da vontade em virtude de aparelhos organizados de poder. Esta última categoria - domínio da organização, como domínio da vontade, autónoma e específica da autoria

mediata - tem subjacente o pensamento de que, o domínio da organização é uma forma do domínio da vontade e assim uma forma do domínio do facto. Estas três categorias do domínio da vontade do agente (coação, erro e através de aparelhos organizados de poder) “esquecem uma realidade mais ampla e englobante que deve ser reconhecida como categoria da autoria mediata, o aliciamento”(2001;917-921;2003;656ss).

O aliciamento é uma categoria que surpreende a forma como é proporcionado ao homem-de-trás o domínio do facto. Enquanto “nas hipóteses de coação, o homem-de-trás constrange o executor, pondo-o perante a alternativa de praticar o facto ou não poder impedir a verificação de um mal (para ele ou para terceiro, que lhe é próximo), nos casos de aliciamento o homem-de-trás persuade o aliciado a praticar o facto através de uma contrapartida (prestação de coisa ou de facto) pretendida pelo executor. Assim, esta categoria da autoria mediata de domínio da vontade do executor revelar-se-ia tão ou mais eficaz do que a coacção” (*ibidem*:2001:918).

Ao contrário de ROXIN, CONCEIÇÃO VALDÁGUA não reconhece validade às exigências da fungibilidade, pertença à organização e subordinação, na doutrina do domínio da organização, enquanto fundamentos da autoria mediata, uma vez que quando se exigem ao executor aptidões especiais, que mais ninguém do aparelho de poder possua ou que só existam fora da organização, tal não é obstáculo à prática do ilícito pelo homem-de-trás, pois o executor presta “o serviço”, como *free-lancer*, a soldo, e de modo ocasional, mantendo o homem-de-trás a categoria de autor mediato.

Perante o exposto, recusando os fundamentos justificativos para a existência da categoria dogmática domínio da vontade em virtude de aparelhos organizados de poder, CONCEIÇÃO VALDÁGUA justifica a autoria mediata do homem-de-trás e dá-lhe autonomia na modalidade do aliciamento.

O “mandato criminoso ou ajuste” é o paradigma das situações de aliciamento e traduz-se: “a) num consenso entre o homem-de-trás e o executor, conhecido de ambos sobre a realização e conteúdo de uma determinada prestação, de coisa ou de facto, que o homem-de-trás proporcionará ao executor, por si ou terceiro em seu nome; b) o cometimento pelo executor de um concreto ilícito típico planeado e liderado pelo homem-de-trás; c) a existência de uma relação sinalagmática entre a realização da prestação pelo homem-de-trás e a comissão do ilícito típico pelo autor imediato, sem que para tanto seja necessário qualquer contacto pessoal”. Ainda integram o aliciamento a promessa e a dádiva, onde não se exige o consenso dos agentes, podendo surgir combinações destas formas. Por inexistir contrapartida a proporcionar, não

integram o aliciamento, o pedido, a ordem nem o conselho (CONCEIÇÃO VALDÁGUA;2001;935).

Um agente que dolosamente incute noutra a resolução de praticar um determinado facto punível, em cuja execução o primeiro não quer tomar parte, pode gerar duas situações: (a) uma subordinação voluntária do agente imediato a uma eventual decisão posterior do agente mediato, que se deve revelar inequívoca, no caso de revogação da decisão criminosa. O executor, ao tomar a resolução criminosa do homem-de-trás, aceita não executar o facto punível, caso este revogue a sua decisão criminosa: só desta forma se configura um acordo, ajuste ou pacto criminoso; (b) inexistência de subordinação voluntária do agente imediato a uma eventual decisão posterior do agente mediato, leva a que o autor imediato execute o facto, ainda que o homem-de-trás desista, dando-lhe disso conta. Nesta situação o executor não atua determinado pelo ajuste ou mandato criminoso (CONCEIÇÃO VALDÁGUA;2003;663).

No pensamento desta autora, as situações de aliciamento criminoso são as identificadas na alínea (a), que são idênticas àquelas em que o homem-de-trás dá uma ordem para o cometimento do crime, sustentando que, “quem se arroga competência para dirigir a outra pessoa uma determinada ordem, está a atribuir-se competência para a revogar depois”. Por sua vez, “quem acata uma ordem para cometer um crime e toma a resolução criminosa de obedecer à ordem, está, igualmente, a manifestar que acatará uma ordem posterior de sinal contrário, proveniente da mesma pessoa, tendo conhecimento”. Manifesta-se, deste modo, a subordinação voluntária do agente imediato à decisão do agente mediato (CONCEIÇÃO VALDÁGUA;2003;664).

A subordinação voluntária do executor à decisão do agente mediato (da al. a) dá ao agente mediato o domínio do facto, o poder de planear e dirigir o processo causal, mas não a garantia da comissão do crime. Trata-se do domínio da vontade, como forma do domínio do facto, que deve substituir a categoria do “domínio da vontade em virtude do domínio da organização”, já que abrange todos os casos daquela categoria.

A autoria mediata não se distingue das demais formas de autoria, no que respeita aos fundamentos para a sua punibilidade, que só ocorre, como nas demais formas, quando o agente exerça (execute) o domínio positivo do facto no sentido contrário aos preceitos penais (CONCEIÇÃO VALDÁGUA:1993:150). O homem-de-trás, que por ter o domínio do facto, nas situações de subordinação voluntária do agente imediato à decisão daquele, executa o facto “por intermédio de outrem”, no sentido do art.º 26º, é autor mediato, apesar de o agente imediato ser também autor do facto punível, uma vez que executa o facto punível “por si mesmo”.

Na alínea b), como o agente mediato não tem o domínio do facto e não o executa “por

intermédio de outrem”, no sentido do art.º 26º, antes “determina dolosamente” outra pessoa à prática do crime, só é punível se houver execução ou começo de execução, configurando-se situações de instigação, sujeitas às regras da acessoriedade.

Daqui resulta o tratamento jurídico-penal diferenciado dos casos em que o executor se subordina voluntariamente à decisão do agente mediato, daqueles em que não há essa subordinação voluntária do executor, como autor mediato e instigador respetivamente.

Para CONCEIÇÃO VALDÁGUA, o aliciamento, atentas as semelhanças com as situações previstas no art.º 35º, nº1, deve ali subsumir-se, já que o agente mediato é a “figura central” do acontecimento criminoso. O mandante domina a vontade dos executores, que são agentes livres e responsáveis, como se decidiu no Ac. STJ 27.01.99, (caso “Meia Culpa”), que admitiu a figura do “autor por detrás de autor”, ao contrário da decisão em primeira instância, onde a conduta foi qualificada como de instigação, merecendo esta última a concordância de Figueiredo Dias, (2012;815). Esta autora sustenta ainda que apenas nos casos de autoria mediata em que o agente imediato não chega a executar, nem parcialmente, o crime pretendido pelo homem-de-trás, poderá verificar-se um alargamento da categoria, com a figura do aliciamento, mas apenas e tão só, para quem entenda que, apesar da não existência de execução, total ou parcial, do crime pelo autor imediato, o homem-de-trás poderá tornar-se punível por autoria mediata tentada - embora, face ao nosso ordenamento jurídico-penal, não possa ser punido por tentativa de instigação. No entanto, o início da tentativa do autor mediato, nas situações de mandato criminoso, “só se inicia quando o agente imediato praticar qualquer ato de execução”, pois antecipar a tentativa para momento anterior será de rejeitar pela necessidade de conciliar o art.º 26º, com o art.º 22º, nº2, al. c) (CONCEIÇÃO VALDÁGUA;2001;934).

11. O aliciamento, nas modalidades de ajuste, acordo, mandato, dádiva e promessa, encontrava-se expressamente referido, a par de outras situações, no nº 3, do art.º 20,º do C P de 1886, não tendo sido mantido no C P de 1982 e suas revisões.

O aliciamento não é um novo fenómeno criminoso que não tenha já sido pensado, é antes uma velha/nova questão dogmática, que no passado foi arredado da lei, como se dará conta.

Assim, nas Atas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal, de onde nasceu o Código Penal de 1982, Eduardo Correia propôs um dispositivo que foi levado à discussão, com o nº 31, que previa a punição (da tentativa de instigação e outras situações) daquele que “com outra pessoa se concerta para cometer um crime”.

Dispunha o seguinte: “Quem tentar determinar outrem à prática de um crime será punível com

a pena correspondente à tentativa desse crime. Da mesma forma será punível quem aceite a oferta de outrem, ou com outra pessoa se concerte, para cometer um crime, ou quem se declare disposto a cometê-lo.”

O autor do projeto justificou a novidade do artigo: “uma vez que a autoria moral e a cumplicidade exigiam que outrem realize uma atividade executiva (acessoriedade) e esta solução nem sempre conduzia a resultados satisfatórios, colocando a questão da punibilidade daquele que insistia com veemência na formação da actividade criminosa de outrem, mesmo quando este não chegasse a praticar qualquer acto de execução”. “Uma vez que o acto de execução podia não chegar a ter lugar, por força de razões puramente exteriores, e as mesmas razões existem para as situações em que alguém se declara disposto a cometer um crime, como no caso de alguém aceitar a oferta de outrem ou com outra se concerta, para cometer o crime”, sustentou a proposta (Atas;1963;207). Mas, na comissão, Gomes da Silva revelou-se contra tal preceito, contra-argumentando que “quem forma uma vontade criminosa não é punível”, visto que “*cogitationes poenam nemo patitur*”, “tratando-se como se trata de um acto preparatório, era incompreensível que a formação de tal vontade criminosa não seja punível, mas já seja quem contribuiu ou determinou a formação dessa vontade criminosa”(ibidem:207).

E apesar de Eduardo Correia sustentar não estar em causa a “*nuda cogitatio*” - aquele que vai ser punido é sempre alguém que, por atos externos, revelou a sua intenção de cometer um crime e criou um sério perigo para os bens jurídico-penais -, esta proposta de preceito não foi acolhida pelo legislador português (ibidem, 207). A redação do artigo 26º manteve-se na revisão do Código Penal pelo Decreto-Lei nº 48/95, de 15 de Março, persistindo, até à atualidade, inalterado.

Ora, é perante este C P que se analisa a categoria do aliciamento e se verifica que o mesmo não tem respaldo no art.º 35º, nº 1, onde se integra a coação exercida pelo homem-de-trás sobre o executor, ao contrário do sustentado por CONCEIÇÃO VALDÁGUA.

Na realidade, existindo um perigo atual e não removível de outro modo para a vida, a integridade física, a honra ou a liberdade do agente ou de terceiro, exclui-se a responsabilidade penal do executor, se não for razoável exigir-lhe comportamento diferente, atentas as circunstâncias do caso. Para as situações de aliciamento, não existe um preceito legal a este correspondente; pelo contrário, a responsabilidade penal do executor nunca fica excluída, qualquer que seja a motivação para o crime do agente mediato, pelo que, será de concluir que o homem-de-trás não tem o domínio do facto (pelo domínio da vontade, mas só da decisão) e assim nunca será autor mediato, pois o domínio do facto é sempre do homem-da-frente (no mesmo

sentido FIGUEIREDO DIAS;2012;785 e NUNO BRANDÃO;18;4;584).

*

B-PREPARAÇÃO E TENTATIVA

12. A tentativa, em direito penal, enquanto conceito, pode ser encarada em mais de uma perspectiva. No entanto, aqui será abordada na perspectiva de itinerário para a consumação, na medida em que se associa aos estádios de realização do crime, o *iter criminis* e, assim, à distinção entre atos preparatórios e executivos.

Os atos preparatórios, em princípio, não são puníveis (art.º 21º), respeitando a ressalva ao art.º 344º, que prevê a punibilidade dos atos preparatórios de vários crimes contra o Estado-espionagem e segredo de Estado- e associações terroristas, por força do nº4, do art.º 2º, da Lei nº 52/03, de 22.08, os crimes de organizações terroristas e de associações criminosas (art.ºs 299º, e 28º, da DL 15/93, 22.01), que podem ser entendidos como preparatórios de atos preparatórios (FERNANDA PALMA;2006;18).

A opção pela punição de atos preparatórios assenta na perigosidade dos atos e não só na intenção do agente que os enforma, segundo um juízo de prognose e apesar da ação típica principal. Deverá ficar claro que, a antecipação da tutela penal não se justifica pela previsão apenas da perigosidade da intenção do agente, mas pelo sentido normal de certos atos em relação à atividade criminosa principal. Isto é, será a conexão da elevada perigosidade de certas condutas e a caracterização de comportamentos antecedentes (aquisição, detenção, de estupefacientes), como típicos, logo em sentido social, que levam à punição destes atos, mas com carácter de excecionalidade, de molde a não colocar em causa o direito penal do facto, já que, não se prescinde de um facto externo significativo (ação/omissão). A punição das meras intenções ou da perigosidade, sem mais, seria inconstitucional, nos termos do art.º 29º, 1 e 3 da CRP, por violador do princípio da legalidade.

Em face do que vimos dizendo e como decorrência dos princípios constitucionais - da liberdade individual, da segurança jurídica e da presunção de inocência, que são princípios condicionantes do quando, como e porquê da intervenção do direito penal - que exigem que o ilícito punível surja a partir de modificações da realidade, operadas por uma vontade livre que se confronte com a ordem jurídica e não por puras manifestações de vontade, o objeto da regulação jurídico-penal é o facto punível e não a personalidade do agente, querendo dizer-se que, todo o direito penal é direito penal do facto.

Assim, e com EDUARDO CORREIA, diremos que, por um lado, “a regulamentação jurídico-

penal liga a punibilidade a tipos de factos e à sua natureza, e não a tipos de agentes e às características da sua personalidade” e, por outro, que “as sanções aplicadas ao agente constituem consequências daqueles factos e neles se fundamentam, e não são formas de reação contra um certo tipo de personalidade”. O objeto de referência das reações criminais “não é uma personalidade defeituosa, sob pena do grave perigo em que incorreria a liberdade e a paz jurídica entre os cidadãos”. “A perigosidade criminal tem de se conexionar com os bens ou valores protegidos pelo direito penal e com o facto, de que quem os viola ou põe em perigo, põe em causa a validade do sistema: por isso, todo o direito penal é direito penal do facto” (1992;195).

Atenta a ausência de uma definição legal de atos preparatórios, que por regra são impunes - pois de tão distantes da consumação não podem aparecer como uma ameaça séria para o bem jurídico protegido - resulta fundamental que o plano do agente se exteriorize a partir da disposição para o facto.

Em resumo, “só a conduta externa do agente, traduzida na violação da ordem social pode constituir um ilícito e a decisão de realização analisa-se num puro processo interior, insuscetível em si mesmo de violar interesses socialmente relevantes. Ainda que a personalidade do agente seja de molde a deixar transparecer como altamente provável que à decisão criminosa se siga a execução da ação pensada, a aceitar-se um tal juízo de prognose, estaria a punir-se meras resoluções e, simultaneamente a violar o princípio democrático da liberdade de pensamento e de consciência determinando o resvalar do direito penal do facto para o direito penal do agente” (FIGUEIREDO DIAS, 2012;681-682;CEREZO MIR; 2000,158).

13. Nos termos do art.º 22.º nº 1, a tentativa é constituída pelos seguintes elementos: a) a decisão do agente de cometer o crime; b) a prática de atos de execução de um crime; e c) não consumação (do crime que o agente decidiu cometer).

Analisando o dispositivo, verificamos que na tentativa há um desvalor da ação na punição da prática dos atos de execução de um crime, que não se consumou, daí inexistir o desvalor do resultado (o que não significa o alheamento da tentativa do crime consumado), a que acresce o preenchimento do tipo subjetivo (o dolo), pelo agente, que tem “a decisão de cometer um crime”. Resulta assim, que a tentativa constitui uma extensão da punibilidade do crime. Na punibilidade da tentativa “há como que a fusão de duas normas: a da parte especial, que prevê determinado tipo de crime que o agente queria cometer, e da parte geral que estende a punição ao comportamento que o agente comete”, (MARQUES DA SILVA;1998;256). A conexão expressa-se ainda na pena da tentativa, que é a do crime consumado, mas especialmente atenuada, conforme

art.ºs 72º, nº1, e 73º.

Ao contrário dos atos preparatórios, a tentativa encontra-se, com algum desafogo, no terreno da punibilidade. É o que evidencia o art.º 23º, mas exige aturada reflexão saber “quando, como e porquê uma ação deve ser punida como tentativa”, isto é, quais as circunstâncias em que um ato já surge como tentativa de um crime (FERNANDA PALMA;2006;26).

Afigura-se-nos pacífico que a grande fronteira da não punição do direito penal (e que este não pode invadir) é constituída pelo espaço do relacionamento de alguém consigo mesmo, o espaço dos pensamentos, da imaginação, das intenções, das resoluções e das atitudes, em si e por si (*ibidem*:35).

O início da execução do facto criminoso é, assim, um conceito que sintetiza o comportamento punível na tentativa e a respetiva ilicitude típica. Por isso, a tentativa, como “realização dolosa parcial de um tipo de ilícito objetivo”, é já uma “violação do ordenamento social jurídico-penalmente relevante por meio da intranquilidade em que coloca bens jurídico-penais” e é, em si mesma, um crime imperfeito (FIGUEIREDO DIAS;2012;683;ss).

Os critérios de ilicitude da tentativa estão previstos no nº 2, art.22º. Na alínea a) estão os crimes de execução vinculada, atos que integram o tipo-de-crime, no todo ou em parte; na alínea b) prevêem-se os atos de execução idóneos a produzir o resultado típico, crimes de execução livre e de resultado; finalmente na alínea c) alude-se aos atos, que formalmente antecedem ou acompanham a execução, mas que em concreto apenas efetivam a execução quando correlacionados com os previstos nas alíneas a) e b), de acordo com a teoria da adequação. Neste último caso, o ato pode não ser em si idóneo à produção do resultado típico, ou não ser subsumível ao tipo legal de crime; mas já o pode ser em conexão com os atos posteriores que provavelmente se seguirão. Isto é, avalia-se o ato em função do ato seguinte até se chegar ao ato imediatamente determinante da produção do resultado ou da realização típica integral. De acordo com esta alínea, só se deve conferir relevo, como ato de execução, àquele ato que, assumindo as exigências de normalidade social aqui previstas, antecede imediatamente e sem solução de descontinuidade substancial e temporal, um ato que preenche um elemento constitutivo de um tipo de crime ou um ato que for idóneo a produzir o resultado típico, os constantes do art.º 22.º nº 2, a) e b) (FERNANDA PALMA;2006;67).

A este propósito, FIGUEIREDO DIAS identifica “o último acto parcelar” em função de dois critérios concretizadores cumulativos: “a conexão temporal estreita e a actuação sobre a esfera da vítima ou do tipo”. Isto é, segundo este autor deve-se observar uma dupla conexão:“(a)conexão

de perigo e (b) conexão típica”. “A conexão de perigo existe sempre que entre o último acto parcial questionado e a realização típica se verifica, segundo o lapso temporal mas também de acordo com o sentido, uma relação de iminente implicação”, presente na expressão do art.º 22º, nº 2, c) “se lhes sigam atos”. Acresce a conexão típica, que “é a que existe quando o acto penetra já no âmbito de proteção do tipo de crime, ou seja, quando se intromete na esfera da vítima”. Por fim, conclui que só “neste momento e nestas condições está legitimada a intervenção do direito penal à luz da sua função de tutela subsidiária de bens jurídicos, uma vez que o âmbito de proteção do tipo pretende significar a esfera da vítima de forma a acolher os bens jurídicos tanto individuais como os colectivos, ou supra-individuais, sejam estes individualizados ou não individualizados” (2012;705-708).

Para ROXIN, o começo de execução exige a verificação cumulativa de duas circunstâncias: 1- “o autor com a acção iniciada incida na esfera de direitos (segurança, tranquilidade e liberdade de acção) da vítima”; 2- exista “uma estreita relação temporal entre a acção e o resultado perseguido”, isto é, “na tentativa inacabada deve, portanto, chegar-se conjuntamente a duas coisas: a “perturbação das esferas” e a “estreita conexão temporal” entre a acção do autor e a pretendida produção do resultado”(1993:307).

No caso do homicídio, o conceito de ato executivo decisivo para se fazer a subsunção à descrição típica, tem que ser aquele que nos permita afirmar, sem margem para dúvida, que aquele ato revela já o início da ação típica do homicídio, o que não é fácil. Pondere-se pois que, não deixa de ser controvertido saber se carregar uma arma será um ato de execução do crime de homicídio, respeitador do princípio da legalidade e do direito penal do facto, por comparação com o ato de quem dispara a arma a curta distância da vítima contra o peito. Na primeira situação, só haverá ato de execução se, consideradas as circunstâncias concretas, inexistir outro sentido interpretativo atento ao bem jurídico vida e a ação de matar; no caso de quem dispara uma arma, somos a entender que o ato já evidencia a intenção de matar, correlacionando as demais circunstâncias. No entanto, quem relata num diário ou ao telefone a intenção de cometer um crime, não coloca a vítima em perigo, apesar de já ter tomado a resolução criminosa. Por sua vez, quem faz uma benzedura para que sobrevenha a morte a uma pessoa, apesar de tal envolver uma intenção criminosa e um ato, não colocará em insegurança existencial a pessoa, pela colocação em causa do bem jurídico protegido pela norma: a vida (FERNANDA PALMA;2006;54).

Estes exemplos foram trazidos à colação para ilustrar a dificuldade de harmonizar a técnica da definição típica, imposta pelo princípio da legalidade e os valores do sistema penal, definidores do

ilícito e do comportamento punível. Visando o Direito Penal a manutenção do equilíbrio, entre a liberdade do agente e a segurança da sociedade, a sua intervenção só se justifica quando se verifique o desequilíbrio entre estes valores, atenta a sua natureza de *“ultima ratio”*. Por isso, o recorte de determinado “pedaço da vida”, enquanto realidade típica de proteção de um bem jurídico, não é arbitrário; antes é o resultado da ponderação concertada pelo legislador dos planos da liberdade, da igualdade, do equilíbrio e segurança, entre as esferas de ação.

No entanto, continua sensível e problemático saber qual “o conteúdo valorativo do sistema que permite identificar a idoneidade e previsibilidade segundo as regras da experiência comum quanto à sucessão de atos idóneos (al. c) do n.º 2, do art.º 22) a que lhe sucedam os atos previstos nas alíneas a) e b)”.

Temos por certo que, a “idoneidade dos actos de execução tem de conter uma objetividade que ultrapasse as limitações de um puro juízo subjectivo”, pois, tal como refere o art.º 22,º 2, c), exige-se uma “previsibilidade de acordo com as regras da experiência comum”, mas igualmente a idoneidade dos atos “há-de requerer um entendimento pacífico segundo a experiência comum sobre a susceptibilidade de a consumação se produzir” (FERNANDA PALMA;2006;67).

O plano do agente, como critério de interpretação da idoneidade, como foi sugerido por EDUARDO CORREIA, nas atas da comissão revisora, não foi acolhido. De facto, nos termos do direito constituído, o plano do agente apenas permitirá concluir pela idoneidade dos atos ou previsibilidade da sucessão de atos idóneos, quando haja a evidência da afetação da esfera da vítima na redução da respetiva segurança e liberdade. A noção de tentativa participa do conceito geral de ilícito, da teoria da infração, aliás, diz-se “tentativa de um crime”, mas só quando, numa perspectiva de previsibilidade, atentar contra a norma que prevê a conduta como crime, fica verificada a ofensa à segurança e liberdade da vítima, no plano do facto.

Assim como a legitimidade do ilícito-típico radica na ofensividade ou lesividade do comportamento, em relação à esfera de proteção do titular do bem jurídico, o mesmo se imporá para os atos executivos, na tentativa, numa perspectiva de previsibilidade de salvaguardar o bem jurídico protegido, sendo este o critério de delimitação dos atos executivos (no mesmo sentido FERNANDA PALMA;2006;89). Não exigir a ofensividade ou lesividade para o bem jurídico do ato executivo é antecipar a tutela penal, em violação aos princípios da fragmentariedade, da legalidade, da subsidiariedade e necessidade da pena, que se podem concentrar no aforismo *“nullum crimen sine lege stricta, scripta et previa”*, que tanto a Constituição da República Portuguesa como o Código Penal acolhem.

A CRP, no art.º 18º, nº 2, ao dispor que a lei só pode restringir direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, que as restrições devem limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos e interesses constitucionalmente protegidos e que só pode haver sanção criminal quando tal se mostre necessário para salvaguardar esses valores constitucionais, está a estabelecer o sentido da intervenção do direito penal como “ultima ratio”. Por sua vez, o art.º 29º nº 1 e 3, da CRP, ao prever que ninguém pode ser sentenciado criminalmente senão em virtude de lei anterior que declare punível a ação ou a omissão, nem sofrer medida de segurança cujos pressupostos não estejam fixados em lei anterior, consagra o princípio da legalidade.

Já o art.º 40º, nº 1, ao dispor que a pena visa a proteção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade e o art.º 1º, nº 1 e 2, afirmando que a aplicação de uma sanção jurídico-penal só pode ter lugar em relação ao facto descrito ou ao estado de perigosidade declarados puníveis por lei anterior ao momento da sua prática ou do seu preenchimento, respetivamente, estão a exigir a ofensa do bem jurídico tutelado para legitimar a intervenção do Direito Penal.

Pelo exposto, e em obediência a estes normativos, o estágio da tentativa fica circunscrito a atos executivos, em que a conduta perigosa implica já, desde o seu início, uma afetação da liberdade da vítima e da segurança dos seus bens jurídicos analisável nos atos que preencham, em parte, a previsão típica.

No que respeita ao início da tentativa, relativamente a um tipo qualificado, ao contrário da doutrina tradicional que se bastava com a existência de um ato de execução de um elemento qualificador para considerar iniciada a tentativa, o entendimento atual e dominante considera que a tentativa apenas tem início quando se verificarem os atos de execução do ilícito típico conjunto, ou seja, exige-se a prática de atos de execução da qualificação quando a esta se segue o início da execução do tipo fundamental e de atos de execução do tipo fundamental se a qualificação já preexistir, como acontece no homicídio ou ofensas à integridade física qualificadas por crueldade, i.e. art.ºs 132º nº 2, e 145º, e no furto qualificado, art.ºs 204º nº 2.

14. Transpondo as nossas considerações para os factos concretos do mandato criminoso, verificamos que, na autoria mediata, o início da tentativa ocorre com o primeiro ato de execução que, nesta, tanto pode ser praticado pelo autor mediato como imediato, desde que tal ato esteja em condições de afetar a segurança e de restringir as condições de liberdade de ação da vítima, conforme interpretação conjugada do art.º 22º, nº 2, alíneas b) e c), e indicado em 6 para onde nos remetemos.

Ora, se houver a previsibilidade de que se sigam atos idóneos à produção do resultado típico (morte), esta tem de se alicerçar num critério de probabilidade média. No mandato criminoso há uma conjugação de vontades, o que potencia a probabilidade. Apesar de a vontade ser acionada pelo autor mediato, que deste modo domina o facto, temos por certo que, nessa medida, o executor só pode ser um seu prolongamento, uma vez que no dizer do art.º 26º, o autor mediato comete o crime por “intermédio de outrem”. Por isso, terá que resultar que o ato subsequente já seja um ato idóneo a produzir a morte, por o ato antecedente se verificar de forma necessária, sendo esta a leitura que se nos revela mais consentânea com a nossa lei.

Assim, entendemos não ter acolhimento legal a solução individual, onde o início da tentativa se coloca só em relação à ação do autor mediato, com o início da sua influência sobre o instrumento; nem a solução individual modificada, que considera que a tentativa se inicia com o final da atuação do autor mediato sobre o instrumento e conseqüente saída do acontecimento do âmbito do autor mediato; como ainda não se deve considerar o comportamento do autor mediato e do instrumento como uma unidade, pois aqui a tentativa do autor mediato, em regra só se inicia quando o instrumento pratica atos de execução, à semelhança da instigação.

No que respeita à instigação, não se pune o instigador sem que o instigado inicie a execução do facto, o que resulta do inciso “dolosamente determinar outra pessoa à prática do facto, desde que haja execução ou começo de execução”. Na instigação, o instigado tem o domínio material do facto, tendo o instigador o domínio social mas a criação de risco e insegurança para os bens jurídicos pela conduta do instigador só se concretiza com o início da execução do crime pelo autor material, aliás, decidida por este, pois plenamente responsável, embora por influência decisiva do instigador. Até lá, a esfera de segurança dos bens jurídicos e a liberdade da vítima não são postas em causa, pois a atuação do instigador só se torna imediatamente perigosa para o bem jurídico ameaçado *se e quando* o instigado der início à execução, ou seja, à tentativa.

Pelo exposto, surpreendemos que a conduta do instigador não é o primeiro ato executivo, não sendo neste caso de fazer a conjugação entre o art.º 22º, 2, c) e o art.º 26º, na estrita medida em que este último dispositivo define e estabelece quando se inicia a execução, que a atribui ao instigado, autor material ou executor.

15. Em jeito conclusivo, somos a entender estarmos em condições que nos permitem surpreender a característica individualizadora de um conceito unitário de atos executivos, a serem concretizados nas diversas formas de aparecimento do crime.

Assim, e de acordo com os princípios do Direito Penal, na sua dimensão de Direito Penal do facto, é a afetação das condições concretas de segurança dos bens jurídicos e de liberdade dos seus titulares (vítima) a característica determinante do ilícito tentado, isto é, à tentativa preside uma lógica de ofensividade, que é a derradeira forma de tutela dos bens essenciais da liberdade e da essência do Direito Penal.

Pelo exposto, em face da análise das concretas formas de comparticipação e da sua relação com a tentativa a partir do Código Penal, percebe-se então que a tentativa, na comparticipação, só é punível quando há uma conduta externa perturbadora do bem jurídico, traduzida ao menos em perigo para este, não sendo suficiente uma mera impressão. E só a conduta externa é que permite a responsabilidade do agente quanto ao significado interno. Apenas nesta compreensão do Direito Penal e, assim, dos atos de execução, se permite encarar a dignidade humana como pertença de um homem livre, autónomo e responsável, que age de acordo com as suas convicções e ponderações (também FERNANDA PALMA;2006;101-102).

*

V-ANÁLISE DOS FACTOS À LUZ DOS CONCEITOS

16. Cotejados os factos sintetizados e vistos os conceitos, verificamos que um agente tem o domínio do facto, sob a forma do domínio da decisão e o(s) outro(s) seria(m) o(s) executor(es) se tivesse(m) anuído à proposta.

No caso de consumação do crime projetado, verificávamos uma situação de comparticipação (não de autoria singular) na repartição do domínio do facto por ambos os agentes. O executor, porque pessoa responsável, não era as mãos do “homem-de-trás”. Diversamente, na autoria mediata não basta que o agente tenha o domínio do facto, é preciso que mais ninguém o tenha.

E o aliciamento seria a categoria que legalmente melhor enquadraria os factos?

A resposta é forçosamente negativa, já que, no caso, não podemos deixar de considerar que o domínio do facto, tanto pertence ao homem-de-trás como ao homem-da-frente, ainda que seja diversa a motivação dos agentes, pois é inquestionável que qualquer deles é um homem livre na sua vontade, para poder ou não alinhar, rever o acordo, desistir, tomar a última decisão sobre a execução do facto, ainda que em fases distintas da execução do crime. Por outro lado, no aliciamento, quer o aliciante está nas mãos do aliciado para a execução do crime, quer o aliciado está nas mãos do aliciante para receber a contrapartida. O aliciado, ao consumir o facto criminoso, age de forma responsável e autónoma, independentemente da sua motivação ou

necessidades, e não como um instrumento. E, nesse sentido, também aqui, os factos não nos permitem concluir que estejamos perante uma autoria mediata, pois a consumação do crime projetado pelo executor, faz incorrer todos os agentes (aliciante e aliciados) na autoria do crime e dessa forma serão punidos.

No entanto, o Ac. de Fixação de Jurisprudência citado em I.1 inscreveu os factos em análise na autoria mediata, considerando haver já tentativa.

Porém, o início da tentativa, na autoria mediata, não se verifica com o início da ação de instrumentalização do autor imediato; nem quando a instrumentalização se conclui, mas quando já estejam criadas as condições, pelo(s) ato(s) praticado(s), para afetar a segurança e restringir a liberdade de ação da vítima, pela atuação do autor mediato ou do instrumento, nos termos do art.º 22º, nº 2, c). A aceitação da proposta pelo executor ainda não é início da execução do homicídio, por o agente imediato ainda não ter atuado de modo a criar perigo para a vida da vítima.

De facto, de acordo com as regras da “normalidade social,” não é certo, na situação em apreciação, que os atos do agente imediato sejam aqueles que forçosamente antecedem em termos de uma solução de continuidade substancial e temporal os atos cabidos nas alíneas a) e b) do nº2, do art.º 22º, do C P, pois os atos que se seguiriam dependem do executor responsável e não do mandante, pois este só lhe dominou a decisão, mas não a vontade. Para se assumirem como tais, teria de se poder concluir daqueles atos, por uma “conexão de perigo”, à qual se acrescentaria uma “conexão típica”, a perturbação de esfera de proteção da vítima, entrando no âmbito da proteção do tipo. No caso, tal não ocorre, pois a vítima, em concreto, nada sofreu.

Por outro lado, o início da tentativa do instigador verifica-se quando o instigado pratica o ato de execução de um crime: art.º 26º.

Nos factos em análise não se pode afirmar que o executor tivesse sido determinado à prática do crime projetado pelo agente (nunca foi aceite a encomenda da morte - só aparentemente - tacita ou expressamente, pelo que, não houve determinação, não foi criada a firme decisão de empreender o crime projetado, decisão que teria de abarcar todos os elementos subjetivos inerentes ao ilícito) e não resulta igualmente a prática de atos por parte do “executor”. E ainda que o executor tivesse aceitado “a encomenda da morte”, uma vez que não praticou atos de execução do crime, o instigador não poderia vir a ser responsabilizado. A lei não se basta com o facto de alguém ter pretendido ser autor de um crime, tem que o conseguir ser. Enquanto o instigado não praticar um ato de execução estamos a punir meras “*cogitationes*” ou atos preparatórios impunes.

O julgador nunca poderá, ao verificar a impunidade de uma situação a integrar na categoria da

instigação, por falta dos respetivos pressupostos da punição, vir a integrá-la na autoria mediata para a punir, pois “assim como não poderá negar-se a aplicação de uma pena a um agente enquanto se lhe chama instigador, não se pode impor-lha denominando-o autor mediato” (EDUARDO CORREIA;1948;3). A tentativa na instigação é o patamar mínimo para efeito de punibilidade.

Em face do exposto, inexistindo, como verificámos, execução ou início da execução por parte do executor (aliás, ao considerar inexistir determinação, estaria afastada a instigação) e não sendo punida a instigação na forma tentada, o mandante do crime não pode ser punido como instigador.

A nossa lei não prevê como tentativa a perigosidade do agente revelada pela análise do seu plano criminoso, pelo que, forçoso será concluir que os atos por aquele praticados não podem ser já considerados como atos de execução do crime que este decidiu cometer, uma vez que são inidóneos de “per si” para fazer desencadear os atos de execução do crime decidido cometer, pois são atos preparatórios impunes (art.º 21º).

Assim, somos a concluir que, à luz da lei portuguesa penal, não é punível o comportamento do agente que contrata outra pessoa, para que esta mate terceiro, se ninguém chegou a praticar qualquer ato de execução do crime (matar), em virtude da proposta formulada não ter obtido acolhimento e ainda se obtivesse, não terem sido praticados atos de execução.

*

VI-DE IURE CONSTITUENDO

17. A punibilidade da perigosidade do agente revelada na análise do seu plano criminoso não tem respaldo na lei penal portuguesa. Os Tribunais não podem substituir o legislador, preenchendo lacunas, fazendo interpretações extensivas de categorias ou da lei, não consentidas, por violadoras do princípio da legalidade, (art.º 29º, 1 e 3 CRP e art.º 1º), como é evidenciado pela análise das atas da sessão da comissão revisora.

No entanto, o agente decidiu a morte de uma pessoa, contactou outro(s) para a executar(em), mediante a entrega de dinheiro, como contrapartida, o(s) executor(es) criou(aram) a aparência de aceitar(em) ou aceitam a “encomenda”, pelo que o agente forneceu informações e indicou o “*modus operandi*”, ficando na expectativa da concretização do crime por si projetado e encomendado, por isso, o agente passou das “*cogitationes*”.

Afigura-se-nos existirem exigências de política criminal que aconselham que não se fique

indiferente à perigosidade revelada nas condutas destes agentes, evidenciada no plano criminoso que se exterioriza em atos tradutores de uma forma obstinada de criar nos potenciais executores a decisão de matar por dinheiro, tendo a proposta tido adesão ou não. Mas a resposta não está no alargamento das categorias da autoria mediata ou da instigação, nem na alteração da regra geral da impunidade dos atos preparatórios ou dos critérios da ilicitude da tentativa. Antes, e para a tutela do bem jurídico vida, que se revela de primordial importância, contornando-se dificuldades de delimitação entre atos preparatórios e de execução, pugnamos de “*iure constituendo*” pela criminalização da “Proposta de Homicídio”.

O C P espanhol reconhece e pune, de forma especial, certos atos preparatórios como crimes, desde 1995, apesar do princípio da impunidade, em geral, dos atos preparatórios. Tal acontece com a conspiração para delinquir e a proposição para delinquir (art.º 17º, 1 e 2), bem como com a provocação à delinquência e a apologia à delinquência (art.º 18º, 1 e 2).

A conspiração para delinquir existe: “quando duas ou mais pessoas se concertam para a execução de um delito e resolvem executá-lo”. A proposição para delinquir revela-se “quando aquele que resolveu cometer um delito convida outra ou outras pessoas a executá-lo”. A provocação a delinquir consiste em “incitar por meio de imprensa, radiodifusão ou qualquer outro meio de eficácia semelhante, que facilite a publicidade, ou perante uma concorrência de pessoas, à perpetração de um delito”. A apologia consiste na exposição, ante uma pluralidade de pessoas ou por qualquer meio de difusão, de ideias ou doutrinas que engrandecem o crime ou enalteçam o seu autor (CEREZO MIR:1998:13:M.COBO DEL ROSAL-T.S.VIVES ANTON:1996:647ss). A punição da provocação, da conspiração e da proposta para cometer crimes de homicídio está prevenida no art.º 141º, do C P espanhol.

Estas previsões na parte geral no C P espanhol, não são consensuais. Vários autores defendem que a punição dos atos preparatórios não devia ser feita numa norma geral e devia respeitar só à criminalidade grave, atenta a natureza do direito penal (SILVA SANCHEZ:1997:148).

No direito alemão, no § 30 do StGB admite-se a punibilidade, *inter alia*, da tentativa de instigação e da formação de acordo dirigido à prática do crime sancionado com pena de prisão superior a um ano.

No direito nacional, a propaganda ao suicídio, a instigação pública ao crime e a apologia ao crime, nos art.ºs 139º, 297º e 298º, respetivamente, constituem tipos de ilícito onde se manifesta uma tutela antecipada do bem jurídico e onde a pena se funda numa perigosidade geral da ação

típica para determinados bens jurídicos. Em relação aos mesmos inexistente consenso no que ao bem jurídico se refere, pois enquanto para PINTO ALBUQUERQUE o bem jurídico é a “vida humana” ou os “bens ameaçados com a instigação ou a apologia e subsidiariamente a paz pública,” FARIA COSTA identifica um “bem jurídico coletivo e supra individual”, a “preservação do bem-estar coletivo”, a “*salus publica*”, traduzível na evitação do suicídio e na perturbação da paz pública (2008;373;747-748; 1999;I:135-139; HELENA MONIZ;II:1140-1150). São crimes dolosos de perigo abstrato-concreto ou só abstrato, em que o agente se dirige a pessoas indeterminadas de modo público e, assim, mais vulneráveis, apresentando produtos, objetos ou métodos de suicídio que só possam ser usados para tal fim, facilitando-o, ou incitando à prática de um crime, ou determinando outra pessoa à prática de um crime quando esta antes não tinha dolo desse facto típico, atribuindo recompensa ou louvor. As condutas têm que revelar idoneidade para a criação de perigo para os bens jurídicos protegidos pelas incriminações, em termos de nexo de causalidade. Como vemos, ao C P não é estranha a proteção de ações perigosas, nem a antecipação da tutela de bens jurídicos muito importantes pela sua colocação em perigo.

A globalização, o fim das fronteiras, a inerente livre circulação das pessoas mudaram a realidade social e, com ela, a ordem valorativa e a concepção de Estado, que “não é indiferente ao Estado de Direito que se quer material, democrático e social” (CONCEIÇÃO CUNHA;1995;79). Ora, a CRP contém “as decisões de fundo mais importantes para uma ordem jurídica”, entre elas “as opções valorativas mais fundamentais e simultaneamente mais consensuais, ela reflecte o ambiente social-valorativo de uma comunidade e impõe-se a toda a ordem jurídica e ao direito penal” (idem:115-116).

Assim, ainda que em dado momento histórico não se tenha entendido ser de punir o perigo para o bem jurídico vida, presente nos atos do instigador obstinado, de tirar a vida de outrem, na atualidade exige-se que se conclua em sentido oposto. Esta exigência urgente resulta do número de casos que emergem no tecido social, nos casos julgados pelos Tribunais e na resposta da Doutrina, que, perante tais casos, quer ver reconhecida a categoria do aliciamento, apesar da falta de respaldo legal desta categoria e das decisões tomadas em violação do princípio da legalidade, que nos fazem concluir pela indispensabilidade do reconhecimento de se “estar perante uma conduta muito grave e muito desaprovada do ponto de vista social, o que dará lugar à aceitação e interiorização da norma” (CONCEIÇÃO CUNHA;1995;353:a outro propósito).

A tutela do bem jurídico vida “não se coloca em causa, nem exige comprovação da carência de tutela penal”, pois de “entre os bens jurídicos essenciais”, este figura como “dos mais essenciais”,

e só “fica suficientemente protegido com a tutela penal,” atento o perigo do seu ataque revelado nos atos concretos exteriorizados do instigador (*idem*;339). A existência de proteção penal de ações perigosas nos art.ºs 139º, 297º e 298º e a antecipação da tutela de bens jurídicos, pela sua colocação em perigo, revelam-se, assim, em pé de igualdade com a criminalização da “Proposta de Homicídio”, por não corresponder à punição de meras intenções e configurar uma situação de elevada perigosidade, não ferindo o nível material da Constituição, que limita as opções legislativas.

No entanto, a criminalização deste ato preparatório, que não prescinde de um ato externo significativo em confronto com a ordem jurídica, irá “respeitar as características do Direito Penal de *ultima ratio*” da “política social” e a “necessidade de um espaço de liberdade”, onde a “força desaprovadora” se dirige ao ato praticado e “não tanto ao agente”, em conformidade com os princípios da adequação, indispensabilidade e proporcionalidade ínsitos no art.º 18º, da CRP (neste sentido: CONCEIÇÃO CUNHA:1995;339-347:351 a outro propósito).

O legislador, em face do exposto, deve criminalizar na parte especial, o ato preparatório, propondo nessa conformidade a seguinte redação, para discussão:

Art.º 132-A

Proposta de Homicídio

“A proposta existe quando aquele que decide cometer um crime de homicídio simples ou qualificado, convide, através de atos concretos exteriorizados, outra ou outras pessoas para o executar, sendo indiferente saber se houve ou não acolhimento da dita proposta, sendo punível com pena correspondente à tentativa desse crime”.

Uma vez que os atos preparatórios não são punidos, salvo disposição em contrário, o dispositivo proposto cairia no âmbito da exceção.

Nas atuais circunstâncias, cumpre colmatar a lacuna legal em relação ao crime de homicídio, onde se fazem sentir as maiores necessidades de prevenção geral. Mas, de futuro, será de ponderar a necessidade de antecipar a tutela penal em relação a outros crimes graves da parte especial do CP, o que fica, desde, já em aberto. Mas não verificamos exigências de política criminal e de elevada perigosidade para todos os bens jurídicos que imponham uma previsão semelhante à do art.º 344, ou à criminalização da “Proposta”, na parte geral.

VII-CONCLUSÕES

a) A teoria do domínio do facto é, entre a doutrina e a jurisprudência nacionais, aquela que melhor se conforma com o quadro legal do art.º 26º.

b) O comportamento de alguém que determina dolosamente outrem à prática de um crime de homicídio integra a autoria, sob a forma de instigação (cf. art.º 26), exigindo-se, para responsabilização penal do instigador, que o instigado pratique atos de execução do crime para que o instigador o determinou, iniciando o estágio da tentativa do crime.

c) No direito penal alemão e para alguns autores nacionais, influenciados pelas categorias germânicas, o domínio do facto pertence à “figura central” do facto criminoso, isto é, ao autor imediato, ao autor mediato e o coautor, ficando a instigação relegada para a participação, a par da cumplicidade.

d) É a partir do entendimento de que a instigação não é autoria e de que o mandante é a figura central no “mandato criminoso”, que este é deslocado (da instigação, onde pertence) para a autoria mediata, na categoria do aliciamento. Esta categoria quer-se ver reconhecida e caracteriza-se por o homem-de-trás levar o executor a praticar o fato ilícito, em contrapartida de uma prestação, de coisa ou de facto, na forma de ajuste ou dádiva e, assim, inicia, impulsiona, controla ou põe termo ao facto punível, mercê de “uma subordinação voluntária do executor à decisão do autor mediato”, que domina o facto.

e) O preconizado aliciamento, caracterizado pela “subordinação voluntária do executor à decisão do autor mediato”, alarga a autoria mediata. Conjugando este alargamento com a antecipação do início da tentativa no âmbito desta categoria, alarga-se o âmbito da punibilidade.

f) No mandato criminoso, ambos os agentes são autores, no sentido e termos do art.º 26º. O critério de subordinação voluntária do executor à decisão do agente mediato revela-se na situação em que “uma pessoa dolosamente incute noutra a resolução de praticar um facto punível”, que mais não é, senão uma determinação sobre outrem para a prática de um facto punível, isto é, um domínio da decisão, mas não da vontade, nem se trata de uma execução, “por intermédio de outrem”.

g) O art.º 26º distingue uma autoria em que o agente executa por intermédio de outrem e, outra, em que o agente executa o facto punível através da determinação de outrem, não se alcançando fundamento para, nos casos de subordinação voluntária do executor à decisão do mandante, se dever subsumir o caso à autoria mediata e não à instigação.

h) Nos termos da lei, a execução do facto por intermédio de outrem exige a instrumentalização

do executor, que não atua com culpa, e só esta é autoria mediata, a qual termina quando começa a instigação, categoria onde prevalece o princípio da (auto) responsabilidade dos agentes.

i) Na autoria mediata, o agente reúne em si todas as características para ser responsabilizado penalmente, já que o executor é um instrumento irresponsável ou com a vontade tão limitada, que em concreto não lhe seria de exigir outro comportamento. A regra da responsabilização do autor mediato louvando-nos da fórmula de Frank verifica-se quando - “o autor mediato executa o facto através do intermediário e portanto não antes deste”.

j) Por maioria de razão, quando ambos os participantes são responsáveis, não se pode antecipar o início da responsabilização penal do mandante para momento anterior ao início da execução pelo homem-da-frente, pois o homem-de-trás, ao contratá-lo para matar, inquestionavelmente não o quer fazer, por suas próprias mãos.

k) As situações de mandato criminoso e de subordinação voluntária no homicídio e noutros delitos de domínio são uma forma de autoria na categoria da instigação, conforme o art.º26, e não uma forma de participação secundária, pelo que, o aliciamento, como foi configurado por CONCEIÇÃO VALDÁGUA, é inconciliável com aquele dispositivo, onde o instigador é autor.

l) O critério distintivo entre autoria mediata e instigação é o princípio da autorresponsabilidade. Na autoria mediata o responsável criminal é o autor mediato, enquanto na instigação, quer o instigador quer o instigado, são responsáveis.

m) Os factos que conduziram às condenações dos Tribunais elencadas em l.1) deviam integrar-se na instigação, mas desta foram subtraídos e subsumidos à autoria mediata, a fim de, por essa via, se alcançar a condenação do mandante. É inexplicável como se poderá negar a aplicação de uma pena a um agente se lhe chamamos instigador e aplicar-lha, denominando-o de autor mediato. Naqueles casos, o executor é um agente responsável que não iniciou o ataque à vida da vítima, que nunca ficou em perigo, pelo que, integrando os atos concretizados na autoria mediata ou na instigação, nunca a tentativa do crime decidido cometer seria punível, sem o início da execução por parte do(s) destinatário(s) da ordem de matar.

n) Por outro lado, afigura-se evidente que não se passa da autoria mediata singular para uma comparticipação/instigação em função do crime ser tentado ou consumado.

o) A responsabilidade por tentativa de homicídio do autor mediato, nas decisões condenatórias, revela uma antecipação e um alargamento *contra legem*, do início da tentativa do autor mediato, já que os atos descritos são ainda preparatórios, não integráveis na alínea c) do n.º2, do art. 22º, pois não se verifica a “conexão de perigo” nem a “conexão temporal” para a vida

da vítima, exigida na expressão legal “que se sigam atos das espécies indicadas nas alíneas anteriores” (art.º 22º, a) e b) e 26º, do CP). Acresce que irreleva a existência ou não de acordo entre mandante e executor para a prática do homicídio, a que não se sigam ato ou atos idóneo(s) a produzir o resultado típico, a morte. Assim, somos levados a concluir que o(s) agente(s) devia(m) ter sido absolvido(s), em obediência aos art.º 1º, nº 3 do CP e 29º, 1 e 3 da CRP.

p) Evidenciam-se, no entanto, exigências de política criminal, que aconselham que não se fique indiferente à perigosidade revelada pelas condutas destes agentes, que ultrapassam já as meras “*cogitationes*”, pois a sua resolução criminosa exterioriza-se em atos que potenciam a decisão de matar, independentemente de haver adesão à proposta. Mas, para tanto, a via a seguir não seria a da alteração dos conceitos de Autoria Mediata e Instigação, tal qual as conhecemos, nem da regra da impunidade dos atos preparatórios e dos critérios da ilicitude dos atos da tentativa.

q) Os art.ºs 17º e 141º, do C P espanhol e o §30 do StGB punem a proposta para delinquir, a tentativa de instigação e da formação de acordo dirigido à prática de crime, abarcando situações como as conhecidas pelos Tribunais portugueses.

r) O Direito Penal português, nos crimes de propaganda ao suicídio, instigação pública ao crime e apologia ao crime, dos art.ºs 139º, 297º e 298º, respetivamente, tutela antecipadamente bens jurídicos, onde a pena se funda numa perigosidade geral da ação típica para determinados bens jurídicos.

s) A realidade social mudou, fruto da globalização, do fim das fronteiras e da livre circulação de pessoas e com ela a ordem valorativa, mas a tutela do bem jurídico vida, atenta a sua essencialidade, não carece, sob o ponto de vista Constitucional, de comprovação da sua carência de tutela penal, sendo esta uma evidência, atento o perigo do seu ataque revelada em atos concretos exteriorizados do instigador.

t) No direito a constituir (de *iure constituendo*) impõe-se a intervenção penal, punindo-se a proposta criminosa, na medida em que se exteriorize em atos, limitada à criminalidade dolosa grave, no âmbito dos delitos de domínio, mais concretamente no homicídio, com respeito pelo princípio da legalidade (art.º 1º, nº 3 e art.º 29º, nº 1 e 3, da CRP), e dos imperativos da dignidade Constitucional (art.º 18º, nº 2, da CRP), com a criminalização da “Proposta de Homicídio” com a seguinte redação:

“A proposta existe quando aquele que decide cometer um crime de homicídio simples ou qualificado, convida, através de atos concretos exteriorizados, outra ou outras pessoas para o

executar, sendo indiferente saber se houve ou não acolhimento da dita proposta, sendo punível com pena correspondente à tentativa desse crime”.

u) Este dispositivo dirige-se aos atos do agente exteriorizadores da sua resolução de matar, e não à perigosidade psíquica do próprio agente, revelando-se, assim, em conformidade com o art.º 18º, da CRP.

BIBLIOGRAFIA

ALBUQUERQUE, PAULO SERGIO PINTO DE, Comentário do Código Penal, 2008, edição Universidade Católica, editora Unipessoal, Lda;

ALVES, Sílvia, "Algumas notas sobre a tentativa e o crime frustrado no direito penal setecentista", in Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Raul Ventura. Volume I. Direito Romano. História do Direito, Lisboa, Coimbra Editora, 2003.

BELEZA, TERESA PIZARRO Ilicitamente Comparticipando: o âmbito da aplicação do art.º 28, do Código Penal, separata dos Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia, Coimbra, 1988 (ou Direito Penal, 2.º volume, Textos de actualização, AAFDL, Lisboa, 1988).

BRANDÃO NUNO, Revista Portuguesa de Ciências Criminais, nº 18;4º, Jurisprudência Crítica;

CEREZO MIR, José, Derecho Penal. Parte General (Lecciones 26-40), 2.ª ed., Madrid, UNED, 2000; Impreso en Fernandez Ciudad, S L;

-La regulación del "iter criminis" y la concepción de lo injusto en el nuevo Código Penal español", in RDPC, 2.ª época, Janeiro de 1998.

COELHO, José Francisco de Trindade, Anotações ao Código e Legislação Penal, Empresa da História de Portugal Sociedade Editora, Lisboa, 1903.

COMISSÃO REVISORA DO CÓDIGO PENAL (1963), Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal, Parte Geral, I e II, edição da Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, s/d.

CORREIA, Eduardo, Direito Criminal (com a colaboração de Figueiredo Dias). Volume I, reimpressão, Coimbra, Livraria Almedina, 1993.

-Direito Criminal (com a colaboração de Figueiredo Dias). Volume II, reimpressão, Coimbra, Livraria Almedina, 1992.

-Problemas Fundamentais da comparticipação criminosa, Revista de Direito e Estudos Sociais, ano IV, 1948, nºs 3 e 4;

COSTA, Mário Júlio de Almeida, História do Direito Português, 3ª edição (8.ª reimpressão), Coimbra, Almedina, 2007.

COSTA, José de Faria, “Formas do crime”, in Jornadas de Direito Criminal, CEJ 1983, Lisboa;
-“Tentativa e dolo eventual”, reimpressão/1995, Edições Almedina;
-Comentário Conimbricense, 1999, do Código Penal, 1999;I;Coimbra Editora;

CUNHA MARIA DA CONCEIÇÃO FERREIRA; “CONSTITUIÇÃO E CRIME”, Uma perspetiva de criminalização e de descriminalização, 1995; Universidade Católica do Porto, Editora, Porto;

DIAS, Jorge de Figueiredo, Direito Penal. Sumários das Lições do Prof Doutor Jorge de Figueiredo Dias à 2ª turma do 2º ano da Faculdade de Direito, Coimbra, Universidade de Coimbra, 1975.

-Direito Penal. Sumários e notas das Lições do Prof Doutor Jorge de Figueiredo Dias ao 1ºano do Curso Complementar de Ciências Jurídicas da Faculdade de Direito de 1975-1976, Coimbra, Universidade de Coimbra, 1976.

- Direito Penal. Parte Geral. Tomo I Questões fundamentais. A doutrina geral do crime, Coimbra, Coimbra Editora, 2012.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, Lições de Direito Penal Editorial Verbo, 1992;

JESCHECK, Hans-Heinrich, Tratado de Derecho Penal. Parte General, 4.ª ed. corrigida e ampliada (tradução de José Luís Manzanares Samaniego), Granada, Comares Editorial, 1993.

M.COBO DEL ROSAL-T.S.VIVES ANTON, Derecho Penal, Parte Geral, 4ª Edição conforme al Código penal, 1995, Valencia, 1996;

MONIZ HELENA; Comentário Conimbricense do Código Penal, 1999;II;Coimbra Editora;

PALMA, Maria Fernanda, Da "tentativa possível" em direito penal, Coimbra, Almedina,2006.

ROXIN, Claus -Problemas fundamentales del Derecho penal y la Criminologia, El dominio del de organización como forma independiente de autoria mediata, RDPC - Revista de Derecho Penal y Criminologia (Madrid, UNED Doctrina,2006);

- Autoria y Dominio del Hecho en Derecho Penal,7ª ed. Marcial Pons, 2000 (tradução de Täterschft und Tatherrschaft, de Joaquin Cuello Contreras e José Luis González de Murillo, Universidad de Extremadura, a partir da 7ª edição alemã de 1999);

- Problemas Fundamentais de Direito Penal, Veja Universidade, Universidade e Ciência Jurídica, 2ª edição 1993;

SILVA, GERMANO MARQUES DA, Direito Penal Português, II, editorial verbo, 1998, revista e actualizada, Lisboa, Editorial Verbo, 2005.

SILVA SANCHEZ, Jesús-María El nuevo Código Penal: cinco questioneis fundamentales, Barcelona, José María Bosch Editor, 1997.

SERRA, TERESA, A Autoria Mediata Através do Domínio de um Aparelho Organizado de Poder, RPCC, Ano 5-3º e 4º, 1995

VALDÁGUA, Maria da Conceição S., Início da tentativa do co-autor. Contributo para a teoria da imputação do facto na co-autoria, Lisboa, Lex Edições Jurídicas, 1993.

- Autoria mediata em virtude do domínio da organização ou autoria mediata em virtude da subordinação voluntária do executor à decisão do agente mediato? Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias, 2003, Coimbra editora;

-Figura Central, Aliciamento e Autoria Mediata, Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues, Volume 1, 2001, Coimbra editora;

JURISPRUDÊNCIA

AC. Supremo Tribunal de Justiça, de 31.10.1996, P nº 048948;

AC. Tribunal da Relação do Porto; de 20.09.2006, P nº 0644842;

AC. Tribunal da Relação de Coimbra; de 12.09.2007, P nº 702/06.8GBCNT-A C1;

AC. Supremo Tribunal de Justiça, de 16.10.2008, P nº 3868/07;

AC. de Fixação de Jurisprudência de 18.06.2009, P nº 11/20009;

AC. Tribunal da Relação do Porto; de 3.07.2013, P nº 1275/11.5JAPRT.P1