



CATÓLICA PORTO
DIREITO

***Tentativa de Instigação:
Punibilidade da Proposta de Homicídio***

Mariana da Costa Nunes Fardilha

Dissertação do 2º Ciclo de Estudos em Direito Criminal
Sob Orientação da Professora Doutora Maria Paula Ribeiro de Faria

Maio 2018

À Estrela que me acompanha em todas as caminhadas,

Ao Meu Pai, à Minha Irmã, à Eterna Amizade,

À Orientadora Prof. Doutora Paula Faria,

Ao Escritório SG.MC,

A todos,

OBRIGADA!

“O trato diário dos processos levanta amiudadas vezes dificuldades no entendimento das leis de rito.

E o mal não vem nem das leis nem dos intérpretes. Daquelas está dito e redito com as melhores – e quantas vezes se não lida com as melhores... - são insuscetíveis de abarcar todas as manifestações de uma vida infinitamente mais rica do que elas. E dos intérpretes se pode dizer que o mal vem, mas é dos que não têm dificuldades.

Ora os processos são afinal uma série de atos minuciosamente regulados que se desenrolam sob o olhar atento de especialistas do direito; e assim se multiplicam as naturais dificuldades de entendimento das leis – porque a acção decorre num ambiente jurídico mais denso (seja-me consentida a imagem) e porque um sentido mais apurado as descobre melhor.

De grandeza diferente, a par das que só cabem bem na monografia ou no artigo extenso e profundo, há um rôr de outras que não podem aspirar a tanto, ou porque mal tem estofo para isso, ou porque de mínimo relevo prático, ninguém lhes liga importância.

Mas também estas, leves como são, nos quebram às vezes rijamente a cabeça.”

(Eduardo Correia)

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo responder à seguinte questão: como enquadrar juridicamente o comportamento de alguém que determina dolosamente outrem à prática de um crime de homicídio, quando este último não chega a praticar qualquer ato de execução – o chamado “pacto para matar”?

Assumimos a teoria do domínio do facto como a que melhor clarifica o quadro legal do artigo 26º e, conseqüentemente, as duas modalidades de autoria que aqui se confrontam – autoria mediata e instigação –, que têm sido as duas formas de autoria utilizadas pela doutrina e jurisprudência para enquadrar estes casos. Estudámos os dois conceitos a propósito da discórdia suscitada pelo acórdão uniformizador de jurisprudência de 18/06/2009.

Paralelamente, desenvolveu-se uma categoria específica de autoria mediata, denominada de aliciamento por Conceição Valdágua, de forma a deslocar a questão para o âmbito da responsabilidade singular, tratando-se de uma forma de instrumentalização do aliciado, que se subordina voluntariamente à vontade do autor mediato. Sob o nosso ponto de vista, trata-se de um alargamento demasiado rebuscado e *contra legem*, que não deve merecer acolhimento, pois o homem da frente é uma pessoa plenamente responsável. Fala-se, assim, à luz do princípio da autorresponsabilidade de uma instigação que não se efetivou.

Também importa abordar a matéria da tentativa, onde o legislador exige a execução ou o início dela por parte do executor, motivo pela qual, segundo a lei vigente, o agente não poderá ser punido nestes casos; estamos perante meros atos preparatórios, não puníveis nos termos do artigo 21º.

Não obstante, a punição desses comportamentos não deve, dada a sua perigosidade, ficar dependente da consumação ou não do crime de homicídio: o agente detém o domínio do facto sob a forma de domínio de decisão, é quem impulsiona a decisão de cometer o ilícito, dá todas as indicações ao pretense executor, é o mandante do crime, que só não se consuma por razões alheias à sua vontade. Assim, mesmo não estando na esfera dos atos de execução, são atos preparatórios que devem ser excecionalmente punidos, por significarem já um perigo para o bem jurídico.

Bem sabemos que a intervenção penal deve ser de *ultima ratio* e apenas na medida em que se considere digna e necessária, mas no nosso entender vislumbram-se estas exigências nestes casos, pelo que se sugere a criminalização da “Proposta de Homicídio”.

Palavras Chave: Comparticipação, Autoria Mediata, Instigação, Tentativa, Proposta de Homicídio

ABSTRACT

This work has, as an objective, answer the following question: how do we frame, juridically, the behaviour of someone who, culpably, sets another one to practice the crime of homicide, when this last one never practices any action: the pact to kill?

We take that the control theory is the one that clarifies the meaning of the 26th article and, consequentially, the two types of authorship -indirect authorship and instigation- that have been used by the legal doctrine and jurisprudence to frame these situations. Both of these legal concepts were studied because of the discord arisen by a court decision from 18/06/2009.

A specific category of indirect authorship was developed by Conceição Valdágua, denominated by inducement, as a way to move the issue to the field of singular criminal responsibility, because it is an instrumentalization of the inductee, who voluntarily submits to the will of the indirect author. In our perspective this widening of the concept is farfetched and *contra legem*, and thus should not be accepted, due to the fact that the font man is fully responsible. According to the self-responsibility principle were faced with an instigation that did not culminated in the practice of the crime.

Also, we will study the criminal attempt, a field where the legislator demands the execution or its beginning, by the executor, reason why the perpetrator cannot be punished. These are the, non-punishable, preliminary acts, according to the 21th article.

Nevertheless, the penalty for these behaviors should not, due to its hazardousness, be dependent of the consummation of the homicide: the perpetrator retains the dominion of the situation, he is the one who propels the decision to commit the crime, he is the one who gives the alleged perpetrator all the needed instructions, he is the one behind the crime, which does not consummate by external causes to his will. Even though they are not in the field of execution acts, they are preliminary acts that should be, exceptionally, punished owing to the fact that they represent an danger to the legal good.

We know that the criminal intervention should be the last resort and in the needed measurement. In our understanding, the requirements for these cases are fulfilled, therefore we suggest the criminalization of the “Homicide Proposal”.

Keywords: Co-participation, indirect authorship, instigation, crime attempt, homicide proposal

ÍNDICE

ABREVIATURAS	10
CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS.....	11
I. A COMPARTICIPAÇÃO CRIMINOSA. MODALIDADES DE PARTICIPAÇÃO	13
1. DAS FORMAS DE AUTORIA	17
1.1. Autoria Imediata.....	18
1.2. Autoria Mediata.....	19
1.3. Coautoria	26
1.4. Instigação	27
2. DAS FORMAS DE PARTICIPAÇÃO.....	30
II. O ITER CRIMINIS. EM ESPECIAL A TENTATIVA.....	32
1. ATOS PREPARATÓRIOS	32
2. TENTATIVA.....	33
2.1. Elementos do Tipo	35
2.2. Punibilidade da Tentativa.....	37
1. A PROBLEMÁTICA DO ACÓRDÃO DO STJ DE FIXAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA.....	39
2. A PUNIBILIDADE DA “PROPOSTA DE HOMICÍDIO”	42
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	47
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	50

ABREVIATURAS

Ac.	Acórdão
Al.	Alínea
Art.	Artigo
CP	Código Penal
CRP	Constituição da República Portuguesa
Ex:	Exemplo
Nº	Número
P.	Página
Proc.	Processo
ProjPG	Projeto da Parte Geral
SS	Seguintes
StGB	Strafgesetzbunch (Código Penal Alemão)
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRP	Tribunal da Relação do Porto

Subentenda-se que todos os artigos mencionados ao longo da dissertação são referentes ao Código Penal Português, salvo indicação em contrário.

CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

A temática objeto de estudo ao longo da dissertação versa sobre uma questão de cariz prático que tem sido traçada por uma ampla controvérsia doutrinal e jurisprudencial, reportamo-nos às situações em que alguém procura incutir num terceiro a decisão de cometer um crime (neste caso, um homicídio), sendo que, no entanto, este último não chega a praticar atos de execução – o denominado “pacto para matar” ou mandato criminoso.

Para tanto, abordaremos a figura da comparticipação criminosa, nomeadamente a distinção entre autoria e participação, de forma a conseguir subsumir a factualidade numa ou noutra, e ainda sob que modalidade. Isto porque a controvérsia a que damos conta tende em qualificá-la como autoria mediata ou, ao invés, como instigação.

Além de nos centrarmos na análise deste comportamento, que evidencia uma relação paredes-meias entre as duas modalidades de autoria referidas, outra das problemáticas assenta-se na punibilidade da tentativa, uma vez que o terceiro (pretenso executor) não chega a praticar qualquer ato de execução. Assim, inclui-se na nossa sistematização, a condução do projeto criminoso, o *iter criminis* e a importante clarificação díspar entre atos preparatórios e atos de execução.

Ultrapassada a explanação doutrinal, insurge-nos confrontá-la com a jurisprudência (que se verificará contraditória) e assim procurar enquadrar aquela conduta naquele que achamos ser o espírito do legislador; e, não concordando, reconhecer uma flagrante necessidade de *iure constituendo* atendendo, sempre, aos princípios fundamentais de um Estado de Direito, como sejam, o princípio da legalidade e proporcionalidade e às sempre presentes dignidade e necessidade penais, e ainda assim, não descurar a proteção do bem jurídico em causa, a segurança da comunidade ferida pelo alarme social inerente ao comportamento perigoso e de indiscutível censurabilidade moral e as exigências de política criminal reveladoras de uma prevenção (geral). Pelo que, com vista a complementar a nossa investigação, indicaremos as soluções encontradas noutros ordenamentos jurídicos (concretamente, o Alemão e o Espanhol), bem como as nossas próprias propostas de outrora e até pontuais afloramentos desta punição no atual código penal.

Vejamos assim, como classificar este alguém que influencia um terceiro a tirar a vida de outrem, cuja a alma se concorda poluída e que da sua parte – enquanto mandante – já concluiu todas as suas atividades (contratou, combinou pagamento, definiu o *modus operandi* e indicou todas as informações pertinentes à prática do facto), que só não desabrochou porque o suposto contratado não assentiu e, por isso, não praticou qualquer ato de execução, ou seja, a resolução criminosa interrompeu-se por razões completamente alheias ao detentor da vontade criminosa.

I. A COMPARTICIPAÇÃO CRIMINOSA. MODALIDADES DE PARTICIPAÇÃO

O nosso ordenamento jurídico-criminal prevê duas tipologias de crime consoante a participação dos agentes na sua realização: os crimes monossubjetivos e os crimes plurissubjetivos. Os crimes monossubjetivos podem ser praticados apenas por uma pessoa, ou eventualmente por mais do que uma pessoa, e são denominados crimes de participação facultativa. Em contraposição, os crimes plurissubjetivos apenas podem ser praticados por vários agentes, ou seja, são crimes de participação necessária.¹

Atualmente, o cometimento de crimes é cada vez mais um fenómeno plural, contrariando o geralmente previsto nos tipos de ilícito, dada a referência a um “quem” como autor singular², o que suscita questões do ponto de vista do apuramento da responsabilidade em função da influência que cada um dos agentes teve na consumação do crime. Será o fenómeno da criminalidade plural no âmbito da realização de tipos de ilícito monossubjetivos que iremos aprofundar, ou seja, a disciplina jurídica – comparticipação criminosa – a que corresponde uma “*realidade multimoda*”³ de difícil enquadramento manifestada pela vasta doutrina e múltiplas classificações nos diversos sistemas legislativos.

O conceito de comparticipação⁴ criminosa significa a intervenção de uma pluralidade de agentes na prática de um mesmo ilícito criminal, dirigindo-se objetivamente à lesão ou ao perigo de lesão de um bem jurídico tutelado pela norma incriminadora. É, portanto, “*um facto complexo, constituído por uma pluralidade de acções ou factos individuais*”⁵, que “*pressupõe uma unidade quanto ao fim comum, e uma divisão do trabalho ou da atividade que conduz ao resultado comum dos esforços de todos os cooperantes.*”⁶

¹ Silva, Marques da, 2012, p. 342 e 343 e Faria, Paula, 2017, p. 385.

² A técnica legislativa geralmente utilizada refere um *quem* por alusão a um autor singular, portanto a maior parte dos crimes são previstos como unissubjetivos ou monossubjetivos, passíveis, contudo, de serem realizados por uma pluralidade de agentes, através da extensão da punibilidade prevista na Parte Geral do Código (art. 26º e 27º).

³ Ferreira, Cavaleiro de, 1982, p. 76.

⁴ Importa fazer a distinção entre o termo comparticipação “que designa o facto em que vários agentes colaboram, do termo participação que designa o facto ou a acção individual de cada agente, de cada participante, que se insere no facto ou acção coletiva.” Assim, a comparticipação criminosa é constituída ou composta pelas diversas formas de participação (participação principal ou autoria e participação secundária ou cumplicidade), não sendo, assim, conceitos unívocos. – Silva, Marques da, 2012, p. 344.

⁵ *Ibidem*, p. 347.

⁶ Ferreira, Cavaleiro de, 1982, p. 76.

A participação de cada um dos agentes na realização da “obra comum”, implica a imputação individual da totalidade do facto, independentemente da concreta atividade que cada um haja realizado – princípio da imputação objetiva recíproca.⁷ Assim, na comparticipação toma-se em consideração uma maior amplitude de ações do que na autoria singular – os atos preparatórios relevantes são consumidos pelos atos de execução – uma vez que, mesmo que um dos agentes tenha apenas preparado ou facilitado a consumação do crime, responde pela sua totalidade. Quanto ao plano da culpabilidade, a responsabilização já se ajusta ao grau de culpa individualmente apreciado – art. 29º.

Assim sendo, para que seja possível subsumir juridicamente a factualidade que descrevemos em sede de considerações introdutórias, – leia-se as hipóteses em que alguém decide matar outra pessoa e contrata outrem para o concretizar, mediante pagamento de determinada quantia, e conseqüentemente, este último recebe indicações relacionadas com a prática do facto, ficando o primeiro na expectativa dessa efetivação, ainda que o segundo não venha a praticar qualquer ato de execução – , tomará extrema relevância analisar das diversas formas de autoria, bem como diferenciá-las das categoria da participação e assim, enquadrar, se possível, este alguém a alguma delas.

A disposição do art. 26º traça as quatro formas de autoria, designadas na literatura juspenalista portuguesa por autoria imediata, autoria mediata, coautoria e instigação, pelo que importa esclarecer que figura será esta a de autor e que domínio terá ele sobre os factos.

Pois bem, a legislação vigente define como formas de participação, a autoria (participação principal) e a cumplicidade (participação secundária)⁸, surgindo diversas teorias para a determinação e distinção dos conceitos.

A **teoria formal objetiva** defende que será denominado de autor aquele que verdadeiramente comete/executa pessoalmente o facto em função da norma incriminadora, enquanto que o cúmplice não toma parte direta na execução material do ilícito, apenas colabora na perpetração do mesmo, ou seja, assume uma dependência entre a figura de autor e a realização do ilícito típico sob o princípio *nullum crimen sine lege*. A seu desfavor notamos o facto de a própria teoria não ser suficientemente esclarecedora

⁷ Ferreira, Cavaleiro de, 1995, p. 82.

⁸ O CP de 1986 previa também o *encobrimento* como modalidade de participação que, entretanto, se autonomizou no crime de favorecimento pessoal consagrado na parte especial do código (art. 367º e ss).

no que aos critérios utilizados diz respeito: haveria que interpretar o significado de execução do facto.

A **teoria material objetiva** sustenta um ideal característico da tese da causalidade, mediante a qual será autor aquele que causa a consumação do facto, aquele que, considerando o desenrolar normal do processo criminoso, lhe oferece uma contribuição causal determinante. O que EDUARDO CORREIA aceitava ser o fundamento da comparticipação criminosa, adotando um conceito extensivo de autor⁹ – presente no art. 27º do ProjPG¹⁰ elaborado por si – este entendimento perpassa por um ideal de obra conjunta, cuja prática do crime ficou a dever-se àqueles intervenientes, independentemente da medida colaborativa de cada um, ou seja, considera todos como autores, fundamentando-se na teoria unitária da autoria, pelo que a diferença entre os contributos causais só relevam para efeitos de medida concreta da pena.¹¹ A distinção entre os conceitos alega-se ainda possível, sendo considerado autor se e onde se puder afirmar que *“o facto não teria sido cometido sem a sua actuação (auxiliator causam dans)”* e mero participante ou autor em sentido amplo *“se o facto ainda tivesse sido cometido sem a sua actuação, embora o tivesse sido então por modo, tempo, lugar e/ou circunstâncias diferentes (auxiliator causam non dans).”*¹²

Em termos gerais, na expectativa de colmatar as lacunas das teorias objetivas, a **teoria subjetiva**, baseada na representação da vontade do agente, qualifica como autor aquele que atua com *animus auctoris*, que não reconhece nenhuma vontade superior à sua (teoria do dolo), perseguindo um interesse próprio e autónomo (teoria do interesse), e como cúmplice aquele que atua com *animus socii*, que apenas se associa ao facto de outrem com o ânimo de colaborar, concedendo ao autor a decisão de cometer ou não o crime. De um ponto de vista crítico, bem sabemos que as próprias normas incriminadoras deduzem

⁹ Monteiro, Henrique, 1999, p. 46 e *“Será agente da realização de um certo tipo legal de crime e da violação dos respetivos valores legais quem lhe tiver dado causa. Por outras palavras: será autor de um delito aquela pessoa ou pessoas que tiverem levado a cabo qualquer comportamento que esteja num nexo de causalidade com o preenchimento do respetivo tipo legal.”* – Correia, Eduardo, 1948, p. 42 e 43.

¹⁰ *“Art. 27º: É punível como autor ou agente de um crime quem tiver dado causa à sua realização sob as formas seguintes: 1º Executando-o singular e imediatamente; 2º Executando-o imediatamente, por acordo e conjuntamente com outro ou outros; 3º Determinado – quer singular, quer por acordo e conjuntamente com outros – directa e dolosamente alguém à prática de um facto ilícito, sempre que este, ao menos em começo de execução, se tenha praticado e não houvesse sido cometido sem aquela determinação; 4º Determinado directa e dolosamente alguém à prática de um facto ilícito ou auxiliando-o dolosamente na sua execução sempre que, tendo embora sem aquela determinação ou auxílio a execução sido levada a cabo, ela o fosse, todavia, por modo, tempo, lugar ou circunstâncias diferentes. Esta última forma de comparticipação constitui a cumplicidade.”*

¹¹ Silva, Marques da, 2012, p. 359.

¹² Dias, Figueiredo, 2012, p. 762.

objetivamente os comportamentos exigidos para que se considere o concreto interveniente como autor, logo, não será somente o *animus* do agente que logrará no sentido da sua verificação. Ademais, não nos podemos cingir, por si só, ao sentimento pessoal do agente, às suas realidades puramente internas e psíquicas para determinar se se trata de um “papel” de autor ou de mero participante.

Das teses brevemente analisadas, depreendemos a necessidade de combinar elementos quer das posições objetivas quer das subjetivas, que culminaram na **doutrina do domínio de facto**, por nós essencialmente aceite, bem como pelo ordenamento alemão, através do estudo de ROXIN na sua obra *Täterschaft und Tatherrschaft* que define autor como sendo a figura central do acontecimento, é o *dominus* dominador da realização do delito cuja execução depende das “suas próprias mãos”, podendo prosseguir o seu plano inicial ou cancelá-lo a qualquer momento. A conjugação objetiva-subjetiva do facto verifica-se, pois “*aparece, numa sua vertente como obra de uma vontade que dirige o acontecimento, noutra vertente como fruto de uma contribuição para o acontecimento dotada de um determinado peso e significado objetivo*”.¹³

Assim, trata-se de um conceito restritivo de autor, – contra a opinião de EDUARDO CORREIA –, aberto, que fornece uma descrição e não uma definição exata do mesmo, ajustando-se *a posteriori* aos casos concretos, por outras palavras, “*não se trata de uma qualquer operação de subsunção que permita delimitar o âmbito da autoria, mas antes de um princípio normativo ligado à realização do ilícito típico que só na sua aplicação às variadíssimas situações concretas da vida alcança a sua máxima concretização*”.¹⁴ Todavia, há que realçar que a doutrina roxiniana, defendida por FIGUEIREDO DIAS, não se aplica de forma universal, mas tão-só aos chamados delitos de domínio, isto é, aos crimes dolosos de ação, excluindo-se os delitos negligentes¹⁵, de omissão¹⁶ e de dever¹⁷.

Apesar de sufragarmos esta teoria não rejeitamos inteiramente as formulações causais, contudo “*esquecer as diferentes modalidades de colaboração criminosa seria fechar os olhos à realidade e com isso a uma justa valoração criminal*”¹⁸, pelo que para além de ser necessário analisar “*a possibilidade que o agente tem de influenciar o*

¹³ *Ibidem*, p. 766.

¹⁴ Sousa, Aires de, 2005, p. 344.

¹⁵ Uma vez que nestas situações não há o controlo, o domínio do facto pelo agente.

¹⁶ Não se retira deste tipo de ilícitos a direção da ação para a execução do facto.

¹⁷ Há um dever que recai sobre pessoas determinadas, das quais se supõem determinadas qualidades ou deveres especiais, pelo que perante a sua ausência exclui-se a admissão da figura de autor.

¹⁸ Correia, Eduardo, 1948, p. 194.

processo causal”, deve tomar-se em consideração “o seu grau de conhecimento e de intenção relativamente à prática do crime, ao controlo que detém do processo e ao significado abrangente que toma a conduta em face das circunstâncias do caso concreto”.¹⁹

Em face do exposto, constatamos que a autoria, segundo o critério de ROXIN, pressupõe uma relação de pertença concretizada nos variados tipos de domínio: domínio de acção (*Handlungsherrschaft*), domínio de vontade (*Willensherrschaft*) e domínio funcional (*Funktionelle Tatherrschaft*) sobre os quais se reconhece uma correspondência às variadas formas de autoria previstas no código penal vigente (art. 26º).

1. DAS FORMAS DE AUTORIA

A redação encontrada para os atuais art. 26º e 27º afere-se diferente do já referido art. 27º previsto no ProjPG, entendida a necessidade de separar os dois conceitos normativamente, sendo, portanto, o resultado da transação entre a conceção causal de EDUARDO CORREIA e a teoria do domínio de facto, o que permitiu encontrar soluções mais justas e em conformidade com os específicos comportamentos que cada agente possui aquando da prática do crime. Assim, reestruturaram-se as várias formas de autoria – integrando nelas a instigação – e autonomizou-se a figura da cumplicidade, entendendo-se que o conceito de autoria deve consubstanciar-se na sua vertente restritiva.

O preceito legislativo de 1852 utilizava a expressão *considerados autores*²⁰, que no Código de 1886 foi substituída, com vista a eliminar possíveis imprecisões, para *são autores* e depois, desde o CP de 1982, para *é punível como autor* quem executa o facto, por si mesmo ou por intermédio de outrem, ou toma parte direta na sua execução, por acordo ou juntamente com outro ou outros, e ainda o que, dolosamente, determina outra

¹⁹ Faria, Paula, 2017, p. 303.

²⁰ Art. 25º CP/1852: “São considerados autores: 1º Os que por acto imediato tomam parte direta na execução do crime; 2º Os que dão ordens para se cometer o crime a pessoas que lhes está sujeita; 3º Os que por dádiva, promessa, violência, ameaça, abuso de autoridade, ou de poder, convencionam, ou obrigam, ou provocam a execução do crime; 4º Os que aconselham, quando o conselho for causa determinante e sem ele não se executaria o crime.”

pessoa à prática do facto, desde que haja execução ou começo de execução. Será, sobre esta norma que nos debruçaremos adiante.

Podemos ainda distinguir de entre os autores tipificados os autores materiais e os autores morais, embora esta distinção seja de cariz meramente doutrinal: os primeiros são os que executam ou realizam no todo ou em parte a infração criminosa, ou seja, são quem executa o facto por si mesmo ou quem, toma parte direta na execução por acordo ou juntamente com outro ou outros; e os segundos são os agentes que executam o facto por intermédio de outrem ou determinam outra pessoa à sua prática – em linguagem popular, serão autores materiais aqueles que efetivamente sujam as mãos com a prática do crime e os autores morais aqueles que sujam a alma, pois a execução ficará a cargo de outra pessoa. O próprio CP de 1886 caracterizava os autores morais como sendo aqueles que constringiam, determinavam, aconselhavam ou instigavam outro a cometer o crime, veja-se no seu artigo vigésimo²¹, nos seus n.ºs 3 e 4, pois parecem corresponder hoje às formas de autoria – autoria mediata e instigação – consagradas no CP em vigor.²²

1.1. Autoria Imediata

O primeiro segmento – quem executa o facto por si mesmo – refere-se a um autor material singular (agente imediato) que atua “*por suas próprias mãos, em termos de preencher na sua pessoa a totalidade dos elementos objetivos e subjetivos do ilícito típico e deter por isso, domínio de acção*”²³ é, portanto, o “quem” anónimo mencionado nos tipos legais. Assim, muito embora se trate de uma previsão de autor singular, não há incompatibilidade com a temática em estudo – comparticipação criminosa – uma vez que pode ser também comparticipante, basta que haja mais agentes e que se qualifiquem como autores morais ou cúmplices.

Quanto ao domínio da ação, como modalidade da teoria do domínio de facto roxiniana, retemos que, inevitavelmente, esta é forma mais flagrante de demonstrar a

²¹ Artigo 20º CP/86: “São autores: 2º Os que por violência física, ameaça, abuso de autoridade ou de poder constringerem outro a cometer o crime, seja ou não vencível o constrangimento; 3º Os que por ajuste, dádiva, promessa, ordem, pedido, ou por qualquer meio fraudulento e directo determinaram outro a cometer o crime; 4º Os que aconselharam ou instigaram outro a cometer o crime nos casos em que, sem esse concurso, não tivesse sido cometido o crime.”

²² A sistematização do StGB também faz a divisão fundamental entre autoria e participação, embora, ao invés do nosso ordenamento, inclua a instigação na participação.

²³ Dias, Figueiredo, 2012, p. 775.

centralidade do acontecimento na figura do autor imediato, isto porque não há qualquer meio que tenha constrangido ou influenciado à prática do facto, ele é, assim, o senhor de todo o processo criminoso.

1.2. Autoria Mediata

A autoria mediata é a modalidade de autoria correspondente ao trecho executar “*por intermédio de outrem*”, ou seja, será considerado autor mediato quem executar²⁴ o facto através de outra pessoa, pressupondo uma estrutura plural: o chamado “homem de trás ou da retaguarda” e o “homem da frente” (autor imediato) que será utilizado como instrumento²⁵ do primeiro, sendo efetivamente este último o executor, o intermediário. Desta forma, o autor mediato pratica o facto através de um terceiro, instrumentalizado, que, por isso, não se lhe imputará qualquer responsabilidade (princípio da autorresponsabilidade), pelo que apenas o verdadeiro detentor do ilícito penal será punido como autor mediato. Ele “*ocupa uma situação de supremacia em relação ao autor imediato, que lhe permite ter o domínio de facto praticado*”²⁶, tratam-se de posições desiguais entre agentes, pautadas por um domínio da vontade que o homem de trás tem sobre o executor do facto.

A pessoa instrumentalizada não tem como resistir à vontade dominante do autor mediato, sendo exatamente esse domínio que legitima a justiça penal a não responsabilizar alguém que cometeu um ilícito com as suas próprias mãos, mãos essas que, na verdade, se concretizam numa *longa manus* do próprio autor, “*servindo-se de mãos alheias para o cometimento de um facto próprio*”²⁷. Tudo isto revela que o decurso

²⁴ Cavaleiro de Ferreira entende que a inserção no texto do art. 26º deste alargamento da espécie da execução do crime está *deslocada*, na medida em que a fórmula “execução por intermédio de outrem” não é adequada ao entendimento da lei portuguesa. “*Na verdade, aquele que executa o facto por intermédio de outrem não “executa” o facto – não é executor, nem imediato, nem mediato – e antes determina outrem a executá-lo*”, defendendo que a única diferença com a instigação está no facto de muitas vezes o executor não ser imputável ou não ter culpa. No entanto, acaba por admitir que, apesar deste executar não ser correspondente da noção de execução prevista nas definições do art. 22º, como o é para a execução quanto à coautoria material e para a instigação, será mais “*curial*” entender que a execução por intermédio de outrem ainda é execução através de outra pessoa, é execução direta como nas outras formas de autoria, e que o nosso CP, apenas quis adotar uma terminologia “mais moderna” de acordo com a doutrina e legislação alemãs. – Ferreira, Cavaleiro, 1992, p. 482 e 483.

²⁵ “*O executor, mesmo utilizado como instrumento, nunca é equiparado a um instrumento; a sua participação na execução do facto não deixa de ser uma participação material, embora não criminosa, e por isso a execução do crime só se inicia com os actos de execução por ele empreendidos.*” – Ferreira, Cavaleiro, 1982, p. 101.

²⁶ Faria, Paula, 2017, p. 306.

²⁷ Pereira, Vítor e Alexandre Lafayette, 2008, p. 125.

do processo criminoso depende da vontade daquele, devendo concentrar-se nele a verificação dos pressupostos de punibilidade.

Note-se que a lei não faz referência aos meios a que o homem da retaguarda pode dispor para determinar o homem da frente, o que pressupõe uma liberdade de atuação, desde que potencialize o cometimento da resolução criminosa²⁸, sendo, portanto, um conceito aberto dependente de concretização num plano concreto. Todavia, ROXIN agrupa as situações de demonstração de domínio da vontade em: domínio de vontade por coação (*Willensherrschaft kraft Nötigung*), por erro (*Willensherrschaft kraft Irrtums*) e domínio de vontade nos quadros de aparelhos organizados de poder (*Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate*).²⁹ Nas situações de difícil dissociação entre a autoria mediata e a instigação – que elucidaremos de seguida –, bastará o princípio da autorresponsabilidade como critério orientador, para se entender que se o homem da frente for plenamente responsável caberá na instigação.

a) Atuação atípica do homem da frente

O agente imediato **não chega a praticar verdadeiramente uma ação**, sendo apenas utilizado como *projétil*, como peso bruto para, por exemplo, lesar a integridade física de outrem. Este “pessoa-instrumento” encontra-se inconsciente, sob coação física (*vis absoluta*) ou atua de forma reflexa, involuntária.³⁰ Logo, trata-se de uma ação direta do autor que, em bom rigor, consubstancia a modalidade de autoria imediata e não mediata.

Já consideramos tratar-se nitidamente de uma modalidade de autoria mediata nas situações de verdadeira coação sobre o autor imediato, isto corroborando o entendimento de ROXIN da necessidade da verificação de um domínio de vontade, ou seja, a situação em que o agente imediato é forçado a realizar um tipo ilícito sob ameaça, aí sim a conduta do executor preenche o tipo objetivo, mas não o tipo subjetivo. Também numa perspectiva histórica parece-nos de melhor juízo, as situações em que o homem de trás procede a uma ameaça suficientemente séria que implique uma reação sem alternativa do homem da frente. Resultamos de acordo com o CP de 1886 pois seriam autores os que “*por violência*

²⁸ Silva, Marques da, 2012, p. 369.

²⁹ Conceição Valdágua não concorda que fora os casos de coação e erro, a autoria mediata se esgote no fundamento de domínio de organização. – Valdágua, Conceição, 2003, p. 655.

³⁰ Exemplo de Figueiredo Dias: “*quando, no decurso de uma rixa, A ergue B e o atira contra C para ofender a integridade física deste, ou se serve, para o mesmo efeito, de actos puramente reflexos de B*”. – Dias, Figueiredo, 2012, p. 778.

física, ameaça, (...) constroem outro a cometer o crime”, mas em desacordo na parte em que refere “*seja ou não vencível o constrangimento*”, uma vez que, como já demos conta, achamos que para haver um real constrangimento por parte do executor, de forma à sua vontade ser dominada, a ameaça deve ser consideravelmente grave³¹, sob pena do executor vir a ser justamente responsabilizado.

Por outro lado, também o agente imediato atua atipicamente, quando sobre ele corre uma **causa de exclusão da tipicidade**, que não abrangeria o agente mediato se fosse realmente praticada por este, ou seja, a atuação “desfaz-se” porventura já ao nível do tipo objetivo – socorrendo-nos ao exemplo de PAULA FARIA: A, médico, incompatibiliza-se com B, sua paciente, e informa C, filho de B, que se a sua mãe não for coagida a comer, acabará por morrer sem forças. Ora, o filho C desconhece que afinal a mãe não se encontra nessas circunstâncias e faz o que o médico lhe deu conta, pelo que a sua conduta será adequada e atípica. E ainda, neste sentido, serão situações em que a atipicidade se afere a nível do tipo objetivo quando o autor imediato é simultaneamente instrumento e **própria vítima** do facto crime. Na prática falamos das denominadas auto lesões, em que a integridade física ou o dano pressupõem na descrição típica a lesão de “outra pessoa” ou a danificação de “coisa alheia”³² Ora, se a vítima age não detendo o domínio de facto³³, deve o homem de trás ser punido como autor mediato, como explicitamos através do exemplo de FIGUEIREDO DIAS, se A convence B de que desligou a corrente elétrica e este pode proceder a uma reparação, A será autor mediato (ainda que discutível se não será mesmo autor imediato) da morte ou lesão provocada por si.³⁴

Finalmente, destacamos o **erro sobre a factualidade típica**, segundo o qual o instrumento atua sem dolo do tipo, porque o homem de trás o colocou em erro sobre a situação de facto. Nestas situações, já se certifica o preenchimento do tipo ilícito objetivamente, mas não do tipo subjetivo dada a ausência de dolo do executor; na verdade,

³¹ Como exemplo será o caso em que A ameaça pôr fim à vida de C, esposa de B, se este não disparar contra D, naquele momento.

³² Art. 131º, 143º e 212º.

³³ Se o agente imediato – vítima detiver o domínio de facto, claramente já não consubstanciará a forma de autoria mediata, mas sim a de instigação; ou simplesmente não há determinação por parte do homem da retaguarda, pelo que ficará impune.

³⁴ Interessante será discutir sobre as situações em que a morte do homem da frente dá-se com o suicídio, preenchendo a posição de autor imediato e de vítima. Assim, tendo em conta a tipicidade do nosso ordenamento jurídico, não será possível punir o homem de trás como autor mediato de homicídio, salvo se considere que tenha o completo domínio sobre o facto. Todavia, o incitamento e o auxílio ao suicídio são crimes autónomos previstos e punidos nos termos do art. 135º.

quem efetivamente tem dolo sobre a ação é o homem de trás explorador³⁵ da vontade de um terceiro que vem a realizar a factualidade tipicamente prevista – correspondendo ao “domínio do erro” de ROXIN. Exemplo será o caso em que A pede a B para entregar um pacote que dizia conter farinha a C, quando na verdade continha droga. B apenas comete o ilícito penal induzido em erro, pelo que não pode ser responsabilizado, mas somente o autor mediato.

b) Atuação Lícita do Homem da Frente

Estamos perante os casos em que a resolução criminosa levada a cabo pelo executor compreende o tipo incriminador, mas não a sua ilicitude. Concretamente, o agente imediato atua de forma justificada e, portanto, lícita, porém o homem de trás deve ser responsabilizado porque possui conhecimento real da situação, criando deliberadamente uma situação que despoleta uma defesa necessária do “seu” intermediário de modo a justificar a agressão a terceiro (legítima defesa), ou criando a convicção de que os requisitos de justificação estão verificados.

Perante as situações descritas há um domínio do facto retirado do executor e atribuído ao homem de trás na modalidade de domínio de vontade sob circunstâncias de engano ou coação, para que assim aquele atue de forma lícita e não punível pelo direito. No entanto, o plano deste agente não segue de acordo com o seu propósito, uma vez que, por muito que haja justificação para o autor imediato, este homem de trás não deixa de ser autor – mediato.

c) Atuação não culposa do Homem da Frente

À factualidade que preenche o tipo incriminador, que é ilícita, mas não culposa por **falta de imputabilidade** em razão da idade ou da anomalia psíquica, permanente ou transitória do agente podemos qualificá-la como autoria mediata: de facto, uma vez que o agente imediato não detém o domínio do facto sobre a sua atuação, bem como, de acordo com o princípio da autorresponsabilidade, a factualidade não lhe pode ser

³⁵ Isto porque não será afirmada como autoria mediata apenas a situação em que o homem de trás provoca o erro no executor, mas também as situações em que aquele o explora ou se serve dele, daí a conotação de “instrumento” associada à autoria mediata. Nestas situações, o autor mediato poderia impedir a concretização do crime, e ao invés, não o faz, agindo o executor sem o domínio de facto, e sem consciência do cometimento ilícito.

jurídico-penalmente imputada, mas somente ao homem de trás que se serviu destas condições para fazer lograr os seus objetivos.

Por outro lado, também se conclui pela existência de autoria mediata, quando o homem da frente atua sem culpa, embora típica e ilícitamente, por agir **sem consciência da ilicitude**, exigindo-se que esta seja **não censurável** e provocada pelo homem de trás que conhece a percepção lacunosa do direito pelo agente imediato, e por isso, se aproveita da falta de domínio do facto através do erro sobre a valoração que lhe está adjacente, transferindo-o para o agente mediato. E por último, os casos em que o homem da frente atua em **estado de necessidade desculpante**, nos termos do art. 35º, ou seja, quando pratica um facto ilícito adequado a afastar um perigo atual, e não removível de outro modo, que ameace a vida, a integridade física, a honra ou a liberdade do agente ou de terceiro, quando não for razoável exigir-lhe, segundo as circunstâncias do caso, comportamento diferente, criado de forma enganosa pelo homem de trás.

d) Atuação Responsável do Homem da Frente

Perante a exposição realizada, subjaz sempre a ideia de que só se constituirá uma modalidade de autoria mediata se o homem da frente praticar o ilícito-típico de forma não totalmente responsável, pelo que, se assim não for, provavelmente, estaremos perante uma outra modalidade de autoria – a instigação.

Assim, admitir como autoria mediata as situações em que o homem da frente atua de forma responsável, parece-nos um alargamento demasiado arriscado, quando no nosso ordenamento encontramos outra forma de autoria para abarcar esse tipo de factualidade em que há a determinação de outrem a levar a cabo os intentos do homem de trás, estando o primeiro plenamente ciente das suas decisões.³⁶ A doutrina alemã aponta alguns dos casos em que pretende limitar a teoria da autorresponsabilidade e, por conseguinte, considerar que o autor imediato não deixa de estar numa situação de inferioridade, subjugado aos interesses do autor mediato, ainda que totalmente consciente da sua responsabilidade.

³⁶ As doutrinas que defendem o alargamento do âmbito de aplicação da autoria mediata, principalmente nas situações de autor atrás de autor, ambos responsáveis, tem-se intensificado na doutrina alemã, por esta entender que o instigador não é autor, mas somente participante. Questão que entre nós não se coloca, pois, a norma penal geral em estudo é explícita quanto à qualificação de autor àquele que determina outrem à prática de um facto criminalmente punível.

Pois bem, entre nós, parte da doutrina concebe esta teoria quando reportada aos quadros de **domínio dos aparelhos organizados de poder**, ou seja, às situações práticas em que o agente imediato comete um ilícito-típico culposo, plenamente responsável, muito embora se integre numa conjuntura que lhe retira a individualidade e o domínio do facto, daí que se aluda novamente aos modelos de domínio, na variante, domínio de organização.

Apesar de aparentemente configurar uma situação de subsunção à autoria-instigação, tudo se modifica exatamente por se tratarem de organizações hierarquicamente estruturadas em que submetem os seus inferiores a resoluções de natureza criminosa, servindo-se da fragilidade das suas posições e da força interna que os líderes detêm na própria organização, gerando uma fortíssima “*dependência psicológica*” do homem da frente perante o “*homem sentado à secretária*”³⁷. No entanto, a aplicação da autoria mediata está condicionada à verificação de determinados requisitos: existência de um aparelho organizado de poder com estrutura hierárquica rígida, fungibilidade do executor da ordem de natureza delituosa e funcionamento da organização à margem do direito. Só assim será legítimo afirmar a existência do domínio de facto (vontade) por parte dos líderes sobre o facto punível, nomeadamente nas organizações políticas, militares ou policiais em que se apodera o aparelho estatal, ou nos movimentos clandestinos, organizações secretas e associações criminosas que prosseguem fins desconformes ao ordenamento jurídico, constituindo “*verdadeiros Estados dentro do Estado*”.³⁸ Merece melhor esclarecimento o segundo requisito mencionado, pois será este ponto que justificará a autoria mediata. Entende ROXIN que a fungibilidade do executor permite que os líderes tenham a segurança de que o desígnio criminoso efetivamente ocorrerá, independentemente de quem sujar as mãos para o cumprir, não passando o executor de uma mera “roda de engrenagem” constituída pelo aparelho organizado de poder³⁹, pelo que se faltar este requisito não se poderá falar de autoria mediata, mas ao invés de instigação – isto refutando as objeções criadas contra esta teoria, quando o agente imediato fosse um especialista, único conhecedor do caso concreto, não passível de substituição.

³⁷ Dias, Figueiredo, 2012, p. 788.

³⁸ Discute-se ainda se deve estender à criminalidade empresarial, o que Figueiredo Dias e Conceição Valdágua rejeitam. Na nossa perspetiva, parece não fazer sentido alargar-se este tipo de domínio ao meio empresarial, mas só para ambientes mais, verosimilmente, hostis e poderosos.

³⁹ “É entendida como a possibilidade, praticamente ilimitada, de substituição de qualquer pessoa que se recuse a executar o facto ordenado pelo homem da retaguarda - Valdágua, Conceição, 2003, p. 656.

CONCEIÇÃO VALDÁGUA afasta-se da concepção de ROXIN, segundo a qual existe um domínio do facto através do domínio de organização e aproxima-se daquela que entendemos ser a base da instigação – a subordinação voluntária do executor à decisão do agente mediato⁴⁰. Sustenta que embora concorde com a solução de qualificar o agente da retaguarda como autor mediato, a justificação não se prende com a fungibilidade do executor nem com a exigência de que este seja um membro do aparelho organizado de poder e a ele subordinado. O autor mediato incute no executor a resolução criminosa, sobre a qual não quer tomar parte direta o que, neste caso, implica uma subordinação voluntária do agente imediato a uma eventual decisão posterior do homem de trás, que terá como pressuposto essencial a existência de um acordo entre ambos.

No contexto das grandes organizações de poder, entende que a situação será idêntica, pelo que quem acata uma ordem para cometer um ilícito, estará em iguais condições de acatar uma ordem contrária do seu superior, daí que conclua pela subordinação voluntária do agente imediato à decisão do agente mediato, padecendo este último do domínio tanto quanto possível do processo causal adstrito ao crime.

Na nossa perspetiva, para que o homem de trás possa ser responsabilizado como autor mediato da resolução criminosa levada a cabo pelo executor, tem de haver sempre uma tal dependência psicológica que garanta o domínio do facto pelo autor mediato e a consequente instrumentalização de quem obedece às ordens de um superior, ressaltando que esta não é uma fórmula genérica para todas as situações, sendo imprescindível avaliar os pressupostos concretos para se poder subsumir à figura da autoria mediata, principalmente quando o autor imediato é um agente plenamente responsável e detentor do domínio de facto mas já na modalidade de domínio de ação, pois estará em causa o princípio da autorresponsabilidade. Isto será assim para todas as formas de alargamento da autoria mediata defendidas pela doutrina alemã descritas *supra*, na medida em que entendemos que o princípio da autorresponsabilidade não deve ser atenuado nas mais variadas situações expostas, mas tão só quando verificados os seus pressupostos, pois

⁴⁰ Há ainda quem entenda que se deve caracterizar como coautoria a relação entre o agente da retaguarda e o executor; no entanto, não parece haver um acordo que se pressupõe essencial à coautoria, nem qualquer intervenção do homem de trás na fase de execução, bem como não se verifica a estrutura horizontal da relação reconhecida à coautoria. Por seu turno, outros autores defendem tratar-se de instigação – que seria a forma de autoria mais plausível, porém, quem determina outrem a cometer um crime é forçado a deixar ao instigado a decisão final sobre a prática do facto, o que não acontece nas ordens emitidas num contexto de domínio do aparelho organizado de poder, uma vez que há uma inteira confiança de que o executor obedece às ordens superiores sem hesitar.

senão estaremos a apagar uma outra figura – a instigação –, a incorrer em lacunas da punibilidade e até em resoluções falaciosas.

1.3. Coautoria

A coautoria consiste numa forma de autoria plural, em que o agente toma parte direta na execução do facto, por acordo ou conjuntamente com outro ou outros. Logo, nestes casos, não há qualquer domínio do facto de um dos agentes prevalecente sobre o do(s) outro(s), há sim um domínio coletivo caracterizador de uma relação de estrutura horizontal, em que cada um dos participantes colabora no planeamento e execução de um mesmo crime. Assim, o acordo de vontades e a divisão de tarefas constitui aquilo que é o domínio funcional apontado por ROXIN, que nas palavras de FIGUEIREDO DIAS se trata de um “*condomínio do facto*”⁴¹ partilhado por todos.

Como pressupostos da coautoria, verificamos a consagração alternativa “*por acordo ou conjuntamente com outros*”⁴², ou seja, decorre do próprio normativo a exigência de uma decisão comum, de um plano conjunto, que assegura a componente subjetiva da coautoria e/ou uma execução conjunta dos factos, expressando, então, uma contribuição objetiva no facto punível.

Ora, o plano conjunto revela o propósito dos agentes em praticar o facto ilícito, manifestando-se, por isso, o dolo da realização conjunta, assumido por cada um dos intervenientes com determinada tarefa. Assim, esta face subjetiva não pode significar apenas uma vontade de ação conjunta, mas a “*imputação e a censura (...) do plano estabelecido que revela da parte de cada um dos autores a vontade de lesar ou colocar em perigo um determinado bem jurídico em conjunto, através de uma repartição de tarefas que todos têm conhecimento e que integra a sua intenção.*”⁴³ Tanto que cada um dos intervenientes responde pela totalidade do facto praticado, já não apenas pela sua parte da execução, isto porque se pretende enquadrar o desígnio numa unidade de resultado, completo justamente através dessa contribuição individual para um objetivo

⁴¹ Dias, Figueiredo, 2012, p. 791.

⁴² No projeto de Eduardo Correia a coautoria realizava-se quando cumulativamente se verificassem ambos os requisitos, e mesmo depois da revisão da comissão (1963 – 1964), a conjunção aditiva permaneceu. Mais tarde, a lei consagrou os termos em alternativa, como aliás vemos hoje, havendo acordo quando exista “*consciência bilateral da colaboração entre os agentes*”. – Albuquerque, Paulo 2015, p. 201.

⁴³ Faria, Paula, 2017, p. 313.

comum, ainda que, como já referimos, tratando-se de comparticipação criminosa, a culpabilidade não se comunique.⁴⁴

Quanto à determinação do momento em que se considera haver acordo, normalmente dá-se previamente à execução, contudo, pode alguém começar a fazer parte do facto já durante a sua realização – a chamada coautoria sucessiva –, até porque não necessita de ser um acordo de “sentados à mesma mesa”, basta que seja um acordo implícito, pressupondo a consciência da aceitação do plano e da sua execução em conformidade.⁴⁵

Já a execução conjunta dos factos pressupõe uma participação direta na realização, tratando-se de uma componente objetiva que acompanha o acordo – a componente subjetiva –, pelo que a coautoria baseia-se num ideal de repartição de tarefas que permite uma maior flexibilidade de tipos e momentos diferentes de contribuição que cada um dos agentes oferece. Todavia, esse contributo deve sempre cumprir-se na fase de execução do facto (entre o início da tentativa e a consumação) e não apenas na fase preparatória, realçando a imperiosa necessidade de averiguar da existência ou não de domínio do facto, da relação de dependência entre o agente e o próprio o facto.⁴⁶

1.4. Instigação

Esta modalidade de comparticipação vem consagrada na quarta alternativa do art. 26º, e podemos conotá-la como a figura mais controversa das modalidades de autoria. Há historicamente alguma dificuldade em dissociá-la da autoria mediata, e há até quem a enquadre na mera participação acessória⁴⁷, dadas as influências da doutrina alemã⁴⁸ – questão que o legislador parece ter resolvido na própria norma. A instigação só foi autonomizada em 1982, anteriormente era apenas considerada uma forma de autoria

⁴⁴ Se assim não fosse estaríamos perante uma autoria paralela ou colateral e não perante uma coautoria. Exige-se que haja uma *consciência* de que os agentes colaboraram para um facto comum, mesmo que isso não signifique um acordo expresso. – Silva, Marques da, 2012, p. 362.

⁴⁵ Em caso de excesso de um deles em relação àquilo que teria sido o esquema traçado pelo grupo, só responderá o próprio agente, uma vez que os restantes não compactuaram com o excesso, ou seja, os atos de execução realizados não abrangem o dolo conjunto inicialmente consertado.

⁴⁶ “*De acordo com o critério central do domínio do facto, é indispensável que do contributo objetivo dependa o se e o como da realização típica e não apenas que o agente se limite a oferecer ou pôr à disposição os meios de realização.*” – Dias, Figueiredo, 2012, p. 795.

⁴⁷ Valdágua, Conceição, 2001, p. 918 e 919, nota 8.

⁴⁸ A legislação alemã diferencia a autoria (§ 25º) da instigação (§ 26º) e da cumplicidade (§ 27º), sendo autor mediato “punido como autor” e o instigador “punido do mesmo modo que o autor”, entendida a instigação como forma de participação, uma vez que o executor age de forma livre e concretizando a sua vontade, enquanto que o instigador apenas tem um papel secundário. – Costa, Almeida, 2014, p. 1197.

moral, assim como a autoria mediata, numa perspetiva do conceito extensivo de autor, tal como defendia EDUARDO CORREIA ao discordar da separação dos conceitos por achar que as diferenças se mantinham no plano teórico, um dito mero luxo de conceitos.

O instigador não deixou de ser considerado um autor moral que, dolosamente, determina outrem à prática do facto ilícito, ou seja, perturba de forma veemente o livre-arbítrio do executor que fica condicionado à vontade daquele, muito embora, o instigado não perca a sua capacidade de decisão, sendo responsável pelos seus atos *contra legem*; de facto, não se prosseguiria na decisão de violar determinado bem jurídico se não houvesse um incitamento por parte do instigador, ele que será sempre o causador do mal criminoso.⁴⁹

Como pressuposto objetivo apontamos a **idoneidade⁵⁰ da conduta do instigador a produzir de forma cabal a decisão de um concreto ilícito**, construindo-lhe a ideia, mostrando as suas vantagens e até acompanhando a própria tomada de decisão; e ainda a **efetiva prática do crime ou pelo menos o seu início**, conforme o legislador deixou explícito: *desde que haja execução ou começo de execução*, abandonando-se o art. 31º do ProjPG de 1963⁵¹, onde se prescindia de qualquer ato executivo, – um duplo resultado imputado à conduta do instigador. Assim, o instigador aparece como verdadeiro senhor do facto, através do domínio de decisão sobre o instigado, integrando os elementos típicos constitutivos do ilícito mesmo sem dominar verdadeiramente o tipo, daí que se qualifique como autor. Por seu turno, subjetivamente, destacamos o **dolo** (incluindo o dolo eventual) de criar a vontade ao instigado, cujo grau de concretização deve ser suficientemente revelador do domínio do facto pelo instigador, e o **dolo** do instigador em que o facto se venha a praticar (ou tentar) pelo executor, ou seja, que aquele represente queira o facto concreto, tanto quanto razoavelmente expectável – **um duplo dolo⁵²**. O dolo do instigador

⁴⁹ A conduta do instigador é a *conditio sine qua non* para a tomada de decisão do instigado, pois entendemo-la como uma causalidade psicológica e não apenas como um apoio ou reforço da vontade criminosa já decidida (*omnimodo factorus*) – cumplicidade moral.

⁵⁰ Não há propriamente um meio predeterminado para garantir a sua existência, basta que aquele seja suscetível de culminar numa atuação do executor. No CP de 1886, concluía-se pelo “ajuste, dádiva, promessa, ordem, pedido, ou qualquer meio fraudulento e direto”.

⁵¹ Art.31º ProjG/63: “*quem tenta determinar outrem à prática de um crime será punível com a pena correspondente à tentativa desse crime. Da mesma forma será punível quem aceita a oferta de outrem, ou com outra pessoa se concerta, para cometer um crime, ou quem se declara disposto a cometê-lo.*” – Tal disposição passou na 1ª Comissão Revisora do CP de 1982, mas acabou por ser suprimida do texto final, dada a controvérsia gerada.

⁵² “*Ademais, como acentua JESCHECK, de um lado, o dolo do indutor há-de referir-se à produção da resolução de cometer o facto, e de outro, à execução do facto principal pelo autor, incluindo os elementos subjetivos típicos e a realização do resultado típico (doble dolo)*”. – Pereira, Vítor e Alexandre Lafayette, 2008, p. 127.

permite salvaguardar as situações de excesso do instigado, uma vez que havendo *excesso mandati* este só responderá na medida da sua determinação, bem como se ficar aquém responderá pelo facto cometido.

O requisito execução do facto ou seu começo parece abonar a favor daqueles que, como CONCEIÇÃO VALDÁGUA⁵³ e PAULO ALBUQUERQUE⁵⁴, compreendem que a instigação constitui uma mera participação acessória, tal como preceituado nos §25º e 26º do StBG, pois em causa está uma regra da acessoriedade típica da participação em facto de outrem, que exige para a aplicação desta figura um pressuposto adicional já que a execução vai para além da conduta do instigador. Porém, esta acessoriedade não se compagina com a acessoriedade esperada para a participação – qualitativa ou interna⁵⁵ –, aqui trata-se de uma exigência de manifestação exterior da determinação, pois a ação de instigar pertence ao foro inteiramente psicológico – acessoriedade quantitativa ou externa. O propósito do legislador terá sido especializar a figura e não aproximá-la da mera participação, objetivando o momento subsumível à autoria-instigação.

Por outro lado, também a expressão *é punível como autor* patente no artigo, parece consolidar a argumentação desta doutrina, uma vez que só deixando claro *é autor quem*, o legislador imporia a delimitação do conceito, pois a sua inserção no artigo tem que ver apenas com a regulação das modalidades da comparticipação através da equiparação das penas. Até porque se o ponto de partida metodológico para a determinação das formas de autoria é a doutrina do domínio de facto, após a determinação do instigado, o homem de trás deixa de ter controlo sobre o mesmo, portanto deixa de deter o seu domínio, transferindo-o para o âmbito de decisão daquele. Não obstante, debater-se sobre a autonomização e inclusão da instigação nas formas de autoria parece resolver-se quando percecionada a atuação do instigador/homem de trás num quadro de domínio, de centralidade no acontecimento, baseado numa ideia de causalidade como dispunha o art. 26º do CP de 1886, pois o legislador não autonomizou a instigação num só artigo, como o ordenamento alemão, justamente por entender que faz parte da autoria, pelo que basearmo-nos na expressão *é punível como autor* não será coerente, tendo em conta que

⁵³ Valdágua, Conceição, 2001, p. 932 e 933.

⁵⁴ “Mais: o instigador só chega a ser punido caso o instigado efetivamente dê início à execução ao facto, sendo a tentativa (frustrada) de instigação impune. Por isso, a instigação é uma forma de participação, colocando-se em relação a ela o problema da acessoriedade do facto do instigador em relação ao facto principal (doloso) do instigado.” – Albuquerque, Paulo, 2015, p. 203.

⁵⁵ Indica um certo número e espécie de elementos constitutivos de um crime que têm de verificar-se no facto do autor. – Dias, Figueiredo, 2012, p. 808.

a mesma expressão é aplicável às outras formas de autoria e nesses casos ninguém discute acerca da sua natureza.

Não podemos, assim, desconsiderar o entendimento de ROXIN sobre o conceito, pois bem descreve que o domínio de facto é um conceito aberto, atento às características específicas de cada contexto de vida, pelo que o assumido domínio de facto através do domínio de decisão do autor imediato é completamente compatível com o também domínio de facto do homem de trás; mais, ignorar o poder do instigador em detrimento do domínio dado por este ao instigado resultaria num excessivo considerar da componente objetiva do facto, à custa da sua componente subjetiva e pessoal que caracteriza a conduta do instigador. A verdade é que não se pretende desculpabilizar a conduta do executor que, naturalmente, deve arcar com as consequências dos seus atos, já que é alguém plenamente responsável, mas também não podemos descurar da responsabilidade daquele que lhe criou o espírito criminoso, mediante instrumentos ludibriosos com a finalidade de ver perpetrada a sua obra. Há, portanto, uma repartição do domínio do facto no mesmo ilícito-típico, fora dos casos de coautoria, onde se reconhece um papel de controlador do facto que aparece num plano social como aquele que tem o principal interesse, que planeia muitas vezes todo o processo criminoso e, por isso, detém o domínio de decisão enquanto que o autor imediato detém o domínio de ação.

2. DAS FORMAS DE PARTICIPAÇÃO

A par da participação principal pode haver uma participação secundária, a que geralmente se denomina de “participação” e se concretiza, na nossa perspetiva, apenas na **cumplicidade**, e não também na instigação. Enquanto que a primeira (autoria) produz o crime na sua estrutura essencial, a segunda facilita ou prepara dolosamente a sua realização, ou seja, integra a *periferia* do facto ilícito⁵⁶, pelo que se constata uma dependência entre esta e aquela (acessoriedade da participação). Não há qualquer domínio do facto por parte do agente participante, pois não pratica a ação típica, apenas contribui para a sua realização, logo a sua punição não resulta da norma incriminadora especial, mas da parte geral da legislação, que amplia a punibilidade dos comportamentos que

⁵⁶ Ferreira, Cavaleiro, 1982, p. 85 e 86.

lesam os bens jurídicos tutelados, o art. 27^{o57}, que é quase literalmente a transcrição do §27 do StGB.

⁵⁷ “É punível como cúmplice quem, dolosamente e por qualquer forma, prestar auxílio material ou moral à prática por outrem de um facto doloso.”

II. O *ITER CRIMINIS*. EM ESPECIAL A TENTATIVA

O *iter criminis* significa o caminho levado a cabo pelo agente para efetivar os seus intentos, que perpassa por vários estágios compostos quer por uma fase interna, que constitui a formação da vontade criminosa, quer por uma fase externa, já como forma de manifestação/realização da decisão.⁵⁸ Assim, primeiramente, o agente toma a decisão de cometer o crime (resolução criminosa - *congitatio*), e depois procede à sua preparação (*conatus remotus*) e execução (*conatus proximus*), já como realização exterior da cogitação, com a vista a praticar o evento (*meta optata*)⁵⁹.

Quanto à incriminação deste processo, tratando-se de atos puramente internos, nunca sucederá, pois não passarão de um desvalor moral, sem valor jurídico (desejo, ideia, pensamento), ainda longe da esfera interventiva do Direito⁶⁰, logo, só importa considerar os graus exteriores do percurso delituoso, nomeadamente os atos preparatórios e os atos de execução que nos levarão à consideração da tentativa.

1. ATOS PREPARATÓRIOS

Em geral, a extensão da punibilidade a uma fase anterior à consumação do crime só abrange os graus de realização que já se situam na fase executiva, e já não os meramente preparatórios, em que o agente obtém os meios e as condições necessárias à facilitação da concretização do facto, pois compreende-se que os mesmos podem ter qualquer outra finalidade que não a consumação de um crime.⁶¹ Dos atos de preparação pode não se retirar a prossecução da intenção criminosa, pelo que o direito não deverá imiscuir-se de tão precoce manifestação, até porque, normalmente, estes atos não se encontram descritos nos tipos de ilícito – art. 21º: “*Os atos preparatórios não são puníveis.*” Todavia,

⁵⁸ Ferreira, Cavaleiro, 1982, p. 16 e ss.

⁵⁹ Estas são as formas geralmente verificadas no comportamento criminoso, mas pode não acontecer, como será nos casos de crimes negligentes, ou de súbito cometimento, que não resultaram de uma preparação.

⁶⁰ Baseado no princípio *cogitationes poenam nemo patitur* – ninguém deve ser punido pelo mero pensamento – ou o *pensamento não paga imposto* – Carrara, *apud* Silva, Marques da, 2012, p. 306.

⁶¹ Note-se que no CP atual não consta qualquer definição de atos preparatórios, ao contrário do CP 1886, art. 14º: “*os actos externos conducentes a facilitar ou preparar a execução do crime, que não constituam ainda começo de execução.*”

excepcionalmente, a lei pune-os (“*salvo disposição em contrário*”), quando entende que determinados comportamentos, ainda que preparatórios, já constituem um perigo para o bem jurídico, pelo que o faz através de incriminação autónoma (ex. art. 262º), isto é, ilícitos típicos onde a própria preparação constitua um ataque às ordens social e jurídica; ou através de atos preparatórios enquanto tais (ex. arts. 271º e 275º), relativamente a situações que reflitam um grau de perigosidade elevado com probabilidade de realização, em que se denote uma necessidade de intervenção.⁶² Assim, estes comportamentos “*revelam um sentido lesivo, segundo um juízo de prognose e apesar da ausência da acção típica “principal”*”⁶³ daí que possa a lei, “*por razões especiais, punir um acto de preparação, classificá-lo como crime autónomo, atribuir-lhe a função de circunstância agravante, ou ainda suceder que a prática de actos, que nas suas relações com a realização de um certo tipo legal aparecem como preparatórios, constituam, considerados outros interesses ou outros tipos legais de crime, atividades executivas e, portanto, puníveis.*”⁶⁴

2. TENTATIVA

Entre a *nuda cogitatio*, que é um pensamento criminoso excluído de punibilidade, e o preenchimento do tipo legal, a consumação, há um conjunto de atividades possíveis que o agente pode efetuar, pelo que quando a consumação se dá, a valoração desses atos desfaz-se na própria punição do crime consumado. Já quando a consumação não se realiza emerge a problemática da valoração dos atos prévios que de alguma forma demonstraram a vontade criminoso e, por conseguinte, colocaram em perigo determinado bem jurídico. A tentativa não é mais do que a imperfeição da execução, é a falha na perpetração do crime, já numa fase mais próxima da consumação, daí que, em princípio, será punível tal como consta do art. 22º, na medida em que viola já a norma jurídica que está na base do tipo consumado – “*Há tentativa quando o agente praticar atos de execução de um crime que decidiu cometer, sem que este chegue a consumir-se*” (nº1). A diferença entre esta e

⁶² Neste sentido “*«Assim, só por razões especiais de política criminal se compreende por que o legislador castiga de modo excepcional as condutas preparatórias»*” – Jescheck/Weigend *apud* Pereira, Vítor e Alexandre Lafayette, 2008, p. 122.

⁶³ Palma, Fernanda, 2006, p. 39.

⁶⁴ Correia, Eduardo, 1951, p. 8.

a consumação radica-se apenas na falha do elemento objetivo, pois o elemento subjetivo será semelhante, manifestada pelo dolo de concretizar o facto, pelo que, naturalmente, havendo apenas uma lesão potencial do bem jurídico, haverá também uma menor severidade da punibilidade.

Neste contexto, impõe-se entender qual o fundamento para seguir com a punibilidade de algo que ainda não se alcançou. Por um lado, as **teorias subjetivas** justificam esta punibilidade com base na conduta contrária ao direito, relacionada com a vontade criminosa, ou seja, tudo o que desta decorrer será apenas a exteriorização de uma *voluntas* delituosa que se objetivou (como mero elemento probatório)⁶⁵; por outro lado, para as **teorias objetivas**, as atividades executivas têm um significado autónomo, numa negação objetiva de valores, próprios da ilicitude encontrada no perigo gerado para o bem jurídico tutelado – aqui, o sentido da punibilidade verifica-se com o perigo efetivamente sofrido pelo bem jurídico, um perigo próximo da consumação da realização típica.⁶⁶ Uma e outra orientações são extremas, por isso surge a necessidade de criar uma teoria mais equilibrada, conjugando ambas as ideologias – **teoria da impressão**: sendo punível a conduta apropriada a provocar alarme na coletividade que pudesse vir a pôr em causa a confiança na vigência do ordenamento.⁶⁷ Há, portanto, uma simbiose entre a vontade criminosa do agente exteriormente manifestada e a insegurança da coletividade devido às ações desvaliosas que constituem um perigo objetivo, estando em causa um juízo de prognose feito *ex ante* – teoria que o nosso legislador adota senão vejamos os elementos que compõe o tipo.⁶⁸

⁶⁵ Segundo esta posição, seria difícil distinguir o crime tentado do consumado uma vez que a vontade seria a mesma, a tentativa impossível seria sempre punível pois haveria sempre uma intenção firme e suficientemente clara na perpetração do facto e ainda se estenderia a punibilidade para o âmbito dos atos preparatórios.

⁶⁶ Com esta teoria já é possível fazer a destrição dos vários momentos do *iter criminis*, mesmo que o agente tenha a mesma intenção, e não pune a tentativa impossível por não ser suscetível de criar perigo objetivo ao bem jurídico.

⁶⁷ “A tentativa é punível, quando, e na medida em que é apropriada para produzir na generalidade das pessoas uma impressão juridicamente «abaladora»; ela põe, então, em perigo a paz jurídica e necessita, por isso, de uma sanção correspondente a esta medida”. – Roxin, Claus, 2004, p. 296.

⁶⁸ Quanto à tentativa impossível, o legislador inclina-se mais para a teoria objetiva, pois exclui a punibilidade destas situações dada a ausência de alarme social, embora a intenção delituosa se verifique sempre (art. 23º, nº 3).

2.1. Elementos do Tipo

Segundo o art. 22º, nº 1, são elementos da tentativa a decisão de cometer o crime e a prática de atos de execução que não chegam a alcançar a sua consumação.⁶⁹

O primeiro assinala o elemento subjetivo correspondente à intenção de produzir o resultado, à existência no espírito do agente da resolução criminal determinado pelo **dolo**⁷⁰ e, eventualmente, por outros elementos subjetivos contemplados no tipo legal⁷¹; vimos já que não se trata de um dolo de tentativa, mas um dolo do crime consumado, pois os factos cometidos também manifestam a intenção do agente e não tão só o fim da sua ação, o seu resultado. Assim, verifica-se a inclusão do também essencial elemento psicológico na definição da tentativa, como forma de fazer soar o defendido pelas teorias subjetivas.

O segundo traduz-se na prática de atos de execução (nº 2, art. 22º) e na não consumação do crime (elemento negativo), isto é, para além da decisão do cometimento do facto, a lei exige, assente no princípio da ofensividade, que haja uma exteriorização digna de justificar a intervenção do direito. Ora, mais uma vez caímos na necessidade de perceber quais os sinais que criam – ainda que aparentemente – um perigo para o bem jurídico, e aqueles que constituem meros atos preparatórios e, por isso, são na maior parte socialmente adequados. Por um lado, as **teorias formais objetivas** referem-se aos atos de execução como sendo aqueles que se subsumem à descrição literal do tipo legal (em total rigor com o princípio *nullum crimen sine lege*), resumindo-se à interpretação dos tipos em relação à concreta ação, pelo que seria difícil de compreender como resolver as questões em que os crimes são de execução livre (o ato de execução do crime de

⁶⁹ No CP/86, separavam-se o crime frustrado da tentativa: “Art. 10º: Há crime frustrado quando o agente pratica com a intenção todos os actos de execução que deveriam produzir como resultado o crime consumado, e todavia não o produzem por circunstâncias independentes da sua vontade. Art. 11º: Há tentativa quando se verificam cumulativamente os seguintes requisitos: 1º- Intenção do agente; 2º- Execução começada e incompleta dos actos que deviam produzir o crime consumado; 3º- Ter sido suspensa a execução por circunstâncias independentes da vontade do agente, excepto nos casos previstos no artigo 13º; 4º- Ser punido o crime consumado com pena maior; salvo os casos especiais e, que, sendo aplicável pena correccional ao crime consumado, a lei expressamente declarar punível a tentativa desse crime.”

⁷⁰ Alguns autores questionam a incompatibilidade do dolo eventual (art. 14º, nº 2) com a tentativa, muito embora se entenda, maioritariamente, pela sua compatibilidade, pois não se entende o dolo na tentativa de modo mais exigente que o dolo do crime consumado. Se o dolo eventual é suficiente para a consumação do crime, também o é para sua tentativa. - Silva, Marques da, 2012, p. 318. Em sentido contrário, veja-se Costa, Faria, *Tentativa e dolo eventual (ou da relevância da negação em direito penal)*.

⁷¹ “Uma decisão pelo facto existe logo que os motivos que empurram para o cometimento do delicto alcançaram predominância sobre as representações inibidoras, mesmo também quando possam restar ainda últimas dúvidas.” – Roxin, *apud* Dias, Figueiredo, 2012, p. 69.

homicídio seria “matar”?). Por outro lado, as **materiais objetivas** entendem que o início da ação típica se reporta a um momento anterior, considerados os atos como uma unidade naturalística que compõem o ilícito; esta posição abarca, para além dos atos formalmente típicos, também os que, segundo a experiência comum, e salvo circunstâncias imprevisíveis, são de fazer esperar que lhes sigam atos descritos pelo tipo.⁷² Posteriormente, as **teorias subjetivas** vêm reforçar a importância da qualidade ou intensidade da vontade do agente, que como já vimos, não podem, pelo menos unicamente, ser usadas como critério de distinção, pois de acordo com o princípio da legalidade, deve fixar-se um momento objetivamente estruturado.

Destarte, veremos que o nosso Código se baseia sobretudo em critérios objetivos⁷³, mas não descarta a importância do plano do agente como revelador da perigosidade dos seus comportamentos e da proximidade temporal à lesão efetiva do bem jurídico, ainda que do texto normativo se omita.

a) Alínea a) do art. 22º, nº 2

A formulação legal concretiza o critério formal-objetivo, na medida em que se refere aos atos que preenchem o ilícito típico, prescindindo de elementos de natureza histórica, sistemática ou teleológica na sua verificação (ex. art. 217º). É, portanto, a forma mais objetiva de identificar a existência de tentativa, muito embora implique o recurso a outros conceitos quando a descrição legal não contenha uma orientação detalhada, ou seja, quando não se trata de um crime de execução vinculada.

b) Alínea b) do art. 22º, nº 2

Trata-se de um alargamento da consideração dos atos de execução para aqueles que sejam idóneos a produzir o resultado, pois não preenchem (literalmente) um elemento constitutivo do tipo, mas já são idóneos a seguir o seu propósito (teorias materiais objetivas). Nesta alínea, o legislador assegura a proteção das situações em que há um perigo para o bem, segundo critérios de adequação apreciados através de um pré-juízo de prognose póstuma, o que necessariamente acarreta uma forte atenção para a destrição

⁷² Faria, Paula, 2017, p. 300.

⁷³ “Materialmente, constitui acto de execução o que ataca o bem jurídico tutelado; formalmente, tal acto integra a acção típica prevista na lei.” – Silva, Marques da, 2012, p. 309.

entre estes comportamentos e os meros atos preparatórios, daí que a idoneidade não se refira a cada ato de execução, mas à sua inserção na totalidade do plano de execução do agente.

c) Alínea c) do art. 22º, nº 2

Apela-se agora ao conceito de experiência comum como forma de resolver as questões em que tais comportamentos seguirão com muita probabilidade outros, e esses já sim, aptos a produzir um resultado ou constitutivos do tipo. Ora, mais uma vez ficamos sujeitos àquilo que se adequará a seguir atos das espécies das alíneas anteriores, correndo riscos de segurança que atentam contra a punibilidade ou não de um agente. Assim, FIGUEIREDO DIAS⁷⁴ aponta para uma dupla conexão cumulativa: uma **conexão de perigo**, segundo a qual o ato precede imediatamente os demais, ou seja, é desejada uma relação temporal sem atos intermédios (*que se lhes sigam atos*) e uma **conexão típica** que realça a intromissão do ato praticado sobre o bem jurídico, pois será sempre essa a finalidade do direito penal – proteger os bens jurídicos que efetivamente tenham sido, pelo menos, melindrados e signifiquem já um intromissão na esfera da vítima.

2.2. Punibilidade da Tentativa

Do exposto, percebemos que na tentativa há um menor desvalor do resultado e que este preceito estará sempre intimamente ligado ao crime que se visava realizar, logo o objetivo desta figura é precaver as situações que, dada tipologia de crimes, gera desconfiança na comunidade mesmo que se ficando pela tentativa. Assim, o legislador delimitou quantitativamente a tentativa punível para os casos em que ao crime consumado corresponda uma pena superior a 3 anos de prisão – média e grande criminalidade (art. 23º, nº 1), e naturalmente que a pena será a aplicável ao crime consumado, mas especialmente atenuada (art. 23º, nº 2 e 73º). Ademais, ainda delimita o âmbito da punibilidade a favor da seriedade do ataque à ordem jurídica, através da não punibilidade dos casos de tentativa impossível e de tentativa inidónea (art. 23º, nº 3).

⁷⁴ Dias, Figueiredo, 2012, p. 706 e ss.

O Direito Penal visa a manutenção da segurança da comunidade, em permanente confronto com a liberdade do agente e a confiança da sociedade, pelo que havendo um desequilíbrio entre estes dois fatores justificar-se-á a sua intervenção – em *ultima ratio*. Assim, a tentativa ficará circunscrita aos atos de execução dotados de ofensividade e previsibilidade à sucessão de atos idóneos com afetação para o bem jurídico tutelado, pois só assim se respeitarão os princípios constitucionais (art. 18º, nº 2 e 29º nº 1 e 2 CRP) e as próprias finalidades das sanções criminais (art. 40º nº 1, art. 1º, nº 1 e 2).

3. TENTATIVA NA AUTORIA MEDIATA E TENTATIVA NA INSTIGAÇÃO

Tomando em consideração que estamos a analisar mais detalhadamente o enquadramento do mandato criminoso, vejamos a tentativa quer na autoria mediata quer na instigação.

Na autoria mediata, pese embora tenham surgido várias posições⁷⁵, seguindo os ensinamentos de FIGUEIREDO DIAS, parece que, em princípio, o início da tentativa do autor mediato dá-se com o começo de execução do homem da frente, por tratar-se de uma execução por intermédio de outrem, enveredando para a solução global. No entanto, há situações que justificam outro tipo de consideração, veja-se os casos em que o instrumento é a própria vítima – aqui, entende-se que o *terminus* da influência do autor já cabe na prática de atos de execução, pois, de acordo com o art. 22º, nº 2, al. c), afeta a segurança e a liberdade da mesma (conexão de perigo típica) e nessa medida se consagra a solução individual modificada.

Quanto à instigação, não nos alongaremos porque o início da tentativa fica explícita no próprio preceito, quando exige a execução ou começo de execução para que a figura se aplique e seja punível. Assim, só a prática de atos pelo instigado representará, à luz do nosso legislador, um perigo para o bem jurídico tutelado, pelo menos, imediatamente (solução global).

⁷⁵ Solução puramente individual: a tentativa inicia-se com a influência sobre o instrumento (instrumentalização); solução individual modificada (Roxin): a tentativa só se dá com o fim da conduta de influência sobre o executor, quando o acontecimento sai do domínio do autor mediato – doutrina dominante na Alemanha; solução global ou conjunta: a tentativa só existe com o início de execução pelo instrumentalizado, pois este é uma *longa manus* daquele, logo o autor mediato executa através do intermediário (Frank) – Dias, Figueiredo, 2012, p. 818 e ss.

III. O MANDATO CRIMINOSO. DE *IURE CONSTITUENDO*

1. A PROBLEMÁTICA DO ACÓRDÃO DO STJ DE FIXAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA⁷⁶

Debruçamo-nos agora sobre a situação prática que nos conduziu ao estudo dos temas analisados: alguém que decide e planeia a morte de outrem e, por isso, contrata quem, a seu ver, poderá levar a cabo os seus intentos, mediante pagamento de uma quantia, sendo que o contratado não chega a praticar qualquer ato de execução, ainda que o mandante estivesse convicto da aceitação do seu plano. O STJ pronunciou-se sobre esta questão enquadrando a factualidade na figura da autoria mediata de modo a permitir, no nosso ponto de vista erroneamente, a punição do autor antes do início de execução do autor imediato, decisão que não se mostrou unânime pela clara controvérsia de votos.

Quer o Ac. de 16/10/2008, quer o de fixação de jurisprudência fundamentaram-se na posição de CONCEIÇÃO VALDÁGUA que defende, na linha da doutrina do domínio do facto, que o pacto criminoso é uma forma de **aliciamento** inserida na modalidade de autoria mediata, por corresponder à tricotomia domínio de vontade. Isto porque o autor persuade o aliciado através de contrapartida e assim detém o domínio do facto para poder avançar ou interromper a resolução criminosa. Segunda a autora, o aliciamento pode assumir a forma de ajuste, promessa ou dádiva, tal como dispunha o art. 20º, nº 3 CP de 1886⁷⁷, o que, neste caso, havendo formulação do consenso e uma subordinação voluntária do aliciado⁷⁸ ao autor mediato, entendido como a figura central do acontecimento⁷⁹, reveste a forma de ajuste, pertencendo-lhe o “*poder de supra-determinação do processo causal, conducente à realização do tipo legal de crime*”.⁸⁰ Assim, por entender que a instigação é uma forma de participação, acaba por alargar o âmbito da autoria mediata para albergar situações que cabem, literalmente, naquela figura, visto que o aliciado é plenamente responsável, livre e capaz de tomar as suas

⁷⁶ Ac. 18/06/2009, proc. nº 09P0305. O Ac. Recorrido é de 16/10/2008, proc. 07P3867, com o arguido condenado como autor mediato na forma tentada pela prática de homicídio qualificado; já o Ac. fundamento é de 31/10/1996, proc. nº 048948, que absolveu o arguido, subsumindo os factos à tentativa de instigação, não punível.

⁷⁷ Valdágua, Conceição, 2001, p. 928.

⁷⁸ Valdágua, Conceição, 2003, p. 667.

⁷⁹ Valdágua, Conceição, 2001, p. 930.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 937.

decisões. Além de que aceita ser possível a coexistência das duas punições: um como autor mediato e outro como imediato, o que resultaria numa forma de autoria plural.

Primeiramente, entendemos que esta tese cai ao analisar o conceito de autoria mediata: o aliciado teria de ser um mero instrumento do autor, numa posição de inferioridade, que permitisse a este último deter exclusivamente o domínio do facto⁸¹; bem como, na hipótese de se ver o crime consumado, o executor nunca poderia ser responsabilizado (princípio da autorresponsabilidade). Na verdade, o aliciado subordina-se voluntariamente ao agente, mas detém na mesma o domínio de ação, pelo que o domínio do homem de trás remete-se apenas à decisão do aliciado e não à sua vontade, tipologia caracterizadora da figura de instigação. Assim, a definição que CONCEIÇÃO VALDÁGUA atribui a este tipo de subordinação voluntária não é mais do que uma nomenclatura diferente da mesma situação: uma pessoa incute noutra, dolosamente, a resolução de praticar um facto punível.

Outro argumento prende-se com as limitações de punibilidade que estão subjacentes a cada uma das figuras. Bem sabemos que na instigação, o legislador exige que o executor pratique atos de execução – o que nestes casos não acontece⁸², enquanto que na autoria mediata nada regulamenta; por conseguinte, a autora reconhece que quando o autor imediato não chega a praticar atos de execução é possível excluir o regime regra, antecipar a punibilidade e sancionar este tipo de condutas.⁸³ O que mais uma vez discordamos, a regra deverá ser a de que o facto só se inicia quando o homem da frente dá início à execução (solução global), visto que as exceções não admitem esta factualidade, logo, nem com fundamento da possibilidade de punição antecipada, se concordaria com esta posição.⁸⁴ Aliás, se para a “verdadeira” autoria mediata não se antecipa o início de execução para o momento da finalizada ação do autor mediato, inevitavelmente seria de excluir essa possibilidade quando o executor é completamente responsável, sendo sempre

⁸¹ “Não basta ter o domínio do facto. É preciso que mais ninguém o tenha.” – Souto de Moura, em Voto vencido no Ac. uniformizador, p. 66.

⁸² Esclareça-se que no caso *sub judice*, não há este problema porque o Tribunal considerou que as ações do aliciador já cabiam no conceito de atos de execução (art. 22º, nº 2, al. c)): a partir da pretensa aceitação dos aliciados, a vítima passaria a correr imediatamente perigo. O que, de acordo com o que estudámos, não nos parece de concordar, uma vez que não se verifica uma conexão de perigo, pois desde o último ato do arguido e o resultado teriam de ser praticados outros atos intermédios.

⁸³ Valdágua, Conceição, 2001, p. 932 e ss.

⁸⁴ “Há-de, efetivamente, convir-se absurdo de uma posição que se negasse a aplicar uma pena a um agente enquanto lhe chama autor, mas já se dispusesse a impor-lha denominando-o instigador” - Coreia, Eduardo, 1948, p. 3.

ele a levar por diante a resolução criminosa.⁸⁵ Desta feita, considerar-se que o início de tentativa se dá, no caso em apreço, com a “adesão tácita” dos contratados, por reclamarem “as regras da experiência da vida e da ponderação do fim social do nosso ordenamento jurídico (...) correspondentemente, a “teoria da impressão do perigo””⁸⁶, não concretiza o dispositivo legal (art. 22º, nº 2, al c)), pois pese embora a conduta seja inteiramente desvaliosa, não há já uma conexão de perigo típica e, portanto, estar-se-ia a assumir “uma interpretação exacerbadamente subjetiva do conceito de actos de execução”⁸⁷ contrária ao padrão objetivo que os define.

Detetados os problemas que a nosso ver patenteiam a fixação de jurisprudência, resta-nos demonstrar qual seria a solução a aplicar por consideração à legalidade vigente. Na esteira de NUNO BRANDÃO, e no mesmo plano, o Juiz Conselheiro SOUTO DE MOURA, estamos perante uma situação clara de instigação tal qual é concebida no nosso Código como figura autónoma de autoria sob a veste de domínio de decisão, uma vez que o instigador é o senhor da decisão do cometimento do desígnio criminoso – mas não da vontade – do instigado. Logicamente que essa determinação deve criar de “toutes pièces” a dita decisão, daí o pressuposto legalmente exigido para verificar se realmente ela existiu. Ora, no mandato criminoso geralmente há uma inequívoca acção de determinação, através de contrapartida e de orientação cerrada do instigador, contudo, em análise, estão os casos em que não se chega a efetivar qualquer ato de execução, ou seja, não chega sequer a haver determinação, pois os contratados nunca quiseram materializar o plano de matar a pessoa, – como resolver estas situações de tentativa de instigação?

Confrontando a realidade fáctica e a legislação vigente, não é possível responsabilizar alguém que tenta determinar outrem a praticar um facto ilícito (homicídio), sendo os seus intentos atos meramente preparatórios.⁸⁸ A este propósito damos conta de um posterior Ac. TRP⁸⁹ que decidiu diversamente da referida fixação jurisprudencial por considerar não ser 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 de a proposta não ter sido acolhida e ainda que o fosse não teriam sido praticados atos de execução, acabando por revogar a decisão condenatória da 1ª Instância com base

⁸⁵ Brandão, Nuno, 2008, p. 44.

⁸⁶ Voto em conformidade de Jorge Soares Ramos no Ac. Uniformizador, p. 52.

⁸⁷ Voto contra de J. Carmona da Mota no Ac. Uniformizador, p. 59.

⁸⁸ Daí que o Acórdão deveria ter resultado na absolvição do arguido, tal como na 1ª Instância.

⁸⁹ Ac. TRP de 10/2/2016, Proc. nº 1898/09.2JAPRT.P1.

no princípio da autorresponsabilidade e da inexistência de atos de execução, pelo que verificamos que o entendimento realça a necessidade de “*distinguir as situações sob pena de degradação do próprio conceito de autoria mediata e de desvalorização das situações que podem e devem encarar-se como instigação.*”⁹⁰

Acrescentamos ainda o caso recente que “invadiu” os meios de comunicação social e, por conseguinte, a própria opinião pública, em que uma mulher encomenda a morte do marido e acaba por ser filmada em conversa com o pretense contratado que a denuncia às autoridades e desfaz o plano que este nunca havia assumido, pelo menos intimamente. Estamos perante uma clássica situação sob estudo, que culminou na absolvição em 1ª Instância da “instigadora” exatamente por não haver, segundo o relatado pela comunicação social, sustentabilidade legal para a punir (princípio da legalidade), contudo, o TRP veio, em outubro de 2017, revogar a anterior decisão considerando-a autora de homicídio qualificado na forma tentada.⁹¹

Em síntese, confirma-se a instabilidade jurisprudencial sobre esta questão que nos incita a criar forma de diferenciar, com clareza, as duas figuras que, na nossa perspetiva, o legislador deixou explícitas, até porque a autoria mediata é uma forma singular de autoria enquanto que a instigação cabe nas formas de autoria plural, metaforicamente, diz tratar-se de uma “*degradação do ser humano à categoria de mero meio material (e, por isso não livre) para a realização de determinados fins delitivos (...) para aquela, e de “corrupção de um ser livre com vista à produção de um resultado jurídico-penalmente proscrito” para esta.*”⁹²

2. A PUNIBILIDADE DA “PROPOSTA DE HOMICÍDIO”

Em face do exposto, vemos os Tribunais preencher lacunas através de interpretações extensivas e, a nosso ver, *contra legem*, ainda que compreensíveis dados os contornos reveladores de perigosidade e de conseqüente alarme social que deveriam ter sido tomados em consideração pelo legislador português. Na verdade, a conduta é de uma indubitável reprovação moral, que atenta contra o bem jurídico “vida”, em que o agente

⁹⁰ *Ibidem*, p. 111.

⁹¹ Veja-se os links referidos em sede de “referências bibliográficas”, na secção “notícias”.

⁹² Ac. TRC de 23/5/2014, p. 39.

assume um papel importantíssimo, porque cria a decisão criminosa, planeia e acompanha todo o processo, informando os pretensos executores dos hábitos e horários da vítima, o como e o quando realizar o facto, e muitas vezes até engendrando um verosímil crime de outra natureza.

Assim, ainda que o executor seja livre e plenamente responsável, não nos podemos olvidar da conduta daquele mandante que detém o dolo de causar a morte, e que apenas (tendo um contributo em todo o processo) não chega efectivá-la por circunstâncias alheias à sua vontade. Pelo que não podemos alcançar a punibilidade desta pessoa chamando-lhe de autor mediato, simplesmente porque se o consideramos instigador, tal como a lei o prevê, ele ficará impune de uma ordem para matar que se viu frustrada. Com esta conjuntura, vemos o agente a ultrapassar as *meras cogitationes*, não estamos perante meros intentos irrelevantes para as exigências de política-criminal, estamos perante atos preparatórios que já colocam em perigo a vida de alguém e a própria confiança e segurança da comunidade, é uma atuação “*que autorizava o legislador que a tivesse previsto e punido, em face do “alarme social causado”*”⁹³.

Olhemos para as soluções noutros ordenamentos jurídicos.

O §30º StGB estatui uma exceção à regra da não punibilidade dos atos preparatórios, aplicando a pena prevista em sede de tentativa, especialmente atenuada, para quem tentar determinar ou instigar outro a cometer um crime, devido à especial perigosidade, mesmo entendendo que a instigação é uma forma de participação. Ainda dispõe no art. seguinte a desistência da tentativa, não punível.

O CP Espanhol acolhe a mesma regra, salvo, por exemplo, as situações de conspiração, proposição, provocação e apologia à delinquência (art. 17º e 18º CP Espanhol), que neste âmbito releva a segunda por se verificar quando alguém resolve cometer um delito e convida outra(s) pessoa(s) a executá-lo. A fundamentação parte exatamente da colocação em perigo objetivo do bem jurídico, através de um desvalor da ação (o convite a outrem) e um desvalor do resultado (enquanto perigo que representa)⁹⁴; no entanto, por se tratar de uma figura prevista na parte geral tem sido objeto de controvérsia por adiantar em demasia a intervenção punitiva, abandonando o Direito Penal do ato a favor de um Direito Penal da vontade, do sentimento.⁹⁵ A par destas figuras,

⁹³ Voto contra de Souto de Moura no Ac. Uniformizador, p. 73.

⁹⁴ Laguía, Ignacio, 1989, p. 992.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 995 e 997.

ainda prevê na parte especial a proposta de homicídio (art. 141º)⁹⁶ para abarcar, ainda que não unanimemente, as situações que reportamos.

Quanto ao ordenamento português também é importante referir que em 1963, aquando do ProjPG, EDUARDO CORREIA já previa este tipo de comportamentos, mas não apenas para o crime de homicídio – art. 31º⁹⁷, porém acabou por ser suprimida do texto final, dada a controvérsia gerada.⁹⁸ Pois bem, também nós, em determinados casos, antecipamos a tutela do bem jurídico fundada na perigosidade que as condutas refletem (vejam-se os art. 139º, 297º e 298º)⁹⁹, o que agora propomos é justamente mais uma das situações em que, em nossa opinião, se deveria antecipar a tutela penal atendendo quer à perigosidade ao bem jurídico que, ainda que não imediatamente, está em risco sério¹⁰⁰, quer à própria ação desvaliosa de quem engendra todo o plano, manifesta claramente a sua intenção de por fim à vida de outrem que só não se efetivou por circunstâncias que inesperadamente lhe são alheias e ainda, ao alarme social e insegurança da comunidade.

Assim, ponderando os interesses – a liberdade do agente e a tutela do bem jurídico “vida”–, entendemos que o direito penal, ainda que vinculado ao princípio da ofensividade, deve tornar criminalmente relevante a criação do perigo¹⁰¹, por este já significar um resultado por si mesmo, ou seja, coloca o “*bem jurídico em pior situação do que aquela que existiria se o perigo não se tivesse chegado a desenhar no horizonte por força da conduta do agente*”¹⁰², mesmo que não se efetive o dano – morte, pois a intervenção do instigador já se esgotou aquando da determinação, até porque “*acresce que, numa perspetiva de política criminal, dificilmente seria compreensível que o agente*

⁹⁶ Conde, Francisco, 2010, p. 448 e ss.

⁹⁷ “*Quem determina outrem à prática de um crime será punível com pena correspondente à tentativa desse crime. Da mesma forma será punível quem aceita a oferta de outrem, ou com outra pessoa se concerta, para cometer um crime, ou quem se declara disposto a cometê-lo*”

⁹⁸ Henriques, Manuel, e Simas Santos, 1995, p. 259.

⁹⁹ Veja-se art. 363º que é uma clara tipificação da tentativa de instigação: “*quem convencer ou tentar convencer outra pessoa, através de dádiva ou promessa de vantagem patrimonial ou não patrimonial, a praticar os factos previstos nos artigos 359º ou 369º, sem que estes venham a ser cometidos, é punido com pena de prisão até dois anos ou com pena de multa até 240 dias.*”

¹⁰⁰ O risco permite a verificação de um resultado positivo ou negativo (contrariamente ao perigo), sendo que há um risco proibido quando o agente “*cria um risco substancial e injustificado de produção de um resultado, um risco de tal probabilidade e de concretização tão lesiva que nenhum cidadão normal, medianamente razoável, considera adequado às circunstâncias em que a conduta foi praticada*”. – Faria Paula, 2010, p. 378.

¹⁰¹ Os crimes de perigo dividem-se em crimes de perigo concreto, em que o tipo legal exige que o bem jurídico tutelado seja efetivamente posto em perigo, como sendo elemento constitutivo do tipo legal (ex: art. 291º) e em crimes de perigo abstrato, em que o perigo se baseia na elevada perigosidade da conduta, demonstrada pela experiência comum, que por si só já constitui crime (ex: art. 292º). – Carvalho, Taipa, 2016, p. 305.

¹⁰² *Ibidem*, p. 382.

*que determina todo o quadro de concretização do crime de homicídio em condições que necessariamente levariam à sua consumação, a qual só não se concretiza por circunstâncias alheias à sua vontade, visse a sua conduta isenta de qualquer sanção.*¹⁰³”

Pelo exposto, entendemos que a situação controvertida consubstancia-se num perigo para o bem jurídico, capaz de justificar a intervenção penal, ainda que caracterizada pela sua intervenção mínima, de *ultima ratio*, achamos assumida a carência de tutela penal, aliada aos princípios constitucionais de adequação, necessidade e proporcionalidade (art. 18º, nº 2 CRP), pois mesmo sendo um ato preparatório cumpre-se colmatar a lacuna legislativa e por razões de prevenção geral antecipar excepcionalmente a proteção do bem jurídico vida:

Assim propomos a inclusão de um artigo com a seguinte redação:

Art.º 132º- A

Proposta de Homicídio

- 1- Quem propuser outrem a executar os crimes previstos nos números anteriores, através de meios manifestamente exteriorizados, é punido com a pena correspondente à tentativa desse crime, especialmente atenuada.
- 2- A punibilidade do número anterior não depende da aceitação da proposta.
- 3- A proposta deixa de ser punível se o proponente dirigir esforços sérios para afastar o perigo criado ou impedir a consumação do crime.

Anotação:

Nº 1: a proposta deve ser efetuada através de meios manifestamente exteriorizados, de forma a impedir que se criminalizem *meras cogitationes*, o objetivo é prevenir a concretização de um facto que, não alcançando o estágio da tentativa, já abandonou o íntimo do proponente por já estar a pôr em prática o seu plano. Esses meios manifestamente exteriorizados podem ser os contactos insistentes, a entrega de uma quantia patrimonial, indicações sobre a vítima, etc. A atenuação especial da pena em relação à tentativa deve-se ao facto de estarmos num momento precoce do *iter criminis*.

¹⁰³ Ac. TRP de 10/02/2016, p. 110.

Nº 2: afasta a obrigatoriedade de existência de um contrato entre o proponente e o executor, basta a atuação do agente proponente, a tentativa de determinação do executor (a proposta).

Nº 3: visa abarcar as situações de desistência, uma vez que, embora tenha decidido matar alguém, e para tanto proposto a sua execução a um terceiro, pode desistir dos seus intentos e dessa forma fazer tudo o que estiver ao seu alcance para afastar o perigo criado ou impedir a lesão do bem jurídico, afastando, assim, a sua punibilidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Iniciámos o nosso projeto sem saber exatamente qual o desfecho final, se iríamos contra ou a favor do sistema em vigor, apenas tínhamos como ponto de partida a injustiça, ainda que, pelo desconhecimento, meramente social/moral, de sentenças absolutórias de uns e condenatórias de outros, quando as características fácticas seriam semelhantes. E a pergunta seria: afinal o que prevê a nossa lei para estas situações?

Entendemos que o enquadramento legislativo correto a fazer será o de subsumir a factualidade à modalidade de instigação como clara forma de autoria, à luz do art. 26º, tratando-se de um agente que determina outrem responsável e livre à prática de um facto – em estudo o homicídio – detendo o primeiro o domínio de facto sob a forma de domínio de decisão e o segundo o domínio de acção. Pelo que há uma evidente distinção entre o conceito de autoria mediata e instigação, constatado pela caracterização de cada uma das figuras, até porque, neste caso, é impensável conotá-lo como uma forma singular de autoria e classificar o executor como instrumento nas mãos do homem de trás (próprio da autoria mediata), porque desta forma violaríamos quer o princípio da legalidade (art. 29º, nº 1 e 3 CRP) quer o princípio da autorresponsabilidade.

No entanto, para que o agente seja considerado instigador, o legislador exige que haja execução ou início dela pelo homem da frente, uma vez que só assim se manifestará concretamente a efetiva determinação, motivo pelo qual o STJ e a doutrina subjacente optaram por alargar o âmbito da autoria mediata e por essa via punir o homem de trás, o qual não concordamos pelo explicitado quanto ao momento de início de execução, que para a autoria mediata é igualmente o início de execução do facto pelo autor imediato. Logo, a conclusão do STJ deveria ter sido a da não punibilidade do agente, por se tratar de instigação com ausência do pressuposto execução ou início dela.

Deste modo, não penetrando o estádio da tentativa por não haver já uma conexão de perigo típico para o bem jurídico, resta-nos tipificar uma forma específica e excecional de punibilidade de atos preparatórios – a proposta de homicídio – e assim salvaguardar, no âmbito desta grande criminalidade, as situações gravemente perigosas. Como demonstrámos, é a própria acção de determinação que deve ser punida, é a proposta que, ainda que no âmbito dos atos preparatórios, significa um risco grave, na medida em que o agente passou das *meras cogitationes*, já produziu atos manifestamente exteriores que evidenciam um perigo para o bem jurídico, já deu por terminada a sua atuação, esperando

apenas pela consumação levada a cabo por aquele que pensa ser o seu contratado. É claro que o perigo não é o mesmo que o expectável no âmbito dos atos de execução, não representa uma lesão *stricto sensu*, mas causa uma ofensa cabalmente relevante, verificando-se um desvalor de resultado para além do evidente desvalor da conduta do agente.

O nosso estudo cingiu-se à tentativa de instigação à prática do crime de homicídio, por acharmos ser o caso que demonstra uma incontestável necessidade de intervenção, que à luz da importância do bem jurídico possui dignidade penal e carência de tutela, mesmo que em sede de exceção à regra da não punibilidade dos atos preparatórios. Não procuramos antecipar desproporcionalmente a tutela penal, mas, da mesma forma que existe um regime de punibilidade da tentativa e normas especiais que incriminam atos preparatórios, acrescentamos aquela que entendemos ser uma conduta especialmente perigosa perturbadora do normal funcionamento da ordenação social, mesmo que isso signifique uma inferência anterior a um estágio de iminência.

Na nossa linha de raciocínio fomos demonstrando a fundamentação dos Juízes Conselheiros contra à fixação de jurisprudência do referido Acórdão (Souto de Moura, Carmona da Mota, Eduardo Maia Costa), bem como o Juiz Desembargador Nuno Coelho no Acórdão TRP, Nuno Brandão na sua análise e outros autores que deixam em aberto a constatação de uma lacuna de punibilidade por parte do legislador, socorrendo-se de hipóteses plasmadas no Código Espanhol para perspetivar essa possibilidade ou deixando claro que enquanto a conduta não for tipificada, estes agentes sairão impunes.

Assim, e com um olhar para outros ordenamentos que punem este tipo de condutas mesmo considerando que a instigação é somente uma forma de participação, fica por explicar por que o nosso ordenamento não as prevê quando entende, e bem, que o instigador detém domínio sobre a decisão do executor, é o senhor do facto que o influencia psicologicamente. Daí que a criminalização que sugerimos se fundamente nos arts. 17º e 141º CP Espanhol e no art. §30 StGB por punirem a proposta para delinquir e a tentativa de instigação concretizando o problema que aqui procuramos alertar; no entanto, também o direito penal português concorda com determinadas antecipações de tutela (ex: propaganda ao suicídio, instigação pública a um crime, apologia ao crime e suborno).

Cabe-nos a nós juristas contribuir para a investigação destas temáticas e se necessário imiscuir-nos numa alteração legislativa, que sublinhe-se, excecional, mas

adequada a prevenir este flagelo que tem sido encomendar a morte de outrem por meio de alguém que pode sujar as mãos em troca de uma quantia pecuniária e assim substituível, pois se não for aquele, será outro que aceitará a proposta. É importante que a comunidade continue a confiar no sistema, que continue a sentir-se segura e ainda assim, não deixe de ser o Direito Penal um direito de última via.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Doutrina:

Albuquerque, Paulo Pinto de (2015), *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3ª edição atualizada, Universidade Católica Editora.

Andrade, Manuel da Costa (1992), «*A Dignidade Penal*» e a «*Carência da Tutela Penal*» como Referências de uma Doutrina Teleológico-Racional do Crime, *Revista de Ciência Criminal*, Coimbra Editora, p. 173 a 205.

Antunes, Maria João (2015), *Consequência Jurídicas do Crime*, 2ª edição, Coimbra Editora.

Brandão, Nuno (2008), *Pacto para Matar: Autoria e Início de Execução*, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 18, nº4, outubro-dezembro, p. 531 a 605.

Carvalho, Américo Taipa (2016), *Direito Penal, Parte Geral, Questões Fundamentais, Teoria Geral do Crime*, 3ª edição, Universidade Católica.

Centro de Estudos Judiciários (1982), *Jornadas de Direito Criminal, O novo Código Penal Português e Legislação Complementar*, Fase I, p. 167 a 177.

Conde, Francisco Muñoz (2010), *Derecho Penal: Parte General*, 8ª edição, Valência: Tirant lo Blanch.

Correia, Eduardo (1948), *Problemas fundamentais da comparticipação criminosa*, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano IV, nºs 1 a 4, p. 42 a 56 e 194 a 205.

Correia, Eduardo (1951), *Elementos para o estudo da Tentativa, Separata da Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano VI, nºs 4 a 6, p. 5 a 68.

Costa, António Manuel de Almeida (2014), *Ilícito Pessoal, Imputação Objetiva e Comparticipação em Direito Penal*, Almedina.

Cunha, Conceição Ferreira da (1995), *Constituição e Crime: uma perspectiva criminalização e da descriminalização*, Universidade Católica, Porto Editora.

- Cunha, Conceição Ferreira da (2017), *Os Crimes contra as Pessoas, Relatório sobre o programa, os conteúdos e os métodos de ensino da disciplina*, Porto, Universidade Católica.
- Dias, Jorge Figueiredo (2012), *Direito Penal, Parte Geral: questões fundamentais, a doutrina geral do crime, Tomo I*, 2ª edição, Coimbra Editora.
- Dias, Jorge Figueiredo e Manuel Costa Andrade (1997), *Criminologia, O Homem Delinvente e a Sociedade Criminógena*, 2ª Reimpressão, Coimbra Editora.
- Dias, Jorge Figueiredo e Susana Aires de Sousa (2006), *Autoria Mediata e crime de condução ilegal de veículo automóvel*, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, nº 3936, páginas 253 a 260.
- Faria, Maria Paula Bonifácio Ribeiro de (2010), *O Risco penalmente relevante – uma tarefa de interpretação da norma penal*, *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Vol. II, Coimbra Editora, Boletim da Faculdade de Direito, páginas 370 a 415.
- Faria, Maria Paula Bonifácio Ribeiro de (2017), *Formas Especiais do Crime*, Porto, Universidade Católica.
- Ferreira, Manuel Cavaleiro de (1982), *Direito Penal Português, Parte Geral*, Lisboa Verbo.
- Ferreira, Manuel Cavaleiro de (1992), *Lições de Direito Penal, Parte Geral, A Lei Penal e a Teoria do Crime no Código Penal de 1982*, Verbo.
- Garcia, Ana Rita Gonçalves (2013), *Da relevância jurídico-penal da instigação sem início de execução*, Dissertação de Mestrado da Universidade de Coimbra, Faculdade de Direito, Coimbra.
- Henriques, Manuel Leal e Manuel Simas Santos (1995), *Código Penal Anotado*, Vol. I, 2ª edição, Rei dos Livros.
- Laguía, Ignacio Muñagorri (1989), *Punición o despenalización de la proposición para delinquir*, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XLII, Fascículo 3, p. 989 a 1020.

- Monteiro, Isabel Maria Trocado (2014), *Proposta de Homicídio, Da punibilidade da tentativa do autor mediato e do instigador, na criminalidade e no âmbito dos delitos de domínio*, Universidade Católica do Porto, Porto.
- Monteiro, Henrique Salinas (1999), *A Comparticipação em Crimes Especiais no Código Penal*, Universidade Católica Editora.
- Oliveira, Sílvia (2011), *A Justificação – ou não – da Figura da Instigação no Nosso Código Penal*, Dissertação de Mestrado da Universidade Católica do Porto, Porto.
- Palma, Maria Fernanda (2006), *Da “tentativa possível” em Direito Penal*, Coimbra, Almedina.
- Pereira, Vítor de Sá e Lafayette Alexandre (2008), *Código Penal Anotado e Comentado*, Quid Iuris.
- Rodrigues, Marta Felino (2010), *As Incriminações de Perigo e o Juízo no Crime de Perigo: necessidade de precisões conceptuais*, Coimbra, Almedina.
- Roxin, Claus (2004), *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, 3ª edição, Lisboa: Vega.
- Silva, Germano Marques da (2012), *Direito Penal Português, Teoria do Crime*, Lisboa, Universidade Católica.
- Sousa, Susana Aires de (2005), *A autoria nos crimes específicos: algumas considerações sobre o artigo 28.º do Código Penal*, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 15, p. 343 a 368.
- Valdágua, Maria da Conceição (2001), *Figura Central, aliciamento e autoria mediata (Contributo para uma crítica intra-sistemática da doutrina de Claus Roxin sobre a delimitação da autoria mediata face à participação, no âmbito dos crimes de domínio)*, *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*, Vol.I, Coimbra Editora, p. 917 a 938.
- Valdágua, Maria da Conceição (2003), *Autoria Mediata em virtude do domínio de organização ou autoria mediata em virtude da subordinação voluntária do executor à decisão do agente mediato? Liber Disciplinorum para Figueiredo Dias*, Coimbra, p. 651 a 672.
- Weigend, Hans-Heinrich Jescheck Thomas (2003), *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Quinta Edición, Comares

Jurisprudência:

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 16/10/2008, Preprocesso nº 3867/07, 5ª Secção
Acórdão de Fixação de Jurisprudência de 18/06/2009, Processo nº 09P0305, Relator Pires da Graça.

Acórdão do tribunal da Relação do Porto de 10/02/2016, Processo nº 1898/09.2JAPRT.P1, Relator Nuno Ribeiro Coelho.

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 23/05/2012, Processo nº 67/09.6GAAVZ.C1, Relator José Eduardo Martins

Notícias:

http://sic.sapo.pt/Programas/queridasmanhas/queridasmanhas_lista/2017-04-21-Absolvida-por-encomendar-morte-do-ex-marido

<http://www.tvi24.iol.pt/sociedade/26-01-2017/absolvida-mulher-filmada-a-encomendar-a-morte-do-ex-marido>

<https://www.jn.pt/justica/interior/filmada-a-encomendar-morte-do-marido-absolvida-5630198.html>

<https://www.cmjornal.pt/portugal/detalhe/mulher-condenada-a-seis-anos-de-prisao-por-encomendar-morte-do-marido>

<http://www.buzztimes.pt/n/porto-absolvida-e-depois-condenada-por-encomendar-morte-do-marido/>

