

Aliciamento para matar: que relevância jurídico-penal?

MARIA DA CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA*

I. Introdução

I.1. O Problema

Para surpresa de muitos (onde me incluo) têm ocorrido em Portugal, nos últimos anos, vários casos de «aliciamento para matar» ou «mandato criminoso»¹, que se reconduzem, nos seus traços essenciais, ao seguinte:

A decide e planeia a morte de B, contactando C para executar tal homicídio, sob promessa de recompensa patrimonial e dando indicações concretas de como executar o crime (local, data, modo de execução). C finge aceitar tal «proposta», mas, na verdade, não pratica qualquer ato de execução e, nalguns casos, acaba mesmo por denunciar a situação (o problema também se colocaria se C começasse por intimamente aceitar tal proposta e, depois, decidisse nada fazer)².

* Professora Associada da Escola do Porto da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.

¹ Estas situações têm ocorrido também noutros países, não resistindo a salientar o caricato caso espanhol, referido no jornal *Expresso* de 28/6/2019, com este título: «Duas mulheres vão à polícia queixar-se de terem pago 7 mil euros por um homicídio não executado»; tratou-se de duas senhoras (mãe e filha), que incumbiram o namorado de uma delas de matar o ex-namorado da outra, mediante recompensa económica, que lhe foi entregue. Não tendo o suposto executor cumprido o prometido, foram as senhoras queixar-se à polícia, tendo sido imediatamente detidas! Note-se ainda que, em Espanha, a situação de aliciamento ou mandato para matar está claramente criminalizada.

² Segundo VALDÁGUA, as situações de aliciamento abrangem o acordo, ajuste ou pacto criminoso, em que o «agente da retaguarda» se compromete a uma contraprestação, o pedido, a promessa, a ordem e, talvez, a dádiva (2001), p. 928; (2003), pp. 664, 670.

Na verdade, são vários os acórdãos que se têm pronunciado sobre este tipo de casos, em sentidos divergentes, o que deu mesmo origem a um acórdão uniformizador de jurisprudência³, segundo o qual:

«É autor de crime de homicídio na forma tentada pelas disposições conjugadas dos arts. 22.º, 1.2., c), 23.º, 26.º, 131.º, todos do Código Penal, quem decidiu e planeou a morte de uma pessoa, contactando outrem para a sua concretização, que manifestou aceitar, mediante pagamento de determinada quantia, vindo em consequência o mandante a entregar-lhe parte dessa quantia e a dar-lhe indicações relacionadas com a prática do facto, na convicção e expectativa dessa efetivação, ainda que esse outro não viesse a praticar qualquer ato de execução do facto.»

Porém, a questão mantém-se controversa: este acórdão de fixação de jurisprudência teve vários votos de vencido e houve, entretanto, um outro acórdão para resolver um recurso contra esta jurisprudência fixada⁴, decidindo este acórdão no sentido de manter a jurisprudência fixada e revogando a decisão recorrida⁵, por ser contrária ao acórdão de fixação de jurisprudência.

Também a doutrina se tem pronunciado sobre esta questão: destacamos o comentário ao Acórdão do STJ de 16/10/2008⁶ – BRANDÃO (2008), pp. 531 e ss., em sentido divergente do defendido no acórdão (e, assim, em sentido também divergente do acórdão de fixação de jurisprudência).

1.2. O problema relaciona-se essencialmente com as seguintes questões:

1. Distinção entre instigação e autoria mediata, questionando-se a inserção deste tipo de casos (de «aliciamento» para matar) numa categoria ou na outra⁷;

³ Acórdão do STJ de 18/6/2009 (Pires da Graça) – DR, 139, 2009, pp. 4566-4599.

⁴ Acórdão do STJ de 24/5/2017 (Pires de da Graça), in www.dgsi.pt.

⁵ Do Acórdão do TRP de 10/2/2016 (Nuno Ribeiro Coelho), in www.dgsi.pt.

⁶ Acórdão do STJ de 16/10/2008 (António Colaço), in www.dgsi.pt.

⁷ Partindo do pressuposto de que existe (e de que deverá continuar a existir) esta distinção. Recorde-se que, para CORREIA não haveria interesse em distinguir estas figuras, qualificando tal distinção de um «luxo de conceitos» (CORREIA, 1948, pp. 1 e ss.). Recentemente, COSTA vem defender uma tese em que resume a participação às categorias da autoria (enquanto «domínio concomitante e não concomitante») e participação, não sobrando espaço para a figura da instigação (COSTA, 2014, p. 1206). Não poderemos,

2. Distinção entre as várias fases do *iter criminis* (resolução criminosa, atos preparatórios e atos de execução) e averiguação do momento a partir do qual se poderá responsabilizar o instigador e o autor mediato por um crime que não chegou a consumar-se: a resposta, no caso da instigação, é mais clara, porquanto a lei exige especificamente que o instigado já tenha iniciado a execução do crime para que o instigador possa responder pela tentativa desse crime (art. 26.º do CP⁸, última parte); mas já surgem dúvidas e posições diversas quanto ao momento a partir do qual o autor mediato poderá responder por tentativa;
3. A *ratio* da não punibilidade da tentativa de instigação e o questionamento acerca da bondade desta solução mesmo face a crimes muito graves, como é o caso do homicídio. Este problema relaciona-se com o grau de antecipação da tutela penal que se poderá considerar legítimo num Estado de Direito Democrático, atenta a necessidade de proteção dos bens jurídicos, em especial dos mais fundamentais, como é o caso da vida humana, mas, por outro lado, tendo também em consideração os princípios da mínima restrição de direitos, da necessidade e proporcionalidade (Direito Penal como *ultima ratio* – cf. art. 18.º, n.º 2, da CRP⁹).

II. Distinção entre autoria mediata e instigação: princípio da autor-responsabilidade ou relação de «subordinação»?

Para conseguirem condenar o mandante, os Tribunais portugueses tiveram de transpor dois obstáculos difíceis de superar: não qualificar o mandante como «instigador», mas como «autor mediato»; não considerar que a tentativa do crime se inicia com a prática de atos de execução por parte do «executor», mas sim com a prática de *certos* atos por parte do mandante¹⁰.

Ora, para a qualificação do mandante/aliciante como «autor mediato», a nossa jurisprudência baseou-se na conceção de VALDÁGUA, que alarga

porém, no presente contexto, aprofundar esta conceção; para uma síntese do pensamento deste autor, *Idem*, pp. 1194 e ss.

⁸ Abreviatura de Código Penal; sempre que nos referirmos a um artigo sem indicação de proveniência, estamos a reportar-nos ao Código Penal.

⁹ Abreviatura de Constituição da República Portuguesa.

¹⁰ Neste sentido já o Acórdão do TRC de 12/9/2007 (Gabriel Catarino), *in* www.dgsi.pt.

o conceito de autoria mediata a situações de «subordinação voluntária» do agente imediato ao «agente da retaguarda».

Para VALDÁGUA existe autoria mediata se o agente mediato detiver o «domínio da vontade do agente imediato», caracterizando este domínio como a «subordinação voluntária do agente imediato a uma eventual decisão posterior do agente mediato», mediante promessa de uma determinada contraprestação¹¹. Assim, esta autora parte do princípio de que, havendo um acordo criminoso baseado numa contraprestação, o agente imediato estará subordinado à vontade do agente da «retaguarda»¹² (para praticar o crime, mas também para deixar de o praticar¹³), fundando nesta subordinação o enquadramento de tais casos na autoria mediata. Distingue estas situações daquelas outras em que alguém convence outrem a cometer um crime, sem que haja «domínio da vontade» – ou seja, quando «não resulte, expressa ou concludentemente, que o agente imediato se compromete a não executar o facto punível, no caso de o agente da retaguarda vir a mudar de desígnio a esse respeito»¹⁴.

Porém, quem nos garante que o «agente imediato» vai mesmo cometer o crime ou vai deixar de o cometer face a uma ordem nesse sentido? Afinal, como saber se o agente se deixou subordinar ou não à vontade do agente mediato? A existência do referido acordo (geralmente com contraprestação ou promessa de contraprestação) poderá garantir tal

¹¹ VALDÁGUA (2003), pp. 663, 664.

¹² A expressão, que preferimos à de «homem de trás», é da autora cujo pensamento estamos a analisar.

¹³ Podendo falar-se de um «domínio positivo do facto» e de um «domínio negativo» (capacidade para fazer «gorar» o facto) – sobre estas capacidades DIAS (2007), p. 765, nota 17.

¹⁴ VALDÁGUA (2003), p. 665. Note-se que há autores (como PUPPE e JAKOBS) que se referem a esta subordinação da vontade, mas enquadram tais casos na instigação (*apud, Idem*, p. 666). Saliente-se ainda que a posição de VALDÁGUA também se relaciona com a sua conceção no sentido de a instigação ser uma forma de participação e não de autoria (2001, p. 930), considerando que, nos casos de pacto criminoso, sendo o mandante «senhor» do processo, deveria ser considerado autor (mediato). Porém, sendo esta a conceção perfilhada pela maioria da doutrina alemã, todavia não parece estar em sintonia com o art. 26.º do nosso CP, relativo à «autoria» e onde se refere a instigação. Considerando que o instigador detém o «domínio da decisão» DIAS (2007), p. 816, § 78. Note-se ainda que, na Alemanha, apesar de se considerar a instigação uma forma de «participação» ao invés de uma forma de «autoria», a pena do instigador é a mesma da do autor, o que acaba por demonstrar, tal como bem assinala FARIA (2017), o «reconhecimento de idêntico conteúdo de ilicitude à atuação do autor e do instigador» (p. 327, nota 438).

subordinação? Como enquadrar a situação se, afinal, o agente imediato mudar de ideias e não cometer o crime¹⁵ ou, inversamente, se persistir na decisão de o cometer mesmo perante uma ordem contrária do agente da retaguarda¹⁶?

Na verdade, se o agente imediato é um adulto responsável, que não está a ser instrumentalizado (por exemplo, por coação ou indução em erro), ele é livre para mudar de ideias e desobedecer ao «agente da retaguarda», livre para quebrar o pacto, daí, não nos parecer que haja uma verdadeira relação de subordinação, mas apenas um «domínio da decisão»¹⁷, sendo então mais correto enquadrar este tipo de situações no âmbito da instigação, mantendo-nos fiéis ao princípio da autorresponsabilidade¹⁸.

¹⁵ Situação que se enquadra ainda no problema que temos em vista tratar.

¹⁶ VALDÁGUA (2003), pp. 664, 668, 669, considera que, se o agente imediato cometer o crime desobedecendo a uma «contraordem» (a expressão é minha) do agente mediato, já haveria uma nova resolução que apenas a si pertenceria, ou seja, parece que o agente que executasse o facto teria de responder a título individual... No entanto, esta solução suscita-nos muitas dúvidas. Tendo em consideração que a resolução criminoso fora «gerada»/criada pelo «agente da retaguarda», este não deveria ser punido como instigador, a menos que tivesse ativamente desistido? Poderia considerar-se a «ordem de parar ou de não iniciar a execução» uma desistência ativa (art. 25.º do CP)? Tal desistência ativa, perante a insistência do executor, não exigiria um outro esforço (tal como alertar a polícia, se necessário) para evitar a consumação do crime? Se é certo que, no momento em que o agente imediato inicia os atos de execução, já houve uma «contraordem» do «agente da retaguarda», podendo sustentar-se (tal como VALDÁGUA) que o executor já não está a ser «determinado ou codeterminado» pelo agente da «retaguarda», por outro, é inegável que o executor foi, à partida, determinado pelo agente da «retaguarda»; assim, se este agente teve um papel determinante na decisão de o agente imediato (na nossa perspetiva, o instigado) cometer o crime, cremos que não deixará de ser responsabilizado a menos que desista ativamente.

¹⁷ Na verdade, haverá «domínio da decisão» se, de facto, o agente da retaguarda conseguiu convencê-lo a cometer o crime. Segundo DIAS, o instigador tem o «domínio da decisão», «acompanhando de perto e ao pormenor a tomada de decisão definitiva pelo executor» (2007, p. 799, § 46); já o autor mediato tem o «domínio da vontade», fazendo parte da autoria mediata as situações em que o executor é um instrumento «não totalmente responsável» (2007), p. 803, § 54. Também neste sentido, FARIA (2017), p. 325 – a propósito da questão de CORREIA acerca da vantagem do conceito de instigação – considerando que o instigado, diferentemente do agente imediato, tem o «domínio do facto». Recorde-se que, para EDUARDO CORREIA, não haveria interesse em distinguir estas figuras [cf. *supra* nota 7, onde se refere ainda a tese de COSTA (2014), que não deixa espaço para a instigação].

¹⁸ Neste sentido, DIAS (2007), p. 807, §§ 61 e 62, enquadrando os casos de aliciamento na instigação.

Verdadeira subordinação e domínio da vontade haverá face a situações de instrumentalização, seja ou não no âmbito de pactos criminosos ou de organizações de poder; mas, para tal, o pacto não poderá ser firmado entre pessoas livres e responsáveis, mas terá de haver coação¹⁹ ou provocação de engano ou aproveitamento de erro, de situação de inexigibilidade ou de incapacidade de culpa, sendo estes, de facto, casos tradicionalmente qualificados como de «autoria mediata»²⁰.

Daqui decorre que o cerne da distinção entre instigação e autoria mediata residirá no princípio da autorresponsabilidade²¹ – enquanto na instigação ambos os agentes são pessoas livres e responsáveis pelos seus atos, tendo ambos o «domínio do facto», na autoria mediata apenas o

¹⁹ Segundo VALDÁGUA (2001), p. 928, «o aliciamento pode ser uma forma de dominar a vontade do executor tão, ou mais, eficaz do que a coação...», comparando a coação através de ameaças à integridade física com o aliciamento de receber uma avultada quantia de dinheiro que tire a pessoa e a sua família da miséria. Reconhecendo a impressividade da comparação, não podemos todavia concordar integralmente. Na verdade, pensamos que o que está verdadeiramente em causa é saber quando é que o executor é instrumentalizado e quando ainda é uma pessoa livre e responsável, reiterando, assim, o critério da autorresponsabilidade. Ora, só a coação que provoque uma situação de inexigibilidade (para além, obviamente, da coação absoluta e da coação que conduza a situação de exclusão da ilicitude do coagido) se poderá considerar instrumentalizadora do executor, conduzindo, assim, ao enquadramento do caso na autoria mediata: uma ameaça de ofensas corporais conduzirá, em regra, a tal situação, mas tudo depende também do crime a praticar – a ameaça de uma bofetada caso o executor não mate alguém não nos parece suficiente; por outro lado, o executor que se deixa aliciar pela promessa de uma avultada soma de dinheiro para assim poder pagar um tratamento vital ou para sair de uma situação de indigência, com perigo grave para a vida ou saúde substancial (sua e/ou de familiares próximos) poderá ver a sua culpa excluída por estado de necessidade desculpante (art. 35.º), caindo tal caso no âmbito da autoria mediata – pois haveria aqui uma instrumentalização e, conseqüentemente, uma irresponsabilidade do agente imediato. Esta conclusão será ainda menos controversa se o aliciamento for para a prática de um crime menos grave do que o homicídio (p. ex., ofensas à integridade física simples ou um crime patrimonial). Cf., porém, em sentido diverso, DIAS, 2007, p. 785, § 19.

²⁰ DIAS (2007), pp. 776 e ss., §§ 3 e ss.; FARIA (2017), pp. 305-312; estes serão os casos mais frequentes de autoria mediata, mas outras situações existem, também referidas por estes autores, tais como, quando o comportamento do agente imediato é atípico ou lícito; também MONTEIRO (2014), nomeadamente, nas conclusões, p. 37. Note-se que, segundo ROXIN, a autoria mediata funda-se no «domínio da vontade», mas este apenas existirá nos casos de coação, erro (induzido ou aproveitado) e de ordens no âmbito de um aparelho organizado de poder; Sobre a conceção de ROXIN, VALDÁGUA (2001), pp. 917 e ss., esp. 921 e ss.; DIAS (2007), pp. 765, §§ 16 e ss., em especial, quanto à autoria mediata, pp. 776, § 3 e pp. 788 e ss., §§ 25 e ss. (quanto ao «domínio da organização»).

²¹ Assim, DIAS (2007), pp. 803, 804, §§ 54, 55.

autor mediato poderá ser plenamente responsabilizado, pois o agente é um instrumento, que nunca poderá responder a título de culpa dolosa.

Pensamos mesmo que o interesse da distinção entre instigação e autoria mediata reside em saber quando é que o agente imediato é plenamente responsável e quando é que tal plena responsabilidade cabe apenas ao agente da «retaguarda» e tal distinção só se poderá fundar na existência ou não de instrumentalização do agente imediato. Ou seja, saber quando estamos perante dois autores plenamente responsáveis, porque livres nas suas decisões, ambos com o «domínio do facto»²² e quando é que apenas o agente da retaguarda detém o «domínio do facto», porque apenas ele é livre e responsável, tendo instrumentalizado o outro agente para conseguir os seus intentos²³. Nas palavras de DIAS (2007), p. 777, § 5 «a autoria mediata termina – e começa eventualmente a instigação – em função daquilo que chamamos “princípio da (auto)responsabilidade”».

III. Averiguação do momento a partir do qual se poderá responsabilizar o instigador e o autor mediato pela tentativa do crime «projetado»

Poderemos ainda perguntar qual o interesse/utilidade do alargamento da autoria mediata a casos de pacto criminoso com pretensa «subordinação da vontade» do agente imediato. Segundo VALDÁGUA tal poderia resolver o problema da impunidade da instigação em cadeia. Não cremos, porém, que a nossa ordem jurídica afaste a possibilidade da punição da instigação em cadeia, concordando com DIAS (2007), p. 814, § 75, quando afirma: «Ponto é (apenas, mas necessariamente!) que, relativamente a cada um dos elos da cadeia, se possa afirmar que ele determinou – ainda que só de forma mediata – o executor à prática do facto ilícito típico, tendo este dado início à execução...»²⁴

²² Embora de diferentes modos: «domínio da decisão» por parte do instigador; «domínio da ação», por parte do instigado (DIAS, 2007, p. 816, § 78) Sobre o conceito «domínio do facto» e a sua origem, DIAS (2007), pp. 765 e ss., §§ 16 e ss.; VALDÁGUA (2001), pp. 917 e ss.; ROXIN (2000), § 17.

²³ Neste sentido BRANDÃO (2008), p. 594 – considerando que o critério apontado por VALDÁGUA é inconciliável com o art. 26.º do CP, cujo critério de distinção é o da autorresponsabilidade.

²⁴ Sobre esta questão, cf. MORÃO (2006). Fará sentido trazer à colação o caso *Mea Culpa*, relativamente ao qual DIAS admite haver instigação (podendo todavia questionar-se a cumplicidade), não, seguramente, autoria mediata, diferentemente do que foi o

Não visaria, porém, mesmo para VALDÁGUA, antecipar a tentativa a momentos anteriores ao início da execução pelo agente imediato (pelo menos, em regra)²⁵. Na verdade, a autora afirma mesmo que, nos casos de pacto criminoso, «a impunidade da tentativa do agente mediato constitui uma lacuna»²⁶; pois, VALDÁGUA está consciente de que, nos casos de aliciamento, sendo o agente imediato um agente livre e responsável, a execução só começa com a sua atuação – só com a sua atuação se poderá dizer que há um perigo próximo (de acordo com o art. 22.º) para o bem jurídico.

Porém, posição diversa foi sustentada por alguma jurisprudência, *maxime*, pelo Acórdão de fixação de jurisprudência, que enquadrou as situações de «aliciamento para matar» na autoria mediata, exatamente para poder punir como tentativa a atuação do agente mediato²⁷; isto, apesar de nos casos em análise não haver qualquer instrumentalização dos supostos agentes imediatos, nem, na verdade, qualquer instigação – pois o agente da «retaguarda» não conseguiu convencê-los efetivamente a cometer o crime. Ou seja, a jurisprudência louva-se da posição de VALDÁGUA quanto ao alargamento do conceito de autoria mediata aos casos de suposta «subordinação da vontade», mas já não segue a sua posição relativamente ao início da tentativa neste tipo de casos, como muito bem faz notar BRANDÃO (2008, p. 595). De resto, estamos em crer que, caso o crime se tivesse consumado, a figura aplicada teria sido a da instigação...

entendimento do STJ [Acs. do Tribunal de Círculo de Penafiel de 1/6/98 e do STJ de 27/1/99, *in* ALMEIDA, Carlota / ALMEIDA, Duarte (2002), pp. 49 e ss.; caso também referido *in* DIAS (2007), pp. 815 e 816, § 77].

²⁵ VALDÁGUA (2003), pp. 661, 672.

²⁶ VALDÁGUA (2003), p. 672.

²⁷ Acórdão do STJ de 18/6/2009 (Pires da Graça) – DR, 139, 2009, pp. 4566-4599. Já neste sentido, Acórdão TRC de 19/9/2007 (Gabriel Catarino), *in* www.dgsi.pt, salientando expressamente logo no sumário do acórdão (e depois no ponto 5 do Relatório): «No caso de autoria mediata a tentativa é punível, no caso da instigação a punição do sujeito activo só é adoperada se tiver havido execução ou se a mesma tiver tido o seu início. Assim, ao instigador não poderá ser assacada qualquer responsabilidade penal se não tiver havido execução ou começo de execução, quedando de fora a punibilidade da tentativa, ao passo que se se considerar que o arguido actua na veste de autor mediato, então será possível a sua punição como autor do facto típico, na forma tentada... Na autoria mediata a tentativa inicia-se com o final da actuação do autor mediato sobre o instrumento, ou seja, com a saída do acontecimento do âmbito do domínio do autor mediato.»

A solução da jurisprudência parece-nos *contra legem*, quer por praticamente esvaziar a categoria da instigação quer por alargar a tentativa para além do que está previsto no art. 22.^{o28}

Também em nossa opinião, a antecipação da tentativa a momento anterior ao do início da execução por parte do agente imediato só poderá sustentar-se exatamente naquelas situações em que o agente imediato é um «instrumento» nas mãos do agente mediato, pois só aí a atuação do agente mediato, quando faz tudo o que tem a fazer para pôr o «instrumento» em ação, poderá consistir num ato ao qual se seguirá «... segundo a experiência comum e salvo circunstâncias imprevisíveis... atos das espécies indicadas nas alíneas anteriores» [art. 22.^o, n.^o 2, al. c)], ou seja, atos típicos [al. a)] e/ou atos idóneos a produzir o resultado [al. b)]. Seria o caso, por exemplo, de A colocar veneno numa bebida e pedir a B para dar tal bebida a C. Pensamos que, num caso deste tipo, se poderia defender que o comportamento de A, ao entregar a bebida a B (sem lhe dizer, evidentemente, que esta continha veneno) já preenchia um ato de execução integrante da al. c) do n.^o 2 do art. 22.^o, porquanto a este ato se seguiria, segundo as regras da experiência e salvo circunstâncias imprevisíveis, o ato de dar a bebida a C e este a beber²⁹... E tal seria assim, porque não sabendo B que a bebida continha veneno, o que, segundo a experiência comum se espera que aconteça, é que B dê a bebida a C e este a beba, tudo numa cadeia de acontecimentos onde B

²⁸ Assim também BRANDÃO (2008), pp. 595 e ss., e MONTEIRO (2014), p. 38 (nas conclusões).

²⁹ Segundo DIAS (2007, 706, § 31) o ato da al. c) será o que imediatamente antecede o ato idóneo ou o ato típico, referindo-se a uma «conexão de perigo» e a uma «conexão típica». Este autor também admite que a execução possa começar (embora excepcionalmente) com a prática de atos de execução pelo autor mediato, quando, «no fim da atuação do agente mediato, existir já uma conexão de perigo típica para o bem jurídico ameaçado» (p. 821, § 86). Parece, porém, que este autor restringe mais esta possibilidade do que nós: confronte-se o exemplo que damos em texto com os exemplos de DIAS (2007, p. 819, § 84) e sua solução (p. 821, § 86). Também VALDÁGUA (2001), pp. 934, 935 admite que, nos casos de autoria mediata, «o âmbito de punição do autor mediato pode ser mais amplo (pode começar mais cedo) do que o da punição do instigador». Mas não, como vimos, nas situações de aliciamento [VALDÁGUA (2003), p. 672]. De resto, esta autora centra-se também na análise do art. 22.^o, c), dando exemplos semelhantes ao que referimos em texto [VALDÁGUA (2001), p. 934, nota 42].

está efetivamente a atuar como um instrumento sem vontade própria, pois está a ser enganado³⁰...

Porém, se A pedisse a B para levar a bebida a C, dizendo-lhe que pusera veneno na bebida para o matar, já o caso mudaria substancialmente, pois agora B também domina o acontecimento, estando a execução do crime dependente da sua vontade; na verdade, não me parece que se possa dizer (como já atrás referimos) que B fica subordinado à vontade de A, mesmo que este lhe prometa uma recompensa pela sua atuação e que, à partida, B aceite o pedido de A (genuinamente ou não). Na verdade, não estando B a ser induzido em erro, mas, ao invés, estando plenamente consciente da situação, o crime só será realmente executado se ele quiser³¹ – a partir deste momento a sua vontade é soberana (e não subordinada, como defende VALDÁGUA). Por isso, B seria um instigado, plenamente responsável, como autor, com «domínio do facto» (e não um «instrumento», sem responsabilidade). Assim, neste caso a tentativa de homicídio só existe se B praticar atos de execução (levar a bebida a C) – art. 26.º, última parte, e art. 22.º do CP, pois só a partir desse início de execução haverá perigo iminente para a vítima. E terá sido esta, segundo cremos, a *ratio* da exigência de início de execução por parte do instigado para haver punição por tentativa, quer relativamente ao instigador quer ao instigado.

Porém, mesmo para VALDÁGUA, que enquadra esta situação na autoria mediata, o início da tentativa continuaria a estar dependente da atuação do agente imediato; na verdade, apesar de a autora considerar que a vontade

³⁰ O início da tentativa no âmbito da autoria mediata não é assunto pacífico, defendendo parte da doutrina que o critério deverá ser o que preside às situações de instigação (exigindo-se a prática de atos de execução pelo agente imediato), enquanto para outros autores a tentativa poderá iniciar-se antes, e porventura prevalecendo as posições intermédias, atendendo ao art. 22.º: assim, DIAS (2007), pp. 820, 821, § 86; VALDÁGUA (2001), pp. 933 a 935; BRANDÃO, 2008, p. 591; PALMA (2006), distinguindo consoante o «desencadeamento» do processo pelo autor mediato seja «imparável» ou não – pp. 163, 164; MONTEIRO (2014), ponto 14., considerando que «o início da tentativa ocorre com o primeiro ato de execução que... tanto pode ser praticado pelo autor mediato como imediato, desde que tal ato esteja em condições de afetar a segurança e restringir as condições de liberdade da vítima conforme interpretação do art. 22.º, n.º 2, alíneas b) e c)»; cf. porém, FARIA (2017), p. 311, para quem o agente imediato terá de praticar atos de execução (não se referindo a quaisquer exceções). Também na doutrina alemã existem divergências quanto a este tema, defendendo ROXIN (2004), p. 326, que haverá tentativa quando o autor mediato «deixa o processo causal sair da sua esfera de domínio».

³¹ Excluindo-se, claro, outras situações de instrumentalização – p. ex., coação grave.

deste agente imediato está subordinada, não deixa de reconhecer que o perigo próximo/iminente para os bens jurídicos depende da sua atuação, o que se poderá considerar até algo contraditório³².

IV. A *ratio* da não punibilidade da tentativa de instigação e o questionamento da bondade desta solução face a crimes graves

O problema do grau de antecipação da tutela penal é controverso.

Por um lado, temos a necessidade de proteção dos bens jurídicos da comunidade, em especial dos mais essenciais (como é, indubitavelmente, a vida humana), como tarefa fundamental do Estado (arts. 9.º e 24.º da CRP), por outro, temos o princípio da mínima restrição de direitos liberdades e garantias, relacionado com os princípios da necessidade/subsidiariedade da intervenção penal, da proporcionalidade (art. 18.º, n.º 2, da CRP) e ainda com o princípio do Direito Penal baseado no facto – no cometimento de factos danosos ou pelo menos perigosos para os bens jurídicos (ao invés de fundado em personalidades perigosas³³). Estes princípios, que são corolários de um Estado de Direito Democrático (art. 2.º da CRP) e do próprio princípio fundante da dignidade da pessoa humana (art. 1.º da CRP), aconselham alguma contenção (e precaução) na intervenção penal, exatamente por esta ser a «arma mais forte» de que o Estado dispõe para proteção dos bens jurídicos³⁴.

Tendo em consideração esta necessidade de contenção, o legislador português optou por não punir a tentativa de instigação, embora tal hipótese tenha sido equacionada, prevendo o Projeto da Parte Geral do Código Penal, de 1963, da autoria de EDUARDO CORREIA, tal punibilidade, no seu art. 31.º: «Quem tenta determinar outrem à prática de um crime será punível com a pena correspondente à tentativa desse crime.

³² Se, na verdade, o agente imediato estivesse subordinado à vontade do agente mediato, tudo se passaria necessariamente segundo uma cadeia de acontecimentos contínuos, podendo, então, aplicar-se a al. c) do n.º 2 do art. 22.º à atuação do próprio agente da «retaguarda».

³³ Sobre a importância do princípio da ofensividade em Direito Penal, COSTA (1992), nomeadamente pp. 636 e ss.; CUNHA, 1995, nomeadamente, p. 78, nota 211, pp. 106, 107, nota 298, e 147 e ss. Questionando o fundamento da punibilidade da tentativa, à luz dos princípios de Estado de Direito e do «direito penal do facto», cf. PALMA, 2006, pp. 22 e ss., 29 e ss.

³⁴ Sobre estes problemas, CUNHA, 1995, nomeadamente, pp. 23 e ss. e 195 e ss., com indicações bibliográficas. Segundo LISZT, a pena é uma «*Arma a dopo taglio, tutela dei beni giuridici attuata mediante lesioni degli stesi*» (3.ª ed., p. 46).

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.»³⁵

No entanto, prevaleceu o receio de antecipar demasiado a tutela penal, o receio de intervir em estádios recuados do *iter criminis*, que ainda não representassem um perigo próximo para os bens jurídicos, critério que vigora no âmbito da punibilidade da tentativa (art. 22.º, n.º 2, do CP)³⁶, evitando-se assim punir personalidades perigosas, ao invés de factos perigosos.

É um dado adquirido, em sociedades democráticas como a nossa, que não se podem punir «más intenções» (*cogitationes poenam nemo patitur*), nem mesmo a sua exteriorização (a menos que tal exteriorização já consubstancie um crime, p. ex., de ameaça – art. 153.^{o37}), sendo a punição dos atos preparatórios excecional (art. 21.º).

Porém, a punição antecipada, embora não seja a regra, está prevista no nosso Código Penal. E estas situações de punição antecipada (relativamente ao perigo concreto e próximo/imminente para os bens jurídicos) devem fazer-nos refletir.

Estamos a pensar na punição excecional de certos atos preparatórios, mas também na previsão de crimes de perigo abstrato, de crimes de aliciamento, de recrutamento para a prática de crimes e de promoção de associações criminosas.

Qual a razão para se punirem, p. ex., os atos preparatórios de certos crimes de perigo comum (art. 275.º), de crimes contra o Estado (art. 344.º), assim como os atos preparatórios do crime de mutilação genital feminina (art. 144.º-A, n.º 2) e de casamento forçado (art. 154.º-C)?

Creemos que estão presentes motivos de política criminal, relacionados com a necessidade de atuação antecipada para prevenir crimes graves,

³⁵ Saliente-se que o preceito (semelhante ao denominado parágrafo *Duchesne* do CP alemão, nome do belga que se ofereceu para matar Bismark) chegou a ser aprovado, embora com o voto contra de GOMES DA SILVA; porém, não veio a ser consagrado no CP de 1982 – *Atas*, vol. I (1963), pp. 206 e ss. Note-se que este preceito previa a punição não só do agente que tenta instigar como da pessoa que aceita oferta ou dá o seu acordo à prática do crime.

³⁶ Cf. DIAS (2007), pp. 706 e ss., §§ 31 e ss. (e cf. *supra* nota 28), e FARIA (2017), pp. 235 e ss., esp. pp. 239 e 244 e ss.

³⁷ Note-se que, neste caso, a exteriorização já vulnera bens jurídicos – a ameaça, sendo adequada a causar medo ou inquietação já põe em perigo a liberdade pessoal – CARVALHO (2012), p. 552, § 7; situações diversas serão as de instigação pública a um crime (art. 297.º) e apologia pública de um crime (art. 298.º), de que falaremos *infra*.

sendo também porventura mais fácil provar, nestes casos, a relação de certos atos (preparatórios) ao crime que se pretende cometer. Ou seja, nestes casos, o ato preparatório já será um indício mais seguro da decisão criminosa (e do sentido concreto dessa decisão) e da elevada probabilidade de que se lhes seguirão atos de execução do crime³⁸. Assim, poderá dizer-se que estes atos preparatórios «revelam um sentido lesivo, segundo um juízo de prognose» (PALMA, 2006, p. 39).

Por outro lado, há crimes em que se presume o perigo para os bens jurídicos, não tendo este de ser provado em Tribunal. É claro que estes crimes têm sido questionados, não sendo este, porém, o momento oportuno para aprofundarmos esta discussão³⁹. Todavia, a verdade é que tais tipos legais de crime se têm mantido no nosso Código Penal, havendo fortes argumentos a favor desta sua permanência, argumentos estes fundados, exatamente, na perigosidade geral do comportamento⁴⁰ e na necessidade de tutela antecipada dos bens jurídicos, ou seja, é ainda (como não poderia deixar de ser) a tutela de um bem com dignidade penal que legitima a incriminação: estamos a pensar, por exemplo, no crime de condução de veículo em estado de embriaguez (art. 292.º), mas também em crimes que, num certo sentido, se poderão considerar de «aliciamento», tais como, os crimes de propaganda ao suicídio, instigação pública ao crime, apologia do crime e aliciamento de menores para fins

³⁸ Em sentido semelhante, DIAS (2007), p. 683, § 6. Há também situações em que os atos preparatórios de certos crimes foram tipificados como um crime autónomo (v.g., art. 276.º), o que não deixa de constituir uma punição antecipada, tendo em consideração a *ratio* de tal criminalização. Questionando «esta antecipação da fronteira da punibilidade em relação aos actos preparatórios», fazendo referência à doutrina italiana, FARIA (2017), pp. 233-234.

³⁹ Sobre os crimes de perigo abstrato e «o problema da sua legitimidade constitucional», *vide*, por todos, COSTA (1992), pp. 635 e ss., afirmando (em jeito conclusivo) que «os crimes de perigo abstracto só se podem, verdadeiramente, justificar quando, se bem que unicamente através de um cuidado-de-perigo, se quer ainda proteger um bem com dignidade penal» (p. 641).

⁴⁰ Neste aspeto há algumas divergências, que não poderemos aprofundar neste contexto. Deixando apenas uma breve nota sobre esta questão: enquanto a doutrina italiana tem encontrado o fundamento para a legitimidade destes crimes na «probabilidade de pôr em perigo o bem jurídico», COSTA acentua a relação de «cuidado-de-perigo», porém, relacionando-a com o «princípio da ofensividade»: «O que implica que tenhamos que ligar, inapelavelmente, o momento relacional de cuidado-de-perigo com a mediação de um concreto bem jurídico» (1992, p. 641, onde também se refere à posição da doutrina italiana, considerando o «bem jurídico» o «elemento de junção» entre as diferentes perspetivas).

sexuais (arts. 139.^o⁴¹, 297.^o, 298.^o e 176.^o-A). Será ainda curioso observar que, se no primeiro destes crimes (art. 139.^o) está em causa a tutela da vida humana, nos outros dois (arts. 297.^o e 298.^o) trata-se da tutela antecipada de qualquer bem jurídico-penal, pois quer a instigação quer a apologia, referem-se a qualquer crime, não apenas aos crimes de maior gravidade. No entanto, a forma pública de instigação ou de apologia do crime, criando um perigo de «criminalidade de massas»⁴² justificará esta abrangência da incriminação. Já no último crime referido, a importância do bem jurídico, aliada à frequência deste tipo de comportamentos e às elevadas necessidades de prevenção (que se relacionam, evidentemente, com a elevada probabilidade do perigo se verificar), terão ditado a sua tipificação⁴³.

É claro que, relativamente a estes crimes, se pode identificar outros bens jurídicos que são imediatamente lesados: no caso do art. 139.^o lesa-se o «bem-estar coletivo»⁴⁴, no caso dos arts. 297.^o e 298.^o, lesa-se a «paz pública»⁴⁵. Mas tal não significa que a *ratio* destes tipos legais de crime não resida na proteção dos bens jurídicos vida humana (no art. 139.^o) e dos diversos bens jurídicos tutelados pelos crimes a que se refere a instigação pública ao crime (no art. 297.^o) ou a apologia pública ao crime (no art. 298.^o). E, relativamente a estes bens jurídicos, não restam dúvidas quanto à antecipação da tutela penal através da consagração destes tipos

⁴¹ É curioso observar que no crime de instigação ao suicídio (art. 135.^o) já se exige o início de execução para preenchimento do tipo legal, situação que também poderá/deverá ser questionada, em especial tendo em consideração o n.º 2 do mesmo artigo (todavia, este preceito, em si mesmo, é, em nosso entender, passível de críticas, não sendo este, porém, o contexto e o momento adequados para se levar a cabo um estudo aprofundado deste tipo legal de crime).

⁴² Sobre a questão, MONIZ (1999), pp. 1140-1141.

⁴³ Sendo certo que os próprios instrumentos internacionais (Convenção de Lanzarote e Diretiva 2011/93/EU de 13 de dezembro de 2011) impunham tal criminalização; sobre este tipo legal de crime, introduzido na lei penal pela Lei n.º 103/2015, cf. CUNHA (2017), pp. 399 e ss.

⁴⁴ Na verdade, para COSTA (2012), p. 202, «o bem jurídico que se quer aqui proteger prende-se, em primeira linha, com uma determinada ideia de preservação do bem-estar coletivo, de manutenção da *salus publica*, traduzível na evitação do suicídio» embora, «no horizonte último e longínquo onde pode ser sopesado o âmbito de proteção da norma, se pode sempre detetar uma eventual defesa penal da vida humana» (*Idem*, p. 201). Para nós, porém, a tutela do bem jurídico vida humana assumirá posição central nesta incriminação.

⁴⁵ Veja-se a própria inserção sistemática destes tipos legais de crime.

legais de crime⁴⁶. De resto, os comportamentos incriminados lesam o «bem-estar coletivo» ou a «paz pública», exatamente porque há o perigo⁴⁷ de lesão de outros bens jurídicos (os bens jurídicos que o agente incita a lesar), estando, assim, ambos os bens jurídicos indissolivelmente ligados.

Também o crime de associação criminosa (art. 299.º) se insere nos «crimes contra a paz pública», mas não deixa de, à semelhança dos tipos legais anteriores, conceder uma proteção antecipada a todos os bens jurídicos criminais (uma vez que é criminalizada a fundação ou promoção de organização ou associação cuja finalidade seja a prática de crimes, quaisquer que sejam esses crimes⁴⁸). De resto, para DIAS está em causa um crime de perigo abstrato mesmo tomando em consideração o bem jurídico «paz pública»⁴⁹. Porém, considerando que a paz pública é posta em causa pela «mera» existência de associações criminosas, cremos que poderíamos qualificar o crime como de dano relativamente a este bem jurídico e de perigo relativamente a todos os outros bens jurídico-criminais. Qualificações à parte, a verdade é que o tipo legal antecipa a tutela penal em relação a vários bens jurídicos e protege a «paz pública»,

⁴⁶ Neste sentido, MONIZ (1999), p. 1140: «assim, mais do que o simples interesse de assegurar a paz pública o que se pretende é assegurar uma tutela antecipada de todos os bens jurídicos que sejam colocados em perigo com a conduta do agente que, publicamente, provoca ou incita à prática de um crime»; já relativamente ao art. 298.º, a autora considera tratar-se de um crime de perigo abstrato, por bastar «que o agente, em abstrato, coloque, com a sua conduta, em perigo de lesão o bem jurídico protegido pelo tipo», considerando suficiente que a conduta do agente seja «adequada a criar um perigo» (*Idem*, pp. 1149-1150).

É claro que a qualificação destes crimes como de dano ou de perigo depende da consideração acerca do bem jurídico tutelado, só se podendo qualificar estes crimes como de perigo, se tivermos em consideração o bem jurídico da vida humana (no art. 139.º) e os vários bens jurídicos tutelados pelos crimes a que se refere a instigação pública ao crime (no art. 297.º) ou a apologia pública ao crime (no art. 298.º).

⁴⁷ Perigo abstrato, pois não tem de se provar; mas é elevada a probabilidade deste perigo e há, usando as palavras de COSTA (1992), a «ofensividade de cuidado-de-perigo», pondo a tónica no elemento relacional.

⁴⁸ No sentido de poder entender-se «como formas de punição de atos preparatórios (de outros crimes) em sentido material», PALMA (2006), p. 18 (em nota).

⁴⁹ «A mera existência de associações criminosas, ligada à dinâmica que lhes é inerente, põe em causa o sentimento de paz que a ordem jurídica visa criar... Com o que o tipo de ilícito de associação criminosa se assume, nesta medida, como um crime de perigo abstrato, todavia assente num substrato irrenunciável: a *altíssima e especialíssima* perigosidade da associação, derivada do seu particular poder de ameaça e dos mútuos estímulos e contra-estímulos de natureza criminosa que aquela cria nos seus membros» – DIAS (1999), p. 1157.

encontrando legitimidade, quer nesta necessidade de proteção da paz pública quer na prevenção da especial perigosidade destas associações (relativamente aos bens que as mesmas visam lesar).

Já no âmbito da Lei de combate ao terrorismo⁵⁰, no art. 4.º, n.º 6, deparamos com o crime de recrutamento para a prática de crimes (elencados no art. 2.º, n.º 1), com a intenção descrita nesse mesmo artigo («prejudicar a integridade e independência nacionais, alterar ou subverter o funcionamento das instituições do Estado...»). Está em causa, claramente, a proteção antecipada dos bens jurídicos estaduais que a lei do terrorismo visa proteger, em relação, evidentemente, com a proteção dos vários bens jurídicos tutelados pelos diversos crimes elencados (enquanto meios para se atingir a lesão dos referidos bens estaduais). A importância dos bens jurídicos, relacionada com as intensas necessidades de prevenção geral e especial, legitimam, sem dúvida, esta incriminação.

Por fim, se pensarmos nas tentativas impossíveis e na sua punibilidade, concluiremos que, nestas, nunca há um perigo real, havendo, no entanto, punibilidade, desde que a impossibilidade não seja manifesta (art. 23.º, n.º 3); ou seja, haverá punibilidade, segundo a «teoria da impressão», desde que haja aparência de perigo⁵¹. Também esta solução se funda na necessidade de proteção de bens jurídicos importantes⁵², mesmo face a perigos aparentes, pois também esta aparência de perigo vulnera a confiança da comunidade, pondo em causa a paz jurídica, afirmando-se, deste modo, necessidades de prevenção geral e de prevenção especial.

Podemos encontrar um ponto comum, de intersecção, em todas estas intervenções «antecipadas»: a vulneração da «paz jurídica», que não deixa de estar intimamente relacionada com o perigo (embora ainda não próximo, nem concreto) para outros bens jurídicos fundamentais, sendo essa paz, tranquilidade ou segurança⁵³ tanto mais vulnerada quanto mais importantes forem esses bens em perigo.

⁵⁰ Lei n.º 52/2003.

⁵¹ Sobre esta questão, para mais desenvolvimentos, nomeadamente sobre a «teoria da impressão» e a sua ligação aos fins das penas, DIAS, 2007, pp. 690, §§ 6 a 8 e p. 715, §§ 50 e ss.; para uma crítica à teoria da impressão, PALMA (2006), pp. 58 e ss., 70 e ss.

⁵² A tentativa só é punível se ao crime corresponder pena superior a 3 anos (art. 23.º, n.º 1).

⁵³ Podemos encontrar alguma similitude de perspetiva em PALMA (2006), nomeadamente, pp. 55 e ss., quando se refere a «perda de segurança da vítima ou a desequilíbrio entre a proteção dos bens do agente e dos outros sujeitos» (p. 55); porém, não se tratará de identidade de perspetiva, pois PALMA centra-se na esfera de segurança da vítima, já

Tendo em consideração o que se vem dizendo, ocorre-nos questionar: estes motivos/argumentos, relacionados com a necessidade de antecipação da tutela penal, considerando a perigosidade geral e/ou a perigosidade aparente das condutas, a vulneração da paz jurídica, as finalidades de prevenção geral e especial, não serão válidos⁵⁴, tendo em conta a gravidade do comportamento, para fundamentar a punição do aliciamento para matar, quando seguido de atos que demonstrem/comproven a seriedade de tal aliciamento?

É claro que se poderá contra-argumentar dizendo que, se quem quer instigar não consegue realmente fazê-lo, não consegue realmente vencer outrem a cometer o crime ou, mesmo que inicialmente consiga convencê-lo, se não consegue que tal decisão persista e se concretize em atos de execução, o bem jurídico nunca ficará efetivamente em perigo (concreto e próximo). Esta afirmação estará correta. Porém, não deixa de haver, pelo menos, uma aparência de perigo, que vulnera a paz jurídica, tal como na tentativa impossível, que não seja manifestamente impossível. De resto, a tentativa de instigação, em que o agente julga, erroneamente, ter conseguido instigar, não deixa de ser uma tentativa impossível⁵⁵, desde que o agente (quem pensa ser instigador) pratique atos de execução (da tentativa de instigação). É evidente que não estamos perante a tentativa do crime supostamente instigado, mas sim da tentativa de instigar. E, havendo esta tentativa de aliciar, seguida de atos concretos, há perigo (a pessoa pode ficar convencida a praticar o crime, embora este perigo ainda não seja iminente para a vida humana) ou, pelo menos, aparência de perigo (se nunca ficar convencida) e há necessidade de punir – quer

não, ao que parece, na vulneração da segurança (geral), a não ser no caso de crimes que tutelem bens gerais, o que não deixa de repor a discussão (vejam-se alguns dos crimes que referimos em texto), criticando a teoria da impressão como critério para a punibilidade da tentativa impossível e chegando mesmo a concluir pela inconstitucionalidade de uma interpretação dos arts. 22.º e 23.º segundo tal teoria (2006), pp. 58 a 60 e pp. 70-71. Nós, porém, quando falamos de afetação da segurança, tranquilidade e paz jurídica referimo-nos quer à segurança da vítima quer da comunidade. Reconhecemos que esta questão não é fácil e que a teoria da impressão não é isenta de críticas; não sendo este o momento e o contexto adequados para aprofundar estas questões, tendemos, porém, a reconhecer validade ao essencial desta teoria.

⁵⁴ Por vezes, por maioria de razão, considerando a gravidade do crime de homicídio (pensemos na apologia pública de um crime de injúrias, por comparação com o aliciamento para matar).

⁵⁵ Neste sentido Simas Santos na sua declaração de voto [Acórdão do STJ de 16/10/2008 (António Colaço), *in* www.dgsi.pt].

do ponto de vista da prevenção geral, tendo em conta a intranquilidade criada⁵⁶, quer do ponto de vista da prevenção especial, tendo em consideração as evidentes necessidades de ressocialização do agente.

Note-se que, nos casos decididos em Tribunal, a situação ultrapassou em muito as meras *cogitationes* ou, até, o mero aliciamento, pois tais aliciamentos foram seguidos de atos que revelaram inequivocamente a persistência do intuito criminoso e prepararam já o crime⁵⁷.

Sendo assim, pensamos que se deverá equacionar a alteração da nossa lei penal no sentido de punir as propostas ou aliciamentos, seguidos de atos reveladores da seriedade e persistência de tais aliciamentos, criando um perigo (embora não iminente) ou, no mínimo, uma aparência de perigo; em ambas as situações haverá já perturbação da paz jurídica, tal como nos crimes de propaganda ao suicídio ou de apologia pública do crime.

Poderá ainda contra-argumentar-se no sentido de o aliciamento para matar, sendo levado a cabo num ambiente privado, não ser suscetível de perturbar o bem-estar coletivo ou a paz pública, diversamente do que sucede nos crimes de propaganda ao suicídio, instigação pública ao crime ou apologia pública do crime. Mas note-se que nestes crimes praticados na «ribalta» não se exige qualquer ato concreto para além do incitamento ou apologia, enquanto no caso de que ora tratamos seria de exigir a prática de atos reveladores, que, no fundo, poderão já ser entendidos como atos preparatórios do crime. Então, neste aspeto, tal criminalização estaria próxima das situações em que se criminalizam atos preparatórios e atos de recrutamento, justificada com base na necessidade de antecipação da tutela penal em razão da importância dos bens jurídicos e da possibilidade de se provar a ligação entre tais atos e o intento criminoso – ora, esta ligação, nos casos concretos que têm chegado aos nossos tribunais, era evidente.

E, na verdade, também este aliciamento aliado à prática de atos reveladores da decisão criminosa cria uma profunda intranquilidade na comunidade, sendo evidentes, como já referimos, as necessidades de prevenção geral e de prevenção especial.

⁵⁶ A intranquilidade será geral, mas também para a própria «vítima», não deixando de haver uma ameaça à sua vida (mesmo que a «vítima» disso não tenha consciência).

⁵⁷ Veja-se o exemplo do Acórdão do STJ de 16/10/2008 (António Colaço), in www.dgsi.pt, em que «o arguido planeou detalhadamente, mesmo quanto ao meio, o assassinio da esposa e encomendou a execução desse plano a terceiros».

O que se vem de dizer aplica-se claramente aos aliciamentos para matar, tendo em consideração a essencialidade do bem jurídico vida humana, embora os argumentos invocados sejam ainda válidos relativamente aos aliciamentos para a prática de outros crimes graves⁵⁸.

Porém, o problema tem-se posto quanto ao homicídio, pelo que, neste âmbito, a questão é inequivocamente muito premente, exigindo uma resposta do sistema jurídico que crie confiança na comunidade, dissuada potencias agentes e dissuada o agente em concreto, reinserindo-o na comunidade.

A corroborar esta nossa sugestão, poderemos invocar as soluções de outras ordens jurídicas, nomeadamente a espanhola, onde o CP pune a conspiração para delinquir («quando duas ou mais pessoas se concertam para a execução de um delito e decidem executá-lo») e a proposta para delinquir («quando aquele que decidiu cometer um delito convida outra ou outras pessoas a nele participar»), relativamente a alguns crimes graves, como o de homicídio (arts. 17.º e 141.º)⁵⁹, e a alemã, onde o StGB, § 30, pune a proposta para delinquir, a tentativa de instigação e a formação de acordo para a prática de crime (de limite mínimo superior a 1 ano de pena de prisão), abarcando situações semelhantes às que têm sido tratadas nos nossos tribunais⁶⁰. Também no Reino Unido (no s 44 do SCA 2007) está prevista a punibilidade do encorajamento intencional à prática de crime (ou crimes): devendo provar-se, assim, o *actus reus* (a prática de um ato suscetível/capaz de encorajar ou contribuir para o crime) e a *mens rea* (a intenção de praticar atos capazes de encorajar ou contribuir para o crime)⁶¹. Já em Itália, o *Codice Penale* (art. 115.º) consagra a regra da impunidade da tentativa de instigação e do pacto criminoso a que não se sigam atos de execução, mas prevê a possibilidade de aplicação de uma medida de segurança⁶².

⁵⁸ Poderia pensar-se na punição de aliciamentos, seguidos de atos, que exteriorizem tais aliciamentos, em todos os crimes de uma certa gravidade – limite máximo superior a 8 anos? Crimes pessoais de pena superior a 5 ou 8 anos?

⁵⁹ Sobre esta criminalização, cf. MUNOZ CONDE/GARCÍA ARÀN (2015), pp. 479-480.

⁶⁰ Para mais desenvolvimentos, SCHONKE/SCHODER (2019), §§ 26 e 30.

⁶¹ SMITH/ORMEROD'S/LAIRD (2018), pp. 478 e ss.

⁶² Assim, para os italianos a questão coloca-se no âmbito das personalidades perigosas, divergindo da abordagem de outras ordens jurídicas e da que desenvolvemos no presente estudo. Para mais desenvolvimentos sobre a questão, em Itália, FORTI/SEMINARA/ZUCCALÀ (2016), anotações ao art. 115.º

V. Conclusão

Alguma jurisprudência portuguesa, nomeadamente o acórdão de fixação de jurisprudência, preocupada com a necessidade de punir (quer em razão das necessidades de prevenção geral quer especial) situações de aliciamento para matar, forçou a letra da lei penal e desviou-se também da doutrina maioritária, alargando o conceito de autoria mediata e antecipando a intervenção penal – considerando como atos de execução de homicídio o que serão apenas atos preparatórios.

Compreendendo as preocupações e intenções desta corrente jurisprudencial, não podemos todavia aceitar que se viole o princípio da legalidade e se adulterem conceitos estabilizados na doutrina⁶³, tendo em conta, ademais, que se trata de violação e adulteração *in malam partem* (em desfavor do arguido).

Porém, tendo em consideração que aquelas preocupações são fundadas, nomeadamente atendendo às elevadas necessidades quer de prevenção geral – no sentido de dissuasão de potenciais delinquentes e de criação de confiança na comunidade e reposição de expectativas, profundamente abaladas nestas situações – quer de prevenção especial – são evidentes as necessidades de dissuasão e de ressocialização dos mandantes –, necessidades estas acrescidas pela relativa frequência destes casos, em especial, no seio conjugal (ou análogo), pensamos ser urgente alterar a lei penal portuguesa no sentido de deixar clara a criminalização de situações de aliciamento para matar, seguido de atos reveladores de tal aliciamento.

Não será demais enfatizar a elevada dignidade do bem jurídico vida humana (cf. art. 24.º da CRP), aliada às já referidas elevadas necessidades de prevenção deste tipo de situações, pelo que, tal criminalização não violaria, em nossa perspetiva, os princípios da dignidade e necessidade penal, ínsitos no art. 18.º, n.º 2, da CRP⁶⁴.

Relembremos que não se trataria de punir meras *cogitationes* ou convites/aliciamentos sem consistência, mas apenas aliciamentos exteriorizados em atos concretos⁶⁵, o que já evidencia perigosidade, embora

⁶³ Ou relativamente estabilizados, pois, como vimos, a distinção entre autoria mediata e instigação, assim como a própria necessidade desta distinção e, por outro lado, o início da tentativa no âmbito da autoria mediata, não são questões totalmente pacíficas.

⁶⁴ Neste sentido, MONTEIRO (2014), ponto 17; sobre os princípios da dignidade e necessidade penal cf. ANDRADE (1992) e CUNHA (1995), esp. pp. 195 e ss.

⁶⁵ Em sentido semelhante, MONTEIRO chega a propor a seguinte redação do tipo legal de «Proposta de Homicídio»: «A proposta existe quando aquele que decide cometer um

tais atos não constituam ainda execução do crime, de acordo com o art. 22.º (em conjugação com o art. 26.º do CP).

É claro que a redação da norma exigiria particular cuidado e rigor, nomeadamente no que diz respeito aos atos reveladores daquela consistência do aliciamento (no fundo, uma tentativa de instigar, que suporá indicações concretas acerca da vítima, do local do crime e meios a usar)⁶⁶.

Por outro lado, cremos que, quem concorda (ou aparentemente concorda) com a proposta, mas depois nada faz, não deveria ser punido, mas já o deveria ser quem praticasse algum ato (ainda que preparatório) no sentido da concretização do crime. Poder-se-ia pensar na punição do simples acordo dado a tal aliciamento, mas tal, em nossa perspetiva, seria ir longe demais, sendo desde logo muito difícil provar se se tratou de um acordo sério, doloso, ou de uma aparência de acordo, ou de um dolo inicial e momentâneo, seguido de arrependimento. Assim, parecemos que não se deveria tratar da punição do pacto⁶⁷, mas da punição de um aliciamento concretizado em atos (no mínimo, indicações precisas quanto ao modo de execução do crime, que teriam, obviamente, de ser provadas) e da punição do acordo ao aliciamento, documentado em atos preparatórios praticados pelo aliciado.

Talvez, tendo em conta este desenho das situações puníveis, bastasse então que se alargasse a punição, no caso do homicídio, à prática de atos preparatórios (à semelhança do que ocorre em vários crimes graves), se

crime de homicídio simples ou qualificado, convide, através de atos concretos exteriorizados, outra ou outras pessoas para o executar, sendo indiferente saber se houve ou não acolhimento da dita proposta, sendo punível com a pena correspondente à tentativa desse crime.» A concreta formulação teria de ser bem ponderada, podendo, em nossa perspetiva, ser semelhante a esta; poderia ainda incluir a punibilidade do aliciado, desde que este praticasse já atos preparatórios do crime; já quanto à punibilidade admitimos que a pena pudesse/devesse ser algo inferior à da tentativa de homicídio, considerando, apesar de tudo, a menor perigosidade da conduta (menor proximidade do perigo), atendendo ao princípio da proporcionalidade.

⁶⁶ Reconhecemos, assim, a importância dos argumentos de DIAS (2007), pp. 840 e 841, § 37, considerando que a «punibilidade do campo prévio... deve, de um ponto de vista político criminal, ser evitada até ao limite; e que, quando não possa sê-lo, deve ser guardada para casos especialmente graves e rigorosamente definidos, v.g., para casos de criminalidade altamente organizada ou transnacional». Porém, cremos que esta punição antecipada também fará sentido no caso de aliciamentos para matar, exatamente tendo em conta a gravidade da situação, devendo a norma em causa ser clara e rigorosa.

⁶⁷ Assim, não se trataria de uma «reedição» do art. 31.º do Projeto de EDUARDO CORREIA, mas de um âmbito de punibilidade mais restrito.

considerarmos que as instruções do mandante já podem ser consideradas atos preparatórios.

Por fim, coloca-se a questão de saber se uma solução deste tipo – punindo o aliciamento consistente, documentado, ou os atos preparatórios de homicídio – deveria alargar-se a outros crimes graves (para além, evidentemente, dos casos de antecipação de tutela penal já previstos na nossa lei penal).

Poderia pensar-se ainda em idêntica solução por nós sugerida para o «aliciamento para matar» relativamente aos crimes contra as pessoas e de perigo comum puníveis (limite máximo) com uma pena superior a 8 anos, considerando que a partir deste limite já estamos perante uma criminalidade grave. Tudo isto pode e deve ser discutido e repensado.

Porém, deve salientar-se que os casos que têm chegado a tribunal, com os contornos descritos, referem-se a homicídios, sendo neste âmbito que, no momento presente, se faz sentir a urgência de uma alteração legislativa. Um direito «com os pés na terra»⁶⁸ deve partir da realidade e das necessidades concretas⁶⁹ que esta evidencia para a conceitualização e a criação legal.

Bibliografia

- ALMEIDA, Carlota Pizarro / ALMEIDA, Duarte d', *Direito Penal I – Colectânea de Jurisprudência*, II, Almedina, 2002.
- ANDRADE, Manuel da Costa, «A dignidade e a carência de tutela penal como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime», *Revista Portuguesa e Ciência Criminal*, Ano 2, Fasc. 2, 1992, pp. 173 e ss.
- Atas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal. Parte Geral*, vol. I, 1963.
- BRANDÃO, Nuno, «Pacto para Matar: Autoria e Início de Execução», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 18, n.º 4, out.-dez., 2008, pp. 531-605.
- CARVALHO, Américo Taipa de, «Anotação ao art. 153.º», in *Comentário Conimbricense do Código Penal* (dirigido por Jorge de Figueiredo Dias), Tomo I, Coimbra Editora, 2012.
- CORREIA, Eduardo, «Problemas Fundamentais da Comparticipação Criminosa», *Revista de Direito e Estudos Sociais*, ano IV, 1948, n.ºs 3 e 4, pp. 1 e ss.

⁶⁸ KLUG fala de um imperativo de permanecer «fiel à terra» *apud* ANDRADE (1992).

⁶⁹ Salientando também que a «exigência urgente» de tipificação destas situações resulta «do número de casos que emergem no tecido social, dos casos julgados pelos Tribunais e da resposta da Doutrina, que, perante tais casos quer ver reconhecida a categoria do aliciamento, apesar da falta de respaldo legal desta categoria...», MONTEIRO (2014), ponto 17.

- COSTA, António M. de Almeida, *Ilícito Pessoal, Imputação Objectiva e Participação em Direito Penal*, Almedina, 2014.
- COSTA, José Francisco de Faria, *O Perigo em Direito Penal*, Coimbra Editora, 1992.
- COSTA, José de Faria, «Anotação ao art. 139.º», in *Comentário Conimbricense do Código Penal* (dirigido por Jorge de Figueiredo Dias), Tomo I, Coimbra Editora, 2012.
- CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, *Constituição e Crime – uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*, UCP, Porto, 1995.
- CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, «Da criminalização do “grooming”: reflexões à luz do “livre desenvolvimento da personalidade do menor na esfera sexual”», *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Manuel da Costa Andrade* (Org. José de Faria Costa et al.), Instituto Iuridico, Universidade de Coimbra, 2017, Vol. I, pp. 399-418.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal – Parte Geral*, Coimbra Ed., 2007.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, «Anotação ao art. 299.º», in *Comentário Conimbricense do Código Penal* (dirigido por Jorge de Figueiredo Dias), Tomo II, Coimbra Editora, 1999.
- FARIA, Paula Ribeiro de, *Formas Especiais do Crime*, UCEditora, Porto, 2017.
- FORTI/SEMINARA/ZUCALÀ, *Commentario Breve al Codice Penale*, 17.ª ed., Wolters Kluwer, CEDAM, 2016.
- LISZT, Franz Von, *Tratado de Derecho Penal*, 3.ª ed., Instituto Editorial Rens.
- MONIZ, Helena, «Anotação ao art. 297.º», in *Comentário Conimbricense do Código Penal* (dirigido por Jorge de Figueiredo Dias), Tomo II, Coimbra Editora, 1999.
- MONIZ, Helena, «Anotação ao art. 298.º», in *Comentário Conimbricense do Código Penal* (dirigido por Jorge de Figueiredo Dias), Tomo II, Coimbra Editora, 1999.
- MONTEIRO, Isabel Trocado, *Proposta de Homicídio: Da punibilidade da tentativa do autor mediato e do instigador na criminalidade e no âmbito dos delitos de domínio*, Repositório Institucional da UCP, Porto, maio de 2014.
- MORÃO, Helena, *Da Instigação em Cadeia. Contributo para a Dogmática das Formas de Participação na Instigação*, Coimbra Editora, 2006.
- MUNOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal – Parte General*, tirant le blanch libros, Valencia, 2015.
- PALMA, Maria Fernanda, *Da «Tentativa Possível» em Direito Penal*, Almedina, 2006.
- ROXIN, Claus, «Resolução do facto e começo de execução na tentativa», in *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, 3.ª ed., Veja, 2004.
- ROXIN, Claus, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, 7.ª ed., Marcial Pons, 2000.
- ROXIN, Claus / VALDÁGUA, Conceição, «Figura central, aliciamento e autoria mediata», *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, I, Coimbra Ed., 2001.
- SCHONKE/SCHODER, *Strafgesetzbuch – Kommentar*, C. H. Beck, 30. Auflage, 2019.
- SMITH, Hogan / ORMEROD’S, David / LAIRD, Karl, *Criminal Law*, 15.ª ed., Oxford University Press, 2018.
- VALDÁGUA, Conceição, «Autoria mediata em virtude do domínio da organização ou autoria mediata em virtude da subordinação voluntária do executor à decisão do agente

mediato?», in *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias* (org. Manuel da Costa Andrade *et. al.*), Coimbra Editora, 2003, pp. 651-672.

Jurisprudência

Acórdão do STJ de 18/6/2009 (Pires da Graça) – *DR*, 139, 2009, pp. 4566-4599.

Acórdão do TRP de 10/2/2016 (Nuno Ribeiro Coelho), in www.dgsi.pt.

Acórdão do STJ de 24/5/2017 (Pires de da Graça), in www.dgsi.pt.

Acórdão do STJ de 16/10/2008 (António Colaço), in www.dgsi.pt.

Acórdão do TRC de 12/9/2007 (Gabriel Catarino), in www.dgsi.pt.