



DEBORA FERNANDES ALVES

INÍCIO DA TENTATIVA DO CO-AUTOR

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Forenses, sob a orientação da Exma. Senhora Professora Doutora Susana Maria Aires de Sousa

2018



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Debora Fernandes Alves

Início da tentativa do co-autor

– Beginning of the co-offender's attempt –

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Forenses sob a orientação da Exma. Senhora Professora Doutora Susana Maria Aires de Sousa.

Coimbra

2018

Agradecimentos

Agradeço à minha querida e amada Mãe todo o apoio incondicional e confiança que em mim depositou, sei que fez grandes sacrifícios e que lutou imenso para que eu pudesse hoje chegar até aqui. Um sincero obrigado por seres a mãe que és!

À memória do meu amado e nunca esquecido Pai (estrela que do alto do céu me guia).

Ao meu irmão, melhor “presente” que um dia me deram! Adoro-te.

Ao meu namorado Jorge que sempre esteve presente nos bons e maus momentos, teve sempre a palavra certa para me encorajar nos momentos de maior adversidade, obrigado por todo o apoio, compreensão, amor e confiança que sempre demonstraste.

Por fim, mas não menos importante, agradeço à minha orientadora, Professora Doutora Susana Aires de Sousa pela disponibilidade que sempre mostrou em ajudar-me, pela paciência e compreensão e pelo optimismo que me transmitiu (“O caminho faz-se caminhando!”).

Resumo

Com a presente investigação pretende-se dar resposta a um problema específico da comparticipação criminosa que surge em torno da co-autoria, nomeadamente face aos problemas que se colocam aquando da determinação do início da tentativa do co-autor no Direito Penal Português. No fundo o que está em causa é saber se, numa situação em que intervém (na realização do facto criminoso) uma pluralidade de agentes, a tentativa se inicia para todos em simultâneo mesmo que apenas um tenha dado início à execução do crime, ou se pelo contrário devemos atender ao contributo individualmente considerado de cada co-autor, começando por isso a tentativa apenas no momento em que ele pratica o primeiro acto de execução do crime. O presente trabalho tem assim por objecto o estudo destas duas hipóteses e a sua relevância jurídico-penal na determinação de um critério jurídico que nos permita delimitar o início da tentativa do co-autor.

Palavras-chave:

comparticipação; co-autoria; autoria; teoria do domínio do facto; tentativa; actos de execução

Abstract:

This research work intends to address a specific issue related to criminal co-participation that arises from co-offending, specifically in view of the challenges faced while determining the beginning of the co-offender's attempt under Portuguese Criminal Law. In fact, what is at stake is knowing if, in a situation in which there are multiple agents involved (in an actual criminal offense), the attempt begins for all at the same time, even if only one of them began committing the crime or if, on the contrary, we should take into account each co-offender's individual contribution, thus considering that the attempt only begins at the time when he/she commits the first criminal act. The purpose of this work is, therefore, to study these two hypotheses and their legal and penal relevance in determining a legal criterion that allows delimiting the beginning of the co-offender's attempt.

Keywords:

co-participation; co-offense; offense; theory of dominion over the act; attempt; criminal acts

LISTA DE ABREVIATURAS UTILIZADAS

- Ac. – Acórdão
- Al. – Alínea
- Apud* – Citado por
- Art.º – Artigo
- BFDUC – Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
- BGHSt – *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen*
- BMJ – Boletim do Ministério da Justiça
- Cf. – Conferir
- CP – Código Penal
- CRP – Constituição da República Portuguesa
- DUDH – Declaração Universal dos Direitos do Homem
- Ibid.* – *Ibidem*
- Id.* – *Idem*
- i.e.* – isto é
- loc. cit.* – *loco citato*
- Nº – Número
- op. cit.* – *opus citatum*
- P. – Página
- PE – Parte Especial (do código penal)
- Proc. – Processo
- ProjPG – Projecto da parte geral (do Código Penal) de 1963
- REJ – *Revista de Estudios de la Justicia*
- REPM – Revista da Escola Paulista da Magistratura
- RGSt – *Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen*
- RPCC – Revista Portuguesa de Ciência Criminal
- S. – Seguintes
- Sep. – Separata
- StGB – *Strafgesetzbuch*
- STJ – Supremo Tribunal de Justiça
- TRC – Tribunal da Relação de Coimbra
- TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

TRP – Tribunal da Relação do Porto

v.g. – *Verbi gratia*

Todas as referências a artigos, salvo indicação em contrário, devem entender-se como feitas ao Código Penal Português.

Considerações introdutórias ¹

A presente dissertação tem como objectivo uma investigação face a uma situação específica da comparticipação que é a co-autoria, nomeadamente em torno dos problemas que se colocam aquando da determinação do início da tentativa do co-autor no Direito Penal Português, uma vez que não existe entre nós qualquer disposição legal que regule especificamente essa questão.

Estamos aqui a falar das situações em que várias pessoas acordam entre si no cometimento de um facto ilícito punível, sendo cada um dos intervenientes classificado como co-autor nos termos do art.º 26º/ 3ª alternativa do CP por “tomar parte directa na execução, por acordo ou juntamente com outro ou outros”.

Se é certo que, no tocante ao começo da tentativa na co-autoria, poucos problemas levantam os casos em que, segundo o plano criminoso, todos os co-autores iniciam conjuntamente e em simultâneo a execução do facto, mais dúvidas levantam as situações em que dada a repartição de tarefas acordada aquando do plano comum, cada co-autor deva prestar a sua contribuição em distintos momentos, *i.e.*, quando tenham previsto que um ou alguns deles só devem iniciar o seu contributo depois de outro(s) haverem começado os seus.

No fundo o que está em causa é saber se, a partir do momento em que um pratica o primeiro acto de execução, pode qualquer outro ser punido por tentativa, mesmo que ainda não tenha levado a cabo qualquer comportamento externo (para além da intervenção no “*pactum sceleris*”), ou se devemos, pelo contrário, atender ao contributo de cada co-autor individualmente considerado, começando desse modo a tentativa apenas no momento em que cada co-autor pratica o primeiro acto de execução do crime.

Para dar resposta a estas questões a presente dissertação encontrar-se-á dividida em duas partes. A primeira dedicada aos conceitos chave sobre a autoria e a tentativa, essenciais para a compreensão do nosso problema ². E a segunda, dado que o conteúdo essencial deste problema a que nos propomos foi objecto de debate noutros países, nomeadamente na Alemanha, será dedicada a uma análise desse debate. Também percorreremos, nesta segunda parte, um caminho que no final nos permita chegar a uma concreta solução e ao

¹ O texto da presente dissertação segue a grafia anterior ao Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa.

² Apenas faremos referência aos aspectos estritamente necessários e interligados com o nosso problema, dadas as limitações de tempo e espaço.

estabelecimento de um critério jurídico de delimitação do início da tentativa do co-autor. Assim tratamos de aspectos como os elementos constitutivos da co-autoria; o apuramento do regime do facto na co-autoria entre outros.

Importa ainda nesta fase introdutória delimitar o nosso estudo, ou seja, apenas incidiremos, quanto ao problema a que nos propusemos resolver, no que respeita aos crimes dolosos, ficando excluídos os crimes de omissão, os negligentes e os específicos.

Parte I – Introdução: Aproximação aos conceitos de autoria e de tentativa

1. Do conceito de autoria

Em regra geral, as disposições penais da parte especial do Código Penal descrevem acções realizadas por uma única pessoa, *i.e.*, referem-se a um autor singular, ao “quem”. O legislador parte aqui do pressuposto de que é autor quem realiza, pela sua própria mão, a totalidade dos elementos do tipo. Porquanto, na maioria das vezes, o agente não actua sozinho, mas colabora com outro(s), havendo assim uma “pluralidade de agentes”, o que leva a que se coloquem várias questões, nomeadamente quanto a saber como se devem qualificar os intervenientes consoante o papel desempenhado na execução do crime. Será que se deve proceder à distinção entre autores e participantes? Em caso afirmativo, qual o critério que deve orientar tal distinção?

Para dar resposta às nossas questões foram surgindo, ao longo dos tempos, diferentes teorias com diferentes conceitos de autor.

Temos uma teoria unitária de autoria onde se pode distinguir o conceito unitário de autor e o conceito extensivo de autor. O conceito unitário de autor diz-nos que não é possível distinguir entre autores e participantes, pelo que todos os que tiverem dado causa à realização de um crime são autores. Por sua vez, o conceito extensivo de autor, embora partindo da mesma premissa, distingue os vários contributos causais dos intervenientes, que apenas relevarão para efeitos da medida concreta da pena ³.

³ Este modelo encontrou acolhimento entre nós por Eduardo Correia, com a teoria da causalidade, onde seria autor o auxiliador *causam dans*, *i.e.*, aquele cuja contribuição foi essencial para que o resultado se produzisse; e seria participante o auxiliador *causam non dans*, ou seja, aquele cuja verificação do resultado não estava dependente da sua participação – Cf. CORREIA, Eduardo, “Problemas fundamentais da comparticipação criminosa” in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano IV, nº 1 a 4, 1948-1949, p. 42 e s., máxime p. 56 e 194, *Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal, Parte Geral*, I vol., 1965 in Sep. do: *BMJ*, p. 195. Esta toma de postura é visível no seu ProjPG do CP: “artº. 27º: É punível como autor ou agente de um crime quem tiver dado causa à sua realização sob as seguintes formas:

1.º Executando-o singular e imediatamente;

2.º Executando-o imediatamente, por acordo e conjuntamente com outro ou outros;

3.º Determinando – 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;

4.º Determinando 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 em circunstâncias diferentes. Esta última forma de comparticipação constitui a cumplicidade”.

À teoria unitária ⁴ opõe-se um conceito restrito de autor ⁵. Dentro deste conceito podemos distinguir três formas de diferenciação dos vários participantes. Temos a teoria formal-objectiva para a qual é autor quem executa, total ou parcialmente, a conduta descrita no tipo de ilícito; as teorias subjectivas, segundo as quais o critério distintivo reside no plano subjectivo. Assim seria autor quem actuasse com vontade de autor (com *animus auctoris*), e participante quem colaborasse num facto alheio com vontade de partícipe (com *animus socii*) ⁶. E por fim, como que uma síntese entre as teorias objectivas e subjectivas surge a teoria do domínio do facto ⁷. A primeira formulação da ideia do domínio do facto terá sido preconizada por LOBE, o qual, partindo de teorias subjectivas, entende não ser suficiente para a autoria uma vontade delituosa (elemento subjectivo), sendo preciso ainda que essa vontade domine e dirija a execução tendente à sua realização (elemento objectivo) ⁸. A expressão “domínio do facto” foi empregada pela primeira vez, em Direito Penal, por HEGLER, na sua monografia de 1915. Mas a actual concepção do “domínio do facto”, como critério delimitador da autoria, remonta a WELZEL em 1939. É, todavia, com ROXIN que o conceito é desenvolvido e precisado na sua obra *Täterschaft und Tatherrschaft*, em 1963 ⁹, como iremos ver oportunamente mais à frente. Todavia, podemos desde já avançar que para esta doutrina “autor é quem domina o facto, *i.e.*, quem com a sua actuação decide ou tem nas suas mãos o se e o como do acontecimento típico, do processo que conduz à produção do resultado” ¹⁰.

⁴ Seguem uma concepção unitária de autoria países como: a Áustria; Itália, Brasil, Dinamarca, Noruega – Cf. JÚNIOR, Arthur P. L., “O tratamento jurídico-penal da autoria e participação no Direito Penal europeu”, *REPM*, ano 5, nº1, 2004, p. 13, DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral, tomo I*, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 763

⁵ Partem de um conceito restrito de autor, para além de Portugal, a Alemanha, Suíça, Espanha, França – Cf. JÚNIOR, Arthur P. L., “O tratamento jurídico-penal da autoria ...”, *op. cit.*, p. 14, DIAS, J.F., 2012, *op. cit.*, p. 763

⁶ Para mais desenvolvimentos entre outros, Cf. DIAS, J.F., 2012, *op. cit.*, p. 759 a 765, ROXIN, Claus, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 23 e s. e 49 e s., JESCHECK, Hans-Heinrich e WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal: Parte General*, Granada: Comares, 2002, p. 692-703, MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl Heinz e ZIPF, Heinz, *Derecho Penal: Parte General 2 “Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho”*, Buenos Aires: Editorial Astrea, 1995, p.285 a 319, MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal: Parte General*, Barcelona: Editorial Reppertor, 2016, p. 376 a 389, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., “Autoría y participación” in *REJ*, nº10, 2008, p. 13 e s.

⁷ Esta é a teoria seguida pela maioria da doutrina (como iremos ver) e também pela jurisprudência portuguesas. Cf. Ac. STJ de 5/6/2012, proc. 148/10.3SCLSB.L1.S1, Ac. TRC de 21/4/2010, proc. 6/07.9GBAGD.C1, Ac. TRP de 28/1/2015, proc. 1954/10.4JAPRT.P1

⁸ ROXIN, 2016, *op. cit.*, p. 77-78, DIAS, J.F., 2012, *op. cit.*, p. 766

⁹ Cf. ROXIN, 2016, *op. cit.*, p.73 e s., DIAS, J.F., 2012, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁰ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *op. cit.*, p. 19

No nosso código penal, o artigo 26º vem alargar o conceito de autoria para além dos casos em que o agente comete, ele próprio, a infracção, ou seja, vem incluir no conceito de autoria aqueles casos em que há uma pluralidade de agentes na realização do facto criminoso. Assim, não só será autor quem execute o facto por si mesmo (autor imediato), como também será autor quem executar o facto por intermédio de outrem (autoria mediata); quem tomar parte directa na sua execução, por acordo ou conjuntamente com outro ou outros (co-autoria); e por fim quem, dolosamente, determinar outra pessoa à pratica do facto, desde que haja execução ou começo de execução (instigação).

Os restantes comparticipantes que devam ser punidos mas não possam ser classificados como autores serão integrados na categoria da participação. Esta consiste na cooperação, na contribuição ou no favorecimento voluntário e doloso de alguém num facto alheio. O participante não executa a acção típica e não comete o delito. Assim, uma vez que não detém o domínio do facto e a sua conduta não é típica, *i.e.*, o seu comportamento não está abrangido pelas disposições da PE do CP, a punição dos participantes resulta expressamente da lei, contendo essa norma uma extensão ou alargamento da punibilidade ¹¹. Entre nós a única forma de participação é a cumplicidade (art.º 27º).

Tanto o Código Penal de 1852 ¹² como o de 1886 ¹³ previam já, em artigos autónomos, quem deveria ser considerado autor e quem deveria ser cúmplice. Todavia, como vimos, e tendo por base uma concepção causalista e extensiva de autoria, o art.º 27º do ProjPG de EDUARDO CORREIA de 1963 continha ambos os conceitos no mesmo articulado legal, o que foi alvo de discussão e votação por parte da Comissão Revisora por ser uma fórmula “demasiado pesada e confusa” ¹⁴. Esta redacção foi ainda alvo de novas

¹¹ Cf. DIAS, J.F., 2012, *op. cit.*, p. 824, JESCHECK/WEIGEND, *op. cit.*, p. 744, STRATENWERTH, Günter, *Derecho Penal. Parte General I: El hecho punible*, Madrid: Thomson Civitas, 2005, p. 346, DONNA, Edgardo Alberto, *La autoría y la participación criminal*, Granada: Comares, 2008, p. 92

¹² Nos seus artigos 25º e 26º

¹³ Nos artigos 20º e 22º

¹⁴ Ficando aprovada por unanimidade a proposta introdutória do Prof. Gomes da Silva tendente a separar aqueles que são autores daqueles que são cúmplices. Assim eliminaram a última frase do nº4 do art.º 27º e, em vez dela, acrescentaram um nº5 a especificar que as formas previstas no nº4 constituíam a cumplicidade – Cf. *Actas da Comissão Revisora, op. cit.*, p. 200.

alterações propostas pela 1ª revisão ministerial levada a cabo por Antunes Varela como Ministro da Justiça ¹⁵ ¹⁶.

Entre nós, e na base da diferença que em matéria de autoria e participação se verifica entre o art.º 27º do ProjPG e os actuais art.º 26º e 27º do CP esteve a teoria do domínio do facto. Todavia, o sistema português da comparticipação não é uma correspondência exacta dessa teoria, prestando também homenagem às tradições jurídicas nacionais.

Em 1976, reuniu-se um “*petit comité*” ¹⁷ com o propósito de elaboração de um novo código penal, dadas as novidades que, entretanto, haviam surgido no âmbito penal, nomeadamente a doutrina do domínio do facto. A sua base de trabalho foi o ProjPG de EDUARDO CORREIA de 1963 e a revisão que tinha sofrido em 1965. Os art.º 26º e 27º são hoje caracterizados como sendo uma “transacção” ¹⁸ entre a teoria da causalidade defendida e adoptada (no seu projecto) por EDUARDO CORREIA e a doutrina do domínio do facto a que FIGUEIREDO DIAS dava preferência. “Dessa comissão resultou um acordo que se traduziu na redefinição das diversas formas de autoria (art.º 26º) e correspondente autonomização da cumplicidade (art.º 27º), o que levou à aceitação de um conceito restrito de autor nos crimes dolosos de acção; na autonomização da instigação como forma de autoria (isto não significa, todavia, que todos os autores portugueses vejam a instigação como uma quarta modalidade de autoria¹⁹); e na manutenção no art.º 28º da doutrina da dita

¹⁵ Dispondo o seguinte: “artigo 32º: I. Diz-se autor do crime aquele que executa ou toma parte directa na sua execução; e ainda aquele que dolosamente induz outrem à prática do facto ilícito, desde que haja execução ou começo de execução do crime. II. Há cumplicidade quando alguém contribui, directa e dolosamente, para que outrem se decida à prática do facto ilícito, ou quando dolosamente o auxilia na sua execução, sempre que a contribuição ou auxílio não tenha sido essencial para a execução do crime, mas tenha influído decisivamente no modo, tempo, lugar ou circunstâncias em que ele foi praticado” – Cf. Projecto de Código Penal. Parte Geral, 1ª Revisão Ministerial, *BMJ n.º 157*, p. 34

¹⁶ Sobre a parte histórica dos antecedentes legislativos do CP de 1886, cf. SOUSA, Susana Aires de, “«Contratado» para matar: o início da tentativa em situações de aliciamento”, *RPCC*, ano 27, n.º1, 2017, p. 201 e s., VARELA, João Athayde, *Os limites de punibilidade em sede de autoria*, Coimbra: Coimbra Editora, 2015, p. 89 a 145

¹⁷ “Designado pelo então secretário de Estado Menéres Pimentel e constituído por Eduardo Correia e Figueiredo Dias, sob a presidência do conselheiro do STJ Miguel Caeiro”, Cf. DIAS, J.F., 2012, *op. cit.*, p. 774

¹⁸ Cf. DIAS, J.F., 2012, *op. cit.*, p. 773, BELEZA, Teresa Pizarro, “A estrutura da autoria nos crimes de violação de dever. Titularidade versus domínio do facto?”, *RPCC*, ano 2, fasc.3, 1992, p. 339, FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *Lições de Direito Penal: Parte Geral I*, 4ª edição, Lisboa: Editorial Verbo, 1992 p. 446 e s.

¹⁹ Entre nós Figueiredo Dias entende a instigação como uma quarta forma de manifestação do domínio do facto, que é o domínio da decisão detido pelo instigador. Assim, autor é, também “quem produz ou cria no executor a *decisão* de atentar contra um certo bem jurídico-penal através da comissão de um concreto ilícito típico”, Cf. DIAS, J.F., 2012, *op. cit.*, p.797-800, e também do mesmo autor, «La instigación como

comunicabilidade total das circunstâncias relativas ao ilícito que consistam em «qualidades ou relações especiais do agente»²⁰. Deste modo podemos desde já avançar que é na questão da instigação e na questão dos “crimes específicos” (art.º 28º) que o nosso CP mais se distingue do modelo alemão.

2. Da Tentativa

Os tipos de ilícito descritos na parte especial do CP referem-se ao crime consumado, sendo considerados por isso a forma perfeita do comportamento punível. Porém, até chegar a esse estágio, o agente tem de percorrer distintos momentos ou fases, o designado “*iter criminis*”. Este percurso apresenta vários estádios, pelos quais o agente pode ou não passar.

Podem surgir aqui várias questões, desde logo quanto a saber que critério devemos usar para distinguir os vários momentos? Quando é que determinada conduta deve ser punível, *i.e.*, quando se justifica a intervenção do direito penal? Qual será a pena a aplicar a esses crimes imperfeitos? Vejamos.

Tudo se inicia com a resolução criminosa (que constitui a fase interna). Porém, considerada em si mesma, a mera decisão de cometer o crime não é punível, uma vez que rege o princípio *cogitationes poenam nemo patitur*, *i.e.*, as meras cogitações não fundamentam a aplicação de uma pena. E é assim porque, o Direito Penal não se confunde com a moral. Não lhe compete a formação moral do indivíduo, antes é sua função a protecção da ordenação

autoria. Un *requiem* por la “participación” como categoria de la dogmática jurídico-penal portuguesa?», *Libro de Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Madrid: Thomson Civitas, 2005. Em sentido concordante, também, SOUSA, Susana Aires de, “A autoria nos crimes específicos: algumas considerações sobre o artigo 28º do Código Penal”, *RPCC*, ano 15, nº 3, 2005, p. 343 e s., também “A responsabilidade criminal do dirigente: algumas considerações acerca da autoria e participação no contexto empresarial”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 1013 e s., e da mesma autora ainda, “«Contratado» para matar: o início da tentativa em situações de aliciamento”, *op. cit.*, p. 181 e s., BRANDÃO, Nuno, “Pacto para matar: autoria e início de execução”, *RPCC*, ano 18, nº 4, 2008, p. 531 e s. Em sentido contrário, entendendo a instigação como forma de participação criminosa, Cf. VALDÁGUA, “Figura central, aliciamento e autoria mediata”, in *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 918 e s., PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, *A relevância da desistência em situações de participação*, Coimbra: Almedina, 1992, p. 283 e s.

²⁰ Cf. DIAS, J.F., 2012, *op. cit.*, p. 773, VARELA, J., *op. cit.*, p. 130 e s., BELEZA, Teresa, “A estrutura da autoria...”, *op. cit.*, p. 339, SOUSA, Susana, “A autoria...”, *op. cit., loc. cit.*

social, e só a violação desta ordenação, através de um acto externo do agente, poderá constituir um ilícito ²¹. Se assim não fosse estar-se-ia a violar o princípio da liberdade de pensamento e consciência ²².

Geralmente, depois de se ter decidido pelo cometimento do crime, o agente passa à sua preparação (tendo início a fase externa). Também aqui, salvo disposição em contrário, a preparação da realização de um tipo de ilícito e os respectivos actos em que se traduza não são puníveis – art.º 21º. Mesmo que não tivéssemos uma disposição legal neste sentido, a solução seria a mesma por força do princípio *nullum crimen sine lege*, já que esta espécie de actos não se encontra descrita nos tipos legais da parte especial do CP ²³: v.g. a lei pune o roubo e não a preparação do roubo – art.º 210º ²⁴.

Do ponto de vista dos bens jurídicos, os actos preparatórios estão tão longínquos da consumação que não poderiam aparecer como uma ameaça séria para o bem jurídico protegido ²⁵, pois ainda não colocam em risco o interesse social que a ordem jurídica quis proteger. Casos há, porém, em que a mera preparação lesa já algum bem jurídico. Nestas situações os actos preparatórios já poderão ser punidos (hipótese ressalvada no art.º 21º *in fine*) ²⁶. De facto, a natureza e essencialidade de determinados bens jurídicos fizeram com que o legislador antecipasse o momento punitivo para a fase da preparação ²⁷. No nosso CP, o legislador criminalizou estes actos através de duas formas distintas: por um lado transformando-os formalmente em crimes autónomos (em princípio de perigo abstracto) ²⁸. Por outro, pune-os não como crimes autónomos, mas como actos preparatórios enquanto tais

²¹ Cf. DIAS, J.F., 2012, *op. cit.*, p. 681-682, STRATENWERTH, *op. cit.*, p. 275. Deve entender-se, no mesmo sentido que, a simples declaração, manifestação ou comunicação de uma resolução criminosa, a menos que constitua um crime autónomo (v.g. o crime de ameaça do art.º 153º), não é fundamento suficiente para aplicação de uma pena. Cf. DIAS, J.F., 2012, *op. cit.*, *loc. cit.*

²² Garantido pelo art.º 18º DUDH e também pelo art.º 41º CRP

²³ Temos aqui, portanto, num primeiro momento, uma perspectiva formal-legal. Cf. DIAS, J.F., 2012, *op. cit.*, p. 682

²⁴ Imagine-se a aquisição de gás pimenta que virá a ser utilizado na cara da vítima num roubo. Essa aquisição não constitui ainda aplicação de violência, tal como exige a lei, nem uma tentativa de aplicá-la. Cf. STRATENWERTH, *op. cit.*, p. 276

²⁵ JESCHECK/WEIGEND, *op. cit.*, p. 562

²⁶ Neste último momento encontramos uma perspectiva material, Cf. DIAS, J.F., 2012, *op. cit.*, p. 683

²⁷ Cf. COSTA, José Francisco de Faria, “Formas do crime”, *in: Centro de Estudos Judiciários – Jornadas de Direito Criminal. O Novo Código Penal Português e Legislação Complementar*, Lisboa: Centro de estudos Judiciários, 1983, p. 159

²⁸ Cf. DIAS, J.F., 2012, *op. cit.*, p. 683. O autor dá o exemplo do crime de contrafacção de moeda – art.º 262º

²⁹. Isto só é possível numa dupla vertente: quando os actos preparatórios apontem com um grau de probabilidade elevada para a realização do crime (isto é evidenciado desde logo pelo plano do crime e pela intenção definida); e quando estejam em causa bens jurídicos “que sejam suporte à natureza ou à própria compreensão de um Estado de Direito” ³⁰ e que conduzam à “necessidade de uma intervenção penal específica num estágio particularmente precoce do iter criminis” ³¹.

Seguidamente à preparação, por norma, vem a tentativa. Esta corresponde “à realização incompleta do comportamento típico de um determinado tipo legal de crime” ³². Entre nós, em princípio, ela é punível ³³, pois, *de per se* representa já “uma violação do ordenamento social jurídico-penalmente relevante por meio da intranquilidade em que coloca bens jurídico-penais” ³⁴. Muitos autores entendem-na como o inverso de um erro sobre a factualidade típica na medida em que “à perfeição do tipo de ilícito subjectivo (portanto, do dolo do tipo) corresponde uma imperfeita ou inacabada realização do tipo de ilícito objectivo que se previu e intentou” ³⁵. Ora, posto isto, é muito questionável o porquê de se punir o crime tentado uma vez que não chega a realizar-se completamente o tipo de ilícito objectivo. Ao longo dos tempos foram surgindo várias concepções: desde as teorias objectivas ³⁶, às teorias subjectivas ³⁷, até às teorias da impressão ³⁸.

²⁹ v.g. artigos 271º (preparação de crimes de falsificação), 275º (preparação de crimes comuns) e 344º (preparação de crimes contra o Estado)

³⁰ Cf. COSTA, José, “Formas do crime...”, *op. cit.*, p. 159

³¹ Cf. DIAS, J.F., 2012, *op. cit.*, p. 683

³² SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Português: Teoria do crime*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, p. 314

³³ Nos termos do art.º 23º e s.

³⁴ DIAS, J.F., 2012, *op. cit.*, p. 685

³⁵ *Ibid.*, p. 684. Também MAURACH, GÖSSEL, ZIPF, *op. cit.*, p. 18

³⁶ Para as quais a tentativa era “uma acção externa dirigida intencionalmente à realização do crime” “que deve ser objectivamente perigosa”. Assim, o fundamento da sua punibilidade, seria “o perigo próximo de consumação da realização típica”. O seu maior representante, é Feuerbach. Cf. FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter Von, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 1826, p. 42 e s. *apud* STRATENWERTH, *op. cit.* p. 279, DIAS, J.F., 2012, *op. cit.*, p. 688

³⁷ Que colocam o fundamento da punibilidade da tentativa na vontade delituosa. O ilícito jurídico-penal considera-se constituído pelo comportamento através do qual o agente, do seu ponto de vista, viola uma norma proibitiva ou impositiva. Deste modo, fica relegado para segundo plano o concreto perigo para o bem jurídico ou o seu aparecimento. Cf. DIAS, J.F., 2012, *op. cit.*, p. 689, STRATENWERTH, *op. cit.*, p. 280

³⁸ Formuladas pela primeira vez por HORN mas desenvolvidas sobretudo por VON BAR. Esta é a concepção seguida maioritariamente na Alemanha. Cf. ROXIN, Claus, *Problemas fundamentais do direito penal*, Lisboa: Vega, 1998, p. 296, MAURACH, GÖSSEL, ZIPF, *op. cit.*, p. 28, STRATENWERTH, *op. cit.* p. 281

Estas últimas surgem como que um aglomerado, uma posição intermédia das teorias extremadas anteriormente mencionadas introduzindo, porém, uma ideia nova de dignidade penal do facto. O ponto de partida é, também aqui, a vontade delituosa. Todavia, essa vontade só é merecedora de pena e, portanto, só deverá ser punida quando, segundo um juízo *ex ante* de prognose póstuma, perturbe a confiança da comunidade na vigência da norma no ordenamento jurídico, ou seja, quando abala as expectativas comunitárias da paz e segurança jurídica. São, deste modo, as teorias que melhor se enquadram com o nosso quadro normativo da tentativa. Vejamos.

Da leitura do art.º 22º n.º 1, podemos desde logo elencar, de forma clara, quais os elementos que devem estar verificados para podermos falar em tentativa. De acordo com o mesmo exige-se: a decisão de cometer um crime (elemento subjectivo)³⁹, a prática de actos de execução e a não consumação do mesmo.

O problema fulcral prende-se com o facto de a decisão criminosa ter de ser exteriorizada através de actos de execução, de actos que já se dirigem à realização do crime. Assim o problema com que nos deparamos diz respeito à distinção entre actos preparatórios e actos de execução, ou seja, a partir de que momento podemos dizer que se inicia a execução?

Face ao exposto a doutrina foi avançando algumas teorias para operar a tal distinção.

As teorias formais objectivas entendem que a tentativa pressupõe pelo menos a “prática de (uma parte daqueles) actos que caem já na alçada de um tipo de ilícito e são portanto abrangidos pelo teor literal da descrição típica”⁴⁰, ou seja, os actos serão actos de

³⁹ A tentativa é sempre um crime de intenção, pelo que deve existir, por parte do agente, uma intenção directa e dolosa dirigida à realização objectiva. É importante sublinhar que o elemento subjectivo é o mesmo que o do crime consumado, assim, para além do dolo do tipo devem verificar-se também os especiais elementos subjectivos que eventualmente a lei exija. Cf. SILVA, G.M., *op. cit.*, p. 317 e s., DIAS, J.F., 2012, *op. cit.*, p. 693, FERREIRA, Manuel, *op. cit.*, p. 404. Coloca-se aqui a questão de saber se a decisão criminosa em causa é compatível com todas as modalidades do dolo. Surgem aqui duas soluções: por um lado a doutrina maioritária, portuguesa e estrangeira, acompanhada pela jurisprudência nacional, entende que o dolo não deve ser entendido de modo mais exigente do que no crime consumado, pelo que a tentativa deveria ser punida quando praticada com dolo eventual. Cf. DIAS, J.F., 2012, *op. cit.*, p. 694 e os acórdãos (entre muitos outros exemplos): STJ de 14/6/1995, proc. 046599; e de 8-9-2016, proc. 610/15.1PCLSB.S1; TRC de 20/06/2012 proc. 158/11.3PATNV.C1; TRP de 12-06-2013, proc. 267/05.8GMBR.P2. Por outro lado, Faria Costa, entende que a tentativa e o dolo eventual são incompatíveis, restringindo a decisão criminosa às restantes formas de dolo. Cf. COSTA, José Francisco de Faria, “Tentativa e dolo eventual (ou da relevância da negação em direito penal)”, Sep. do: *número especial do BFDUC – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia – 1984*, Coimbra: 1987.

⁴⁰ Cf. DIAS, J.F., 2012, *op. cit.*, p. 696

execução se descritos no próprio tipo legal. Esta teoria, por si só, não chega para a distinção em causa. Embora nos casos mais simples este critério permita já separar os actos preparatórios dos de execução, perde eficácia, todavia, perante situações mais complexas nomeadamente quando o crime for de execução livre ou não vinculada ⁴¹.

Partindo destas teorias, surgem as teorias materiais objectivas com o intuito de as complementar e esclarecer. Decisivo aqui foi a fórmula de FRANK, segundo a qual seriam actos de execuções os actos que “em virtude de uma pertinência necessária à acção típica, aparecem, a uma consideração natural, como suas componentes” ⁴².

Esta fórmula foi depois combinada com teorias subjectivas, com recurso ao plano do agente para determinar se o acto era ou não parte componente da acção típica; e com teorias objectivas, que lhe acrescentam a ideia de que o acto será de execução se implicar um perigo imediato, iminente, ou próximo para o bem jurídico protegido. FIGUEIREDO DIAS critica estas posições por entender que pouco acrescentam na dilucidação dos casos concretos e duvidosos de qualificação de um acto como de execução; que confundem a realização típica com a violação do bem jurídico; são inaplicáveis relativamente à tentativa de crimes de perigo, concreto ou abstracto e não oferecerem nenhum critério quanto à medida da perigosidade e da imediação do acto ⁴³. Contudo entende o autor que, “por mais criticável que possa ser, em cada uma das alternativas, a fórmula referida, ela oferece no entanto o caminho mais seguro e exacto de concretização da linha separadora de actos preparatórios e de execução” ⁴⁴ quando introduzidas algumas correcções. Assim propõe por um lado, uma alteração da conotação natural por uma conotação social (pelas regras da experiência, pelo que é normal acontecer); e por outro, acentua que o perigo para o bem jurídico não tem de ser apenas imediato, iminente, ou próximo, mas também típico.

Falta ainda referir as teorias subjectivas para as quais, a diferenciação entre actos preparatórios e de execução depende apenas da qualidade ou intensidade da vontade

⁴¹ Apesar de tudo, o conteúdo destas teorias constitui a linha orientativa neste problema, pois é o critério mais rigoroso dado o princípio *nullum crimen sine lege*.

⁴² Cf. FRANK, Reinhard, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 18.^a ed., 1931/36, §43, II, 2 b), *apud* DIAS, J.F., 2012, *op. cit.*, p. 698

⁴³ Cf. DIAS, J.F., 2012, *op. cit.*, p. 698-699

⁴⁴ *Ibid.*, p. 699

“documentada no acto dirigido à realização do crime”⁴⁵. Estas teorias têm de ser rejeitadas, pois, a distinção entre preparação e execução não pode ficar exclusivamente dependente da vontade do agente. Como vimos anteriormente, na tentativa, ao lado da decisão tem de existir um “momento objectivamente estruturado”⁴⁶. O princípio da tipicidade assim o exige. Pese embora as críticas que lhe são apontadas, estas teorias são importantes para a distinção que estamos a analisar, pois, “em muitos actos concretos só poderá determinar-se a sua referência típica por apelo” ao plano do agente⁴⁷.

Vejam os quais os critérios elencados no nosso CP, nomeadamente no seu art.º 22º n.º 2⁴⁸.

A al. a) do referido artigo dispõe que serão actos de execução todos aqueles que preencherem um elemento constitutivo de um tipo de crime. Este critério, apesar de unânime, só é de aplicar aos crimes formais, aos crimes em que a acção seja descrita pela norma incriminadora⁴⁹. Isto significa que, embora tendo sido acolhidas as teorias formais objectivas, é indispensável recorrer a outros elementos para contextualizar o acto praticado⁵⁰.

Por sua vez a al. b) do art.º 22º n.º 2 considera que são também actos de execução todos aqueles que forem idóneos a produzir o resultado típico, e que, de acordo com as doutrinas que estão na sua base – as materiais objectivas – acarretam já um perigo para o bem jurídico protegido pela norma⁵¹. O significado deste preceito “é pois o de equiparar aos actos típicos (parciais) previstos na al. a) todos aqueles que são idóneos – isto é, adequados, segundo os conhecidos termos da doutrina da adequação, nomeadamente de acordo com um

⁴⁵ *Ibid.*, p. 700

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ *Ibid.*, p. 701

⁴⁸ Os critérios aí previstos são marcadamente objectivos, e correspondem, no essencial, aos elencados por Eduardo Correia no seu ProjPG, bem recebidos pela Comissão Revisora do CP. Cf. DIAS, J.F., 2012, *op. cit.*, p. 702, *Actas da Comissão Revisora, op. cit.*, p. 170 e s. Isto não significa, todavia, que não se dê qualquer relevo ao elemento subjectivo. Pelo contrário, Figueiredo Dias entende que neste preceito falta precisamente referência a esse elemento, ao plano do agente. Daí que se fale, a este propósito, de uma teoria objectiva individual – Cf. JESCHECK/WEIGEND, *op. cit.*, p. 557

⁴⁹ Cf. FERREIRA, Manuel, *op. cit.*, p. 408

⁵⁰ Cf. DIAS, J.F., 2012, *op. cit.*, p. 703

⁵¹ Cf. FERREIRA, Manuel, *op. cit.*, p. 409. No fundo esta alínea corresponde ao critério da al. a) para os crimes de execução não vinculada. Tratando-se de crimes de mera actividade deverá ter-se em conta a idoneidade para integral realização do tipo – Cf. DIAS, J.F., 2012, *op. cit.*, p. 703

juízo *ex ante*, de prognose póstuma”⁵². Note-se que a idoneidade de um acto depende da sua inserção na globalidade do plano do agente, pois é em função deste que se atribui a cada acto a qualificação de acto idóneo⁵³.

Por fim, a al. c) do nº 2 do art.º 22º, dispõe que são ainda actos de execução os que, segundo a experiência comum e salvo circunstâncias imprevisíveis, forem de natureza a fazer esperar que se lhe sigam actos das espécies indicadas nas alíneas anteriores. Para interpretação desta alínea, FIGUEIREDO DIAS fala de uma exigência cumulativa de uma dupla conexão: de uma conexão de perigo e de uma conexão típica (ou, como prefere de uma conexão de perigo típica)⁵⁴.

A conexão de perigo exige, para que um acto seja de execução, que o lapso temporal entre o acto e a lesão do bem jurídico seja de iminente implicação.

Por seu turno, a conexão típica existe quando o acto coloca em perigo o bem jurídico que a norma quis proteger, quando penetra no âmbito de protecção do crime. Só assim está justificada a intervenção do Direito Penal “à luz da sua função de instrumento e tutela subsidiária dos bens jurídicos”⁵⁵. Esta intervenção terá lugar quando o acto se intrometa na esfera da vítima⁵⁶.

Começando pela resolução criminosa, passando pela preparação do tipo de ilícito e depois pela execução, o *iter criminis* tem como fase final a consumação. À primeira vista a distinção entre delito tentado e delito consumado parece não levantar dúvidas. Todavia, nem sempre tal distinção se torna linear. Assim é importante a distinção entre consumação formal (ou típica) e consumação material (terminação ou conclusão).

A consumação formal verifica-se quando forem preenchidos todos os elementos do tipo objectivo de ilícito⁵⁷.

Por sua vez, a consumação material atinge-se com a “realização completa do conteúdo do ilícito em vista do qual foi dirigida a incriminação, desde que o agente tenha

⁵² *Ibid.*, p. 703

⁵³ FERREIRA, Manuel, *op. cit.*, p. 409-410

⁵⁴ Cf. DIAS, J.F., 2012, *op. cit.*, p. 706

⁵⁵ *Ibid.*, p. 708

⁵⁶ Este critério da actuação sobre a esfera da vítima é de ROXIN – Cf. ROXIN, 1998, *op. cit.*, p. 306. Note-se, todavia, que este critério só permite determinar essa intromissão quando estejam em causa bens jurídicos individuais ou de titularidade supra-individual individualizada – Cf. DIAS, J.F., 2012, *op. cit.*, p. 708

⁵⁷ Cf. DIAS, J.F., 2012, *op. cit.*, p. 686

actuado com dolo de o realizar”⁵⁸, no fundo dá-se com a verificação do resultado que o agente quis alcançar e em vista do qual a incriminação foi erigida.

Dependendo do tipo de crime, ambas poderão ocorrer simultaneamente ou em separado⁵⁹. Esta distinção assume relevância prática em vários contextos: na desistência da tentativa; em matéria de comparticipação, de concurso de crimes, de prescrição⁶⁰.

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ *Ibid.*, p. 687

⁶⁰ *Ibid.*

Parte II – O início da tentativa na co-autoria

Capítulo I – Solução global e solução individual no plano histórico-dogmático

1. Caracterização dos dois tipos de solução

Este binómio entre “solução global” e “solução individual”⁶¹ esteve no centro do debate, travado na Alemanha, sobre a problemática do início da tentativa do co-autor.

A solução global tem na sua base a ideia de que a partir do momento em que um co-autor pratica, de acordo com o plano criminoso, o primeiro acto de execução, todos os restantes co-autores devem ser punidos por tentativa, mesmo que não tenham ainda e não cheguem a prestar os respectivos contributos para o facto (tipicamente ilícito). Deste modo, o início da tentativa é, pois, forçosamente simultâneo para todos os co-autores, coincidindo com o primeiro acto de execução praticado por qualquer um deles.

Esta é a solução predominante na doutrina e jurisprudência alemã⁶².

Diversamente, a solução individual parte do pressuposto que a tentativa não se inicia necessariamente no mesmo momento para todos os co-autores. Tal questão deve ser resolvida atendendo ao comportamento do co-autor respectivo, ou seja, deve-se ter em conta o contributo individual de cada um para a realização do facto.

Este ponto de vista, ainda que minoritário, tem vindo a ganhar progressivamente mais apoiantes como veremos. Todavia, os defensores deste tipo de solução diferem, entre si, quanto às exigências que devem fazer-se sentir no comportamento de cada participante para que seja possível a sua punição como co-autor de um delito tentado, o que leva a que haja uma “pluralidade de soluções individuais distintas”⁶³. Concordam,

⁶¹ As expressões utilizadas correspondem à terminologia criada por SCHILLING “*Gesamtlösung*” e “*Einzellösung*”, respectivamente, na sua monografia de 1975. SCHILLING, *Der Verbrechensversuch des Mittäters und des mittelbaren Täters*, 1975, p. 104 e ss, *apud* MORÃO, Helena, *Autoria e Execução Comparticipadas*, Coimbra: Almedina, 2014, p. 439.

⁶² Cf. DIAS, J.F., 2012, *op. cit.*, p. 818 e s., ROXIN, 1998, *op. cit.*, p. 334-335, MORÃO, Helena, *op. cit.*, *loc. cit.*, VALDÁGUA, Maria da Conceição, *Início da tentativa do co-autor*, Lisboa: Lex, 1993 p. 10

⁶³ Expressão utilizada por MORÃO, Helena, *op. cit.*, p. 446

porém, em que só as acções individuais de cada agente podem fundamentar a sua punibilidade na forma tentada, sendo perfeitamente possível, deste modo, haver já tentativa punível em relação a um ou alguns e não haver em relação a outro(s) ⁶⁴.

Do exposto, verificamos que há assim uma solução global que se contrapõe a várias modalidades de solução individual como adiante examinaremos.

2. Solução global e soluções individuais na doutrina e jurisprudência alemãs

A co-autoria, como forma autónoma de autoria, é, no direito penal germânico “o produto de uma evolução histórico-dogmática que começou e atingiu o seu termo no decurso do século XIX” ⁶⁵. Vejamos, partindo como que de um esquema cronológico de como foram surgindo as várias soluções.

2.1. Soluções individuais defendidas na Jurisprudência e Doutrina mais antigas

Foi no sentido de uma solução individual que se orientou, inicialmente, o “*Reichsgericht*”, numa decisão de 7 de Maio de 1883 ⁶⁶. Segundo VALDÁGUA ⁶⁷ esta solução merece ser posta em destaque não só porque constitui o primeiro arresto respeitante ao início da tentativa do co-autor, como também por continuar a ser discutida ao longo da literatura juspenalista alemã.

Nesta decisão estava em causa o seguinte: A e B, marido e mulher, tinham acordado no cometimento de um furto numa habitação alheia. Tinha ficado entendido que A abriria a porta com uma gazua e B só depois interviria para levar os objectos cobiçados. Quando A tentava abrir a porta – enquanto B aguardava, inactiva, ao seu lado –, os dois comparsas

⁶⁴ VALDÁGUA, *op. cit.*, p. 51

⁶⁵ *Ibid.*, p. 57

⁶⁶ RGSt 9, 3-10 *apud* VALDÁGUA, *op. cit.*, p. 58

⁶⁷ VALDÁGUA, *op. cit.*, *loc. cit.*

foram surpreendidos pelo dono da casa, o que os impediu de realizarem o projectado furto⁶⁸.

“A posição assumida pelo “*Reichsgericht*” foi a de que, logo que um co-autor pratique actos de execução, os restantes comparsas poderão ser punidos como co-autores do delito tentado”⁶⁹, desde que “o plano comum lhes prescreva, para o momento da prática do acto de execução do outro, uma actuação ou comportamento que se distinga da actuação ou comportamento de um terceiro não participante e que eles tenham efectivamente assumido uma tal conduta, distinta da que, em igualdade de circunstâncias, teria sido a de um terceiro”⁷⁰. Assim B seria punida como co-autora da tentativa de furto^{71 72}.

Relativamente à doutrina, um autor de destaque neste âmbito é FRANK que, desde 1897, defendeu uma solução individual para o problema do início da tentativa do co-autor. Para este autor, “a tentativa começa para cada co-autor, no momento em que ele pratica o primeiro acto de execução do crime. Assim, nos casos de delito tentado, só poderiam ser punidos como co-autores aqueles participantes cujos actos ultrapassaram a fase preparatória e entraram, portanto, na fase da execução do delito. Os restantes participantes, que não chegaram a praticar actos de execução, poderão ser punidos como cúmplices”⁷³.

2.2. A viragem para a solução global

A grande “vira-volta” deu-se com uma decisão do “*Reichsgericht*” de 23 de Setembro de 1924, relativamente ao início da tentativa do co-autor num caso de falsificação

⁶⁸ VALDÁGUA, *op. cit.*, p. 59

⁶⁹ VALDÁGUA, *op. cit.*, p. 185

⁷⁰ RGSt 9, 3-10 (6 s.) *apud* VALDÁGUA, *op. cit.*, p. 60 e 185

⁷¹ Esta decisão é considerada por SCHILLING como representativa da solução global – Cf. VALDÁGUA, *op. cit.*, p. 58^(nota 82), por sua vez, a autora, entende que nesta decisão está claramente presente a solução individual. ROXIN, 2016, *op. cit.*, p. 434, entende esta decisão como uma via intermédia entre a solução global e a solução individual.

⁷² Houve outras decisões do mesmo tribunal, uma de 1887 e outra de 1915, que rejeitaram também a solução global. Cf. VALDÁGUA, *op. cit.*, p. 60-61. A primeira (de 1887) exige para além de um acto de execução por outro comparsa, a presença do co-autor no local do crime.

⁷³ FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich*, 1897, *apud* VALDÁGUA, *op. cit.*, p. 61. Segunda a autora, FRANK manteve-se fiel a esta solução em todas as edições posteriores da sua obra (a última - 18ª - foi em 1931).

de documento. Nessa decisão pode ler-se que “é apenas necessário que algum dos co-autores tenha praticado um acto que contenha, pelo menos, um começo de execução da falsificação do documento e que todos os participantes quisessem fazer valer esse acto também para eles”⁷⁴.

A partir de então, a jurisprudência alemã manteve-se fiel à solução global, mesmo apesar da defesa da solução individual feita por FRANK e mantida por ele por mais de 30 anos.

Dois dos mais importantes exemplos, são a decisão do “*Reichsgericht*” de 3 de Agosto de 1943 e a decisão do “*Bundesgerichtshof*” de 23 de Janeiro de 1958. A primeira pode resumir-se nos seguintes termos: os empregados dos caminhos de ferro alemães, e respectivos cônjuges, teriam direito a bilhetes de comboio grátis caso quisessem visitar soldados feridos, seus familiares, internado em hospitais. A ré, casada com um empedado dos caminhos de ferro, com vista a obter passagens gratuitas para ir passar férias com o marido, escreveu, para esse efeito, cartas a soldados desconhecidos pedindo-lhes que lhe enviassem cartas nas quais se fizessem passar por familiares seus ou do seu marido e nas quais manifestassem o desejo de que os fossem visitar. As cartas foram apreendidas e a ré acusada de tentativa de burla. Quanto ao marido, o tribunal entendeu que, no caso de se vir a provar que o marido tinha conhecimento e aprovado previamente o plano da mulher, deveria ser punido como co-autor da tentativa de burla⁷⁵. Relativamente à segunda decisão em questão, estava em causa o seguinte: A, B e C decidiram cometer, em conjunto, um furto com arrombamento, indo cada um armado com uma pistola carregada. Acordaram também em disparar sobre qualquer pessoa que os perseguisse, para evitar o risco de captura. Ao tentarem abrir uma janela foram surpreendidos pelo dono da casa. A e B puseram-se em fuga, e C seguiu-os de perto. A, no entanto, tomou C por um perseguidor e para evitar a sua captura disparou sobre o suposto perseguidor. O tribunal entendeu que C deveria ser punido, tal como A e B, como co-autor de um homicídio tentado, só que em relação a C tratar-se-ia de uma tentativa impossível⁷⁶.

Ambas as decisões representam um acolhimento claro da solução global.

⁷⁴ RGSt 58, 279, *apud* VALDÁGUA, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁷⁵ RGSt 77, 172-175 *apud* VALDÁGUA, *op. cit.*, p. 62

⁷⁶ BGHSt 11, 268-272 *apud* VALDÁGUA, *op. cit.*, p. 63, MORÃO, Helena, *op. cit.*, p. 446

Inicialmente a solução global começou por ser fundamentada com base numa determinada concepção de autoria. Essa concepção parte da ideia da imputação recíproca das acções e pode resumir-se nos seguintes termos: o agente que acorda com outros no cometimento, em conjunto, de um crime e na repartição de tarefas entre eles, assumindo aí um papel de co-autor, fica, automaticamente, sujeito a que lhe sejam imputados os comportamentos dos outros comparsas que estejam em conformidade com o plano criminoso querido por todos. Daqui decorre, nomeadamente, que todos os co-autores, independentemente daquilo que tenham ou não feito, respondem por delito tentado logo que qualquer um deles pratique um acto de execução. Isto é assim, porque o acto que é imputado é-o como se de uma acção própria de tratasse ⁷⁷.

É esta a fundamentação em que se apoiam vários autores alemães tais como: MEZGER ⁷⁸; SCHRÖDER ⁷⁹ e BAUMANN ⁸⁰.

Contra esta doutrina da imputação recíproca das acções dos co-autores manifestou-se, ROXIN, em 1963.

Para tal aponta várias críticas. Desde logo critica a concepção de co-autoria como autoria mediata de SCHRÖDER ⁸¹. Também não entende porque é que alguém deverá ser punido, como co-autor, por algo que outro fez, sob a sua própria responsabilidade, pois entende que isso seria uma excepção curiosa, difícil de harmonizar com o princípio da culpa ⁸². Tal acontece também com o “*error in persona*” e com a designada co-autoria sucessiva. Relativamente ao primeiro, entende ROXIN que o co-autor não responde pelo que o outro fez, mas pelo seu próprio condomínio do facto. Já quanto à co-autoria sucessiva, afasta, mais uma vez, a ideia de o co-autor ser punido pelo comportamento de outro(s) em vez de ser pelo seu próprio ⁸³.

⁷⁷ VALDÁGUA, *op. cit.*, p. 65

⁷⁸ MEZGER, Edmund, *Leipziger Kommentar*, 6ª ed., 1944; 8ª ed., 1957, *apud* VALDÁGUA, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁷⁹ SCHRÖDER, Horst, *JR 1958 e Strafgesetzbuch kommentar*, 17ª ed, 1974, *apud* VALDÁGUA, *op. cit.*, p. 66 – “Para SCHRÖDER a co-autoria constitui uma excepção ao princípio de que só se responde pelas acções próprias e, do mesmo passo, traduz-se num «caso especial de autoria mediata»”. Esta doutrina tinha sido já defedida por BINDING. Também LANGE e SAX entendem a co-autoria como uma autoria parcialmente mediata, cf. ROXIN, 2016, *op. cit.*, p. 270

⁸⁰ BAUMANN, Jürgen, *Täterschaft und Teilnahme, Jus*, 1963, *apud* VALDÁGUA, *op. cit.*, p. 67

⁸¹ ROXIN, 2016, *op. cit.*, p. 270-271

⁸² ROXIN, 2016, *op. cit.*, p. 271

⁸³ ROXIN, 2016, *op. cit.*, p. 283

A rejeição destas teses (da tese da imputação recíproca das acções e da que vê a co-autoria uma autoria mediata recíproca) é forçosa face à concepção roxiniana da co-autoria. Vejamos.

Aos crimes de que nos socorremos para delimitar o nosso estudo, chama ROXIN, de “delitos de domínio”. Entende que, nesses delitos (que são a maioria), o critério decisivo para a delimitação das formas de autoria é o critério do domínio do facto^{84 85}. Segundo esse critério, possui o domínio do facto e é autor quem, na realização do delito, aparece como figura central do acontecimento criminoso⁸⁶, isto é, quem pela sua influência determinante e decisiva no acontecimento conduz à realização do delito⁸⁷. Autor é o “senhor do facto”, é “aquele que domina a execução típica, de tal modo que a ele cabe o papel director da iniciativa, interrupção, continuação e consumação da realização, dependendo estas, de forma decisiva, da sua vontade”⁸⁸, não reconhecendo nenhuma vontade superior à sua⁸⁹. Os

⁸⁴ Note-se que este critério só é válido para caracterizar a autoria nos “delitos de domínio” (crimes dolosos de acção). Ficam assim de fora os crimes negligentes (pois nestes não se pode dizer que existe um controlo do acontecimento pela vontade do agente), os crimes de omissão (pois o critério do domínio do facto tem como função determinar quem dirigiu a acção que preencheu o tipo, e neste tipo de crimes o agente não executa ou dirige a execução da acção esperada), e ainda, os crimes específicos (pois nestes crimes só pode ser autor quem realizar, por si mesmo, a acção, e por isso o facto só pode ser cometido sob a forma de autoria imediata. O critério delimitador consiste deste modo na titularidade do dever específico, assim só o *intraeus* pode ser autor porque só ele pode violar o dever especial a que está vinculado). Cf. ROXIN, 2016, *op. cit.*, p. 343 e s, 441 e s. (em específico p. 445), p. 723 a 742, DIAS, J.F., 2012, *op. cit.*, p. 770

⁸⁵ Relativamente aos crimes específicos, em Portugal temos o artigo 28º do CP para resolver o problema. Mais uma vez, aqui se afasta o modelo alemão do nosso CP. O critério do domínio do facto deve continuar a valer, pois, entende-se que para se ser autor de um crime específico é necessário não só possuir a qualidade especial exigida pelo tipo legal, mas também o domínio do facto, “o autor de um crime específico tem que dominar o acontecimento que leva à violação do seu dever e que constitui a razão de ser da incriminação”. Cf. SOUSA, Susana, “A autoria...”, *op. cit.*, p. 356. No entanto, nos casos de comparticipação em que apenas um dos intervenientes reúne aquela qualidade, o legislador veio permitir que caia esse requisito, bastando-se com o domínio do facto por parte do *extraneus*. Assim, o referido artigo estabelece que “nas situações de pluralidade de agentes em factos cuja ilicitude ou grau de ilicitude dependam de certas qualidades ou relações especiais do agente, basta que essas qualidades se verifiquem em qualquer um dos participantes para que a pena aplicável se estenda a todos os outros”. Esta norma consagra assim o que a doutrina designa de “comunicabilidade das qualidades e relações especiais relativas ao ilícito”. Cf. SOUSA, Susana, “A autoria...”, *op. cit.*, p. 343. É de referir que a “comunicabilidade” nem sempre se verifica. Para mais desenvolvimentos Cf. SOUSA, Susana, “A autoria...”, *op. cit.*, p. 343 a 368, DIAS, J.F., 2012, *op. cit.*, p. 848 a 854, BELEZA, Teresa Pizarro, “Ilícitamente comparticipando – o âmbito de aplicação do art.º 28º do CP”, Sep. do: *número especial do BFDUC – “Estudos em homenagem ao prof. Doutor Eduardo Correia”* – 1984, Coimbra: 1988.

⁸⁶ Este conceito da figura central não é, segundo ROXIN, uma descrição do conteúdo da autoria, mas um critério formal, um ponto de partida metodológico. Assim, em vez de uma definição exacta ou de um conceito indeterminado, fornece uma descrição, um conceito aberto ajustável às oscilações dos casos concretos, e que deve ser completado com a ideia do domínio do facto. Cf. ROXIN, 2016, *op. cit.*, p. 42 e 130 e s.

⁸⁷ ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General. Tomo II*, Madrid: Civitas, 2014, p. 69 e p. 75

⁸⁸ DIAS, J.F., 2012, *op. cit.*, p. 767

⁸⁹ STRATENWERTH, *op. cit.*, p. 314-315

restantes intervenientes são apenas participantes, pois estão à margem do centro da acção ⁹⁰ e a sua contribuição traduz-se numa mera colaboração no facto principal do autor, estando dele dependentes. O domínio do facto manifesta-se, para ROXIN, por três formas: o domínio da acção, caracterizador da autoria imediata ⁹¹; o domínio da vontade, que caracteriza a autoria mediata ⁹²; e, por fim, o domínio funcional do facto que constitui a essência da co-autoria.

Relativamente ao domínio funcional do facto, característico da co-autoria, entende ROXIN que o co-autor tem o domínio do facto devido à repartição de tarefas entre os agentes. É assim porque, cada co-autor assume uma tarefa que é essencial para a realização do plano criminoso e que lhe confere o domínio global do facto devido à sua contribuição no mesmo. Cada um desempenha deste modo uma função insubstituível que lhe confere o condomínio do facto. Pois cada um tem a possibilidade de poder fazer fracassar o plano criminoso desde que omita o contributo que assumiu prestar ⁹³. Em suma, “cada co-autor não é titular exclusivo do domínio do facto, nem apenas domina a sua parte do facto: cada co-autor é, sim, contitular do domínio (funcional) de todo o facto” ^{94 95}.

ROXIN aborda a questão do início da tentativa do co-autor, em 1963, a partir de dois exemplos. Um deles é o caso decidido pela já mencionada anteriormente decisão do “*Reichsgericht*” de 7 de Maio de 1883, e o outro foi construído pelo próprio, e consistia num atentado político em que dois dos três agentes (A e B) montaram uma bomba na sala onde deveria ser proferido o discurso político, e a qual deveria ser acionada pelo terceiro agente

⁹⁰ ROXIN, 2016, *op. cit.*, p. 42

⁹¹ Detém o domínio da acção quem preenche todos os elementos do tipo com o seu próprio corpo, não havendo, desta forma, para ROXIN, maneira mais clara de deter o domínio de um facto, sendo esta o protótipo da autoria, até porque o legislador ao descrever a factualidade típica, se refere ao autor imediato: “quem...”. Cf. ROXIN, 2014, *op. cit.*, p. 75 e p. 80 s., e ROXIN, 2016, *op. cit.*, p. 133 s.

⁹² O domínio da vontade, detido pelo autor mediato, permite perceber como pode ser considerado autor alguém que não executa o facto por si mesmo, isto é, como é que se pode imputar ao agente mediato as acções do agente imediato. Com efeito, para que isso aconteça o agente mediato tem de ser o “senhor do facto”, tem de ser ele a conduzir o processo causal para o fim pretendido. Ora, para que isso aconteça, o homem-de-trás (autor mediato) tem de controlar a vontade do homem-da-frente (autor imediato/executor). Segundo ROXIN isso só é possível através de uma de três maneiras: por coacção; indução em erro ou no âmbito de um aparelho organizado de poder. Cf. ROXIN, 2016, *op. cit.*, p. 148 s., ROXIN, 2014, *op. cit.*, p. 75 e p. 84 s.

⁹³ ROXIN, 2014, *op. cit.*, p. 146 s., ROXIN, 2016, *op. cit.*, p. 270 s.

⁹⁴ VALDÁGUA, *op. cit.*, p. 70, ROXIN, 2016, *op. cit.*, p. 271

⁹⁵ Estão deste modo e segundo ROXIN, excluídas do conceito de autoria a instigação e a cumplicidade que são integradas na participação, uma vez que, se encontram à margem da figura central que é o autor, não detendo desse modo o domínio do facto. Como podemos verificar aqui se afasta o modelo alemão do nosso CP, uma vez que, como vimos, entre nós a instigação surge autonomizada na lei (art.º 26º/4ª alternativa).

(C) aquando do discurso, o que não chegou a acontecer porque o seu plano foi descoberto ⁹⁶. Para o autor, impõe-se aqui a “questão de saber se a co-autoria e a cumplicidade deverão, no campo da tentativa, delimitar-se com base na tarefa que, segundo o plano criminoso comum, deveria ser desempenhada pelo participante em causa, ou de acordo com o contributo realmente prestado por esse participante” ⁹⁷. A resposta é a de que essa delimitação deve fazer-se sem ter em conta as contribuições activas até então realizadas. Ou seja, a delimitação tem de ser feita, exclusivamente, em função do plano criminoso, da actividade aí prevista ⁹⁸. Assim, tanto C como a mulher do caso do “*Reichsgericht*” terão de ser considerados co-autores do delito tentado ⁹⁹.

A adesão à solução global, por parte de ROXIN num primeiro momento ¹⁰⁰, é fundamentada com base em quatro argumentos.

Um deles, o principal, é extraído da doutrina do domínio funcional do facto, referida anteriormente. ROXIN observa que, aqueles agentes que aceitaram, no âmbito do plano criminoso, uma tarefa essencial a desempenhar por cada um dos co-autores, e ainda não actuaram porque a sua intervenção está prevista para um momento posterior, têm nas mãos os acontecimentos tais como os têm aqueles que já actuaram. Cabe-lhes, pois, o condomínio do facto. São por isso co-autores e não apenas cúmplices ¹⁰¹.

Para além deste, há ainda mais três. ROXIN não entende porque é que, num actuar conjunto através da divisão de trabalho, aquele, cuja parte do facto se efectua mais tarde e, portanto, é mais importante, fica impune devido única e exclusivamente ao descobrimento do plano criminoso (é o designado argumento do azar). Por outro lado, o autor observa ainda que o fundamento da punição da tentativa não reside na lesão ou perigo objectivo de bens jurídicos, mas sim na vontade delitativa. Ou seja, pune-se o agente por aquilo que pretendia fazer e não por lesar ou por em perigo os bens jurídicos. Por último, aduz ROXIN o argumento de que a instigação e a cumplicidade se referem, sem dúvida alguma, ao facto planeado e não à parte da acção realizada: só quem quer o facto consumado pode responder

⁹⁶ ROXIN, 2016, *op. cit.*, p. 433 s.

⁹⁷ VALDÁGUA, *op. cit.*, p. 70,

⁹⁸ ROXIN, 2016, *op. cit.*, p. 435

⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰ Dizemos num primeiro momento, pois já não é esta a opinião de ROXIN como veremos oportunamente.

¹⁰¹ VALDÁGUA, *op. cit.*, p. 71, ROXIN, 2016, *op. cit.*, p. 435

como instigador ou cúmplice do delito tentado, caso contrário seria um agente provocador impune ¹⁰².

2.3. Defesa de soluções individuais não obstante o predomínio da solução global

Após toda esta discussão travada na Doutrina e Jurisprudência germânicas em torno da solução individual e solução global surge, em 1975, um autor que veio defender a solução individual criticando a solução global: foi SCHILLING.

A exposição da sua solução foi feita através da análise do caso decidido pelo “*Bundesgerichtshof*” em 23 de Janeiro de 1958 ^{103 104}, já mencionado anteriormente.

No caso em apreço “SCHILLING concorda com o resultado a que chegaram os defensores da solução global, todavia, justifica a punição como co-autor da tentativa de homicídio do comparsa que não chegou a disparar, com base no acordo estabelecido entre os três agentes”. Em suma, para este autor, “a intervenção na celebração do plano comum é o comportamento que fundamenta a punição, como co-autor da tentativa de homicídio, do participante que não disparou” ¹⁰⁵.

Para além deste caso, SCHILLING comenta ainda um caso do envenenamento às prestações, em que A e B acordam em matar C. Para tal, cada um deles, em dias alternados, terá de ministrar uma quantia de veneno na bebida a tomar pela vítima. O plano é gorado logo após A ter ministrado a primeira dose prevista, sem que B tivesse oportunidade de iniciar a sua actuação, prevista para o dia seguinte. Em relação a esta hipótese, SCHILLING, diversamente da solução defendida no caso anterior, inclina-se para a não punição de B pelo delito tentado. Assim, argumenta que “a intervenção desse participante no pacto criminoso está, temporalmente, demasiada afastada do termo da actividade que lhe caberia realizar segundo esse pacto” ¹⁰⁶ e, considera que, “nesta situação, a tentativa apenas

¹⁰² ROXIN, 2016, *op. cit.*, p. 433 s., VALDÁGUA, *op. cit.*, p. 71-73

¹⁰³ BGHSt 11, p. 268-272 *apud* MORÃO, Helena, *op. cit.*, p. 446 e VALDÁGUA, *op. cit.*, p. 82 e s.

¹⁰⁴ SCHILLING, *Der Verbrechensversuch des Mittäters und des mittelbaren Täters*, 1965, p. 112 s., *apud* VALDÁGUA, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁰⁵ Para ambas as citações cf. VALDÁGUA, *op. cit.*, p. 82-83., MORÃO, Helena, *op. cit.*, p. 446

¹⁰⁶ SCHILLING, *op. cit.*, p. 114, *apud* VALDÁGUA, *op. cit.*, p. 83

principia, para cada co-autor, quando cada um deles comece a fornecer à vítima a dose de que está incumbido”¹⁰⁷.

Houve, no entanto, mais autores que defenderam uma solução diversa da doutrina dominante como iremos ver.

RUDOLPHI partindo dos princípios básicos da tentativa e da estrutura da co-autoria, entende que “a punição de cada co-autor por tentativa pressupõe que ele já tenha actuado – ou, pelo menos começado a actuar – a sua resolução de cometer o facto punível em co-autoria, através de actos que se revelem como um avançar para a realização imediata do respectivo tipo legal de crime”¹⁰⁸. Em suma, “partindo da perspectiva da doutrina do domínio do facto, RODOLPHI entende que, para que cada co-autor seja punido por tentativa, tem de ter avançado para a prestação imediata do contributo que fundamenta o seu domínio do facto. Caso isto não se verifique relativamente a algum dos co-autores, então, ele não poderá ser punido como co-autor do delito tentado; sê-lo-á por haver tomado parte no pacto criminoso (nos limites do § 30 do StGB) e, se algum dos co-autores já atingiu a fase da tentativa, como cúmplice – mas não como co-autor – dessa tentativa”¹⁰⁹.

Outro autor que rejeita a solução global é KRATZSCH. Entende que “no âmbito da co-autoria, as acções dos comparsas se fortalecem e complementam reciprocamente, pelo que, bastará, para considerar punível algum deles como co-autor do delito tentado, um qualquer comportamento que – seja, ou não, já o início da execução da tarefa respectiva, prevista no plano – tenha por efeito fortalecer ou completar acções dos outros co-autores”^{110 111}.

¹⁰⁷ MORÃO, Helena, *op. cit.*, p. 447

¹⁰⁸ RUDOLPHI, *Zur Tatbestandsbezogenheit des Tatherrschaftbegriffs bei der Mittäterschaft*, in: *Festschrift für Paul Bockelmann*, 1979, p. 369 s., *apud* VALDÁGUA, *op. cit.*, p. 91, MORÃO, Helena, *op. cit.*, p. 450

¹⁰⁹ RUDOLPHI, *op. cit.*, p. 384 *apud* VALDÁGUA, *op. cit.*, p. 92

¹¹⁰ KRATZSCH, *Die Bemühungen um Präzisierung der Ansatzformel (§ 22 StGB) – Ein absolut untauglicher Versuch?*, *JA* 1983, p. 587 *apud* VALDÁGUA, *op. cit.*, p. 95-96, MORÃO, Helena, *op. cit.*, p. 452

¹¹¹ “Aplicando esta tese ao caso decidido pelo RGst em 7-5-1883, KRATZSCH diz que a mulher deve ser punida como co-autora da tentativa de furto, uma vez que a tendência fortalecedora do seu comportamento ao aguardar ao lado do marido que este abrisse com a gazua a porta da habitação alheia onde o furto iria ser praticado por ambos, justifica que lhe seja imputada a ela a conduta dele”, VALDÁGUA, *op. cit.*, p. 96, MORÃO, Helena, *op. cit.*, p. 452

Por fim BLOY entende que “cada co-autor tem de atravessar, por si mesmo, a fronteira da tentativa, prestando o seu contributo para o facto no estádio da execução, pois só assim ele toma parte no domínio do facto. A decisão comum de cometer o delito não é, suficiente para atribuir ao participante que nela toma parte a qualidade de co-autor: tanto no caso de crime consumado, como no de delito tentado, é indispensável, para que um agente seja considerado co-autor, que ele intervenha, pessoalmente, na fase de execução”¹¹².

A solução global continua a predominar na doutrina e jurisprudência alemãs¹¹³.

Capítulo II – O início da tentativa do co-autor no Direito Penal Português

1. Colocação do problema perante os artigos 22º e 26º do Código Penal

Não existe no ordenamento jurídico-penal português qualquer disposição legal que regule em específico a questão do início da tentativa do co-autor, ou seja, a questão de saber se, nos casos em que um co-autor pratica, de acordo com a decisão conjunta, o primeiro acto de execução, devem os restantes co-autores (que, nos termos do plano comum deveriam desempenhar, em momento posterior, uma tarefa própria de co-autor) ser punidos por tentativa, mesmo que ainda não tenham praticado qualquer acto de execução (por razões independentes da sua vontade)¹¹⁴.

Assim, no Direito Penal Português, a solução do problema da imputação do facto na co-autoria, há-de procurar-se nos art.ºs 22º e/ou 26º/3ª proposição, isto é, nos preceitos em que se estabelece no geral a delimitação do início da tentativa perante a fase que a antecede no “*iter criminis*” (que é a dos actos preparatórios) ou se fixa o regime específico da co-autoria, como forma de comparticipação criminosa. Note-se, porém, que o ponto de partida será sempre do art.º 26º/3ª proposição pois só a interpretação deste poderá elucidar-

¹¹² BLOY, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, 1985, p. 265-267 *apud* VALDÁGUA, *op. cit.*, p. 96-97

¹¹³ ROXIN, 2014, *op. cit.*, p. 538

¹¹⁴ Cf. DIAS, J.F., 2012, *op. cit.*, p. 818, 821 e 822, VALDÁGUA, *op. cit.*, p. 103, MORÃO, Helena, *op. cit.*, p. 438

nos acerca do regime da imputação do facto na co-autoria, e saber se é ou não exigível (para a punição de um agente como co-autor de um delito tentado) que esse agente pratique algum acto de execução, nos termos do art.º 22º ¹¹⁵.

É de salientar ainda que, para compreender o regime da imputação do facto na co-autoria e dar resposta às questões que nos propusemos analisar, teremos de ter como ponto assente alguns aspectos fundamentais desta forma de participação criminosa.

2. Elementos constitutivos essenciais da co-autoria com relevância para a determinação do regime da imputação do facto ao co-autor

Na óptica do art.º 26º deve presumir-se desde logo que são diversas, em relação ao autor singular imediato, ao autor mediato, ao co-autor e ao instigador, as regras de imputação do facto, através das quais cada um é punível como autor. Isto porque não pode presumir-se “no legislador o desejo de estabelecer distinções de carácter meramente categorial-classificatório, sem qualquer reflexo no plano dos efeitos jurídicos” ¹¹⁶.

Relativamente ao regime de imputação do facto nas várias modalidades de autoria percorramos os mesmos para encontrar as diferenças entre ambos. Enquanto o co-autor “toma parte directa na execução, por acordo ou juntamente com outro(s)” ¹¹⁷ do facto; o autor imediato “executa o facto por si mesmo” ¹¹⁸; o autor mediato executa o facto “por intermédio de outrem” ¹¹⁹; e por fim, o instigador “determina outra pessoa à prática do facto” ¹²⁰. Com isto podemos retirar já as seguintes conclusões: ao contrário do autor imediato (e também do mediato), “o co-autor propõem-se realizar, apenas, uma parte dos comportamentos proibidos pelo tipo legal de crime” ¹²¹. Diferentemente também do que acontece com o instigador, a punição do co-autor não depende de um comportamento de outrem (pois o instigador só é punido se o instigado tiver iniciado a execução) ¹²².

¹¹⁵ VALDÁGUA, *op. cit.*, p. 103-109

¹¹⁶ VALDÁGUA, *op. cit.*, p. 111

¹¹⁷ Art.º 26º/3ª proposição CP

¹¹⁸ Art.º 26º/1ª proposição CP

¹¹⁹ Art.º 26º/2ª proposição CP

¹²⁰ Art.º 26º/4ª proposição CP

¹²¹ VALDÁGUA, *op. cit.*, p. 117

¹²² Cf. VALDÁGUA, *op. cit.*, p. 116, DIAS, J.F., 2012, *op. cit.*, p. 822 e s.

A co-autoria corresponde, deste modo, a uma modalidade autónoma de autoria. Não equivale, portanto, “a uma pluralidade de autorias imediatas paralelas”¹²³. Daí que se rejeite desde logo a doutrina defendida por SCHILLING que entende a co-autoria como uma “modalidade de autoria singular múltipla”¹²⁴. É também incompatível com a autonomização da co-autoria, pelo legislador português no art.º 26º, a doutrina defendida por SHRÖDER, SAX e LANGE que vêem na co-autoria uma forma especial de autoria mediata.

Em suma, a imputação do facto ao co-autor assenta em pressupostos diversos daqueles que depende a imputação do facto ao autor imediato, ao autor mediato e ao instigador.

Assim sendo, é indispensável por a descoberto os aspectos fundamentais da co-autoria que nos permitam elucidar sobre a responsabilização do co-autor pelo facto.

Nos termos da 3ª alternativa do art.º 26º é punido como autor “quem tomar parte directa na execução do facto, por acordo ou conjuntamente com outros”. É o que chamamos de co-autoria.

Os seus elementos característicos são assim: a execução conjunta do facto e a decisão conjunta. São estes os dois requisitos a que jurisprudência¹²⁵ e doutrina maioritária portuguesa faz submeter a co-autoria¹²⁶.

¹²³ MORÃO, Helena, *op. cit.*, p. 330, 341

¹²⁴ SCHILLING, *op. cit.*, p. 74 *apud* VALDÁGUA, *op. cit.*, p. 78-79, 113 e 187. VALDÁGUA não só discorda desta concepção de co-autoria (que leva ao conceito unitário de autor não acolhido entre nós), como discorda também do resultado a que esta solução chega quanto à determinação do início da tentativa do co-autor, que o faz remontar ao momento do acordo, e que constitui nessa óptica um alargamento da punição da co-autoria na tentativa. No mesmo sentido, MORÃO, Helena, *op. cit.*, p. 447-448 considera também que esta concepção puramente causal da co-autoria, alheia à relevância do desvalor objectivo da acção, em que aquela perde autonomia, enquanto figura participativa diante da autoria imediata, por ser reduzida a uma pluralidade de autorias directas (...) acaba por redundar num modelo de autoria unitária, com que SCHILLING tanto simpatiza, mas à revelia das opções legislativas do ordenamento jurídico penal. Entende ainda que, esta solução individual é incompatível com o princípio constitucional do facto (mais desenvolvido na nota 182); que confunde a co-autoria como modalidade autónoma de execução do facto com a mera conspiração ou concertação criminosa, isto é, com a fase que antecede a tentativa e que entre nós se encontra impune.

¹²⁵ Entre muitos outros, Cf. Ac. STJ de 18/07/1984, proc. 37420, Ac. STJ de 22-02-1995, proc. 47103

¹²⁶ Cf. SANTOS, Manuel Simas e LEAL-HENRIQUES, Manuel, *Código Penal Anotado*, I Vol., Lisboa: Rei dos Livros, 2014, p. 372 e s., COSTA, José, “Formas do crime...”, *op. cit.*, p. 170, PINTO, Frederico, *op. cit.*, p. 277, DIAS, J.F., 2012, *op. cit.*, p. 791 e s., ROXIN, 2014, *op. cit.*, p. 146-147, GODINHO, Inês Fernandes, “*Casting* em Direito Penal (ou um percurso pela autoria)”, *Politeia - Revista do Instituto de Ciências Policiais e Segurança Interna*, Ano VI/Ano VII, 2010, p. 62-63.

A. A execução conjunta do facto

A execução conjunta (elemento objectivo) pressupõe a realização em comum, com divisão de trabalho, da resolução criminosa, *i.e.*, pressupõe uma contribuição objectiva para a realização do facto. E a questão reside aqui mesmo, em saber o que deve como tal considerar-se.

A maior discussão surge em torno das situações em que as contribuições ao facto são prestadas na fase preparatória ou que só facilitam a sua execução. Constituem exemplos, por um lado, a planificação e organização do roubo cometido com divisão de tarefas; por outro lado, acções como conduzir o automóvel utilizado para se deslocar ao local onde vai ocorrer o roubo, o estar de vigilante etc.¹²⁷

Entende o legislador português, de modo inequívoco, que não pode ser punido como co-autor aquele agente cuja actuação se desenvolva na fase dos actos preparatórios¹²⁸. Assim, “a exigência de que o co-autor tome “parte directa na execução do facto” torna, manifestamente imprescindível a sua actuação durante a fase de execução do delito”¹²⁹.

Como vimos, a maioria da doutrina entende que um dos requisitos da co-autoria é a participação do agente na fase de execução do facto, ficando assim de fora a participação do mesmo na fase dos actos preparatórios¹³⁰. Assim o contributo individual de cada co-autor tem de “persistir no estádio da execução, é dizer, tem de reflectir-se ainda em momento situado entre o do início da tentativa e o da consumação do facto”¹³¹. Daqui decorre que, dentro desse lapso de tempo os contributos para o facto não têm de ser simultâneos e também

¹²⁷ STRATENWERTH, *op. cit.*, p. 338

¹²⁸ Cf. VALDÁGUA, *op. cit.*, p.121, DIAS, J.F., 2012, *op. cit.*, p. 795

¹²⁹ VALDÁGUA, *op. cit.*, *loc. cit.* No mesmo sentido PINTO, Frederico, *op. cit.*, p. 265 e s, e também MORÃO, Helena, *op. cit.*, p. 357. Para esta última autora o que preenche o desvalor específico da acção do co-autor é a prática de um acto de execução, enquanto parte numa execução conjunta, pois é uma solução que além de adequada aos sentidos possíveis da letra da lei do art.º 26º/3ª alternativa, é conforme aos princípios constitucionais da igualdade, da proporcionalidade e da culpa, por um lado, e, por outro, do facto, da ofensividade e da necessidade da pena, que conformam os regimes da tentativa e da comparticipação.

¹³⁰ Diferentemente COSTA, António Manuel de Almeida, *Ilícito pessoal, Imputação objectiva e Comparticipação em Direito Penal*, Coimbra: Almedina: 2014, p. 1177, acolhe a solução de STRATENWERTH, incluindo na autoria dolosa não só os agentes que participam no acordo e na realização material da infracção, como também os que se limitem à fase dos actos preparatórios, desde que assumam um papel importante na planificação e organização do crime. Exclui, todavia, o sujeito cuja função se esgote, à luz do acordo, no fornecimento dos instrumentos para a execução do delito, remetendo-o para a esfera da participação. Cf. STRATENWERH, *op. cit.*, p. 338-339. Criticamente, DIAS, J.F., 2012, *op. cit.*, p. 795 e ROXIN, 2014, *op. cit.*, p. 154 e s.

¹³¹ DIAS, J.F., 2012, *op. cit.*, p. 794, no mesmo sentido ROXIN, 2014, *op. cit.*, p. 151, Ac. TRL de 13/04/2016, proc. 2903/11.8TACSC.L1-3

não é necessária a presença do co-autor no local onde se vai dar a execução material. Em suma “não se torna indispensável que cada um dos arguidos intervenha em todos os actos a praticar para a consecução do resultado final, bastando que a actuação de cada um, embora parcial, seja elemento componente do todo”¹³².

B. A decisão conjunta

A componente subjectiva da co-autoria reside na decisão conjunta “por acordo ou conjuntamente com outros”.

Que sentido deverá atribuir-se a cada um destes termos da alternativa? Requererá a co-autoria necessariamente a verificação de um acordo? Equivalerá ao dolo ou ao mero conhecimento da actuação conjunta?

Foi JAKOBS quem começou a pôr em causa a necessidade de uma decisão comum de cometer o facto, no sentido de um acordo entre os co-autores sobre a execução. Segundo o autor “quando o crime pode ser realizado através de várias acções executivas divisíveis e cada acção ou segmento separável da acção é executado por um participante distinto, a decisão comum de cometer o facto revela-se efectivamente imprescindível para que todos os executores possam responder pela execução conjunta, a título de co-autores, pois, de outro modo, se várias pessoas praticarem acções distintas, aproveitando uma ocasião idêntica, mas sem acordo, apenas serão puníveis pelo que realizaram individualmente. Todavia o autor entende que isto não se verifica nos casos em que a comissão do facto apenas requer uma acção executiva ou, reclamando várias, houver um único agente a executá-las. Para se justificar parte de um exemplo em que alguém, sabendo que outrem vai cometer um homicídio administra um sonífero à vítima, deixa a porta aberta e a arma preparada. Segundo JAKOBS, este agente não pode ser punido como autor imediato por falta de execução típica própria, nem por autoria mediata por não haver instrumentalização. Também não se lhe afigura suficiente a punição por cumplicidade. Defende, deste modo que, para este tipo de situações, basta para a punição como co-autor uma decisão unilateral de adaptação ou

¹³² SANTOS e LEAL-HENRIQUES, *op. cit.*, p. 373. Ao que parece este entendimento constitui também jurisprudência pacífica desde há muito tempo – Cf. Ac. STJ de 14/11/1984, proc. 37400

ajustamento do cooperador, através do qual este vincula o seu contributo ao do executor, não sendo necessário o acordo recíproco”^{133 134}.

Vejamos como é que a doutrina nacional reage a estas posições, uma vez que esta problemática a acompanha desde já algum tempo.

Desde logo, nas Actas das Sessões da Comissão Revisora do CP de 1965, insurgiram-se contra a necessidade de um acordo na co-autoria o Conselheiro José Osório e Dr. Guardado Lopes entendendo que “pode um indivíduo colaborar dolosamente no plano de outro sem conhecimento deste, devendo nesse caso ser punido como co-autor”¹³⁵. Discordante mostrou-se, todavia, o Dr. Maia Gonçalves considerando que “os casos de colaboração num plano criminoso, mas sem acordo, devem antes ser punidos nos quadros da autoria singular”¹³⁶.

Mais recentemente, HELENA MORÃO entende que é de afastar a admissibilidade de uma modalidade unilateral da co-autoria nas hipóteses em que o contributo de adapção ou ajustamento à execução não consubstancia mais que um acto preparatório, pois a interpretação correcta da 3ª alternativa do art.º 26º não se revela compatível com a mera realização de comportamentos não executivos. Porém admite que, pese embora em termos diferentes de JAKOBS, para que “o contributo do co-autor seja considerado parte numa execução conjunta, basta a consciência desse interveniente de que o seu acto executivo se integra na execução global, não sendo necessário o conhecimento recíproco das actuações dos executores. É, pois, admissível uma co-autoria unilateral, secreta e ignorada por outros executores do facto”. Justifica a sua posição com base na alternativa “juntamente com outro ou outros” do art.º 26º/3º segmento, uma vez que o co-autor “juntou o seu esforço ao de outro diminuindo as possibilidades de protecção do bem jurídico e maximizando as hipóteses

¹³³ JAKOBS, Günther, *Derecho Penal – Parte General*, p. 746-747 *apud* MORÃO, Helena, *op. cit.*, p. 462 e s.

¹³⁴ Com a mesma orientação os autores LESCH, DERKSEN, DANWITZ, STEIN – C.f. ROXIN, 2016, *op. cit.*, p. 709

¹³⁵ *Actas da Comissão Revisora, op. cit.*, p. 197

¹³⁶ *Ibid.*, p. 197. Neste sentido, Eduardo Correia (autor do projecto do CP), *Ibid.*, p. 199

de êxito da realização típica”¹³⁷. Conclui por isso que o acordo não consubstancia um requisito necessário da co-autoria, podendo antes verificar-se ou não, assim como abranger qualquer outro participante que não seja co-autor¹³⁸.

Tem opinião diferente, entre nós VALDÁGUA. Entende esta autora que, “quando a colaboração (dolosa) no plano criminoso de outrem, levada a cabo sem o conhecimento deste, não preencha os requisitos necessários para a punição a título de autoria imediata ou mediata, aquele que tomou tal iniciativa só será punido nos termos do art.º 27º, como cúmplice. Assim, o art.º 26º/3ª proposição exige, como elemento unificador mínimo (...), que cada um deles actue juntamente com outro(s). Deste modo, nega que, baste para a co-autoria uma consciência e vontade unilateral de colaboração, pois não faz sentido dizer-se que uma pessoa exerce uma actividade juntamente com outra(s), quando não pode afirmar-se o mesmo desta(s) última(s) em relação à primeira”¹³⁹. Nessa óptica, não nega considerar como indispensável para que haja co-autoria, que a consciência e vontade plurilateral de colaboração envolve um acordo entre os agentes. Segundo ela trata-se de um acordo respeitante à execução do facto, que abrange uma divisão de trabalho, uma repartição de tarefas entre os co-autores. Acordo esse que não pressupõe a participação de todos os co-autores na elaboração do plano comum, não tem de ser expresso e não tem de ser anterior ao início da prestação do contributo do respectivo co-autor¹⁴⁰.

Em suma, para a maioria da doutrina o acordo constitui o elemento nuclear da co-autoria (isto porque “só através dele se pode justificar que responda pela totalidade do delito o agente que por si levou a cabo apenas uma parte da execução típica”¹⁴¹). Esse acordo pode ser expresso ou tácito e pode ter lugar antes, durante e até após o início da execução.

¹³⁷ MORÃO, Helena, *op. cit.*, p. 474-475. Contra as perspectivas que admitem a co-autoria unilateral, Cf. ROXIN, 2016, *op. cit.*, p. 709, que entende que vulneram o teor literal da lei e por isso há uma violação da proibição da analogia.

¹³⁸ MORÃO, Helena, *op. cit.*, p. 478

¹³⁹ VALDÁGUA, *op. cit.*, p.127

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 128. Na mesma direcção, Cf. COSTA, José, “Formas do crime...”, *op. cit.*, p. 170, SANTOS e LEAL-HENRIQUES, *op. cit.*, p. 374, consideram que a consciência e vontade de colaboração tem de ser bilateral. Também o autor do ProjPG (Eduardo Correia) considera que “o acordo (...) tanto pode ser expresso como tácito; mas sempre exigirá, como sempre parece de exigir, pelo menos, uma consciência da colaboração (...) a qual terá sempre de assumir carácter bilateral” – Cf. *Actas da Comissão Revisora, op. cit.*, p. 199

¹⁴¹ DIAS, J.F., 2012, *op. cit.*, p. 792. Neste sentido também MIR PUIG, *op. cit.*, p. 404 entende que como nenhum dos co-autores realiza completamente o facto descrito no tipo legal de crime, só o acordo pode

Deste modo, exclui-se da co-autoria por um lado, as hipóteses em que diversas pessoas actuam de acordo com a mesma finalidade sem saberem nada umas das outras ¹⁴² e, por outro lado, as situações em que, mesmo sabendo umas das outras não actuam conjuntamente, apenas exploram a mesma situação. Por fim está ainda excluída a designada “co-autoria unilateral”, ou seja, quando alguém, sem que o respectivo autor tome consciência disso, preste um auxílio efectivo à realização de um crime, em que entende a maioria da doutrina estar em causa um caso de mera cumplicidade ¹⁴³.

É de notar ainda que o acordo não pressupõe a participação de todos na elaboração do plano criminoso, pois essa pode ficar a dever-se a um ou alguns deles, bastando a subsequente adesão dos restantes para poder a continuar a falar em plano comum, e assim, de acordo.

Deixa, todavia, de existir um plano comum quando um co-autor continua a actuar sozinho depois de todos terem considerado o facto extinto. Do mesmo modo, se um dos co-autores praticar actos que extravasem o plano comum, esse “excesso do co-autor” apenas será de imputar a quem o perpetrou e não aos restantes co-autores. Assim o agente que se excedeu responderá a título de co-autoria pelo tipo de ilícito compreendido no *pactum sceleris* e será punido como autor singular do crime que cometeu com o excesso.

Acrescente-se ainda, relativamente ao acordo, que este não tem de definir detalhadamente a conduta de cada co-autor ¹⁴⁴.

Em regra, o acordo surge antes do início da execução do facto. Porém, como vimos, pode dar-se o caso de alguém se tornar co-autor durante a realização do facto. Esta situação é denominada de “co-autoria sucessiva” ¹⁴⁵. Porquanto surgem aqui duas questões: uma relacionada com o facto de saber até que momento se pode verificar essa adesão posterior;

justificar que tudo o que cada um faça seja extensível a todos os outros, convertendo em partes de um plano global as diversas contribuições individuais. Só assim pode considerar-se cada co-autor como autor da totalidade.

¹⁴² Nesta direcção, SANTOS e LEAL-HENRIQUES, *op. cit.*, p. 374, distinguem a co-autoria da “mera actuação paralela”. Também CORREIA, Eduardo, 1948-1950, *op. cit.*, p. 14 e *Id. Direito Criminal – II*, Coimbra: Almedina, 2004, p. 254, exclui da co-autoria a actuação paralela, por não haver qualquer acordo entre os vários agentes que praticam condutas dirigidas ao mesmo fim. Refere que esta distinção é importante pelo facto de na co-autoria cada autor ser responsável pela totalidade do evento, enquanto que na actuação paralela só o é pelo resultado a que a sua conduta individual der lugar (com a mesma orientação o Ac. STJ de 16/01/1990, proc. 40378).

¹⁴³ Neste sentido, para além de VALDÁGUA, *op. cit. loc. cit.*, Cf. COSTA, António, *op. cit.*, p. 938, ROXIN, 2014, *op. cit.*, p. 147 e s., e DIAS, J.F., 2012, *op. cit.*, p. 791 e s.

¹⁴⁴ Cf. ROXIN, 2014, *op. cit.*, p. 150; COSTA, António, *op. cit.*, p. 941

¹⁴⁵ ROXIN, 2014, *op. cit.*, p. 160 e s., DIAS, J.F., 2012, *op. cit.*, p. 793

outra prende-se com o facto de saber em que termos deve ser responsabilizado o co-autor sucessivo. Relativamente à primeira questão entende-se que a adesão pode ser feita até à consumação ¹⁴⁶. Quanto à segunda, há soluções divergentes. Há quem entenda que o “novo” co-autor responde pela parte do facto já cometida e dele conhecida ¹⁴⁷. A doutrina dominante entende, porém, que ao co-autor só deve ser imputado o ilícito cometido depois da sua adesão ao acordo ¹⁴⁸.

C. Domínio funcional do facto na co-autoria

Ponto mais delicado é o de saber que peso, relevo, importância e significado deve ter o contributo do agente. Pois para além do co-autor, também o cúmplice (art.º 27º) pode tomar parte no acordo e intervir na fase de execução do delito.

Assim, entende-se que, os elementos essenciais da co-autoria não podem reduzir-se ao acordo entre os co-autores nem à intervenção dos co-autores na fase executiva. É assim necessário que ao lado desses haja mais algum que permita distinguir o co-autor do cúmplice. Esse elemento será, o domínio funcional do facto que cabe ao co-autor e falta ao cúmplice ¹⁴⁹. Como sabemos “o importante é a divisão do trabalho, sem a qual a realização do tipo penal seria irrealizável, de maneira que esta contribuição o conforma na sua totalidade. Cada um dos co-autores tem nas suas mãos o domínio do facto, através da sua função específica na execução do facto global, porque como o plano concreto inclui o seu contributo, se ele não o prestar o facto fracassa” ¹⁵⁰.

¹⁴⁶ DIAS, J.F., 2012, *op. cit.*, p. 793. Há uma discussão na Alemanha sobre se a adesão posterior deve verificar-se até à consumação formal ou material. Há alguns autores que entendem que pode ser até a consumação material, ou seja, até à sua terminação ou conclusão. ROXIN considera, porém, que é mais correcto admitir uma co-autoria sucessiva só até à consumação formal. A jurisprudência alemã admite, contudo, uma co-autoria sucessiva entre a consumação formal e antes da consumação material. Cf. ROXIN, 2014, *op. cit.*, p. 160-161.

¹⁴⁷ É este o entendimento da jurisprudência alemã e também, na doutrina, de JESCHECK/WEIGEND, *op. cit.*, p. 730

¹⁴⁸ DIAS, J.F., 2012, *op. cit.*, p. 793

¹⁴⁹ VALDÁGUA, *op. cit.*, p. 134 e s., VARELA, J., *op. cit.*, p. 142 e s., e Ac. STJ de 15-04-2009, proc. 09P0583. São assim três os requisitos exigidos para a verificação da co-autoria: a decisão conjunta; a execução conjunta e o domínio funcional do facto – Cf. Acórdãos: STJ de 27/06/2012, proc. 3283/09.7TACBR.S1; TRC de 24/5/2017, proc. 177/15.0PAPBL.C1; TRP de 14/10/2009, proc. 142/08.4PUPRT.P1

¹⁵⁰ DONNA, E. A., *op. cit.*, p. 43

Deste modo, o contributo na fase executiva deve ser essencial, *i.e.*, dele deve depender “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” ¹⁵¹. Essencialidade que deve ser apurada mediante um juízo *ex ante* e não *ex post*. Assim não é preciso que cada contributo individual seja causal, bastando que o seja o conjunto dos contributos dos diversos co-autores ¹⁵².

Discorda, porém, HELENA MORÃO ao entender que “a distinção entre autoria e participação não corresponde a um problema de dependência ou sequer de domínio do facto, mas de proximidade da conexão de risco com a esfera de protecção do bem jurídico” ¹⁵³. Segundo a autora, o sentido dessa distinção assenta “na diferença entre execução e acessoriedade e relaciona-se com a problemática da tentativa e com os tipos de riscos criados para o bem jurídico. O co-autor, porque executa o facto, (...) coloca o bem jurídico directamente em perigo e a sua tentativa é punível. Já o participante, porque não o executa e a execução lhe é apenas acessoriamente imputada, realiza um contributo para o facto que não oferece perigo imediato para o bem jurídico, não sendo, por isso, punida a tentativa de participação. Porque o participante não pode atacar o bem jurídico a não ser através do autor, a sua punição encontra-se dependente do início da execução pelo autor. A co-autoria identifica-se, pois, com uma execução típica de risco directo com o bem jurídico” ¹⁵⁴.

3. Imputação do facto na co-autoria e início da tentativa do co-autor

Como temos vindo a observar, é importante determinarmos o regime da imputação do facto na co-autoria para darmos uma solução ao problema que nos propusemos analisar.

A colocação do problema da imputação do facto na co-autoria prende-se com o seguinte: o co-autor não realiza nem quer realizar todo o tipo legal de crime, mas apenas uma parte dele ¹⁵⁵. Porém, o co-autor é punido, nos termos do art.º 26º, do mesmo modo que aquele agente que realiza todo o tipo legal de crime, isto é, do mesmo modo que o autor imediato e o autor mediato. Temos deste modo uma equiparação da parte ao todo. Ora, para

¹⁵¹ DIAS, J.F., 2012, *op. cit.*, p. 795

¹⁵² *Ibid.*, e ROXIN, 2014, *op. cit.*, p. 157 e s.

¹⁵³ MORÃO, Helena, *op. cit.*, p. 417

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 418

¹⁵⁵ Cf. MORÃO, Helena, *op. cit.*, p. 341, VALDÁGUA, *op. cit.*, p. 137 e s.

efeitos punitivos, esta equiparação da realização parcial à realização integral do tipo legal de crime tem de ser dogmaticamente enquadrada.

Rejeitamos já, as duas teses que pretendem fazer valer para a co-autoria o regime da imputação do facto quer na autoria imediata quer na mediata.

Vejamos então as outras duas teorias sobre a imputação do facto ao co-autor expostas ao longo do nosso estudo.

Uma delas é a teoria da imputação recíproca dos comportamentos dos co-autores. Como vimos visa imputar a cada co-autor os comportamentos dos restantes como se de comportamentos próprios se tratassem. Contra esta doutrina militam, segundo VALDÁGUA, os seguintes argumentos: essa doutrina esquece que o cúmplice também pode tomar parte no acordo. Por outro lado, não convence por ser moldada, exclusivamente, para situações em que intervêm na fase executiva todos os co-autores que tomaram parte no acordo ¹⁵⁶.

A outra diz respeito à teoria do domínio do facto ou condomínio do facto global pelo co-autor, e procura fundamentar a mencionada equiparação através da ideia de que o co-autor, tal como o autor imediato, tem o domínio de todo o facto e não, apenas, daquela parcela do facto que é constituída pelo respectivo comportamento. A ideia central desta doutrina parte do seguinte: cada co-autor é senhor de todo o facto ¹⁵⁷, pois, ao acordarem na divisão de trabalho e ao assumir desempenhar uma tarefa essencial, cada co-autor tem nas mãos o poder de impedir, através da simples omissão do seu contributo, a realização do plano criminoso. Com este poder, entende ROXIN que cada um tem assim o designado condomínio do facto global ¹⁵⁸.

¹⁵⁶ Segundo a autora, a doutrina em questão poderá explicar a punição do co-autor que, juntamente com outro(s), intervém na fase de execução do delito, nos termos entre eles acordados. Todavia, já não permite explicar, no caso de o crime se ter consumado, a punição daquele que tomou parte no acordo, assumiu uma tarefa essencial e que depois não quis ou não a pode cumprir, tornando-se por isso tal doutrina inaceitável. VALDÁGUA, *op. cit.*, p. 142

¹⁵⁷ Cf. ROXIN, 2016, *op. cit.*, p. 271, VALDÁGUA, *op. cit.*, p. 146

¹⁵⁸ ROXIN, 2016, *op. cit.*, p. 272-273. ROXIN dá como exemplo o governo de uma região por duas pessoas. Assim, entende que, ambos são cotitulares pelo que, é necessária a concordância de ambas as partes para qualquer decisão. Cada um pode, todavia, vetar a decisão do outro, fazendo com que fracasse.

Relativamente a esse poder, faz KÜPER uma distinção entre aspecto negativo e aspecto positivo do domínio do facto. “Enquanto o primeiro consiste em o co-autor poder impedir a realização do delito através da simples omissão do próprio contributo, o segundo traduz-se no poder de conduzir o processo causal no sentido da realização do crime”¹⁵⁹. Deste modo, KÜPER entende que o co-autor apenas tem o domínio negativo do facto¹⁶⁰.

Como vimos anteriormente, ROXIN defende a solução global com base em quatro argumentos. Precisamente um deles é extraído da doutrina do domínio funcional do facto. Entende o autor que, o agente que acorda com outros no cometimento de um crime juntamente com eles, e assume desse modo desempenhar uma tarefa essencial, tem o condomínio do facto global mesmo que não queira ou não possa prestar o contributo a que se comprometeu. Entre nós esta argumentação é rejeita por VALDÁGUA por entender que leva a um resultado inaceitável no caso de o co-autor, que assumiu desempenhar uma tarefa essencial na fase de execução do delito, não prestar depois o seu contributo, vindo o crime a ser consumado pelos restantes comparsas. Entende por isso que, por um lado ROXIN esquece que o domínio funcional do facto é apenas um dos pressupostos essenciais para a punição de um agente como co-autor, e por outro lado, que a punição do agente como co-autor pressupõe não apenas que ele tenha, mas que também exerça o domínio funcional do facto em sentido contrário aos imperativos jurídico-penais¹⁶¹.

Conclui VALDÁGUA que o que pode fundamentar a punição do agente como co-autor é o não exercício do aspecto negativo do domínio do facto, ou seja, o não utilizar o poder de que dispõe para impedir a realização do facto típico ilícito. Ora, esse não exercício corresponde, na co-autoria, à realização da tarefa essencial que lhe foi atribuída com a divisão de trabalho. Dessarte, “até ao momento em que ele presta ou começa a prestar o seu

¹⁵⁹ KÜPER, *Versuchsbeginn und Mittäterschaft*, 1978, p. 785 e s. *apud* VALDÁGUA, *op. cit.*, p. 93

¹⁶⁰ Entre nós, no mesmo sentido VALDÁGUA, *op. cit.*, p. 148. Em sentido contrário, VARELA, J., *op. cit.*, p. 136, apoiando-se no autor Díaz y García, entende que “cada co-autor deve deter, não apenas o domínio negativo, mas, também, o domínio positivo do facto”.

¹⁶¹ VALDÁGUA, *op. cit.*, p.150. Por sua vez, MORÃO, Helena, *op. cit.*, p. 444, considera estas críticas pouco relevantes, uma vez que, no seu entender, o critério do domínio funcional do facto “não oferece qualquer critério válido para a delimitação do desvalor da acção da co-autoria e que o significado da distinção entre autoria e participação não equivale fundamentalmente a um problema do domínio do facto”. Para a autora o que constitui “o motivo, a razão de sentido, para que se lhe impute como próprio um facto que ele não realizou integralmente de formal pessoal (...)” é “o acto de tomar parte directa na execução conjunta do co-autor, enquanto união de esforços que diminui as possibilidades de protecção do bem jurídico e maximiza as hipóteses de êxito da realização típica” – Cf. MORÃO, Helena, *op. cit.*, p. 342-343

contributo executivo, não há fundamento bastante para punir como co-autor de um delito tentado, seja o que for que os outros participantes tenham feito”¹⁶².

Concluindo, e embora podendo ter na sua base fundamentos diferentes, a conclusão parece ser a mesma, *i.e.*, equiparação do “desvalor jurídico-criminal”¹⁶³ do comportamento do co-autor ao do autor singular.

Esta solução é, todavia, criticada por ALMEIDA COSTA nomeadamente ao fazer uma crítica ao critério do domínio do facto (que como vimos é o adoptado pela maioria da doutrina) enquanto critério de imputação do facto na co-autoria. Entende o autor que o critério em apreço faz decorrer a co-autoria não de um preciso critério de imputação objectiva, mas de uma pura equiparação normativa ao estabelecer que a actuação do co-autor assume uma relevância jurídico-penal idêntica à do autor singular. Isto posto, diz-nos que, embora implicitamente, os defensores de tal critério associam a co-autoria a um “tipo-de-ilícito «colectivo» ou «pluri-subjectivo»” inconciliável com a concepção do ilícito pessoal¹⁶⁴. Deste modo avança como critério de imputação objectiva e da autoria dolosas: o “domínio-da-não-impossibilidade-do-facto”. Este critério apresenta duas modalidades: “o domínio concomitante, próximo ou imediato, e o domínio não concomitante, remoto ou mediato”.

“A nota essencial do domínio concomitante consiste em ancorar a classificação de alguém como autor doloso na simples exigência de que, durante a execução, possua a experiência imediata (= em acto) do controlo do crime, em termos de o mesmo consubstanciar, na situação, uma realização ou obra da sua vontade”¹⁶⁵. Assim, na co-autoria, “todos têm a percepção imediata da submissão espontânea de todos ao *pactum sceleris* e, assim, às particulares vontades individuais que através dele se realizam”. Há como que “uma autoconversão livre de todos em meros instrumentos ao serviço de todos, que, no contexto de uma execução simultânea, permite a qualquer dos envolvidos, quer suprir as insuficiências dos restantes, quer opor-se às respectivas acções, conferindo-lhe a experiência imediata, (...), de que o iter criminis se atém ao cumprimento da sua vontade. Aspecto que,

¹⁶² VALDÁGUA, *op. cit.*, p. 152

¹⁶³ Expressão utilizada por COSTA, António, *op. cit.*, p. 947

¹⁶⁴ Mais desenvolvidamente, COSTA, António, *op. cit.*, p. 946 e s.

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 1091

justifica a imputação recíproca das condutas dos vários sujeitos e, a partir daí, a responsabilização de cada um deles como se houvesse praticado de mão-própria a totalidade do delito (...)”¹⁶⁶.

Quanto ao domínio não-concomitante, este não consubstancia o parâmetro decisivo que preside à definição da autoria dolosa. Apenas visa recobrir a globalidade das hipóteses em que – não obstante falte o domínio concomitante – continua a justificar-se a qualificação do agente como autor¹⁶⁷. Assim, “reconduz-se o seu decisivo fundamento à simples celebração do *pactum sceleris* e, assim, à participação num conluio ou *societas delinquendi* que deixa antever como muito provável o efectivo cumprimento, pelos indivíduos implicados, dos compromissos relativos à consecução do plano comum. Aí radica o motivo da «imputação recíproca» das acções dos vários comparsas e, portanto, da responsabilização de todos pelo «resultado global»”¹⁶⁸. Para tanto, tem de se saber se o agente pertence ou não à mencionada *societas delinquendi*. Para tal ALMEIDA COSTA submete a qualificação do agente como autor a um duplo requisito: o agente tem de estar vinculado ao acordo e, por outro lado, as tarefas que lhe competem (sejam elas referentes à fase da preparação ou à fase de execução do ilícito-típico) dentro do plano convencionado tem de consistir, no mínimo, em «actos de cumplicidade»¹⁶⁹.

4. Solução global ou solução individual?

Entre nós a solução global é rejeitada pela maioria da doutrina¹⁷⁰.

Desde logo, critica-se o argumento invocado pelos defensores da solução global de que só ela evita tratamentos desiguais entre os vários co-autores, por se entender que a “igualdade de tratamento só poderia ser exigida no âmbito de um Direito Penal que se orientasse no sentido de punir o agente pela sua personalidade censurável”¹⁷¹. E o Direito

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 1094

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 1103

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 1185-1186

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 1187

¹⁷⁰ Advogam uma solução individual entre nós Valdágua; Figueiredo Dias; Helena Morão; Paulo Pinto de Albuquerque, Germano Marques da Silva. Há, todavia, entre nós quem defenda uma solução global tal como PALMA, Maria Fernanda, *Da “Tentativa Possível” em Direito Penal*, Coimbra: Almedina, 2006 p. 92 e ss e 163-164 e Almeida Costa.

¹⁷¹ VALDÁGUA, *op. cit.*, p. 156. Semelhante, MORÃO, Helena, *op. cit.*, p. 445.

Penal português não é um direito penal do agente, mas sim um direito penal do facto: punem-se as concretas lesões a bens jurídicos, e não certos tipos de agentes ou as suas personalidades¹⁷².

Por conseguinte, critica-se também a solução global pelo facto de se insurgiram contra um tratamento mais favorável daquele comparsa que, por circunstâncias fortuitas, não chegaram a prestar o seu contributo. Entende-se aqui que, no âmbito do nosso Direito Penal, o acaso é “*in bonam partem*”¹⁷³.

Outra das críticas é feita ao argumento extraído do fundamento da punição da tentativa por ROXIN. Segundo ROXIN pune-se o agente pelo que quis fazer e não pelo que efectivamente fez. Assim, “a exigência, para a punição da tentativa, de um “começo de execução”, teria apenas como função revelar de modo inequívoco que a vontade criminosa do agente ultrapassou a fase da ponderação e hesitação e entrou no estádio da realização. De outro modo não poderia explicar-se a punição da tentativa impossível”¹⁷⁴. Perante este argumento VALDÁGUA entende que tal argumentação não é sustentável face ao Direito Penal português, onde a figura da tentativa impossível está “recortada em moldes largamente objectivos” o que afasta a punição quando, segundo o art.º 23º/3, for manifesta “a inaptidão do meio empregado pelo agente ou a inexistência do objecto essencial à consumação do crime”¹⁷⁵.

Invocou também ROXIN, em favor da solução global, o argumento de que “só quem auxiliar ou instigar outrem a praticar um crime consumado pode ser punido como participante na tentativa; de outro modo tratar-se-á de um agente provocador, não merecedor de punição”¹⁷⁶. Mais uma vez VALDÁGUA entende que tal argumento, além de ser improcedente, é ainda desfavorável à solução global. Pois, “a punição do participante na tentativa exige (além da vontade em querer o crime consumado) também a realização do tipo legal da respectiva forma de participação, nomeadamente a realização do lado objectivo desse tipo legal”. Assim, para que o cúmplice seja punido como participante terá, nos termos do art.º 27º/1, de prestar um auxílio material ou moral à prática por outrem de um facto

¹⁷² Cf. DIAS, J.F., 2012, *op. cit.*, p. 235 e s.

¹⁷³ VALDÁGUA, *op. cit.*, p. 158. No mesmo sentido, MORÃO, Helena, *op. cit.*, p. 445

¹⁷⁴ CLAUS, ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, ¹ 1963 = ⁴ 1984, p. 453 e s. *apud* VALDÁGUA, *op. cit.*, p. 159, também ROXIN, 2016, *op. cit.*, p. 435

¹⁷⁵ VALDÁGUA, *op. cit.*, p. 159

¹⁷⁶ CLAUS, ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, ¹ 1963 = ⁴ 1984, p. 453 e s. *apud* VALDÁGUA, *op. cit.*, p. 160, também ROXIN, 2016, *op. cit.*, p. 436

doloso. De igual modo, é insuficiente para a punição do co-autor, que o agente em causa queira a consumação do crime. Terá também de verificar-se um outro elemento essencial (constitutivo do tipo legal da co-autoria – art.º 26º/3ª alternativa) que é “tomar parte directa na execução”¹⁷⁷.

Por fim, VALDÁGUA critica ainda os termos em que ROXIN colocou o problema do início da tentativa na co-autoria¹⁷⁸. Entende a autora que ROXIN identifica, indevidamente, duas questões distintas. Por um lado, a distinção entre co-autoria e cumplicidade, e por outro, a determinação do início da tentativa do co-autor. Todavia, a autora manifesta o seu assentimento com ROXIN em alguns aspectos¹⁷⁹. Entende com ROXIN que a delimitação entre co-autoria e cumplicidade dever ser feita em função do domínio funcional do facto (que cabe ao co-autor e falta ao cúmplice); que o domínio funcional do facto advém, para o co-autor, de lhe ter sido atribuída no acordo uma tarefa essencial, imprescindível para a realização do plano criminoso; e por fim que o que fundamenta o domínio funcional do facto (e o condomínio a ele inerente, do facto global pelo co-autor) é a convicção, formada aquando do acordo, de que se trata de uma tarefa indispensável para a realização do plano comum. No entanto, apesar de concordar com estes aspectos da doutrina de ROXIN, VALDÁGUA não aceita que o agente que se obrigou, no acordo, a desempenhar certa função essencial para a realização do plano criminoso deva ser punido como co-autor de um delito tentado, logo que a realização do *pactum sceleris* atinja a fase da execução pelas “mãos de outro(s)”¹⁸⁰.

Com o exposto verificamos a rejeição, por VALDÁGUA, de uma solução global¹⁸¹.

Desde logo a autora rejeita tal solução porque entende que viola o princípio da legalidade¹⁸², na medida em que, nos termos do Direito Penal Português, é incompatível

¹⁷⁷ VALDÁGUA, *op. cit.*, p. 160

¹⁷⁸ VALDÁGUA, *op. cit.*, p. 161

¹⁷⁹ VALDÁGUA, *op. cit.*, p. 162

¹⁸⁰ VALDÁGUA, *op. cit.*, *loc. cit.* No mesmo sentido também MORÃO, Helena, *op. cit.*, p. 442

¹⁸¹ Em Espanha critica uma solução global em termos muito semelhantes a Valdágua: ALCÁCER GUIRAO, Rafael, *Tentativa y formas de autoría*, Madrid: Edisofer, 2001, p. 210 a 262

¹⁸² Na Alemanha tal argumento foi invocado por RUDOLPHI. Cf. RUDOLPHI, *op. cit.* p. 375 *apud* VALDÁGUA, *op. cit.* p. 163. Em sentido contrário, MORÃO, Helena, *op. cit.*, p. 442 e 454, entende que o que está em causa é o “princípio constitucional do facto uma vez que se pretende punir o agente pela sua intervenção na fase de execução não em função de um desvalor da acção efectivamente realizado nessa etapa, mas por este ter sido planeado na preparação do crime”. Concorda assim, com a invocação da violação do princípio da ofensividade, feita *in* ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal*, 3ª edição,

com qualquer um dos sentidos possíveis da letra da lei a tese de que pode ser punido como co-autor alguém que não teve intervenção alguma na fase executiva, pois o art.º 26º/3ª proposição exige a intervenção na execução do crime. Posto isto, entende a autora que está em causa uma interpretação (feita pela solução global) proibida pelo corolário “*nullum crimen sine lege stricta*” do principio da legalidade (art.º 29º nº1 e 3 da CRP e art.º 1º/3 do CP ¹⁸³) ¹⁸⁴.

Outra crítica que lhe é apontada por VALDÁGUA prende-se com o seguinte: a solução global considera suficiente para fundamentar a punição do agente como co-autor do delito tentado, que aquele tenha, pelo menos, celebrado o acordo quanto à execução conjunta do crime e que outro ou outros participantes, pratiquem actos de execução. Ora, segundo a autora, isto não tem, no Direito Penal português tal relevância. E é assim porque entende que a celebração do acordo é um acto preparatório, e os actos preparatórios não são punidos em geral (art.º 21º) ¹⁸⁵. Daí que, o acordo seja incapaz de fundamentar a punição de um agente como autor de um delito tentado. Assim sendo, conclui que no Direito Penal português isso apenas poderá fundamentar uma punição por cumplicidade nos termos do art.º 27º. “Com isto, a solução global faz entrar pela janela, sob a veste de co-autoria do delito tentado, aquilo que o legislador português quis expulsar pela porta: a punição autónoma da celebração do acordo” ¹⁸⁶.

Por fim, entende também que a solução global pune como co-autor de um delito tentado quem não o seria se o delito se tivesse consumado ¹⁸⁷; e que, no que diz respeito à desistência voluntária da tentativa, ela própria provoca desigualdades de tratamento

Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, p. 188. Segundo este autor, “a admissibilidade da tentativa do co-autor que não chega a realizar a sua parte na execução, constitui uma inadmissível antecipação da tutela penal, que suprime a fronteira entre os actos preparatórios e os actos de execução”.

¹⁸³ Estes preceitos segundo VALDÁGUA proíbem o alargamento do âmbito da punição para além do sentido mais lato possível da letra do preceito que fixa os pressupostos dessa punição, neste caso do art.º 26º/3ª alternativa. VALDÁGUA, *op. cit.*, p. 165

¹⁸⁴ VALDÁGUA, *op. cit.*, p. 164-165

¹⁸⁵ Argumentação próxima, MORÃO, Helena, *op. cit.*, p. 442.

¹⁸⁶ VALDÁGUA, *op. cit.*, p. 166-167

¹⁸⁷ No mesmo sentido MORÃO, Helena, *op. cit.*, p. 443, na medida em que a solução global “não sustenta a atribuição do resultado ao interveniente no acordo que não chega a participar na execução, nos casos em que os demais co-autores conseguem, sem ele, consumir o facto”.

resultantes do antecipar do início da tentativa do co-autor para aquém do momento em que ele inicia a prestação do seu contributo executivo ^{188 189}.

Também são apontadas críticas às diversas soluções individuais.

Relativamente à concepção defendida por SCHILLING vimos já quais as críticas que se lhe apontam ¹⁹⁰.

Quanto a RUDOLPHI, a principal crítica que lhe apontam prende-se com o facto de o começo da realização do contributo que alicerça o domínio do facto não ter necessariamente de coincidir com a prática de um acto de execução ¹⁹¹. Vimos já ¹⁹² que, o que justifica a imputação do facto na co-autoria é a prática de um acto de execução nos termos do art.º 22º/2. Assim, HELENA MORÃO (apesar de não ser a favor do critério do domínio do facto) entende que parece mais acertado o ponto de vista de VALDÁGUA na medida em que apenas o exercício do domínio do facto – e não apenas a sua mera titularidade – pode fundamentar a responsabilidade por co-autoria ¹⁹³.

¹⁸⁸ VALDÁGUA, *op. cit.*, p. 168-172. Na mesma óptica MORÃO, Helena, *op. cit.*, p. 444, que entende que “se coloca numa situação mais gravosa o co-autor que ainda não prestou o seu contributo relativamente ao que já o fez”.

¹⁸⁹ Como dissemos anteriormente, Roxin já não defende hoje uma solução global. Face a todas estas críticas que Valdágua lhe apresentou e que o autor entendeu serem procedentes, defende hoje uma solução individual de acordo com a qual o começo da tentativa deve ser examinado de forma específica em cada co-autor e de acordo com o momento em que ele, em concreto, haja entrado na fase da tentativa. Para o autor, esta solução deve ser assumida ao menos se no delito consumado se exige uma execução conjunta com divisão de trabalho, na qual cada co-autor realize uma contribuição essencial ao facto. Ou seja, a solução individual agora defendida só conduz a resultados satisfatórios se interligada com a teoria do domínio do facto. Deste modo, manteve o argumento central extraído da doutrina do domínio funcional do facto e abandonou os restantes três argumentos considerados meramente coadjuvantes. Assim, em termos gerais entende hoje que é um erro pensar-se que o co-autor que permanece ainda na fase preparatória deva ser punido por tentativa só porque o seu contributo seja importante para a consumação do facto e às vezes decisivo. Pois a participação na resolução criminosa não basta para a co-autoria. Também entende que, para que o co-autor seja punido por tentativa, tem de iniciar imediatamente a realização do tipo, isto é, cada contributo individual do respectivo co-autor tem de ser essencial ao delito na fase executiva. Por fim entende também que considerar co-autor quem apenas participou no *pactum sceleris* leva a uma restrição das possibilidades de desistência que, além de injusta é contrária às bases do sistema. Cf. ROXIN, 2014, *op. cit.*, p. 538 a 546.

¹⁹⁰ A este respeito Cf. nota 124

¹⁹¹ MORÃO, Helena, *op. cit.*, p. 451

¹⁹² Ver capítulo II ponto 3

¹⁹³ MORÃO, Helena, *op. cit.*, p. 451

A formulação de KRATZSCH é, além de insuficiente, contraditória. É insuficiente porque, segundo VALDÁGUA nem sequer entra na apreciação de um aspecto essencial da questão que é o regime da imputação do facto ao co-autor. E contraditória porque não se compreende como é que a imputação de comportamentos alheios (fundada na “tendência fortalecedora”) pode depender da prática de actos de cumplicidade, pelo participante a quem o comportamento alheio é imputado ¹⁹⁴.

Por fim, quanto a BLOY, é lhe apontado o facto de ele ser contraditório na medida em que se orienta por uma solução individual, mas depois não a concretiza e adere à doutrina da imputação recíproca dos comportamentos dos co-autores embora adicionando-lhe o requisito da intervenção de cada co-autor na fase de execução. E é contraditório por isso mesmo, ou seja, por adicionar esse requisito, pois como vimos, a teoria da imputação recíproca baseia-se no acordo pelo que não se compreende que esteja dependente de cada co-autor intervir na fase executiva ¹⁹⁵.

Posto isto, impõem-se agora, para a determinação do início da tentativa do co-autor, saber que exigências devem fazer-se no tocante ao comportamento do agente, para que esse seja punível como co-autor do delito tentado?

Entre nós como vimos, a solução deve procurar-se perante os artigos 22º e 26º/3ª alternativa. Vejamos.

O art.º 26º/3ª proposição diz-nos que o co-autor tem de “tomar parte directa na execução”. Todavia não nos diz o que deve entender-se por “execução”. Assim, temos de nos socorrer do art.º 22º/nº2, pois é o único preceito legal, como vimos, que nos diz que actos podemos considerar como actos de execução. É de salientar que, na avaliação do art.º 22º/2, não podemos perder de vista as especificidades da co-autoria (art.º 26º/3ª alternativa).

A especificidade da co-autoria reside por um lado, em o co-autor não realizar nem querer realizar todo o tipo legal de crime, mas apenas uma parte dele, por outro lado, o co-autor quer que, da sua contribuição juntamente com a do(s) outro(s), e tendo em conta o plano criminoso, resulte a realização integral do tipo legal de crime.

¹⁹⁴ VALDÁGUA, *op. cit.*, p. 189. Com semelhante crítica MORÃO, Helena, *op. cit.*, p. 453

¹⁹⁵ VALDÁGUA, *ibid.*

Daqui decorre, quanto ao elemento subjectivo da tentativa que, na aplicação do art.º 22º, se atenda não apenas ao que o agente se propôs fazer, mas também ao plano comum em que a sua actuação se integra ¹⁹⁶.

Quanto ao elemento objectivo da tentativa, a estrutura específica da co-autoria impõe que se interprete o art.º 22º, nomeadamente quando aí se refira um determinando “acto”, no sentido de abranger quer o cometimento (integral) desse acto, quer o tomar parte directa na sua prática ¹⁹⁷.

Deste modo, há um acto de execução do co-autor quando: este preenche ou toma parte directa na realização de um elemento constitutivo de um tipo de crime a que o plano criminoso se refira (conjugação do art.º 22º/2/al. a) com o art.º 26º/3ª alternativa); quando o co-autor, como parte numa execução conjunta, pratica ou toma parte directa na prática de um acto idóneo a produzir o resultado típico a que faz referência o plano comum (art.º 22º/2/al. b) conjugado com o art.º 26º/3º segmento). Por fim, será ainda um acto de execução do co-autor, quando este, de acordo com o plano criminoso, pratica o acto ou parte do acto que, segundo a experiência comum e salvo circunstâncias imprevisíveis, forem de natureza a fazer esperar que se lhes sigam actos de espécie indicadas nas alíneas referidas anteriormente (art.º 22º/2/al.c) conjugado com o art.º 26º/3ª proposição). ¹⁹⁸

Porém, e segundo VALDÁGUA, os problemas mais complexos surgem quando está em causa a aplicação do art.º 22º/2/al. c). Entende a autora que “a referida alínea abrange, em relação ao co-autor da tentativa, sempre e só actos que, isoladamente considerados, apenas fundamentariam a punição por cumplicidade no delito tentado” e que “o agente é punível como co-autor do delito tentado por força da mencionada alínea c) logo que presta o seu primeiro contributo, e a esse contributo devam seguir-se, em estreita conexão temporal, actos próprios do co-autor (abrangidos pela alínea a) ou b) do mesmo artigo) ¹⁹⁹. Discorda, no entanto, HELENA MORÃO para quem a “qualificação de um comportamento como acto de execução de um co-autor pressupõe a ponderação da execução conjunta, e, como tal, dos contributos programados dos restantes co-autores”. E, “a realização de um acto de execução, no contexto de uma execução conjunta, afigura-se condição suficiente para a classificação do interveniente como co-autor, não tendo de

¹⁹⁶ VALDÁGUA, *op. cit.*, p. 179

¹⁹⁷ VALDÁGUA, *op. cit.*, p. 180

¹⁹⁸ Cf. MORÃO Helena, *op. cit.*, p. 358 e s., VALDÁGUA, *op. cit.*, p. 180

¹⁹⁹ VALDÁGUA, *op. cit.* p. 181

mostrar a sua posição de igualdade em comparação com as outras intervenções de co-autoria”²⁰⁰. Com isto entende que “o que inicia a tentativa assume natureza de co-autor, mesmo que não se lhe encontre atribuída, de acordo com o plano comum, a realização de um contributo adicional subsumível às alíneas b) ou c)”²⁰¹. Assim sendo, e de acordo com esta última perspectiva, não é necessário que todas as intervenções tenham a mesma importância podendo “cada co-autor praticar um acto de execução distinto, que alguns co-autores pratiquem actos de execução idênticos e, no limite, que todos os co-autores pratiquem, por si, todos e os mesmos actos de execução”²⁰².

Assim, segundo HELENA MOURÃO “para poder ser punido como co-autor no facto tentado é necessário que o interveniente comece a prestar o contributo que o caracteriza como tal, tomando parte directa na execução, enquanto parte na execução conjunta, o que equivale ao início da prática de, pelo menos, um acto de execução”²⁰³.

Segundo VALDÁGUA a tentativa começa “em relação a cada co-autor, quando o respectivo agente, em conformidade com o plano de execução do facto acordado entre ele e os restantes participantes, pratica ou toma parte directa na prática de um acto de co-autor (art.º 22º/2/al. a) e/ou b) conjugada(s) com o nº1 do mesmo artigo e a 3ª proposição do art.º 26º), ou quando esse agente, também em conformidade com o aludido plano, pratica ou toma parte directa na prática de um acto de cumplicidade, ao qual, segundo a experiência comum e salvo as circunstâncias imprevisíveis, tendo em conta o dito plano, irá seguir-se em estreita conexão temporal, um acto de co-autor, a praticar pelo mesmo agente ou em cuja prática ele tomará parte directa (al. c) do nº2 do art.º 22º conjugado com o nº1 do mesmo artigo e a 3ª proposição do art.º 26º”²⁰⁴.

Aplicando estas soluções aos vários casos enunciados ao longo da investigação²⁰⁵, verifica-se o seguinte: no exemplo do envenenamento às prestações, entende VALDÁGUA que B (que não chegou a administrar a dose de veneno) deve ser punido como cúmplice

²⁰⁰ MORÃO, Helena, *op. cit.*, p. 361-363

²⁰¹ *Ibid.*, p. 456

²⁰² *Ibid.*, p. 364

²⁰³ *Ibid.*, p. 453.

²⁰⁴ VALDÁGUA, *op. cit.*, p.182

²⁰⁵ Tudo o que vamos mencionar encontra-se *in* VALDÁGUA, *op. cit.*, p. 183-184

(moral), mas não como co-autor da tentativa de homicídio qualificado como prevê a solução global. Entende também, quanto à decisão do “*Reichsgericht*” de 1883, “que a mulher deve ser punida como co-autora da tentativa de furto, pois praticou já um acto de auxílio moral e a esse acto deveria, segundo o plano comum, seguir-se muito em breve, a intervenção dela na subtracção, que é elemento constitutivo do respectivo tipo legal de crime (art.º 22º/2/al. c))”^{206 207}. No caso decidido pelo RGSt em 1943, entende VALDÁGUA (diferentemente da solução global) que o marido não poderia ser punido como co-autor da tentativa de burla, mas sim como cúmplice dessa tentativa (isto caso se provasse que tivera conhecimento do plano da mulher e que prometera exhibir as cartas dos soldados ao superior hierárquico). Por fim, no que respeita à decisão do “*Bundesgerichtshof*” de 1958, entende a autora que o participante alvejado nunca seria punido como co-autor de uma tentativa de homicídio dirigida contra ele próprio, pois tal solução (que foi a do tribunal em questão) esquece os limites decorrentes do âmbito da tutela da norma que proíbe o homicídio. Assim parte de um novo exemplo trocando o participante alvejado por um polícia que os perseguia e questiona se serão os dois ladrões que não dispararam co-autores da tentativa de homicídio praticada pelo que, efectivamente, disparou? A resposta é negativa na medida em que nenhum deles praticou qualquer acto que, de perto ou de longe, possa considerar-se acto de execução nos termos do art.22º.

Todavia, há, entre nós, quem defenda uma solução global para o problema do início da tentativa do co-autor. É ALMEIDA COSTA que, em sintonia com o desenvolvido critério do domínio não-concomitante do facto (que como vimos envolve a responsabilização de cada co-autor pela totalidade das intervenções estipuladas no acordo), adopta uma solução global. Este autor entende que no âmbito da co-autoria “o início da execução por um dos sujeitos (nos termos do art.º 22º nº2 do CP) implica a punição dos restantes pela tentativa do delito projectado”²⁰⁸. Esclarece ainda que “a participação no *pactum sceleris* consubstancia,

²⁰⁶ VALDÁGUA, *op. cit.*, p. 183. Contra, embora chegue à mesma solução, MORÃO, Helena, *op. cit.*, p. 457-458. Entende esta última autora que o que fundamenta a punição da mulher como co-autora é o facto de o comportamento de espera se reconduzir a um acto de execução, pois, segundo a experiência comum e salvo as circunstâncias imprevisíveis, afigura-se de natureza a fazer esperar que se lhe siga uma acção que preencha um elemento constitutivo típico, ou seja, constitui o acto que antecede imediatamente a sua própria actividade de subtracção, no contexto da execução conjunta.

²⁰⁷ A solução global chegaria ao mesmo resultado quer pela tese da imputação recíproca dos comportamentos dos co-autores, quer pela teoria do condomínio do facto global pelo co-autor.

²⁰⁸ COSTA, António, *op. cit.*, p. 1190

não um momento de perpetração do crime, mas tão-só o motivo de «imputação recíproca» dos contributos prestados em ordem à realização do plano conjunto. Para a punição de qualquer dos comparsas a título de tentativa, sempre se exige a verificação do início da execução”²⁰⁹.

Em sua defesa entende que a posição adoptada não contradiz o teor do direito positivo português, uma vez que o art.º 26º não vincula o intérprete a um específico enquadramento em sede de autoria. Diz ainda que, o preceito não fornece nenhuma indicação quanto aos princípios que presidem à definição do âmbito da autoria e que, na esfera dos delitos dolosos, terá sempre de equacionar-se à luz do correspondente critério de imputação objectiva, *i.e.*, à luz do binómio domínio concomitante/não-concomitante do facto²¹⁰.

5. A solução defendida

Do exposto, e seguindo a teoria do domínio do facto, a solução por nós preconizada é também, tal como a maioria da doutrina, uma solução individual. Vejamos.

Numa situação de crime plurisubjectivo, para que estejamos face à modalidade autónoma de co-autoria é necessário que estejam cumpridos três requisitos: por um lado, a decisão comum, mediante a qual os agentes assumem um propósito comum (o de alcançar determinado resultado típico) e repartem entre si tarefas que apesar de parciais são essenciais para a concretização do plano criminoso. Assim, funciona como fundamento e limite da responsabilidade dos co-autores: fundamento na medida em que, como vimos, é o que permite que cada co-autor seja punido como responsável pela totalidade do evento; e limite porque em caso de excesso cada um dos participantes só responderá por aquilo a que se comprometeu aquando do acordo²¹¹.

Por outro, temos a execução conjunta. Embora a doutrina e jurisprudência alemã entendam que um agente pode ser co-autor mesmo que apenas tenha contribuído durante a fase preparatória²¹², o nosso art.º 26º exige que se “tome parte directa na execução do facto”,

²⁰⁹ *Ibid.*, p. 1190

²¹⁰ *Ibid.*, p. 1179, 1194-1195.

²¹¹ Note-se que “cada participante é punido segundo a sua culpa, independente da punição e do grau de culpa dos outros participantes” – art.º 29º

²¹² Com esta orientação entre nós, como vimos, Almeida Costa

i.e., exige que o co-autor dê um contributo objectivo durante a execução do crime. Esse contributo coincidirá com a tarefa que lhe foi incumbida aquando da celebração do *pactum sceleris*.

Por fim, para ser co-autor o agente tem de ter o domínio funcional do facto. Esse domínio advém-lhe da repartição das tarefas, sendo que cada uma dessas tarefas tem de ser essencial face à actividade global. Assim, a função que cada um assume não pode consistir no simples favorecimento de um facto alheio, dela tem de depender “o se e o como da realização típica, e não apenas que o agente se limite a por à disposição os meios de realização”²¹³. No fundo necessário se torna concluir que, de acordo com o plano traçado pelos co-autores e através de um juízo *ex ante* o contributo individual de cada um consista numa peça essencial à execução do crime, sendo por isso pressuposto indispensável desta²¹⁴.

Uma das especificidades desta modalidade de autoria que nos trouxe aqui prende-se, como bem já sabemos, com o problema do início da tentativa do co-autor. O que está em causa é saber se, numa situação de pluralidade de agentes, a tentativa se inicia para todos em simultâneo mesmo que apenas um tenha dado início à execução do crime, ou se pelo contrário devemos atender ao contributo individualmente considerado de cada co-autor, começando por isso a tentativa apenas no momento em que ele pratica o primeiro acto de execução do crime.

Em nossa opinião temos que a solução mais correcta a dar ao problema será a segunda, mais restritiva, *i.e.*, a de que cada co-autor só poderá ser punido quando der início à execução da tarefa que lhe foi atribuída. Deste modo, a responsabilidade penal como co-autor de um delito tentado está dependente da sua contribuição objectiva na execução conjunta do facto²¹⁵. Com isto queremos dizer que não pode ser responsabilizado juridico-penalmente quem não chegou a iniciar a realização de uma acção dirigida à produção do resultado. Não basta por isso para a punição a título de co-autoria que o agente queira a consumação do crime, terá de se verificar também o elemento objectivo “tomar parte directa na execução”. Assim sendo, não aceitamos que o agente seja punido a título de co-autoria de um delito tentado logo que o plano atinja a fase executiva pelas mãos de qualquer um deles só porque se acordou desempenhar determinada tarefa essencial na execução do crime

²¹³ DIAS, J.F., 2012, *op. cit.*, p. 793 e 795

²¹⁴ *Ibid.*

²¹⁵ Neste sentido ALCÁCER G., R., *op. cit.*, p. 250

(como querem os defensores da solução global). Daqui podemos, desde já, retirar uma de duas conclusões. Por um lado, se assim não fosse estaríamos a violar, como entendeu e bem VALDÁGUA, o princípio da legalidade no seu corolário *nullum crimen sine lege stricta* (art.º 29º n.º 1 e 3 da CRP e art.º 1º/3 do CP) na medida em que estes preceitos proíbem o alargamento do âmbito da punição para além do sentido mais lato possível da letra do preceito que fixa os pressupostos dessa punição (o art.º 26º/3ª alternativa). Por outro lado, no âmbito do nosso Direito Penal é impensável querer punir-se alguém pelo simples facto de ter celebrado o acordo quanto à execução conjunta do crime. Pois, entre nós, o acordo constitui um acto preparatório e, os actos preparatórios não são punidos em geral (art.º 21º). É de notar que com isto não queremos dizer que esse agente fique totalmente impune. Mediante as circunstâncias do caso concreto poderá haver lugar a uma punição por cumplicidade (moral ou material) nos termos do art.º 27º.

Deste modo, para chegarmos à solução a dar a um caso concreto temos de ter em conta duas normas: o art.º 26º/3º segmento e o art.º 22. Como sabemos o co-autor não realiza nem quer realizar todo o tipo legal de crime mas apenas uma parte dele. Porquanto quer que da sua contribuição com a dos outros resulte a realização integral do tipo legal de crime. Em consequência disto, na aplicação do artigo 22º, relativamente ao elemento subjectivo da tentativa, deve atender-se ao plano comum em que a sua actuação se integra e não apenas ao que o agente se propôs fazer, e quanto ao elemento objectivo quando se refira a um determinado acto, esse deve ser interpretado não apenas abrangendo o acto na totalidade mas também o tomar parte directa na sua execução.

Uma questão que aqui se pode colocar prende-se com o seguinte: e se o contributo de um dos autores se dá antes da execução, por exemplo, a elaboração do plano?

Como temos vindo a observar o critério por nós acolhido exige (para que um agente seja considerado co-autor) uma intervenção na fase executiva. O próprio artigo 26º/ 3ª alternativa exige que se “tome parte directa na execução do facto”. Todavia não nos diz o que são actos de execução, pelo que só será possível classificar um acto como de execução conjugando o artigo 26º/3º segmento com o artigo 22º n.º2 ambos do CP.

Ora, a elaboração do plano não é um acto de execução, constituindo antes uma intervenção na etapa meramente preparatória do facto. O que nos leva antes de tudo a questionar se será a prática de actos de execução, enquanto parte numa execução conjunta, o único modo de “tomar parte directa na execução do facto”? Poderá o co-autor tomar parte

directa na execução através de actos não executivos? Entendemos que a resposta deve ser negativa, *i.e.*, não é suficiente que o co-autor pratique meros actos não executivos ²¹⁶, sendo imprescindível a sua actuação durante a fase de execução do facto criminoso (ou seja, o contributo individual de cada co-autor tem de reflectir-se ainda em momento situado entre o início da tentativa e o da consumação do facto). Assim recusamos que actos meramente preparatórios bastem para fundar uma tentativa em co-autoria. Se assim não fosse estar-se-ia a antecipar o início da tentativa, e isso não é aceitável, pois como estabelece o art.º 22º a tentativa inicia-se com a prática de actos de execução. A elaboração do plano traduz-se na preparação de um tipo de ilícito. E como vimos a regra (em geral) é a da não punição deste tipo de actos (art.º 21º). Deste modo, e caso o crime venha a ter lugar, o agente encarregue de proceder apenas à elaboração do plano criminoso será punível por cumplicidade nos termos do art.º 27º CP e não como co-autor. Isto percebe-se porque no momento em que presta o seu contributo (elaboração do plano) está ainda na fase preparatória do *iter criminis*, o que faz com que falte o elemento característico da co-autoria referente à “execução conjunta”.

Desta forma, “a tentativa começa relativamente a cada co-autor, quando o respectivo agente, em conformidade com o plano de execução do facto acordado entre ele e os restantes participantes, pratica ou toma parte directa na prática de um acto de co-autor (art.º 22º/2/al. a) e/ou b) conjugada(s) com o nº1 do mesmo art.º e a 3ª proposição do art.º 26º) – *por exemplo A e B acordam em agredir C. Para tal A estará encarregue de agarrar C, e B de o esbofetear. Tanto A como B são co-autores do crime de ofensas à integridade física de C. A porque ao agarrá-lo praticou um acto de execução nos termos da al. b) do nº 2 do art.º 22º, ou seja um acto idóneo a produzir o resultado típico (neste caso ofensas à integridade física), e B ao diferir as bofetadas praticou um acto de execução nos termos da al. a) do nº 2 do art.º 22º, i.e., praticou um acto que preenche um elemento constitutivo do tipo de crime ofensas à integridade física –*, ou quando esse agente, também em conformidade com o aludido plano, pratica ou toma parte directa na prática de um acto, ao qual, segundo a experiência comum e salvo as circunstâncias imprevisíveis, tendo em conta o dito plano, irá seguir-se em estreita conexão temporal, um acto de co-autor, a praticar pelo mesmo agente ou em cuja prática ele tomará parte directa (al. c) do nº2 do art.º 22º conjugado

²¹⁶ Neste sentido pronunciaram-se VALDÁGUA, *op. cit.*, p. 119 e s., MORÃO, Helena, *op. cit.*, p. 418, ALBUQUERQUE, P.P., *op. cit.*, p. 188, DIAS, J.F., *op. cit.*, p. 822.

com o nº1 do mesmo art.º e a 3ª proposição do art.º 26º – *por exemplo no caso acima mencionado do casal que acorda no cometimento de um furto numa casa alheia. O homem ficou encarregue de abrir a porta com uma gázuca e a mulher depois de este abrir a porta interviria para levar os objectos cobiçados. Enquanto o homem tentava abrir a porta e a mulher permanecia inactiva ao seu lado foram surpreendidos pelo dono da casa o que os impediu de realizarem o furto projectado. Também neste caso ambos são co-autores do delito tentado. O homem porque ao tentar abrir a porta com a gázuca praticou actos de execução nos termos da al.b) do art.º 22º nº2, e a mulher porque praticou um acto de execução nos termos da al. c) do referido artigo. Ou seja, ao seu comportamento de espera (segundo a experiência comum e salvo circunstancias imprevisíveis) deveria seguir-se, de acordo com o plano comum, muito em breve a intervenção dela na subtracção, que é elemento constitutivo do respectivo tipo legal de crime (furto)*”²¹⁷.

²¹⁷ Concordamos assim totalmente com VALDÁGUA, *op. cit.*, p.182. Os itálicos fomos nós que acrescentamos.

Notas Conclusivas:

Percorrido este caminho, resta-nos agora expor, ainda que em jeito de síntese, as ideias chave expostas ao longo da nossa investigação com as quais concordamos e nos identificamos e as conclusões a que chegamos. Vejamos.

Em matéria de autoria (artigo 26º do CP) rege um conceito restrito de autor, que tem na sua base a teoria do domínio do facto desenvolvida por ROXIN.

Este critério tem como limite os, designados por ROXIN, “delitos de domínio” que são o que nós apelidamos de crimes dolosos, ficando de fora os crimes negligentes, os de omissão e os específicos.

Segundo esta doutrina é autor quem, na realização do delito, aparece como figura central do acontecimento criminoso, isto é, quem pela sua influência determinante e decisiva no acontecimento conduz à realização do delito. Autor é o “senhor do facto”, é aquele que domina a execução típica, de tal modo que a ele cabe o papel director da iniciativa, interrupção, continuação e consumação da realização, dependendo estas, de forma decisiva, da sua vontade. Os restantes intervenientes são apenas participantes pois estão à margem do centro da acção e a sua contribuição traduz-se numa mera colaboração ou favorecimento voluntário e doloso num facto alheio.

Entre nós a única forma de participação é a cumplicidade prevista no artigo 27º do CP.

Tende-se a identificar, dentro do domínio do facto, três tipos de domínio: o domínio da acção (correspondente à autoria imediata); o domínio da vontade (respeitante à autoria mediata) e o domínio funcional do facto no que toca à co-autoria.

Temos uma situação de co-autoria quando dois ou mais agentes colaboram no planeamento e na execução de um mesmo crime.

Cada um desses agentes tem o domínio funcional do facto. Este advém-lhe da repartição de tarefas aquando da celebração do *pactum sceleris*. E é assim porque cada co-autor assume uma tarefa que é essencial para a realização do plano criminoso e que lhe confere o condomínio do facto global devido à sua contribuição no mesmo, na medida em que cada um tem a possibilidade de fazer fracassar o plano omitindo o seu contributo (domínio negativo).

Em suma, cada co-autor não é titular exclusivo do domínio do facto, nem apenas domina a sua parte do facto: cada co-autor é, sim, contitular do domínio funcional de todo o facto.

Relativamente à tentativa, esta corresponde à realização incompleta dos actos descritos num determinado tipo legal de crime.

Entre nós está prevista nos artigos 22º e seguintes do CP, e em princípio ela é punível, pois representa já uma violação do ordenamento social jurídico penalmente relevante por meio da intranquilidade em que coloca os bens jurídico-penais. O fundamento da sua punição tem como ponto de partida a vontade delituosa, todavia, essa vontade só é merecedora de pena e, portanto, só deverá ser punida quando, segundo um juízo *ex ante* de prognose póstuma, perturbe a confiança da comunidade na vigência da norma no ordenamento jurídico, ou seja, quando abala as expectativas comunitárias da paz e segurança jurídica.

Para que se possa falar em tentativa tem de haver uma decisão no sentido de cometer um crime; tem de haver prática de actos de execução e a consumação não pode ter lugar.

O problema principal referente à tentativa prende-se com a distinção entre actos preparatórios e actos de execução, uma vez que a decisão criminosa tem de ser exteriorizada através de actos de execução, de actos que já se dirigem à execução do crime que se decidiu cometer.

O artigo 22º nº 2 nas suas várias alíneas diz-nos o que deve entender-se por actos de execução. Desde logo na sua al. a) diz que são actos de execução todos aqueles que preenchem um elemento constitutivo de um tipo de crime. Na al. b) estabelece que serão também actos de execução todos aqueles que forem idóneos a (capazes de) produzir o resultado típico. Por fim a al. c) vem alargar o campo dos actos de execução para aqueles que segunda a experiência comum e salvo circunstâncias imprevisíveis, forem de natureza a fazer esperar que se lhe sigam actos das espécies indicadas nas alíneas anteriores. Nesta última alínea FIGUEIREDO DIAS fala numa exigência cumulativa de uma dupla conexão típica. Assim, para que um acto seja tido como de execução é necessário que o lapso temporal entre o acto e a lesão do bem jurídico seja de iminente implicação (conexão de perigo ou temporal), e que o acto coloque já em perigo o bem jurídico que a norma quis proteger (conexão típica).

Posto isto, estamos então agora em condições de avançar para o que realmente nos trouxe até aqui que é o problema do início da tentativa do co-autor. Como vimos este problema prende-se com a questão de saber se a partir do momento em que um co-autor pratica o primeiro acto de execução, pode qualquer outro ser punido por tentativa, mesmo que ainda não tenha levado a cabo qualquer comportamento externo (para além da intervenção no “*pactum sceleris*”), ou se devemos, pelo contrário, atender ao contributo de cada co-autor individualmente considerado, começando desse modo a tentativa apenas no momento em que cada co-autor pratica o primeiro acto de execução do crime. Como temos vindo a dizer o código penal é omissivo quanto à solução a dar a este problema. Desse modo, a solução passa pela conjugação dos artigos 26º/3º segmento (onde se fixa o regime específico da co-autoria) e 22º (onde se delimita o início da tentativa perante a fase que a antecede no *iter criminis* – a dos actos preparatórios, não puníveis em geral nos termos do art.º 21º) todos do CP.

O artigo 26º/3ª alternativa diz-nos para ser co-autor o agente tem de “tomar parte directa na execução do facto, por acordo ou juntamente com outro(s)”. Resulta assim que são elementos característicos da co-autoria a execução conjunta (elemento objectivo que pressupõe uma contribuição objectiva para a realização do facto, pelo que não é punido como co-autor aquele agente cuja actuação se desenvolva na fase dos actos preparatórios) e a decisão conjunta (trata-se de um acordo respeitante à execução do facto, constituindo por isso o elemento subjectivo).

Relativamente ao acordo, este pode ser expresso ou tácito e pode ter lugar antes, durante e até após o início da execução.

Têm entendido também a doutrina e a jurisprudência (com a qual concordamos) que não bastam apenas estes dois elementos para caracterizar a co-autoria. Pois tal como o co-autor também o cúmplice pode tomar parte no acordo e intervir na fase de execução do delito. Assim, aos dois elementos iniciais junta-se um terceiro: o domínio funcional do facto que cabe ao co-autor e falta ao cúmplice.

Uma das especificidades da co-autoria prende-se com o facto de o co-autor não realizar nem querer realizar todo o tipo legal de crime, mas apenas uma parte dele.

Porém o co-autor é punido nos termos do art.º 26º de igual modo do que aquele que realiza todo o tipo legal de crime.

Ora o que permite que se impute como próprio um facto que ele não realizou integralmente de forma pessoal é o não exercício do aspecto negativo do domínio do facto, ou seja, o não utilizar o poder de que dispõe para obstar à realização do facto. No fundo corresponde à realização da tarefa que lhe foi incumbida com a divisão do trabalho.

Tendo em conta tudo isto, ou seja, as especificidades da autoria e da tentativa, duas soluções são possíveis para o nosso problema.

Uma delas parte do princípio que a partir do momento em que um co-autor pratica, de acordo com o plano criminoso, o primeiro acto de execução, todos os restantes co-autores devem ser punidos por tentativa (é a chamada solução global).

Outra, mais restritiva, e que em nossa opinião e na maioria da doutrina e jurisprudência merece destaque é a chamada solução individual. Esta parte do pressuposto que a tentativa não se inicia no mesmo momento para todos os co-autores. Deste modo, a tentativa começa relativamente a cada co-autor individualmente considerado quando cada um pratica o primeiro acto de execução do crime (art.º 26º/3ª alternativa conjugado com o art.º 22º ambos do CP).

Em suma, não pode ser responsabilizado jurídico-penalmente quem não chegou a iniciar a realização de uma acção dirigida à produção do resultado.

BIBLIOGRAFIA

Doutrina

Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal. Parte Geral. I Volume. *Separata do "Boletim do Ministério da Justiça"*, 1965.

Albuquerque, Paulo Pinto de. *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015.

Alcácer Guirao, Rafael. *Tentativa y formas de autoría. Sobre el comienzo de la realización típica*. Madrid: Edisoffer, 2001.

Beleza, Teresa Pizarro. "A estrutura da autoria nos crimes de violação de dever. Titularidade versus domínio do facto?" *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 2, fasc. 3, Julho-Setembro 1992.

Beleza, Teresa Pizarro. "Ilicitamente participando - o âmbito de aplicação do art. 28º do Código Penal." *Separata do número especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra - "Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia" - 1984*, Coimbra: 1988.

Brandão, Nuno. "Pacto para matar: autoria e início de execução." *Revista Portuguesa de Ciência criminal*, ano 18, nº 4, 2008.

Correia, Eduardo. *Direito Criminal*. Vol. II. Coimbra: Almedina, 2004.

Correia, Eduardo. "Problemas fundamentais da comparticipação criminosa." *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano IV nº 1 a 4, pp. 42 a 56 e 194 a 205; ano VI nº 1 a 3, pp. 1 a 41, 1948-1950.

Correia, Eduardo. “Código Penal: Projecto da Parte Geral.” *Separata de: "Boletim do Ministério da justiça", n° 127, 1963.*

Costa, António Manuel de Almeida. *Ilícito pessoal, Imputação objectiva e Participação em Direito Penal.* Coimbra: Almedina, 2014.

Costa, José Francisco de Faria. “Formas do crime.” *Jornadas de Direito Criminal. O novo código penal português e legislação complementar,* Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 1983.

Costa, José Francisco de Faria. “Tentativa e dolo eventual (ou da relevância da negação em direito penal).” *Separata do número especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra - Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia - 1984,* Coimbra: 1987.

Dias, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: Parte Geral, Tomo I.* Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

Dias, Jorge de Figueiredo. “La instigación como autoría. Un requiem por la "participación" como categoría de la dogmática jurídico-penal portuguesa?” Em *Libro de Homenaje al Professor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo.* Madrid: Thomson Civitas, 2005.

Díaz y García Conlledo, Miguel. “Autoría y Participación.” *Revista de Estudios de la Justicia - n° 10,* 2008: pp. 13 a 61.

Donna, Edgardo Alberto. *La autoría y la participación criminal.* Granada: Comares, 2008.

Ferreira, Manuel Cavaleiro de. *Lições de Direito Penal. Parte Geral I: A Lei Penal e a Teoria do Crime no Código Penal de 1982.* Lisboa: Editorial Verbo, 1997.

Godinho, Inês Fernandes. “Casting em Direito Penal (ou percurso pela autoria).” *Politeia - Revista do Instituto de Ciências Policiais e Segurança Interna*, Ano VI/Ano VII, 2009/2010: pp. 57-68.

Jescheck, Hans-Heinrich y Weigend, Thomas. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Granada: Comares, 2002.

Júnior, Arthur Pinto de Lemos. “O tratamento Jurídico-penal da autoria e participação no Direito Penal europeu.” *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, ano 5 - número 1, Janeiro/Junho, 2004: pp. 7 a 43.

Maurach, Reinhart, Gössel, Karl Heinz y Zipf, Heinz. *Derecho Penal. Parte General 2: Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1995.

Mir Puig, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. Barcelona: Editorial Reppertor, 2016.

Morão, Helena. *Autoria e Execução Comparticipadas*. Coimbra: Almedina, 2014.

Palma, Maria Fernanda. *Da "tentativa possível" em Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2006.

Pinto, Frederico de Lacerda da Costa. *A relevância da desistência em situações de comparticipação*. Coimbra: Almedina, 1992.

Projecto do Código Penal. Parte Geral. 1ª Revisão Ministerial. “Estudos Legislativos.” *Boletim do Ministério da Justiça*, nº 157, Junho de 1966.

Roxin, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2016.

Roxin, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo II: Especiales formas de aparición de delito*. Madrid: Thomson Reuters - Civitas, 2014.

Roxin, Claus. *Problemas fundamentais de Direito Penal*. Lisboa: Vega, 1998.

Santos, Manuel Simas; Leal-Henriques, Manuel. *Código penal anotado*. Vol. I. Lisboa: Rei dos Livros, 2014.

Silva, Germano Marques da. *Direito Penal Português: Teoria do Crime*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015.

Sousa, Susana Aires de. “"contratado" para matar: o início da tentativa em situações de aliciamento (comentário ao acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 10 de Fevereiro de 2016).” *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 27, nº 1, 2017.

Sousa, Susana Aires de. “A autoria nos crimes específicos: algumas considerações sobre o artigo 28º do Código Penal.” *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 15, nº 3, 2005.

Sousa, Susana Aires de. “A responsabilidade criminal do dirigente: algumas considerações acerca da autoria e participação no contexto empresarial.” *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

Stratenwerth, Günter. *Derecho Penal. Parte General I: El hecho punible*. Madrid: Thomson Civitas, 2005.

Valdágua, Maria da Conceição. “Figura Central, aliciamento e autoria mediata.” *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

Valdágua, Maria da Conceição. *Início da tentativa do co-autor. Contributo para a teoria da imputação do facto na co-autoria*. Lisboa: LEX - Edições Jurídicas, 1993.

Varela, João Athayde. *Os limites de punibilidade em sede de autoria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2015.

Jurisprudência

(Salvo menção em contrário consultados em www.dgsi.pt)

Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça:

- 18 de Julho de 1984; processo nº 37420 (*Boletim do Ministério da Justiça*, nº 339, Outubro de 1984, p. 276 a 288)

- 14 de Novembro de 1984; processo nº 37400 (*Boletim do Ministério da Justiça*, nº 341, Dezembro de 1984, p. 202 a 217)

- 16 de Janeiro de 1990; processo nº 40378 (*Boletim do Ministério da Justiça*, nº 393, Fevereiro de 1990, p. 241 a 249)

- 22 de Fevereiro de 1995; processo nº 47103 (*Colectânea de Jurisprudência – Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça*, ano III, tomo I, 1995)

- 14 de Junho de 1995; processo nº 046599

- 15 de Abril de 2009; processo nº 09P0583:

- 5 de Junho de 2012; processo nº 148/10.3SCLSB.L1.S1

- 27 de Junho de 2012; processo nº 3283/09.7TACBR.S1

- 8 de Setembro de 2016; processo nº 610/15.1PCLSB.S1

Acórdãos do Tribunal da Relação de Coimbra:

- 21 de Abril de 2010; processo nº 6/07.9GBAGD.C1
- 20 de Junho de 2012; processo nº 158/11.3PATNV.C1
- 24 de Maio de 2017; processo nº 177/15.0PAPBL.C1

Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa:

- 13 de Abril de 2016; processo nº 2903/11.8TACSC.L1-3

Acórdãos do Tribunal da Relação do Porto:

- 14 de Outubro de 2009; processo nº 142/08.4PUPRT.P1
- 12 de Junho de 2013; processo nº 267/05.8GMBR.P2
- 28 de Janeiro de 2015; processo nº 1954/10.4JAPRT.P1

ÍNDICE

Considerações introdutórias	7
Parte I – Introdução: Aproximação aos conceitos de autoria e de tentativa.....	9
1. Do conceito de autoria	9
2. Da Tentativa	13
Parte II – O início da tentativa na co-autoria.....	21
Capítulo I – Solução global e solução individual no plano histórico-dogmático.....	21
1. Caracterização dos dois tipos de solução	21
2. Solução global e soluções individuais na doutrina e jurisprudência alemãs.....	22
2.1. Soluções individuais defendidas na Jurisprudência e Doutrina mais antigas..	22
2.2. A viragem para a solução global.....	23
2.3. Defesa de soluções individuais não obstante o predomínio da solução global	29
Capítulo II – O início da tentativa do co-autor no Direito Penal Português.....	31
1. Colocação do problema perante os artigos 22º e 26º do Código Penal	31
2. Elementos constitutivos essenciais da co-autoria com relevância para a determinação do regime da imputação do facto ao co-autor	32
A. A execução conjunta do facto.....	34
B. A decisão conjunta.....	35
C. Domínio funcional do facto na co-autoria.....	39
3. Imputação do facto na co-autoria e início da tentativa do co-autor	40
4. Solução global ou solução individual?	44
5. A solução defendida	53
Notas Conclusivas:	58
BIBLIOGRAFIA.....	62
Doutrina.....	62
Jurisprudência.....	66
ÍNDICE.....	68