



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Ivan Tidiane dos Santos Mateus

**O PROBLEMA DA PUNIÇÃO DA TENTATIVA
DE DETERMINAÇÃO**

**UMA ANÁLISE A PARTIR DA JURISPRUDÊNCIA DO
SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

**Dissertação no âmbito do Mestrado em Ciências Jurídico-
Forenses, orientada pela Senhora Professora Doutora Susana
Maria Aires de Sousa e apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra.**

Janeiro de 2021



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE
COIMBRA

Ivan Tidiane dos Santos Mateus

**O PROBLEMA DA PUNIÇÃO DA TENTATIVA DE
DETERMINAÇÃO**

THE PROBLEM OF PUNISHMENT OF THE ATTEMPT TO DETERMINE

**UMA ANÁLISE A PARTIR DA JURISPRUDÊNCIA DO
SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

AN ANALYSIS FROM THE JURISPRUDENCE OF THE SUPREME COURT OF JUSTICE

Dissertação no âmbito do Mestrado em
Ciências Jurídico-Forenses, orientada pela
Senhora Professora Doutora Susana Maria
Aires de Sousa e apresentada à Faculdade
de Direito da Universidade de Coimbra.

Coimbra

2021

Resumo

A tentativa de determinação ocorre quando determinado agente, por via de uma influência psíquica, tenta provocar noutra pessoa a decisão de cometer um facto típico-ilícito, sem que, no entanto, a pessoa visada chegue a decidir-se no sentido do ilícito e por esta razão não pratica qualquer ato executivo do crime.

Tal comportamento, no ordenamento jurídico português, é apenas ético-socialmente *condenável*, devendo o julgador, no vazio da lei e ao abrigo do princípio *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*, mandar em paz e em liberdade o agente cujo crime que planeou não alcançou à fase da tentativa.

A presente investigação alicerça-se num estudo da jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça e de outras decisões *infra* com interesse para a temática aqui desenvolvida. Em termos metodológicos, ao longo desta dissertação procederemos ao diálogo permanente com a ciência (nacional e estrangeira), procurando destacar as soluções mais compatíveis com o Código Penal vigente.

Iniciaremos o estudo com uma breve análise histórica da problemática da punição da tentativa de determinação no ordenamento jurídico-penal português, procedendo sucintamente a uma análise comparativa com alguns ordenamentos jurídicos europeus onde a questão foi discutida e obteve consagração legal. Num segundo momento proceder-se-á ao desenvolvimento do tema com enfoque na “figura da instigação” e num estudo da jurisprudência fixada e *mantida* pelo Supremo Tribunal de Justiça, a desconformidade da solução que fez vencimento, com a constituição e com a lei, e os perigos que ela representa para a administração da justiça e para os direitos fundamentais dos cidadãos. Finaliza-se a presente investigação com uma análise e ensaio de sugestões para integração da lacuna de punibilidade dos casos de “planeamento e encomenda sem êxito da morte de outrem”, examinando, sobretudo, a compatibilização de algumas propostas com o ordenamento jurídico-penal nacional, sendo clarividente a necessidade de intervenção legislativa.

Palavras-Chave: Tentativa – Determinação – Instigação – Autoria – Mediata – Imediata – Participação – Cumplicidade – Comparticipação – Preparação – Execução – Domínio – Facto – Vontade - Decisão.

Abstract

The attempt to determine occurs when a particular agent, by means of a psychic influence, tries to provoke in another person the decision to commit a typical-unlawful fact, without, however, the person concerned even deciding in the sense of the unlawful and for this reason does not commit any executive act of the crime.

Such behavior, in the Portuguese legal order, is only ethically-socially reprehensible, and the judge must, in the void of the law and under the *nullum crimen* principle, *nulla poena sine praevia lege*, to send in peace and free the agent whose crime he planned did not reach the stage of the attempt.

This investigation is based on a study of the jurisprudence of the Supreme Court of Justice and other decisions under the interest of the theme developed here. In methodological terms, throughout this dissertation we will carry out the permanent dialogue with science (national and foreign), seeking to highlight the solutions most compatible with the current Penal Code.

We will begin the study with a brief historical analysis of the problem of punishment of the attempt to determine in the legal-criminal order Portuguese, proceeding briefly to a comparative analysis with some European legal systems where the issue was discussed and obtained legal consecration. In a second moment, the theme will be debated with a focus on the "figure of instigation" and a study of the case law fixed and maintained by the Supreme Court of Justice, the non-conformity of the solution that has expired, with the constitution and with the law, and the dangers it poses to the administration of justice and to the fundamental rights of citizens. This investigation concludes with an analysis and essay of suggestions for integrating the penalty gap of cases of "unsuccessfully planning and ordering of the death of others", examining, above all, the compatibilization of some proposals with the national legal and criminal order, and the need for legislative intervention is clear.

Keywords: Trial - Determination - Instigation - Authorship - Mediata - Immediate - Participation - Complicity - Complicity - Preparation - Execution - Domain - Fact - Will – Decision.

ABREVIATURAS

AAFDL	Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa
Ac.	Acórdão
al.	alínea
art.	artigo
CC	Código Civil
CEJ	Centro de Estudos Judiciários
Cf.	Confrontar
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
CRP	Constituição da República Portuguesa
DL	Decreto-Lei
Ed.	Edição
n.º/n.ºs	número/ números
op. cit.	opere citato
Proc.	Processo
p./pp.	página/ páginas
RCC	Revista de Ciência e Cultura
RFL	Revista da Faculdade de Letras
RLJ	Revista de Legislação e Jurisprudência
RPCC	Revista Portuguesa de Ciência Criminal
ss.	seguintes
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
StGB	Strafgesetzbuch (Código Penal Alemão)
TRP	Tribunal da Relação do Porto
Vol.	Volume
v.g.	verbi gratia

ÍNDICE

§ 1. Introdução	7
-----------------------	---

CAPÍTULO I

A TENTATIVA DE DETERMINAÇÃO NO PLANO HISTÓRICO E DO DIREITO ESTRANGEIRO

§ 2. A punição da tentativa de determinação no plano histórico-dogmático português	11
2.1. No período anterior à codificação	11
2.2. No período da codificação	11
2.2.1. Na vigência do Código Penal de 1852	11
2.2.2. No Código Penal de 1886	13
2.2.3. No Projeto de Eduardo Correia de 1963	15
§ 3. Breve referência a ordenamentos estrangeiros onde a opção de punição foi adoptada ...	16
3.1. O § 30 do Strafgesetzbuch	16
3.2. O artículo 17 do Código Penal Español	17

CAPÍTULO II

A COMPARTICIPAÇÃO CRIMINOSA

§ 4. A comparticipação na autoria mediata e na determinação-autoria.....	19
4.1. A execução comparticipada na autoria mediata	19
4.1.1. O princípio da autorresponsabilidade como critério de distinção entre a autoria mediata e a determinação-autoria.....	19
4.1.2. O início da tentativa na autoria mediata.....	22
4.2. A Comparticipação na autoria por determinação	25
4.2.1. A “instigação” como autoria ou como participação na autoria	25
4.2.1.1. A problemática da terminologia “instigação”	28
4.2.2. Modalidades de autoria por determinação	31
4.2.2.1. O ajuste	31
4.2.2.2. A ordem	33
a) A ordem no âmbito dos aparelhos organizados de poder	34
b) A ordem no contexto empresarial	36
c) A ordem no contexto familiar	37

4.2.2.3. O pedido	38
4.2.2.4. A missão	38
a) A crença	38
b) O sacrifício	39
4.2.2.5. A falsidade	39
4.2.2.6. As instigações puras	40
a) A revelação	40
b) O sofrimento	41
c) O alvoroçamento	42
d) O ajuste em sentido inverso	42
4.2.2.6.1. As instigações puras como concretas formas de autoria	43
4.2.2.6.1.1. A “teoria” da criação	45
4.2.3. A exigência de execução ou começo de execução	48

CAPÍTULO III

A DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL EM TORNO DA TENTATIVA DE DETERMINAÇÃO PARA O HOMICÍDIO

§ 5. Análise dos acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 18 de Junho de 2009 e de 13 de Fevereiro de 2020	52
5.1. O caso	52
5.1.1. O AFJ n.º 11/2009 e a confirmação do acórdão de 16.10.2008	53
5.1.2 Preparação vs tentativa	57
5.2. A punição da cumplicidade na tentativa de determinação	60
5.3. Os riscos da não intervenção legislativa	62
§ 6. Conclusões finais	65
Bibliografia	68
Jurisprudência citada	73

§ 1. INTRODUÇÃO

Quis o legislador português que o agente que, astuciosa e dolosamente, criasse numa outra pessoa uma resolução criminosa capaz de determiná-la à prática de um ilícito-penal fosse (sem tergiversações) considerado autor da ação criminosa praticada por sua determinação, embora essa qualidade só lhe seja atribuída quando esta pessoa (o homem-da-frente) dê efetivamente início à execução do crime (essa forma de autoria casa perfeitamente com a história bíblica descrita *in* gêneses 3:1-6 “embora todos saibamos que foi a Eva que *responsavelmente* comeu o *fruto proibido*, todos atribuímos também as culpas a *serpente* que sorrateiramente falou-lhe aos ouvidos das suas vantagens acabando por a convencer a atentar contra aquele *bem*”).

Esta exigência (execução ou começo de execução) reduz necessariamente os casos em que o agente-determinador é punido, uma vez que os seus atos só alcançam relevância penal a partir do momento em que o agente da *dianteira* intervém na ação nos termos sobreditos, o que leva a que nas situações mais embaraçosas se classifique (embora sem razão) esse homem-de-trás como autor mediato, mesmo sendo o homem-da-frente plenamente responsável, na ânsia de poder puni-lo, tendo em conta que para essa categoria de autoria não se prevê (expressamente) a exigência de execução ou início de execução.

Ora, é precisamente essa a problemática que os tribunais se deparam nos designados “contratos para matar”, ou seja, é ou não punido o agente naquelas situações em que, querendo pôr fim à vida de outra pessoa, mas não pretendendo *sujar as mãos de sangue*, contrata uma terceira pessoa para levar a cabo o seu projeto criminoso mediante o pagamento de um preço, sendo que essa pessoa só aparentemente aceita a proposta de assassinato da vítima, vindo o agente a entregar-lhe parte do valor acordado, mas sem que o potencial executor chegue a praticar qualquer ato de execução.

Tendo em conta as variadas decisões contraditórias sobre essa temática, o STJ, no acórdão n.º 11/2009, fixou jurisprudência no sentido da punição daquele comportamento. Decorridos dez anos desde a data do proferimento daquela decisão, e não obstante terem sido proferidas outras decisões de permeio que contrariam a jurisprudência fixada e publicadas obras científicas de relevo em sentido discordante com a posição que fez

vencimento, o STJ, no acórdão de 13.02.2020, pronunciou-se no sentido de manter aquela jurisprudência.

Fazendo *jus* aos pressupostos que tem recorrido para legitimar uma alteração de jurisprudência fixada, aquele tribunal entendeu, em síntese, que não foi preenchido o pressuposto «*novo argumento de grande valor*»¹.

Nesse quesito concordamos com a Conselheira Helena Moniz, que, em sede de voto de vencida, questiona se tal “novo argumento de grande valor”, para ser considerado, teria de ser oriundo do Tribunal Constitucional ou do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.

A verdade, porém, é que a crítica que a doutrina faz abundantemente à solução adoptada, alegando, sobretudo, a violação da lei e da constituição, seria bastante para que aquele tribunal reapreciasse à questão controvertida e, assim, aferir se a solução adoptada, no AFJ n.º 11/2009, é ou não conforme com a solução adoptada pelo legislador ordinário, por um lado (artigos 22.º e 26.º do CP), e constitucional, por outro (art. 29.º, n.º 1 e 3, da CRP).

Com o acórdão de 13.02.2020, o STJ renova a discussão do tema desta investigação, uma vez que, a alteração substancial da composição do Pleno das Secções Criminais não se revelou suficiente para uma alteração da posição tomada há dez anos, *reipristinando* aquele tribunal o entendimento da posição que fez maioria no referido acórdão de fixação de jurisprudência, mesmo sabendo que o seu principal objetivo, que é a *uniformização das decisões dos tribunais em relação à matéria controvertida*, nunca foi efetivamente alcançado. Assim, a prática demonstra que permanece o quadro de instabilidade e de incertezas que se verificava antes do proferimento do AFJ n.º 11/2009, isto em relação à punibilidade no ordenamento jurídico-penal português das meras tentativas de determinação, tendo-se alcançado com o referido acórdão a uniformização meramente formal.

Adoptaremos nesta investigação a terminologia “tentativa de determinação²”, em substituição da terminologia “tentativa de instigação”. Nos afastamos dessa designação por

¹ Cf. Ac. STJ de 13.02.2020, disponível em www.dgsi.pt.

considerarmos que, nesses casos, o que fica por alcançar não é a “instigação”, mas o fim visado por esta, que é a “determinação de outrem”. A instigação (meio) visa um fim específico (a determinação) e é esse fim que fica pela mera tentativa (entenda-se tentativa *gramatical* e não jurídica, uma vez que, claramente, não está em causa o artigo 22.º do Código Penal). A instigação fica concluída com o *fim da atuação do instigador sobre o instigado*, já a determinação só pode ser afirmada quando aquele último dá início à execução (v.g., nos casos de ajuste, a “proposta inicial”, por parte do homem-de-trás, corresponderá à “instigação”, já a “aceitação”, por parte do homem-da-frente, integra o conceito de “determinação”, que é posteriormente exteriorizada com a prática de atos de execução). O que nos parece é que tais terminologias têm sido usadas como se da *mesma coisa se tratasse* e não como “o meio” utilizado pelo agente, por um lado, e “o fim” visado por este, por outro.

Pelas razões invocadas, e por outras que melhor explicitaremos em sede própria desta investigação, nos afastaremos igualmente da terminologia historicamente utilizada para designar a forma de autoria prevista na 4ª modalidade do art. 26.º do Código Penal português, “instigação”, e, em sua substituição, adoptaremos as terminologias “autoria por determinação” ou “determinação-autoria”. Cremos serem estas as terminologias que melhor casam com o pensamento do legislador, desde logo, mas não só, porque na narrativa utilizada na 4ª modalidade de autoria do art. 26.º, autor não é quem instiga, mas quem determina outrem à prática do facto ilícito-típico (este afastamento será gradual para uma melhor compreensão do que aqui se pretende exprimir).

Em termos metodológicos, a abordagem ao tema será feita primordialmente numa dimensão de *diagnóstico*, o que implicará, necessariamente, a identificação das bases em que erigiram os pontos discordantes, tanto ao nível da doutrina, como ao nível da jurisprudência. É nossa convicção que a identificação da origem do problema poderá indicar o caminho para a sua resolução. Assim, ao abordar a problemática da tentativa de determinação, dedicaremos uma especial atenção às seguintes questões nucleares: *quais as razões de base que levam a que determinado seguimento da doutrina tenha a necessidade de deslocar casos que pertencem à 4ª modalidade de autoria, para outras formas de*

² Foi precisamente essa a terminologia usada por Eduardo Correia, no art. 31.º, do seu Projeto do Código Penal. Cf. Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal, Parte Geral, Vol. 1, Ministério da Justiça, Lisboa, 1965, p. 206.

autoria, com destaque para autoria mediata? O que está na base da negação da qualidade de autor e de domínio do facto ao designado instigador? A exigência de execução ou início de execução, por parte do homem-da-frente, é ou não um dos pressupostos da autoria mediata?

O diagnóstico proposto visa, sobretudo, uma reflexão sobre a origem desses principais pontos de discordância, convindo a uma gradual conciliação, que se traduza, em última instância, em decisões mais uniformes por parte dos tribunais.

– CAPÍTULO I –

A TENTATIVA DE DETERMINAÇÃO NO PLANO HISTÓRICO E DO DIREITO ESTRANGEIRO

§ 2. A punição da tentativa de determinação no plano histórico-dogmático português

2.1. No período anterior à codificação

Nas ordenações Afonsinas (1448), Manuelinas (1513) e Filipinas (1603), a matéria criminal encontrava-se prevista no Livro V dos respetivos diplomas. Em tais preceitos o legislador histórico previu apenas uma parte especial. Não obstante a ausência de uma parte geral, aquele legislador não foi indiferente ao fenómeno da comparticipação, punindo casuisticamente³ comportamentos participativos nos casos considerados mais graves, v.g., crimes de *lesa-majestade*, Título VI, n.º 5 das Ordenações Filipinas – “*se algum fizesse conselho e confederação contra o Rey e seu Stado, ou tratasse de se levantar contra ele, ou para isso desse ajuda, conselho e favor*”; – nos casos de homicídio, Título XXXV do mesmo diploma – “*qualquer pessoa, que matar outra, ou “mandar matar”, morra por elle morte natural*”; ou de testemunho falso, Título XXXVII das Ordenações Afonsinas – “*do que disse testemunho falso, e do que lho fez dizer*”.

Como se pode depreender do primeiro exemplo (*crimes de lesa-majestade*) o legislador não faz qualquer referência ao *início de execução*, sendo de concluir que os comportamentos ali tipificados como “conselhos, ajuda ou favor” eram punidos sempre que a resolução criminosa fosse exteriorizada por algum meio.

2.2. No período da codificação

2.2.1. Na vigência do Código Penal de 1852

A comparticipação criminosa foi pela primeira vez objeto de uma regulamentação com carácter sistemático no Código Penal de 1852, aprovado pelo Decreto de 10 de Dezembro, daquele ano. Nesse Código, o fenómeno da comparticipação era tratado nos artigos 24.º a

³ Neste sentido, ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *Ilícito Pessoal, Imputação Objetiva e Comparticipação em Direito Penal*, Almedina, Coimbra, 2017, p. 92.

26.º, que, com uma enumeração casuística, previa naqueles artigos as diferentes hipóteses de autoria e de cumplicidade⁴.

No que especificamente se refere à figura da instigação, ensina Faria Costa⁵ que o seu surgimento na literatura penal portuguesa deveu-se à influência germânica. No CP de 1852, as hipóteses de instigação encontravam-se espalhadas nos números 2 a 4 do art. 25.º e eram, nas palavras de Levy Maria Jordão, uma forma de participação *direta e mediata* na execução do crime⁶.

Relativamente às situações de tentativa de determinação, tal comportamento não estava expressamente previsto nesse Código e a sua punibilidade (ou não punibilidade) teria necessariamente de ser aferida por via da conjugação do art. 25.º com os artigos referentes à tentativa (artigos 6.º a 11.º). Nos termos do art. 6.º, «considera-se tentativa qualquer ato exterior e voluntário, que constitua *começo de execução do crime*». Porém, distintamente do CP de 1886 (art. 11.º, n.º 2), o Código de 1852 não dispunha de uma norma que definisse o que são atos de execução, sendo certo que os atos puramente preparatórios não integravam o conceito de tentativa e só eram puníveis nos casos especialmente previstos na lei (art. 10.º).

Segundo Levy Maria Jordão⁷, para distinguir atos preparatórios de atos de execução, primeiramente, há que distinguir atos internos de atos externos, sendo que ao direito penal interessam apenas os atos externos, que se subdividem em atos *preparatórios, tentados, frustrados ou consumados*. Assim, enquadram-se na tentativa apenas os atos exteriores voluntários que constituam *começo de execução*.

Sendo certo que, nos casos de tentativa de determinação, o potencial executor não chega a praticar qualquer ato de execução, a ação do homem-de-trás de *influência psíquica* corresponderá, nas palavras de Levy Maria Jordão, a meros *atos internos que revestem*

⁴ Cf. JOÃO ANTÓNIO RAPOSO, *A Punibilidade nas Situações de “Instigação em Cadeia”*, Cadernos O Direito, Ano 133, Juri Direito – Edições Jurídicas, Lisboa, 2001, p. 912; também, JOÃO ATHAYDE VARELA, *Os Limites de Punibilidade em Sede de Autoria*, Coimbra Editora, Coimbra, 2015, p. 97.

⁵ JOSÉ DE FARIA COSTA, “*Formas do Crime*”, CEJ – Jornadas de Direito Criminal. O Novo Código Penal Português e Legislação Complementar, Lisboa, 1983, p. 172.

⁶ De modo desenvolvido, JOÃO ANTÓNIO RAPOSO, *op. cit.*, p. 912.

⁷ Cf. LEVY MARIA JORDÃO, *Comentário ao Código Penal Portuguez*, Tomo I, Typographia de José Baptista Morando, Lisboa, 1853, p. 19.

carácter de exterioridade, portanto, a atos puramente preparatórios não puníveis (artigos 6.º, 10.º e 25.º, n.º 3, do CP de 1852).

2.2.2. No Código Penal de 1886⁸

Tal como no Código anterior, as figuras da autoria mediata e da instigação não foram autonomizadas no CP de 1886, sendo enquadradas num conceito amplo que a doutrina antiga denominava por autoria moral ou intelectual⁹.

No § único do art. 20.º desse Código previa-se que «a revogação do mandato deverá ser considerada como *circunstancia attenuante especial*, não havendo começo de execução do crime, e como simples *circunstancia attenuante*, quando já tiver havido começo de execução». A revogação deverá situar-se em momento anterior à execução do crime. Este ato visa a anulação do primeiro evento «a determinação do autor material de cometer o crime»¹⁰.

Como explica Cavaleiro de Ferreira, a revogação de mandato pode ser eficaz ou ineficaz, mas só tem interesse indicar os efeitos da revogação ineficaz do mandato. “Na verdade, como a intenção criminosa, em si mesma, não é incriminável, com a anulação da intenção antes que se exteriorize em tentativa acabada ou inacabada não pode haver responsabilidade penal. Por esta razão não é necessário declarar expressamente quais os efeitos da revogação eficaz: o autor material não chegou a cometer qualquer crime e a instigação só será punível se for incriminada autonomamente”. O Autor conclui que era precisamente da *revogação ineficaz* que se ocupava o § único do art. 20.º do CP de 1886¹¹ (realce nosso).

Circunstância especial, no CP de 1886, era um conceito apenas usado no art. 50.º. Em tais casos, a responsabilidade a título de dolo converte-se em responsabilidade a título de culpa. Efetivamente, no projeto de Levi Maria Jordão¹² (§ 2.º do art. 47.º), previa-se que

⁸ Aprovado pelo Decreto de 16 de Setembro de 1886.

⁹ Cf. SUSANA AIRES DE SOUSA, “Contratado” para Matar: *O Início da Tentativa em Situações de Aliciamento* (Comentário ao Acórdão do TRP de 10 de Fevereiro de 2016), RPCC, Ano 27, 2017, p. 204.

¹⁰ MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições de Direito Penal, Parte Geral I*, Reimpressão da 4.ª Edição de 1992, Almedina, Coimbra, 2010, p. 431.

¹¹ Cf. MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições...*, op. cit., p. 431.

¹² Relatório da Comissão de Revisão do Código Penal, Lisboa, Imprensa Nacional, 1861. Este relatório apesar de assinado por todos os membros da comissão havia sido escrito apenas por Levy Maria Jordão. De modo desenvolvido, MARIA JOSÉ MOUTINHO SANTOS, *Liberalismo, Legislação Criminal e*

«se (o provocador) fizer tudo que d'elle depender para impedir a execução, e o facto apesar d'isso tiver sido consummado, frustrado, ou ainda apenas tentado, responderá como procedendo esse facto de culpa sua»¹³.

No art. 21.º desse Código previa-se que “o autor, mandante ou instigador era também considerado autor: 1.º - Dos atos necessários para perpetração do crime, ainda que não constituam atos de execução; (...)”. Em relação a esta norma, poderia augurar-se uma eventual punição por essa via dos casos de tentativa de determinação. Porém, não é esse o nosso entendimento.

Do nosso ponto de vista, esta norma deve ser interpretada conjuntamente com os artigos 11.º, 12.º e 14.º daquele Código. No art. 11.º previa-se que só há tentativa quando se verifique cumulativamente os seguintes requisitos: (...); n.º 2 «execução começada e incompleta dos atos que deviam produzir o crime consumado»; já o art. 12.º dispunha que «ainda que a tentativa não seja punível, os atos, que entrem na sua constituição, são puníveis se forem classificados como crime pela lei (...); por fim, dispunha o art. 14.º que «são atos preparatórios os atos externos conducentes a facilitar ou preparar a execução do crime que não constituem ainda começo de execução. Os atos preparatórios não são puníveis, mas aos factos que entram na sua composição é aplicável o disposto no artigo 12.º». Ora, é precisamente no conceito de atos preparatórios que se enquadram as hipóteses de tentativa de determinação. Assim, os factos previstos no art. 21.º, n.º 1, do CP de 1886, serão puníveis apenas nas situações em que constituam crimes autónomos (v.g., arrombamento praticado num crime de furto que “por si” constitui crime de dano (art. 472.º do CP de 1886))¹⁴, ou atos preparatórios puníveis como tal (v.g., art. 164.º desse Código). Por outro lado, por via do art. 21.º, n.º 1, responsabiliza-se igualmente o “mandante ou instigador” pelos atos necessários para perpetração do crime, quando classificados como fatores agravantes e não integrem o conceito de excesso¹⁵ (v.g., escalamento ou uso de

Codificação. O Código Penal de 1852. Cento e cinquenta anos da sua publicação. RFL, HISTÓRIA, III Série, Vol. 3, Porto, 2002, pp. 97-102.

¹³ É considerado provocador, o instigador de uma tentativa de crime, que não quer a sua consumação. Esta passagem do projeto de Levi Maria Jordão aplica-se *mutatis mutandis* aos restantes casos de revogação do mandato. Cf. MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições...*, op. cit., pp. 435-436.

¹⁴ «Quando os atos preparatórios são incriminados como crimes, obtêm a autonomia de um tipo legal e consomem-se com a verificação dos elementos essenciais da sua incriminação». Cf. MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições...*, op. cit., p. 426.

¹⁵ O *excesso do mandato* consiste no efeito mais grave, no crime mais grave cometido, enquanto a intenção do mandante tem por objeto um crime menos grave. Cf. MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições...*, op. cit., pp. 432-434.

chaves falsas, art. 34.º, n.º 12, do CP de 1886). Ainda que nos pareça evidente a imperfeição dessas normas, é este o sentido teleológico que delas se pode retirar¹⁶.

2.2.3. No Projeto de Eduardo Correia de 1963

Conforme versam as atas das sessões da Comissão Revisora do Código Penal, no Projeto de Eduardo Correia de 1963, em matéria de «autoria», o Autor não seguiu o modelo alemão, tendo rejeitado em especial o conceito germânico de instigação¹⁷. Rejeita-se, assim, qualquer autonomia deste conceito em relação ao conceito de autoria mediata, defendendo este Autor um conceito unitário de autoria. Segundo tal conceito, autor é todo aquele que oferece uma contribuição causal para a realização típica¹⁸.

Este projeto dispunha, no art. 31.º, que «quem tenta determinar outrem à prática de um crime será punível com a pena correspondente a tentativa deste crime (...)»¹⁹. Eduardo Correia justificou aquele preceito com o facto de a regra da acessoriedade que acompanha a autoria moral (exigência de começo de execução) não permitir a punição de agentes que “baldadamente procuram determinar outrem à prática do crime”²⁰.

No decorrer da discussão, Gomes da Silva revelou a sua fundamental oposição a este preceito, que, para aquele Vogal, representava a punição das meras *cogitationes poenam nemo patitur*, portanto, de atos meramente preparatórios, pois “não se compreende que a formação de tal vontade não seja punível, mas já o seja quem contribui ou determina a formação dessa vontade criminosa”. Respondendo àquela objeção, Eduardo Correia salientou que não se trata da punição da *nuda cogitatio*, “visto que aquele que será punido é sempre alguém que, por atos externos, revelou a sua intenção de cometer um crime e criou assim um sério perigo para bens protegidos pelo direito penal”. A verdade, porém, é que tal preceito não foi incorporado na versão final do CP de 1982. De concluir é que o legislador português, na concepção do atual Código Penal, optou por não punir as meras

¹⁶ Em sentido idêntico, TEREZA PIZZARRO BELEZA, *Direito Penal*, Vol. 2, AAFDL, 1983, pp. 463-464.

¹⁷ Cf. MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições...*, op. cit., pp. 449-450.

¹⁸ De modo desenvolvido, EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal*, Vol. 2, Reimpressão, Almedina, Coimbra, 2016, pp. 289 e ss.

¹⁹ No art. 32.º, referente a desistência, se previa que «deixa de ser punível quem voluntariamente: 1.º - Abandona a tentativa de determinar outrem a um crime»; (...).

²⁰ EDUARDO CORREIA, op. cit., p. 252, Nota n.º 1.

tentativas de determinação, distanciando-se do ponto de vista do legislador alemão, que sanciona esses comportamentos tal como versa o § 30.º do StGB²¹.

§ 3. Breve referência a ordenamentos estrangeiros onde a opção de punição foi adoptada

Tal como vimos (*supra*, 2.2.1.), o surgimento da instigação na literatura penal portuguesa deveu-se à influência germânica (Código Prussiano de 1851 e StGB de 1871, em especial²²). Torna-se, assim, imperioso proceder a análise dessa figura *na fonte*, designadamente da relevância no contexto jurídico-penal alemão das meras tentativas de determinação.

Pela proximidade e semelhanças com o nosso sistema jurídico-penal, analisaremos também a solução prevista no Código Penal espanhol.

3.1. O § 30 do Strafgesetzbuch

No n.º 1 do § 30 (*tentativa de participação*) do StGB, prevê-se que «quem tentar determinar ou instigar outro a cometer um crime será punido de acordo com o preceito sobre a tentativa do crime. No entanto, a pena deve ser atenuada de acordo com o § 49 n.º 1. (...)»²³. Deste modo, renuncia-se à exigência de começo de execução, não relevando sequer as razões que levaram o potencial executor a não praticar o facto típico-ilícito²⁴.

No § 31 do StGB prevê-se um conjunto de regras específicas para os casos de desistência da tentativa de determinação, assim: «não será punível pelo § 30 quem voluntariamente: 1 - Renuncie à tentativa de determinar outrem a um crime e evite o perigo existente de que outrem cometa o facto; (...); § (2) - Se o facto não tem lugar sem a intervenção do desistente, ou se o facto é cometido independentemente da sua conduta

²¹ Tal como alude o Autor do Projeto, o art. 31.º é a pura simples tradução do § 35 do Projeto Alemão de Revisão do Código Penal. Cf. Actas das Sessões..., cit., p. 209.

²² Cf. SUSANA AIRES DE SOUSA, *Contratado...*, op. cit., p. 204.

²³ No ordenamento jurídico-penal germânico só são punidos os atos preparatórios devidamente tipificados como puníveis na parte especial, v.g., § 87 (preparação de ações de sabotagem), ou punidos como crimes autónomos, v.g., § 159 (tentativa de incitar testemunho falso). Diferentemente do que sucede com a tentativa de autoria em que a atenuação é meramente facultativa (§ 23, n.º 2), prevê-se naquele ordenamento penal para os casos de tentativa de determinação uma atenuação obrigatória da pena (disposições conjugadas dos § 30, n.º 1 e § 49, n.º 1). Cf. HELENA MORÃO, *Autoria e Execução Comparticipadas*, Almedina, Coimbra, 2014, pp. 44-46.

²⁴ Cf. HANS-HEINRICH JESCHEK, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Comares Editorial, Granada, 1993, p. 462.

anterior, então é suficiente para não ser punível o seu esforço voluntário e sério para evitar o facto».

Na interpretação dessas normas, é controverso na doutrina alemã (*mutatis mutandis*, teoria individual e global) se a tentativa deve ser afirmada logo com início da conduta do instigador sobre o instigado (início da exteriorização)²⁵ ou apenas no momento em que, efetivamente, este último se inteire do alcance da pretensão do instigador, por entender-se que só nesse momento se alcança o nível de perigosidade necessário para que o comportamento do instigador seja merecedor de pena^{26/27}.

3.2. O artículo 17 do Código Penal Español²⁸

O legislador espanhol prevê, no art. 17.º do Código Penal, duas figuras distintas, a *conspiración* (n.º 1) e a *proposición* (n.º 2). Tais condutas são, naquele ordenamento jurídico, consideradas criminosas, porém apenas puníveis nos casos especialmente previstos na lei (art. 17, n.º 3).

É precisamente na *proposición* que a maioria da doutrina espanhola enquadra os casos de tentativa de determinação²⁹. Duma leitura da parte especial, resulta que a *propuesta*, que constitui um ato preparatório³⁰ de um crime participado, é punível, por regra, nos crimes considerados mais graves³¹. Um dos exemplos típicos, com grande interesse para o estudo que nos ocupa, são as propostas de homicídio. Versa o art. 141.º do CP espanhol que «*La provocación*³², *la conspiración y la proposición para cometer los delitos previstos en los tres artículos precedentes, será castigada con la pena inferior en uno o dos grados a*

²⁵ Neste sentido, REINHART MAURACH, KARL HEINZ GÖSSEL E HEINZ ZIPF, *Derecho Penal, Parte General, Formas de Aparición del Delito y las Consecuencias jurídicas del hecho*, Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 467.

²⁶ Cf. GÜNTER STRATENWERTH, *Derecho penal, Parte General I, El hecho Punible*, Thomson Civitas, Navarra, 2000, p. 364.

²⁷ De modo desenvolvido, ANA RITA GONÇALVES GARCIA, *Da Relevância Jurídico-Penal da Instigação sem Início de Execução*, Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Repositório da UC, 2013, pp. 81-83.

²⁸ Art. 17.º «1 - A conspiração existe quando duas ou mais pessoas se concertam para a execução de um delito e decidem executá-lo; 2 - A proposta existe quando aquele que resolveu cometer um delito convida outra ou outras pessoas a executá-lo; 3 - A conspiração e a proposta para delinquir só serão punidas nos casos especialmente previstos na lei».

²⁹ Cf. FRANCISCO MUÑOZ CONDE E MERCEDES GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal, Parte General*, 8ª edição, Valência, 2010, pp. 447 e ss.

³⁰ Neste ordenamento jurídico os atos preparatórios não são por regra punidos, art. 15.º, *a contrario*.

³¹ V.g., artigos 141.º, homicídio; 373.º, tráfico de drogas; 488.º, crimes contra a Coroa; 579.º, terrorismo, entre outros.

³² Art. 18.º, n.º 1, do CP espanhol.

la señalada en su caso en los artículos anteriores». Pune-se, assim, a provocação, a conspiração e a proposta para cometer crimes de homicídio simples (art. 138.º), homicídio qualificado (art. 139.º) e homicídio *híper*-qualificado (art. 140.º).

Tal como na doutrina alemã, também na literatura penal espanhola tem-se defendido que, para punição do instigador, não se exige que o instigado tome a decisão de cometer o crime, mas apenas que este se inteire do alcance da pretensão do instigador, devendo a proposta ser idónea e dirigida à pessoa plenamente responsável³³.

Em relação à desistência, aplica-se com as necessárias adaptações o art. 16.º, n.º 3 daquele Código Penal. Assim, estarão isentos de responsabilidade os instigadores que desistirem da proposta outrora apresentada, prevenindo ou tentando prevenir, séria e firmemente, a consumação do crime pelo instigado³⁴.

³³ BERNARDO DEL ROSAL BLASCO, *La Regulación Legal de Los Actos Preparatorios en el Código Penal de 1995, Homenaje al Professor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson Civitas, Navarra, 2005, p. 960.

³⁴ BERNARDO DEL ROSAL BLASCO, op. cit., p. 960.

A COMPARTICIPAÇÃO CRIMINOSA

§ 4. A comparticipação na autoria mediata e na determinação-autoria

4.1. A execução comparticipada na autoria mediata

Art. 26.º (autoria)

«É punível como autor quem executar o facto (...) por intermédio de outrem»

De um ponto de vista estrutural, intervêm nesta figura um “homem-de-trás” ou “da retaguarda” – cuja autoria se pergunta – e um “homem-da-frente”, o executor material ou “instrumento”.

Tal como formulou Claus Roxin, o domínio do facto, nessas situações, deriva do domínio da vontade que o homem-de-trás possui sobre o homem-da-frente, o que, segundo Roxin, poderá suceder em três situações: quando o homem-de-trás coage o homem-da-frente à prática da ação (domínio por coação); quando o engana e torna-o, assim, em executor involuntário do seu plano delituoso (domínio por erro); ou no quadro dos designados aparelhos organizados de poder, em que o domínio da vontade, por parte do homem-de-trás, deriva do domínio da organização³⁵.

Por entendermos que os casos designados por aparelhos organizados de poder pertencem à 4ª modalidade de autoria do art. 26.º do Código Penal, procederemos ao estudo desta figura em sede própria (*infra*, 4.2.2.2.).

4.1.1. O princípio da autorresponsabilidade como critério de distinção entre a autoria mediata e a determinação-autoria

Com a aprovação do CP de 1982, pelo DL n.º 400/82, de 23 de Setembro, o direito penal português passou a distinguir as figuras da autoria mediata e da determinação-autoria.

³⁵ CLAUS ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Band II, Besondere Erscheinungsformen der Straftat, 2003, n.º 45 e ss.

Para que não se entendesse que tal autonomização era nada mais que “um puro de luxo de conceitos³⁶”, a doutrina portuguesa dominante adoptou, como critério diferenciador entre as categorias da autoria mediata e da instigação, um princípio muito divulgado pela doutrina alemã. Desenvolvido por Roxin³⁷, esse critério, designado por princípio da autorresponsabilidade, conduz a que, do âmbito da autoria mediata, sejam excluídas todas as situações em que, entre a conduta do homem-de-trás e o delito, se interponha a atuação de um homem-da-frente plenamente responsável, isto é, que atue a título de culpa dolosa^{38/39}.

Porém, esse princípio tem sido posto em causa por alguns seguimentos da doutrina, incluindo a portuguesa. Tal como Roxin⁴⁰, Maria da Conceição Valdágua admite a possibilidade de intervenção de um homem-da-frente plenamente responsável no quadro da autoria mediata. Sustenta que, nos designados casos de aliciamento, o homem-de-trás será autor mediato e não instigador⁴¹. Segundo a Autora, “ao executor pode, nas circunstâncias concretas, ser mais fácil resistir, por exemplo, à coação através de ameaças à integridade física do que ao aliciamento de receber uma avultada quantia que tire a família da miséria, ou que lhe permita custear uma dispendiosa intervenção cirúrgica que necessita fazer e não ter de pagar”⁴². No entanto, a Autora não esclarece a quem pertence tal juízo de prognose. Será na perspectiva do criminoso? Parece-nos que, do ponto de vista do *bonus pater familiae*, não será sequer admissível colocar no mesmo patamar uma situação de coação, “de ameaça para integridade física”, e qualquer outra de enriquecimento por via do cometimento de delitos. Outrossim, a ser este o critério, aplicar-se-ia apenas quando o

³⁶ EDUARDO CORREIA, op. cit., p. 252, Nota 1.

³⁷ CLAUD ROXIN, *Täterschaft un Tatherrschaft*, 7ª Ed., 2000, pp. 143-148.

³⁸ De modo desenvolvido, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral*, 3ª Ed., GESTLEGAL Editora, 2019, p.907.

³⁹ Um problema que pode ser levantado à luz do princípio da autorresponsabilidade é a punição do agente (homem-de-trás) que, v.g., coage uma determinada pessoa (homem-do-meio) que, por sua vez, paga determinada quantia a outra (homem-da-frente) plenamente responsável, que por avidez executa o crime. O problema se levanta, quando na cadeia de autoria intervém um pretense autor mediato e um pretense instigador. Será, o homem-de-trás, autor mediato mesmo sendo o executor plenamente responsável? Parece-nos que sim, sobretudo porque o primeiro elo da cadeia executa o crime por via do instrumento (homem-do-meio) que não é plenamente responsável, sendo a ação praticada pelo agente imediato uma consequência da instrumentalização daquele. Porém, atendendo a complexidade do problema que aqui aditamos, deverão ser desenvolvidos outros estudos.

⁴⁰ Cf. CLAUD ROXIN, *Autoría y Dominio Del Hecho en Derecho Penal*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 1998, pp. 277 e ss.

⁴¹ Cf. MARIA DA CONCEIÇÃO VALDÁGUA, *Figura Central, Aliciamento e Autoria Mediata (contributo para uma crítica intra-sistemática da doutrina de Claus Roxin sobre a delimitação da autoria mediata face à participação, no âmbito dos crimes de domínio)*, Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues, Vol. 1, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, p. 935.

⁴² Cf. MARIA DA CONCEIÇÃO VALDÁGUA, *Figura...*, op. cit., p. 928.

homem-da-frente estivesse numa situação de miséria (em que a alegada pressão psíquica justificaria o domínio da vontade do executor). Cabe questionar qual seria o enquadramento em relação às hipóteses em que o executor aderisse ao plano criminoso por pura *ganância*: o homem-de-trás seria um mero participante (instigador)? A ser assim, estaria descoberto o caminho para não ser imputado determinado crime a título de autoria, bastaria para o efeito a contratação de um executor que não tenha dificuldades económicas. Ora, por tais fragilidades, não nos parece ser este um critério válido para distinção das categorias da autoria mediata e da determinação-autoria.

Todavia, essa Autora parece ter abandonado posteriormente “o *critério da pressão psíquica causada pela contrapartida*” e aderido a outro, partindo do pensamento de Ingeborg Puppe⁴³ e das suas teses de pacto de ilicitude e de subordinação da vontade do instigado à do instigador. Na versão de Puppe, desenvolvida posteriormente por Günther Jakobs⁴⁴, a subordinação voluntária do executor é o único fundamento para atribuição ao homem-de-trás da qualidade de instigador. Todos os restantes casos ou pertencem à autoria mediata (no caso de subordinação involuntária) ou à cumplicidade (nas situações de não subordinação)⁴⁵.

Conceição Valdágua, num aprofundado estudo sobre esta matéria, defendeu que a subordinação voluntária do autor material à decisão do homem-de-trás será uma forma de domínio da vontade que fundamenta a autoria mediata. Segundo a Autora, em tais casos, o agente da retaguarda executa o facto por intermédio de outrem, sem prejuízo de o homem-da-frente também ser autor (imediato) do facto punível⁴⁶.

Helena Morão discorda de tal construção. Para essa Autora, “não há razões ponderáveis para nos casos em que o executor se subordina voluntariamente à vontade do homem-de-trás lhe fosse atribuída a categoria de autor, quando os casos reveladores de maior perigosidade para o bem jurídico são precisamente aqueles em que o homem-de-trás

⁴³ INGEBORG PUPPE, *Der Objektive Tatbestand der Anstiftung*, GA, 1984, pp. 101 e ss.

⁴⁴ GÜNTHER JAKOBS, *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y Teoría de la Imputación*, 2.ª Ed., Madrid, 1997, pp. 805 e ss.

⁴⁵ De modo desenvolvido, MARIA DA CONCEIÇÃO VALDÁGUA, *Autoria Mediata em Virtude do Domínio da Organização ou Autoria Mediata em Virtude da Subordinação do Executor à Decisão do Agente mediato?* In *Liber Discipulum* para Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pp. 666-667; também HELENA MORÃO, *Autoria e Participação no “Crime Contratado”*, 2º Congresso de Investigação Criminal, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 63-64.

⁴⁶ MARIA DA CONCEIÇÃO VALDÁGUA, *Autoria...*, op. cit., pp. 663-664.

não detém o poder de fazer o autor material desistir, perdendo o controlo do processo lesivo que iniciou”⁴⁷.

Tal construção foi também rejeitada por Nuno Brandão, para o Autor, “do que aqui se trata é de uma situação em que uma pessoa, dolosamente, incute noutra a resolução de praticar um facto punível. O que vale por dizer que estamos perante uma ação de determinação sobre outrem, com vista à realização de um ilícito-típico penal, e não de uma execução do facto por intermédio de outrem”⁴⁸.

Tal como Nuno Brandão, cremos assistir razão a Conceição Valdágua na primeira parte do seu pensamento, em que considera que o agente mediato, neste conjunto de casos, é a figura central do acontecimento criminoso⁴⁹. Já nos parece desnecessária e, sobretudo, *peregrina* uma solução que enquadra na autoria mediata as situações de *pacto criminoso*, num ordenamento jurídico onde o legislador penal estabelece expressamente que a categoria de autoria se estende «a quem, dolosamente determinar outra pessoa à prática do facto ilícito». Negar que contratar alguém para cometer o facto, é *determinar outra pessoa à prática desse facto*, é, efetivamente, repristinar a categoria da autoria moral ou intelectual⁵⁰ e uma inadmissível interpretação restritiva do alcance da norma (art. 26.º “autoria”). Vale recordar que “*não pode, porém, ser considerado pelo intérprete o pensamento legislativo que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso. Na fixação do sentido e alcance da lei, o intérprete presumirá que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados*”⁵¹.

4.1.2. O início da tentativa na autoria mediata

Um dos problemas de maior controvérsia na doutrina e na jurisprudência é, precisamente, o que agora nos ocupa, o de saber em que momento se inicia a tentativa do autor mediato. Para responder a este específico problema, tem vindo a ser desenvolvidas diversas soluções que podem ser agrupadas, no essencial, em três orientações: a solução individual *stricto sensu*, a solução individual modificada e a solução global ou conjunta.

⁴⁷ Cf. HELENA MORÃO, *Autoria e Participação...*, op. cit., p. 64.

⁴⁸ Cf. NUNO BRANDÃO, *Pacto para Matar: Autoria e Início de Execução (Comentário ao Acórdão do STJ de 16 de Outubro de 2008)*, RPCC, Ano 18, N.º 4, pp. 588-589.

⁴⁹ Cf. NUNO BRANDÃO, op. cit., p. 586.

⁵⁰ Cf. HELENA MORÃO, *Autoria e Participação...*, op. cit., p. 63.

⁵¹ Art. 9.º, n.º 2 e 3, do CC.

Para os defensores da solução individual em sentido estrito, a tentativa na autoria mediata começa logo com o início da conduta externa de influência sobre o instrumento. Porém, tal teoria de Shilling tem sido densamente rejeitada⁵². Hernández Plasencia ressalta a contradição dessa solução com os princípios da legalidade e da intervenção mínima do direito penal⁵³.

Quanto à solução individual modificada, concebida por Roxin⁵⁴, a diferença em relação à solução individual em sentido estrito reside no facto de a tentativa iniciar-se com o final da atuação do autor mediato sobre o instrumento, necessariamente, quando neste momento já exista um perigo imediato para o bem jurídico. Porém, a solução de Roxin tem sido criticada por desconsiderar a atuação do instrumento na determinação do início da tentativa⁵⁵.

Já a designada por Shilling, solução global ou conjunta, define como início da tentativa, na autoria mediata, o começo de execução pelo instrumento. A seu favor tem sido invocada a tese de Frank – “o autor mediato executa através do intermediário e, por conseguinte, não antes deste”⁵⁶. Entretanto, esta teoria tem sido alvo de críticas por retardar em excesso o início da tentativa, pondo, desta forma, em causa a função preventiva do direito penal⁵⁷. Farré Trepapat realça que existem casos em que a conduta do autor mediato cria já um perigo iminente para o bem jurídico, termos que a solução global, quando aplicada a esses casos, resultaria na impunidade do autor mediato⁵⁸.

Numa versão alternativa da solução global, alguns defensores dessa teoria afirmam que, “embora na maioria dos casos só com a atuação do instrumento é que se dá o início da tentativa, esta teoria não é incompatível com o começo da execução antes dessa fase pelo próprio autor mediato, tendo em conta que o seu suporte dogmático assenta na *unidad*

⁵² Cf. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito...*, op. cit., pp. 955-956; HELENA MORÃO, *Autoria e Execução...*, op. cit., p. 141; EDUARDO DEMETRIO CRESPO, *Sobre El Comienzo de la Tentativa en la Autoría Mediata*, disponível em http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/ 2001, pp. 35-44.

⁵³ Cf. HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La Autoría Mediata en Derecho Penal*, Granada, 1996, p. 105.

⁵⁴ Cf. CLAUS ROXIN, *Der Anfang des Beendeten Versuchs, Zugleich ein Beitrag zur Abgrenzung von Vobereitung und Versuch bei den Unechten Unterlassungsdelikten*, in Festschrift für Reinhart maurach zum 70. Geburtstag, Karlsruhe, 1972, pp. 213-233.

⁵⁵ Cf. HELENA MORÃO, *Autoria e Execução...*, op. cit., p. 141.

⁵⁶ Neste sentido, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito...*, op. cit., p. 955.

⁵⁷ Cf. CLAUS ROXIN, *Tatenschlu und Anfang der Ausführung beim Versuch*, in Jus, 1979, p. 10.

⁵⁸ Cf. FARRÉ TREPAT, *Sobre el Comienzo de la Tentativa en los Delitos de Omisión, en la Autoría Mediata, y en la actio libera in causa*, in EPC, XIII, 1990, p. 76.

normativa do facto conjunto, formada pelos contributos do autor mediato e do instrumento através de um princípio jurídico-penal. Deste modo, será a essa ação global que devem aplicar-se as regras gerais da tentativa, não tendo, desta forma, de ser determinante apenas a conduta do instrumento”⁵⁹. Para distinção da versão original, designaremos esta solução por *solução global modificada*.

Para Conceição Valdágua, uma vez que “o autor mediato executa o facto por intermédio do autor imediato, sempre que este der início à execução do facto tipicamente ilícito haverá início de execução para o autor mediato. Mas pode também a execução do crime ser iniciada pelo autor mediato e continuada pelo autor imediato, o que acontecerá, nos termos da alínea c) do n.º 2 do art. 22.º, sempre que aquele pratique algum ato que, segundo a experiência comum e salvo circunstâncias imprevisíveis, seja de natureza a fazer esperar que lhe siga imediatamente algum ato do executor enquadrável nas alíneas a) e/ou b) do n.º 2 do art. 22.º”⁶⁰.

Cautelas se recomendam ao transpor-se, para o contexto nacional, a solução individual em sentido estrito e a solução individual modificada, tal como têm sido formuladas pela doutrina estrangeira – «início da conduta externa de influência sobre o instrumento» – «fim da atuação do autor mediato sobre o instrumento». Como bem refere Conceição Valdágua, uma tal “solução individual” só será admitida quando, efetivamente, o agente mediato com o seu comportamento preencha já a previsão da alínea c) do n.º 2 do art. 22.º, o que pode acontecer tanto com o início da conduta externa de influência sobre o instrumento, como no final da atuação do autor mediato (v.g., *A* sabendo que *B*, sua esposa, se encontra num restaurante com *C*, seu amante, munido de uma arma de fogo, surpreende-os, apontando a arma a *C* enquanto coage-o (com dolo de homicídio) a esfaquear *B*, isto sob ameaça de morte caso este não concretize à ação. O início da tentativa de homicídio contra *B* dar-se-á no momento em que o *A* (autor mediato) aponta a arma a *C* (instrumento)). É, sobretudo, este o pensamento de Figueiredo Dias ao admitir a solução individual modificada, somente

⁵⁹ Neste sentido, MARIA FERNANDA PALMA, *Da “Tentativa Possível” em Direito Penal*, Almedina, Coimbra, 2006, p. 98. De modo desenvolvido, HELENA MORÃO, *Autoria e Execução...*, op. cit., p. 147, Nota 313.

⁶⁰ Cf. MARIA DA CONCEIÇÃO VALDÁGUA, *Figura...*, op. cit., p. 934, Nota 42.

quando no fim da atuação do agente mediato sobre o instrumento existir já uma *conexão de perigo típica* para o bem jurídico ameaçado⁶¹.

Perguntar-se-á se, no contexto nacional, essas teorias, tal como têm sido formuladas na ciência estrangeira, terão um interesse meramente académico. Do nosso ponto de vista, a resposta deve ser negativa. A opção pela solução individual ou individual modificada (início ou fim da influência sobre o instrumento) será decisiva para aferir o início da tentativa do agente mediato, naquelas geografias onde se pune as tentativas de determinação (v.g., § 30 do StGB e art. 17.º do CP espanhol), uma vez que, nesses casos, não são exigidos quaisquer atos de execução por parte do agente imediato. No contexto nacional, essas soluções serão igualmente decisivas para aferir a responsabilidade do agente mediato, naquelas situações previstas na parte especial do Código Penal, onde não se exige o começo de execução por parte do agente imediato (v.g., artigos 330.º e 363.º⁶²).

4.2. A Comparticipação na autoria por determinação

Um dos objetivos traçados no início desta investigação assenta, sobretudo, numa análise de três questões nucleares (*supra*, § 1, pp. 9-10). Cabe agora proceder ao estudo das duas primeiras: *Por que razão determinado seguimento da doutrina vê-se na contingência de deslocar casos que pertencem à 4ª modalidade de autoria, prevista no art. 26.º do Código Penal, para outras formas de autoria, com destaque para autoria mediata? O que está na base da negação da qualidade de autor e de domínio do facto ao designado instigador?*

4.2.1. A “instigação” como autoria ou como participação na autoria

Questão amplamente controvertida, na doutrina portuguesa, é a natureza jurídica da instigação. Um dos principais pontos de discordância prende-se com a negação do domínio do facto ao instigador.

Para Helena Morão, “o instigador influencia decisivamente a vontade do autor material, mas não domina essa vontade, caso contrário seria autor mediato. Criar a vontade

⁶¹ Cf. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito...*, op. cit., p. 956.

⁶² Sobre o art. 363.º, de modo desenvolvido, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS e SUSANA AIRES DE SOUSA, *Autoria Mediata do Crime de Condução Ilegal de Veículo Automóvel (Comentário ao Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 24 de Novembro de 2004)*, RLJ, N.º 3937, p. 260.

criminosa no instigado não equivale, pois, a dominar o facto”⁶³. Para além de recusar o domínio do facto, essa Autora esgrime outros argumentos para negar a qualidade de autor ao instigador – acentua que “o legislador no CP de 1982, art. 26.º, afirma apenas que aquele que determina outrem à prática do facto *é punido como autor*, deixando de afirmar categoricamente que *é autor* como fazia o art. 20.º do CP de 1886”⁶⁴.

No mesmo sentido, Paulo Pinto de Albuquerque entende que a instigação é uma forma de participação, colocando-se, em relação a ela, o problema da acessoriedade quantitativa ou externa, uma vez que a punição do instigador depende do início da execução pelo instigado⁶⁵.

Em sentido oposto, Figueiredo Dias considera que o instigador é um verdadeiro autor a par das restantes modalidades de autoria do art. 26.º Código Penal. Para o Autor, “o domínio do facto do instigador, resulta do domínio da decisão do instigado”. Relativamente à expressão «é punível como autor», Figueiredo Dias ressalta que ela se refere igualmente ao autor imediato, ao autor mediato e à coautoria, figuras que integram indubitavelmente a categoria da autoria⁶⁶.

Em relação à eventual acessoriedade a que está sujeito o instigador, Susana Aires de Sousa esclarece que “a exigência legal de início de execução é fruto não de um princípio de acessoriedade, mas de fins-político-criminais ligados à natureza da própria instigação enquanto determinação de outrem à prática de um ato; com efeito, sendo este processo de determinação essencialmente interno ou psicológico torna-se necessário que tal determinação se exteriorize na prática de atos pelo instigado. O início da execução surge, assim, como o único momento em que é possível vislumbrar que houve efetivamente uma determinação e não uma mera tentativa de instigar outrem à prática do facto ilícito”^{67/68}.

⁶³ Cf. HELENA MORÃO, *Da instigação em Cadeia*, “Contributo para a Dogmática das Formas de Participação na Instigação”, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p. 35.

⁶⁴ Cf. HELENA MORÃO, *Da...*, op. cit., pp. 30-31.

⁶⁵ Cf. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3.ª Ed., Universidade Católica Editora, Lisboa, 2015, pp. 202-204; em sentido idêntico, TEREZA PIZARRO BELEZA, *Illicitamente Participado*, *O Âmbito de Aplicação do art. 28.º do Código Penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 1988, p. 11.

⁶⁶ Cf. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito...*, op. cit., p. 931; também, SUSANA AIRES DE SOUSA, *A Autoria nos Crimes Específicos: Algumas Considerações Sobre o Artigo 28.º do Código penal*, RPCC, Ano 15, N.º 3, 2005, pp. 354-355.

⁶⁷ Cf. SUSANA AIRES DE SOUSA, *Contratado...*, op. cit., p. 207.

Partilhamos do ponto de vista que a instigação é uma inequívoca forma de autoria à luz do direito positivo vigente. Analisemos as questões controvertidas.

São, sobretudo, conflituantes as duas categorias de comparticipação enquadradas historicamente no conceito de autoria moral ou intelectual. Nesse quesito, para percepção da origem da controvérsia, será indubitavelmente necessário analisar as fontes, sobretudo: o CP anterior (1886) e o CP Alemão (StGB de 1871).

Ao contrário do que tem sido propugnado por alguma doutrina, no direito penal alemão, tal como é revelado por Hans-Heinrich Jescheck e Thomas Weigend, o papel originário da autoria mediata foi o de cobrir lacunas de punibilidade. Com a estatuição da autoria mediata no ordenamento jurídico-penal alemão, pretendia-se compreender aqueles casos em que a punição como instigador não era possível, tendo em conta a acessoriedade estrita a que está sujeita a participação (dita qualitativa ou interna). Portanto, esta modalidade de autoria surge naquele ordenamento jurídico-penal para cobrir lacunas de punibilidade, nos casos em que o homem-da-frente *agisse sem culpa dolosa*, uma vez que não era possível, nesses casos, punir o homem-de-trás como instigador pela limitação imposta pelo princípio da acessoriedade⁶⁹.

Relativamente ao CP de 1982, Cavaleiro de Ferreira aclara que, no projeto primitivo e no texto da 1.^a revisão ministerial, autor moral era somente aquele que determina direta e dolosamente alguém à prática de um facto ilícito, ou seja, ao não admitir expressamente qualquer outra forma de autoria moral, o projeto primitivo e a 1.^a revisão ministerial eram omissos em relação aos casos constantes do n.º 2 e na parte final do n.º 3 do CP de 1886, nomeadamente: os que, por violência física, ameaça, abuso de autoridade ou poder, constrangerem outro a cometer o crime (...) (n.º 2); e os que por «qualquer meio fraudulento e direto determinaram outro a cometer o crime» (n.º 3). Cavaleiro de Ferreira relata que esta lacuna resultou da falta de confronto, nos trabalhos preparatórios, entre o

⁶⁸ Com a exigência expressa de execução ou começo de execução, pelo instigado, sempre se dirá que o legislador quis evidenciar que a punição do agente não erige apenas do desvalor da ação, tal como se verifica nos casos de instigação previstos na parte especial, mas, sobretudo, do desvalor do resultado.

⁶⁹ Cf. HANS-HEINRICH JESCHECK e THOMAS WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Editorial Comares, Granada, 2002, p. 715.

Código de 1886 – direito *constituído* – e o projeto de novo Código Penal – direito *constituendo*⁷⁰.

Ora, como o Autor bem refere, as referidas lacunas foram superadas em novas revisões, não documentadas, do projeto de Código Penal⁷¹. Ao confrontarmos o Código de 1886 com o Código de 1982, facilmente se depreende que a expressão que não constava do CP de 1886 é precisamente a expressão «*execução por intermédio de outrem*», utilizada no CP de 1982, de forma a aclarar que é o agente mediato que (indiretamente) executa o facto, sendo o homem-da-frente um mero *instrumento* (tutelam-se, assim, os casos de “violência física, ameaça, abuso de autoridade ou poder e de *qualquer outro meio fraudulento*”, que constituíam lacuna no projeto primitivo do CP de 1982).

Do nosso ponto de vista, a autonomização do conceito de determinação, de situações que não correspondem à motivação e à liberdade por parte do agente imediato, é justificada, tendo em conta que, diferentemente das situações de coação ou erro, a determinação é um conceito intrinsecamente ligado ao *livre-arbítrio*, a uma decisão livre e consciente por parte do agente visado.

4.2.1.1. A problemática da terminologia “instigação”

Questão intrinsecamente ligada à negação da qualidade de autor ao agente que determina outrem à prática de um crime é precisamente a associação que se faz, por um lado, da figura da instigação tal como ela é formulada pelo legislador alemão e, por outro, da *instigação* prevista no n.º 4 do art. 20.º do CP de 1886. Analisemos primeiro esta última questão.

O CP de 1886 previa, nos artigos 20.º e 22.º, três situações diversas: no art. 20.º, n.º 3, previa-se os casos de ajuste, dádiva, promessa, ordem e pedido, como realidades integrantes do conceito de determinação. No n.º 4 desse artigo, numa fórmula mais restrita, considerava-se autor «os que (...) instigaram outro a cometer o crime nos casos em que sem esta (...) instigação o crime não tivesse sido cometido». Já no art. 22.º, n.º 1,

⁷⁰ Cf. MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições...*, op. cit., p. 480.

⁷¹ Cf. MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições...*, op. cit., pp. 481-482.

considerava-se cúmplice «os que diretamente (...) instigaram outro a ser agente do crime, não estando compreendidos no artigo 20.º».

Considerava-se, assim, três situações distintas como “instigação”: instigação-determinação que é autoria (art. 20.º, n.º 3); instigação que é igualmente autoria, naquelas situações em que o crime fosse efetivamente cometido (art. 20.º, n.º 4); e por fim, instigação-indução que é cumplicidade (art. 22.º, n.º 1).

Para a doutrina maioritária, no conceito de instigação em *sentido estrito* enquadram-se as figuras previstas nos números 3 e 4 do art. 20.º do CP anterior. É de notar, porém, que alguns autores, que negam a instigação como forma de autoria, dirigem as suas críticas exclusivamente à *instigação* anteriormente prevista no n.º 4 do art. 20.º do CP de 1886. Ou seja, *ao conjunto de situações que não correspondem a ajuste, dádiva, promessa, ordem ou pedido*. Esta afirmação é confirmada por Conceição Valdágua ao reconhecer como autoria (mediata) aquelas realidades (previstas no art. 20.º, n.º 3, do CP de 1886), e ao negar essa qualidade às restantes formas de determinação⁷².

Para uma rigorosa distinção da instigação em sentido estrito, por um lado, e da indução, por outro, designaremos a figura prevista no art. 20.º, n.º 4, do CP de 1886 por *instigação pura*.

Do nosso ponto de vista, tal *similitude de terminologias* tende a dificultar a compreensão da forma de autoria prevista na parte final do art. 26.º do atual Código Penal, acentuando-se, esta dificuldade quando se associa aquela forma de autoria ao instigador do Código Penal alemão.

No Código Penal alemão, a instigação é considerada uma forma de participação⁷³, sendo essa figura prevista separadamente da autoria (§ 25) e da cumplicidade (§ 27). Nos termos do § 26 do StGB: «é punido como instigador, do mesmo modo que um autor, quem dolosamente determinou outra pessoa ao facto ilícito cometido, dolosamente, por esta». Assim, na legislação alemã, o homem-de-trás é punido como *instigador do crime* (destaca-

⁷² MARIA DA CONCEIÇÃO VALDÁGUA, *Autoria Mediata...*, op. cit., pp. 667 e ss.

⁷³ Ou considerada uma figura neutra “*tertium genus*”.

se o desvalor da ação); já no Código Penal português o homem-de-trás é punido, *não como instigador*, mas *como autor* do crime praticado pelo homem-da-frente (sendo este último igualmente punido como autor), ou seja, ganha maior preponderância o desvalor do resultado.

Porém, alguma doutrina portuguesa, pela proximidade das duas figuras e, em certa medida, por serem exatamente designadas da mesma forma, «instigação», considera que o estatuído na parte final do art. 26.º não corresponde a uma forma de autoria, mas a uma mera participação. Um dos argumentos, apresentados por esses Autores, é o facto de, também no StGB, o instigador ser punido do mesmo modo que o autor, sem que isto lhe retire a qualidade de participante⁷⁴. Ora, no Código Penal português, o agente não é punido *do mesmo modo que o autor*, é antes considerado autor do crime por si determinado.

Pelas razões acima indicadas e por outras que agora se acrescenta, nos afastamos da terminologia “instigação” para designar a forma de autoria prevista na parte final do art. 26.º do CP em vigor. É de notar que as demais tipologias previstas no art. 26.º denominamos de “autoria” – «autoria» imediata; «autoria» mediata; co«autoria» –; porém, a 4.ª modalidade de autoria prevista nesse artigo não designamos de autoria, mas de “instigação”, como se de uma outra realidade se tratasse. Ora, não cremos que por esta via se traçará, com rigor, uma linha de separação entre a instigação do § 26 do StGB, que é participação, e a autoria prevista na parte final do art. 26.º do Código Penal⁷⁵.

A terminologia “autoria por determinação” é, do nosso ponto de vista, a que faz *jus* ao alcance pretendido pelo legislador com a 4.ª modalidade de autoria do art. 26.º, aclarando com precisão que nela se integram não só as *instigações puras*, mas todas as outras formas de determinação de outrem à prática de um crime: «ajuste, dádiva, promessa, ordem, pedido, *entre outras*»⁷⁶.

⁷⁴ Neste sentido, HELENA MORÃO, *Da...*, op. cit., p. 31.

⁷⁵ Figueiredo Dias designa este comportamento por *instigação-autoria* ou *instigação-determinação*. Cf. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito...*, op. cit., pp. 930 e ss.

⁷⁶ Decisivamente porque na parte final do art. 26.º do Código Penal, considera-se autor não quem instiga, mas quem, efetivamente, determina outrem à prática do facto ilícito. Deste modo, apesar de por regra a criação do desígnio criminoso, no homem-da-frente, ser obra do homem-de-trás, a experiência comum revela que o inverso é igualmente admissível no quadro da autoria por determinação, v.g., num quadro de adultério, o homem-da-frente movido por avidez aproveita-se do estado de sofrimento do homem-de-trás para inculcar-lhe a ideia de matar a sua esposa, revelando-lhe que passou por um quadro idêntico e só a eliminação do

Feitas estas considerações, procederemos agora ao estudo pormenorizado das subcategorias dessa forma de autoria.

4.2.2. Modalidades de autoria por determinação

Sob a capa de instigação, o estudo dessa forma de autoria é, por regra, feito de modo generalizado, sendo as suas subcategorias estudadas, ou no âmbito da autoria mediata, ou casuisticamente para afastar a sua integração naquela forma de autoria.

Já o dissemos, as subcategorias da autoria por determinação são, no essencial, as previstas nos números 3 e 4 do art. 20.º do CP de 1886, a saber: o ajuste (dáviva, promessa), a ordem, o pedido (n.º 3) e as instigações puras (n.º 4). Porém, adita-se também a *missão* e a *falsidade*.

4.2.2.1. O ajuste

Tal como estruturado por Conceição Valdágua, qualifica-se como *ajuste* o acordo celebrado entre o homem-de-trás e o executor, em que o primeiro proporciona ao segundo uma contrapartida (prestação de coisa ou de facto) para que este realize determinado facto tipicamente ilícito⁷⁷.

Entretanto, distintamente da ilustre Autora, não cremos que o ajuste seja uma *forma de aliciamento*. O aliciamento, na nossa perspetiva, visa a formação de um acordo (ajuste), sendo nessa perspetiva o *meio* para atingir um fim específico, que é o ajuste para cometimento de determinado delito. As formas de aliciamento são precisamente as prestações de facto ou de coisa (ou seja, a contrapartida).

Em relação à dádiva e à promessa, do nosso ponto de vista, são meras propostas iniciais que somente adquirem relevância com a aceitação, que pode ser expressa (comunicada previamente ao homem-de-trás) ou tácita (nos casos em que o homem-da-

cônjuge devolveu-lhe a paz e a tranquilidade. Disponibiliza-se, porém, para praticar o crime caso o homem-de-trás oferecesse uma contrapartida pela sua execução. Ora, se o homem-de-trás se decidir pelo crime e oferecer a contrapartida, estaremos diante de um caso típico de ajuste, sendo o homem-de-trás claramente autor-determinador e detentor do domínio do facto, através do domínio da decisão do homem-da-frente, que embora tenha uma pré-disposição para o cometimento do delito, só decidiu executá-lo por causa da contrapartida. Sendo certo que, se o homem-de-trás revogar o mandato o crime não será praticado por aquele. Dir-se-á, em bom rigor, que a instigação partiu do homem-da-frente, mas quem efetivamente determinou-lhe foi o homem-de-trás.

⁷⁷ MARIA DA CONCEIÇÃO VALDÁGUA, *Figura...*, op. cit., pp. 935-936.

frente dá início à execução sem comunicar previamente ao homem-de-trás), tanto uma, como a outra, uma vez aceites, integram o acordo, ou seja, o ajuste para o cometimento do delito e não se autonomizam em relação a este.

Nas situações de ajuste, o homem-de-trás é claramente o *governador*⁷⁸ do facto, na medida em que dele depende o *se* e o *como* da realização típica, sendo, nessa perspetiva, a figura central do acontecimento criminoso⁷⁹. Subscrevemos, deste modo, a crítica que Conceição Valdágua dirige a Roxin, que relega para o campo da participação situações como as de ajuste onde claramente o *autor de gabinete* é o principal responsável pelo surgimento do facto criminoso⁸⁰.

Todavia, Conceição Valdágua rejeita a atribuição do domínio do facto nos casos em que a promessa feita pelo homem-de-trás é aceite apenas tacitamente pelo homem-da-frente, executando o facto antes do homem-de-trás ter conhecimento dessa aceitação⁸¹. Não partilhamos deste ponto de vista, na medida em que a promessa, tal como referimos, se consubstancia numa *proposta inicial* e nela, por regra, consta o *se* e o *como* da realização típica, sendo a data do acontecimento delituoso, por regra, determinada pelo homem-de-trás. Deste modo, o domínio do facto do homem-de-trás erige do *domínio da proposta*, podendo este, antes da data (período, intervalo) por si definida, revogar a proposta e, com isso, reverter o processo de ameaça de lesão do bem jurídico. Caso, porém, não tenha definido qualquer data ou intervalo para realização do crime, uma eventual revogação da proposta deverá ser imediatamente comunicada ao homem-da-frente (o homem-de-trás sabe que o crime por si planeado poderá ser executado a qualquer momento, se é verdadeira a afirmação que não obteve aceitação expressa, verdadeira também será a afirmação que não obteve qualquer recusa expressa). Caso a referida revogação não tenha lugar, realizando o homem-da-frente o facto proposto pelo homem-de-trás, este será punido como autor por determinação de outrem à prática de um facto ilícito.

Alude Conceição Valdágua que, nos casos de dádiva, o facto da prestação proporcionada pelo homem-de-trás ser antecipada por este, tem-se por excluído o domínio do facto. A Autora firma o seu ponto de vista no facto do homem-da-frente não se “colocar

⁷⁸ A expressão é de Jescheck e Weigend, cf. *Tratado...*, op. cit., p. 702.

⁷⁹ Cf. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito...*, op. cit., p. 894.

⁸⁰ Cf. MARIA DA CONCEIÇÃO VALDÁGUA, *Figura...*, op. cit., p. 927.

⁸¹ Cf. MARIA DA CONCEIÇÃO VALDÁGUA, *Figura...*, op. cit., p. 938.

na dependência da vontade do agente mediato (...), pois, o agente mediato já não pode recusar-lhe a prestação. Nestas circunstâncias o “homem-de-trás” é simples participante (...) ⁸²”. Tal entendimento deverá, porém, ser rejeitado. Nas situações de ajuste (em que a dádiva é mera proposta inicial), a decisão de cometer o crime, por parte do agente imediato, erige exclusivamente da contrapartida conferida pelo homem-de-trás ⁸³. Ora, sendo a contrapartida o único fundamento da decisão do homem-da-frente, o domínio do facto, por parte do homem-de-trás, erige do facto de a todo momento poder abdicar da contrapartida, bastando que singelamente comunique ao homem-da-frente que pode fazer da dádiva sua pertença desde que se abstenha de lesar o bem jurídico, revertendo, deste modo, todo processo de ameaça e garantindo o salvamento daquele bem. Outrossim, a solução defendida por Conceição Valdágua se consubstanciará em indesejáveis lacunas de punibilidade, precisamente porque, para evitar a punição como autor, ao agente bastaria determinar efetivamente outra pessoa a cometer o crime e oferecer imediatamente a contrapartida. Ficando, deste modo, inaceitavelmente a sua punição como autor dependente da aferição do momento em que efetuou a contrapartida.

4.2.2.2. A ordem

Nos casos que agora analisamos, o agente imediato é determinado por via de uma orientação que lhe é dada direta ou indiretamente pelo homem-de-trás, a quem reconhece a posição de superioridade e o dever de cumprir as orientações emanadas por aquele.

É evidente o domínio do facto por parte do homem-de-trás, tendo em conta que a decisão do homem-da-frente, de cometimento do delito, encontra-se condiciona a uma eventual revogação da ordem, por parte do homem-de-trás. Nesta medida, o fundamento da decisão do homem-da-frente traduz-se, unicamente, no cumprimento de um dever, de tal modo que acatará qualquer ordem em sentido contrário por parte do homem da retaguarda ⁸⁴.

⁸² Cf. MARIA DA CONCEIÇÃO VALDÁGUA, *Figura...*, op. cit., p. 938.

⁸³ Cf. MARIA DA CONCEIÇÃO VALDÁGUA, *Figura...*, op. cit., p. 937.

⁸⁴ Cf. MARIA DA CONCEIÇÃO VALDÁGUA, *Autoria...*, op. cit., p. 664.

a) *A ordem no âmbito dos aparelhos organizados de poder*

Roxin defende que, para além dos casos de coação e erro, a autoria mediata também deve afirmar-se nos casos em que o homem-de-trás detenha o domínio do facto através do *domínio da organização*. Esta teoria, concebida por aquele insigne penalista, funda-se, sobretudo, numa organização com rígida hierarquização, a fungibilidade do agente executor e a atuação da organização fora do quadro da ordem jurídica⁸⁵. Este Autor atribui, assim, o domínio da vontade do homem-da-frente ao homem da retaguarda, apesar de o primeiro agir com culpa dolosa. No essencial, o Autor fundamenta o seu ponto de vista no facto de a atuação do “aparelho” fora do ordenamento jurídico, associado ao automatismo inerente à organização de poder com rígida estrutura hierárquica e à possibilidade de substituição do executor, conferirem ao homem-de-trás a segurança que o acontecimento criminoso terá lugar, mesmo que alguém se recuse a executá-lo⁸⁶.

Conceição Valdágua, não obstante concordar com Roxin em relação ao enquadramento desses casos na autoria mediata, rejeita que essa qualidade possa erigir da fungibilidade do executor, uma vez que o domínio do facto por parte do homem-de-trás também deve ser afirmado naqueles casos em que, no quadro da organização, exista apenas um *especialista* do crime que se pretende cometer, e nos casos em que este, não pertencendo ao *aparato*, presta trabalho ocasionalmente para esta organização. Defende, assim, que a autoria mediata funda-se, antes, na subordinação voluntária do executor à decisão do agente mediato⁸⁷.

Figueiredo Dias entende que os chamados aparelhos organizados de poder devem ser analisados no âmbito da instigação, salvo naqueles casos em que “a dependência do homem-da-frente é uma tal que ele aparece como participante não plenamente responsável – e a autoria mediata deve considerar-se fundada; ou ainda o deixa aparecer

⁸⁵ Cf. CLAUS ROXIN, *Autoría y Dominio...*, op. cit., pp. 277 e ss.

⁸⁶ Cf. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito...*, op. cit., pp. 939-940; MARIA DA CONCEIÇÃO VALDÁGUA, *Autoria...*, op. cit., p. 656.

⁸⁷ Cf. MARIA DA CONCEIÇÃO VALDÁGUA, *Autoria...*, op. cit., pp. 662-663; e *Observações suscitadas pela conferência do professor Claus Roxin “Autoria mediata através de domínio da organização”*, Lusíada: RCC. Direito, Série II, N.º 3, Universidade Lusíada Editora, Lisboa, 2005, pp. 151-154.

como tal – e o homem-de-trás não deverá então ser considerado autor mediato, de acordo com o princípio da autorresponsabilidade, mas só poderá ser instigador”⁸⁸.

Quanto aos requisitos definidos por Roxin para sustentar a autoria mediata, importa referir que essa modalidade de autoria não pode ser aferida por via de uma análise da possibilidade de substituição do executor, por parte do agente mediato, desde logo porque essa fungibilidade pode verificar-se igualmente na determinação-autoria. Do nosso ponto de vista, a aferição da autoria mediata deve cingir-se na *análise psicológica* do homem-da-frente, precisamente para verificar se a ação pode ser-lhe imputada a título de dolo. Não se verificando essa possibilidade, o homem-da-frente será um mero instrumento e é nesta medida que o homem-de-trás responderá como autor mediato⁸⁹.

Com base na nossa reflexão, a autoria mediata, nos aparelhos organizados de poder, deverá ser afirmada quando se verifique os seguintes requisitos: 1 - Estrutura hierárquica rígida; 2 - A atuação da organização à margem do ordenamento jurídico⁹⁰; 3 - Em substituição da fungibilidade do executor, parece-nos que o pressuposto decisivo será a existência de um *regulamento de represálias*, não escrito, mas conhecido por todos os membros daquela comunidade. Tal regulamento não é dirigido diretamente aos *executores*, mas em geral aos *incumpridores*. Esta informação, conhecida pelo homem-da-frente, quando associada à impossibilidade de recorrer às autoridades, na esteira do previsto na parte final do art. 20.º, n.º 2, do CP de 1886, leva a que seja considerado *não vencível o constrangimento*⁹¹. Só nessa condição poder-se-á imputar o crime ao homem-de-trás na qualidade de autor mediato. Todas as outras situações em que aquele constrangimento seja facilmente vencível, agindo o homem-da-frente com culpa dolosa, o homem-de-trás deverá ser punido no quadro da determinação-autoria.

⁸⁸ Cf. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito...*, op. cit., p. 922.

⁸⁹ Neste sentido, ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, op. cit., p. 758.

⁹⁰ Cf. CLAUS ROXIN, *Autoría y Dominio...*, op. cit., pp. 277 e ss.

⁹¹ Segundo Chauveau, não vencível é, desde logo, as ameaças que se dirigem à vida do agente e dos seus membros. De modo desenvolvido, JOÃO ATHAYDE VARELA, op. cit., p. 99.

b) A ordem no contexto empresarial

Como vimos, a ordem caracteriza-se pela subordinação do agente imediato às orientações de alguém que reconhece a superioridade hierárquica. Um dos locais onde essa relação é um facto é, sobretudo, no universo empresarial.

Não pertencem ao presente quadro as situações em que o superior hierárquico determina o homem-da-frente, por via de uma promessa, v.g., de promoção ou aumento salarial. Como vimos, essas situações enquadram-se no ajuste e devem ser relegadas para esta forma de determinação (*supra*, 4.2.2.1.).

Uma das possibilidades debatida, sobretudo, na doutrina alemã, foi no sentido de responsabilizar o superior hierárquico como autor mediato, convocando excepcionalmente a figura dos aparelhos organizados de poder. Prescindia-se, neste caso particular, da exigência de atuação fora da ordem jurídica, por razões político-criminais ligadas à necessidade de punir o dirigente empresarial. Tal possibilidade foi recusada pela maioria da doutrina alemã, designadamente por não se verificarem os pressupostos definidos por Roxin. A empresa visa a prossecução de uma atividade lícita e, como tal, atua no quadro da ordem jurídica, o que só por si anula a característica da fungibilidade, já que o ordenamento jurídico espera que aquele que recebe uma ordem para cometer um crime recuse-se a cumpri-la. Por conseguinte, não podem os superiores hierárquicos da empresa ter como regra geral que os seus empregados estejam dispostos a cometer crimes. Não se verifica, assim, o automatismo no cumprimento das ordens, que é um dos critérios típicos definidos por Roxin. Quanto ao critério de rígida hierarquização, cada vez mais as empresas modernas assentam numa certa descentralização das decisões e na distribuição de responsabilidade por áreas, departamentos, secções⁹².

Bem refere Susana Aires de Sousa que, no contexto empresarial, podem se desenvolver todas as formas de participação: autoria mediata, naquelas situações em que o superior hierárquico induz em erro ou coage o subalterno; coautoria, quando se puder afirmar que o superior hierárquico e o subalterno decidiram e executaram conjuntamente o evento delituoso; contudo, atendendo à estrutura vertical das empresas, a participação

⁹² Cf. SUSANA AIRES DE SOUSA, *Questões Fundamentais de Direito Penal da Empresa*, Almedina, Coimbra, 2019, pp. 55-56.

criminosa entre um superior hierárquico e um subalterno, por regra, convoca a figura da determinação-autoria, por se afastar a possibilidade, na maioria dos casos, de irresponsabilidade do agente imediato, a quem é conferido o *direito-dever* de desobedecer a uma ordem de conteúdo criminoso (artigos 36.º do CP e 271.º, n.º 3, da CRP)⁹³.

c) A ordem no contexto familiar

A par dos aparelhos organizados de poder, também no contexto familiar, por vezes se verifica uma *rígida hierarquização* em que se reconhece ao *patriarca* da família a autoridade sobre os demais. Em tais casos, *reina* um sentimento de obrigação de cumprimento das orientações do líder familiar, ainda que contrárias ao ordenamento jurídico-penal. São exemplos dessa realidade as famílias integrantes de minorias étnicas, v.g., crimes de honra associados à necessidade de manutenção do bom nome da família.

O domínio do facto, por parte do homem-de-trás, erige do domínio da decisão do homem-da-frente, tendo em conta que o desrespeito da orientação do primeiro, quer seja no sentido do crime, quer seja no sentido de não realizá-lo, é visto no seio familiar como *imperdoável*, sentimento este que, associado ao receio de repulsa e afastamento, leva a que esta possibilidade muito dificilmente seja ponderada pelo homem-da-frente.

Esse conjunto de situações, que aqui aditamos, difere dos aparelhos organizados de poder, desde logo, por não se tratar de uma “organização”, mas, sobretudo, por não se verificar o requisito “fungibilidade do executor”, não só pelo número reduzido de membros no âmbito de uma família, mas, também, porque os crimes típicos que aqui se apelam, devem, por regra, ser praticados por membros específicos da família (esposo, filho, irmão mais velho, etc.), v.g., orientação dada a um jovem de 18 anos para convivência marital com uma adolescente de 14 anos (artigos 171.º, n.º 1, 172.º, n.º 1 e 173.º, n.º 1, do Código Penal). O homem-de-trás deverá ser punido no âmbito da determinação-autoria, salvo naqueles casos em que o grau de constrangimento é tal que não deixa aparecer o homem-da-frente como participante plenamente responsável⁹⁴.

⁹³ Cf. SUSANA AIRES DE SOUSA, *Questões...*, op. cit., p. 54.

⁹⁴ Neste sentido, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito...*, op. cit., p. 922.

4.2.2.3. O pedido

O pedido é uma tipologia de determinação-autoria baseada, sobretudo, em relações de afeto, em que o homem-de-trás dirige ao homem-da-frente determinado pedido de conteúdo criminoso que é acatado por este de forma a satisfazer a vontade do primeiro. O domínio da decisão do homem-da-frente, por parte do homem-de-trás, erige do facto de o agente imediato não ter um *interesse pessoal* no cometimento do delito. Caso o homem-de-trás resolva não avançar com o crime e dirige ao homem-da-frente um novo pedido em sentido contrário, este não realizará o evento criminoso, revertendo-se, deste modo, o processo de ameaça de lesão do bem jurídico⁹⁵ (v.g., numa relação de namoro, o homem-de-trás dirige um pedido ao homem-da-frente para este ameaçar um colega de trabalho, visando a sua desistência a determinado cargo almejado pelo homem-de-trás⁹⁶. Caso este último, numa nova resolução, informe o primeiro que já não pretende a realização do ilícito, que, ao contrário, deseja reforçar os laços de amizade com o colega visado e concorrer ao cargo de forma justa, o homem-da-frente não realizará o facto ilícito).

4.2.2.4. A missão

A missão apresenta uma estrutura similar à ordem, porém, em tais casos, o homem-da-frente, ao subordinar-se à orientação do homem-de-trás, não pretende cumprir uma ordem deste, mas agradar um *ser superior* no qual reconhece uma determinada autoridade. Falamos aqui da *crença* e do *sacrifício* cujo regime passamos a explicitar.

a) A crença

Nesses casos, o homem-de-trás determina o homem-da-frente servindo-se do facto de este acreditar em determinada realidade. É dada ao homem-da-frente determinada missão de conteúdo criminoso em nome do *ser superior*, sendo que o domínio do facto, por parte do homem-de-trás, resulta do facto do homem-da-frente aceitar o primeiro como o *mensageiro* da missão que lhe é dada pelo *ser superior*. Caso o mensageiro informe o homem-da-frente que determinada missão já não deve ser praticada, por ser esta a vontade do *ser superior*, o agente imediato acatará a informação de formas a agradar aquele ser

⁹⁵ Neste sentido, MARIA DA CONCEIÇÃO VALDÁGUA, *Autoria...*, op. cit., p. 669.

⁹⁶ Art. 153.º, n.º 1, do Código Penal.

superior. O campo primordial dessa forma de determinação é, assim, o das crenças religiosas e da devoção.

b) O sacrifício

O sacrifício ganha autonomia em relação à crença tendo em conta que o homem-da-frente, ao cumprir a missão de conteúdo criminoso que lhe é transmitida pelo mensageiro, não pretende somente agradar o *ser superior*, mas, sobretudo, libertar-se de um mal atual que o atormenta (mal que aflige o homem-da-frente ou alguém com quem mantenha uma relação de afeto). O mensageiro domina o facto através do domínio da decisão do homem-da-frente, uma vez que o homem-da-frente não praticará o facto caso o mensageiro informe-o que tal sacrifício não o libertará de tal enfermidade. O campo dessa forma de determinação é, assim, o do curandeirismo e da supersticiosidade⁹⁷.

4.2.2.5. A falsidade⁹⁸

Um dos casos de inegável domínio do facto, por parte do homem-de-trás, é o que por agora nos ocupa, em que o homem-de-trás serve-se de uma informação falsa para determinar o homem-da-frente. Nesse conjunto de situações, o domínio do facto, através do domínio da decisão, resulta do facto de o homem-de-trás poder a todo momento revelar a verdade ao agente imediato e, com isso, garantir o salvamento do bem jurídico. Exato é que, em tais casos, o homem-da-frente aparecerá como plenamente responsável, uma vez que age com total consciência do ilícito, v.g., homem-de-trás agindo com dolo do tipo ofensa à integridade física e de forma a determinar o homem-da-frente, inculca-lhe a falsa informação de que a pessoa que violou a sua irmã é o seu vizinho, informação que é acompanhada por uma rigorosa influência psicológica para despertar a ira do homem-da-

⁹⁷ O sacrifício difere também da crença pelo facto do homem-de-trás nem sempre atuar como um mero mensageiro, casos há, em que se atribui a este poderes sobrenaturais. Um campo onde é recorrente as situações de sacrifício é o da tradição, porém, não autonomizamos a figura da tradição porque ela pode se verificar, não só no campo das crenças e dos sacrifícios, mas, também, nos aparelhos organizados de poder (*tribos*) ou nos casos de ordem familiar, v.g., circuncisão feminina praticada por um membro da família a outro membro, agindo o primeiro por orientação do líder familiar (art. 143.º, b), do Código Penal).

⁹⁸ Designada, na doutrina alemã, por “erro sobre o sentido concreto da ação”. Porém, não se pretende tratar aqui das duas primeiras realidades individualizadas por Roxin (a quantificação do ilícito ou da culpa, ou as circunstâncias qualificativas do facto), mas, apenas, dos casos de erro sobre a identidade da vítima ou de engano sobre o conteúdo do crime a praticar, v.g., homem-de-trás engana o homem-da-frente, alegando que em determinada residência encontra-se instalado um cofre com determinada quantia, quando na verdade o dolo do homem-de-trás cinge-se na violação de domicílio. Cf. De modo desenvolvido, CLAUS ROXIN, *Strafrecht...*, op. cit., pp. 213 e ss; também JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito...*, pp. 918-919/939.

frente e o desejo de vingança. Sendo o referido vizinho, na verdade, apenas um inimigo do homem-de-trás. Caso o homem-de-trás revele a verdade ao homem-de-frente, demonstrando de forma *inequívoca* que o seu vizinho nem sequer residia no país na data da violação, o homem-da-frente, não obstante a ira e o desejo de vingança resultantes da influência psíquica por parte do homem-de-trás, não praticará o facto ilícito, revertendo-se todo processo de ameaça de lesão do bem jurídico.

4.2.2.6. As instigações puras

Questão controversa é a de saber se também nas instigações puras se poderá afirmar o domínio do facto por parte do homem-de-trás. Um estudo pormenorizado desse problema exige uma análise detalhada das realidades que integram a figura da instigação pura. Sem pretender ser exaustivo, trataremos neste estudo de quatro destas realidades, a saber: a revelação, o sofrimento, o alvoroçamento e o ajuste em sentido inverso.

a) A revelação

Defendemos neste estudo ser inegável o domínio do facto, por parte do homem-de-trás, nos casos de falsidade (*supra*, 4.2.2.5.). A questão que agora se levanta é a de saber se também esse domínio pode ser afirmado nos casos em que a informação prestada dolosamente pelo homem-de-trás é verdadeira. Nesses casos, o homem-de-trás, para determinar o homem-da-frente, serve-se de um evento real, inculcando-lhe por esta via a ideia de atentar contra determinado bem jurídico. Como veremos é questionável o domínio da decisão do homem-da-frente, por parte do homem-de-trás, após este último convencer-lhe de forma inequívoca que a informação prestada é verdadeira.

Carreando para a relevação, o exemplo dado no âmbito da falsidade teríamos um homem-de-trás que, com dolo do tipo ofensa à integridade física e de forma a determinar o homem-da-frente, revela-lhe «com verdade» que a pessoa que violou a sua irmã é o seu vizinho, informação que é acompanhada por uma rigorosa influência psíquica para despertar a ira e o desejo de vingança do homem-da-frente. Só que decisivamente aqui, o homem-de-trás de forma inequívoca comprova a veracidade da informação, v.g., mostrando ao agente imediato o vídeo captado pelas câmaras de videovigilância instaladas no local da violação. Ora, o problema que aqui se levanta é que o homem-de-trás, após determinar o homem-da-frente, não tem mais qualquer argumento para reverter o processo

de ameaça de lesão do bem jurídico. Na falta desses argumentos, não se pode falar em domínio do facto *negativo*⁹⁹ por parte do homem-de-trás, uma vez que não dispõe de meios próprios para alterar a decisão que *criou* no agente imediato, não detendo, deste modo, o domínio da decisão deste último.

Uma questão que pode ser levantada é a de saber se o homem-de-trás não teria tal domínio negativo do facto, uma vez que poderá sempre recorrer às autoridades ou avisar a própria vítima. Este argumento padece, no entanto, de incontornáveis fragilidades. Desde logo porque também o cúmplice ou qualquer pessoa que tenha conhecimento dos factos pode recorrer às autoridades ou avisar a vítima e é sabido que estes agentes não têm o domínio do facto, sob pena de se descaracterizar essa teoria. Porém, decisivamente, porque o recurso às autoridades não reverte em tais casos o processo de ameaça de lesão do bem jurídico, uma vez que, na maioria dos casos, o agente imediato ainda não praticou qualquer ato de execução, não podendo ser posto em causa o seu direito à liberdade ambulatoria. Deste modo, mantendo a decisão, pode cirurgicamente alterar o plano inicial e atentar contra o bem jurídico noutras circunstâncias desconhecidas pelas autoridades. Ponto é que o que verdadeiramente garante o controlo do facto por parte do homem-de-trás é a possibilidade de alterar a decisão que criou no homem-da-frente. O que não se verifica nos casos que agora analisamos.

b) O sofrimento

É igualmente questionável o domínio do facto por parte do homem-de-trás, naquelas situações em que, aproveitando-se do profundo sofrimento (*psíquico*) em que se encontra o homem-da-frente, inculca-lhe a ideia, demonstrando-lhe as vantagens e a possibilidade de vencimento desse sofrimento caso atente contra o bem jurídico. Após a determinação do homem-da-frente, tal como nos casos de revelação, também aqui faltará argumentos ao homem-de-trás para alterar a decisão do homem-da-frente, não detendo nesses casos o domínio negativo do facto.

É demonstrativo do que aqui pretende-se precisar o exemplo dado no quadro do ajuste (*supra*, nota n.º 76), aplicado aqui com as necessárias adaptações, teríamos: um homem-de-

⁹⁹ Distingue-se por vezes um domínio positivo do facto (a capacidade de o fazer prosseguir até à consumação) e um domínio negativo (a capacidade de o fazer gorar). Cf. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito...*, op. cit., p. 894, Nota n.º 18.

trás que se aproveitando do profundo sofrimento em que se encontra o homem-da-frente, isto após o conhecimento do adultério do cônjuge, inculca-lhe a ideia de eliminar a vítima, demonstrando-lhe a possibilidade de vencer o sofrimento com o desaparecimento da vítima. Uma vez determinado o homem-da-frente, já nada poderá o homem-de-trás fazer para reverter o processo de ameaça de lesão do bem jurídico, decisivamente porque nem sequer tem acesso ao espaço de privacidade do homem-da-frente e do seu cônjuge.

Um claro exemplo de que o recurso às autoridades só por si não garante o processo de reversão da ameaça de lesão do bem jurídico, é o caso verídico ocorrido no Conselho de Lamego, aos 14 de Agosto de 2020, em que, não obstante o recurso às autoridades por parte da mulher e consequente detenção do cônjuge, uma vez que, tal detenção não alterou a decisão de lesar o bem jurídico, tão logo devolvido à liberdade, o agente alterou o plano delituoso e, em circunstâncias diferentes, assassinou a vítima, retirando posteriormente a própria vida¹⁰⁰.

c) O alvoroçamento

O alvoroçamento refere-se aquele conjunto de situações em que o homem-de-trás determina outrem, através de um rigoroso processo de estimulação da ira (ou da *adrenalina*) do agente imediato, v.g., num quadro de mútua agressão física, após o homem-da-frente derrubar a vítima e pretender se retirar do local da rixa, o homem-de-trás dá início a um processo de pressão psicológica para que o homem-da-frente retire a vida à vítima que se encontra prostrada no solo, “mata-o!”, “se ele recuperar irá a tua trás!”, “tu tens família mata-o já enquanto podes!”. Ora, uma vez determinado o homem-da-frente, também aqui se questiona o domínio da decisão por parte do homem-de-trás¹⁰¹. Decisivamente, porque nesses casos há um interesse pessoal, por parte do homem-da-frente, na lesão do bem jurídico¹⁰².

d) O ajuste em sentido inverso

Diversamente das típicas situações de ajuste, nos casos de ajuste em sentido inverso, é igualmente questionável o domínio do facto por parte do homem-de-trás. Referimo-nos

¹⁰⁰ Sobre o homicídio de Lamego, cf. <https://www.cm-tv.pt/atualidade/detalhe/20200905-1351-alerta-cm--encontrado-corpo-de-homicida-de-lalim>.

¹⁰¹ Em sentido idêntico, MARIA DA CONCEIÇÃO VALDÁGUA, *Autoria...*, op. cit., p. 665, parágrafo 8.3.

¹⁰² Em sentido idêntico, MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, *Da Participação Criminosa*, Oficinas Gráficas, Lisboa, 1934, p. 187.

àquelas situações em que o homem-de-trás cria a decisão no homem-da-frente, inculcando-lhe a ideia, mostrando-lhe as vantagens ou o seu interesse, porém a pretensa intenção de lesar o bem jurídico tem por base a obtenção de uma contrapartida oferecida pelo homem-da-frente, caso este último seja bem-sucedido na ação delituosa, v.g., agente mediato, tendo conhecimento de que o homem-da-frente é um *professional* em assaltos a residências, inculca-lhe a ideia de assaltar a residência onde trabalhou como empregado doméstico, dando-lhe informações precisas da localização da residência, da rotina dos proprietários, do lugar onde se encontra instalado o cofre caseiro, mas se abstendo de participar de modo algum na execução do crime. Ajusta, no entanto, com o executor uma percentagem do fruto do roubo caso este seja praticado com sucesso. Também aqui, após a determinação do homem-da-frente e do domínio por este de todas as informações necessárias para o sucesso do evento criminoso, o homem-de-trás perde o domínio negativo do facto, uma vez que todos os argumentos, dos quais poderia se servir para firmar este domínio, *foram entregues por este ao homem-da-frente*.

Quanto à possibilidade de recurso às autoridades, valem aqui, com as necessárias adaptações, as conclusões apresentadas no estudo da *revelação* (*supra*, 4.2.2.6., a)). Recordar-se apenas que o bem jurídico se manterá vulnerável enquanto a decisão do homem-da-frente manter-se intacta, podendo este a todo tempo alterar o plano criminoso, v.g., assaltar a residência noutro período do dia, ou em data diferente.

Nos termos expostos, salvo melhor entendimento, nos casos aqui designados por instigações puras, não se vê argumentos para se afirmar o domínio negativo do facto por parte do homem-de-trás, sendo de concluir que, nesse conjunto de realidades, o homem-de-trás *cria* a decisão, mas não a *domina*¹⁰³.

Tal domínio é posto em causa decisivamente porque, nesses casos, o homem-da-frente tem um interesse na lesão do bem jurídico que não pode (ou já não pode) ser satisfeito pelo homem-de-trás.

4.2.2.6.1. As instigações puras como concretas formas de autoria

A rejeição do domínio negativo do facto por parte do homem-de-trás não nos leva, necessariamente, à conclusão de que os casos de instigação pura devem ser integrados na

¹⁰³ Neste sentido, HELENA MORÃO, *Autoria e Execução...*, op. cit., p. 298.

participação. Desde logo porque as instigações puras caracterizam-se, sobretudo, pelo facto de *ser obra do homem-de-trás a criação da decisão do homem-da-frente*. O nascimento do evento criminoso deve-se ao comportamento do homem-de-trás, sendo certo que, sem este comportamento, a lesão do bem jurídico não seria sequer posta em causa¹⁰⁴.

Outrossim, a exposição acima leva-nos à conclusão de que os casos mais graves são precisamente aqueles em que o homem-de-trás não consegue, por meios próprios, reverter a ameaça que criou para o bem jurídico¹⁰⁵. Sendo exemplo claro do que aqui afirmamos os crimes cometidos no contexto de violência doméstica, tendo em conta que, após a determinação do agressor, a experiência comum e os números *relatam* que a lesão do bem jurídico muito dificilmente é revertida por um eventual homem-de-trás.

O *instigador puro* é decisivamente autor porque, *mutatis mutandis*, seria completamente inaceitável que o agente que acionasse uma bomba codificada fosse punido na qualidade de autor porque detém consigo a *chave* para interromper a contagem decrescente que levará à explosão do engenho, mas já se negasse esta qualidade simplesmente porque o agente arremessou ao mar a referida chave de interrupção, já nada podendo fazer para evitar a explosão do engenho.

A nossa reflexão reside na concepção da *norma* como ponto de partida, rejeita-se nesta perspetiva uma tal concepção que parta da *teoria* e não da norma. A *teoria* (do latim “*theoria*”) numa fórmula simples, tal como configurada por Karlinger¹⁰⁶, visa, sobretudo, descrever ou explicar determinado *fenómeno*.

Carreando o pensamento de Karlinger para a ciência jurídica, a teoria terá como objetivo descrever ou explicar determinado *fenómeno jurídico*. Com José Tavares¹⁰⁷, define-se fenómeno jurídico como “a norma imposta à conduta dos homens por um poder soberano, que tutela e garante a sua observância”. Ora, se, ao retomarmos a parte final do art. 26.º do Código Penal, aplicarmos a esta norma o pensamento de Karlinger e de José Tavares, facilmente conclui-se que “a norma imposta à conduta dos homens pelo poder

¹⁰⁴ Neste sentido, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito...*, op. cit., pp. 930 e ss.; JOÃO ANTÓNIO RAPOSO, op. cit., pp. 927 e ss.

¹⁰⁵ Cf. HELENA MORÃO, *Autoria e Participação...*, op. cit., p. 64.

¹⁰⁶ FRED NICHOLS KERLINGER, *Foundation of Behavioral Research*. New York, Holt, Rinehart and Winston, 1973.

¹⁰⁷ Cf. JOSÉ TAVARES, *Os Princípios Fundamentais do Direito Civil*, Vol. 1, Coimbra Editora, Coimbra, 1922, p. 21.

soberano” é precisamente que “quem dolosamente, determinar outra pessoa à prática do facto, desde que haja execução ou começo de execução, será punido na qualidade de autor deste crime”. Estando assente que a Assembleia da República, na qualidade de *poder soberano*, impôs que aquela conduta será punida como autoria, caberá a teoria “descrever” ou “explicar” quais as razões que levaram o legislador a atribuir a qualidade de autor ao agente que determinar outrem a executar o crime.

Nesta perspetiva, a teoria do domínio do facto será um instrumento para descrever e explicar as razões que levaram o legislador a considerar autor o agente que determinar outrem à prática de um crime, e não para negar essa qualidade àquele agente. Foi nessa perspetiva que Figueiredo Dias, com o auxílio da teoria roxiniana do domínio do facto, procurou descrever e explicar as razões que levaram o legislador nacional a impor que aquela conduta é punida como autoria. Tendo este ilustre penalista concluído que o legislador considerou aquela conduta como autoria precisamente porque o agente mediato detém o domínio da decisão do executor. Todavia, é completamente natural que, num conceito tão amplo como o de *determinação*, sejam convocados mais do que um critério para a descrição das diversas realidades que integram aquele conceito.

Deste modo, tendo como ponto de partida a norma, será necessário conciliar o critério do domínio da decisão com outras soluções teleologicamente similares, visando o auxílio do intérprete na compreensão do pensamento do legislador, ao impor que aquelas realidades que integram o conceito de instigação pura fossem igualmente consideradas autoria sempre que, de acordo com conteúdo da norma, se deva concluir que, com aquela conduta, o agente determinou outrem à prática de um crime.

É nesta perspetiva que procederemos ao estudo de uma solução que designaremos de “teoria” da criação.

4.2.2.6.1.1. A “teoria” da criação

Jorge de Figueiredo Dias considera instigador “quem cria, produz de forma cabal no executor a decisão de atentar contra um certo bem jurídico-penal através da comissão de um concreto ilícito típico; se necessário inculcando-lhe a ideia, revelando-lhe a sua possibilidade, as suas vantagens ou o seu interesse, ou aproveitando a sua plena

disponibilidade e acompanhando de perto e ao pormenor a tomada de decisão definitiva pelo executor”¹⁰⁸.

O passo seguinte da nossa investigação é necessariamente uma pergunta: não será esta conduta suficientemente grave para justificar a qualidade de autoria? É precisamente este o ponto de partida da solução que aqui designamos por *teoria da criação*.

É praticamente consensual na doutrina estrangeira e nacional que a gravidade do comportamento do instigador está essencialmente ligada ao facto de ser ele o responsável por «criar» uma decisão criminosa e, concomitantemente, «criar» um risco mediato de ataque ao bem jurídico protegido¹⁰⁹.

Este critério, que agora nos ocupa, tem sido designado na doutrina por diversas expressões. João Raposo¹¹⁰ chama-lhe de “comportamento proibido”, Helena Morão¹¹¹ trata-o por “fundamento de punibilidade”, há quem designe por “desvalor da instigação” ou “razão de ser da punição do instigador”, nós simplesmente chamamos-lhe de “teoria”. Na verdade, com todas estas expressões pretende-se descrever a gravidade da conduta do instigador.

É referido por Figueiredo Dias que “a redação encontrada para os atuais artigos 26.º e 27.º do Código Penal representou, de alguma forma, o produto de uma *transação* entre a concepção causalista de Eduardo Correia e a teoria do domínio do facto”^{112/113}. A importância do Projeto de Eduardo Correia vem descrita no preâmbulo do DL n.º 400/82, de 23 de Setembro, onde lê-se que «o presente Código Penal baseia-se fundamentalmente nos projetos elaborados em 1963 (“Parte Geral”) (...), da autoria de Eduardo Correia».

Numa perspetiva de concretização da transação entre a teoria causalista e a teoria do domínio do facto, com base no critério da criação, será autor de um crime não todo aquele

¹⁰⁸ Cf. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito...*, op. cit., p. 932; e *La Instigación como Autoría, Un Requiem por la «Participación» como Categoría de la Dogmática Jurídico-Penal Portuguesa?* Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, Thomson Civitas, pp. 352 e ss.

¹⁰⁹ Neste sentido, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito...*, op. cit., pp. 930 e ss.; JOÃO ANTÓNIO RAPOSO..., op. cit., pp. 927 e ss.; HELENA MORÃO, *Da...*, op. cit., pp. 130 e ss.

¹¹⁰ Cf. JOÃO ANTÓNIO RAPOSO, op. cit., p. 930.

¹¹¹ HELENA MORÃO, *Da...*, op. cit., p. 130.

¹¹² Cf. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito...*, op. cit., p. 903.

¹¹³ É nesta perspetiva que João Athayde Varela entende que o fenómeno instigação deve ser considerado autoria, não por via da teoria do domínio do facto, mas por intermedio da teoria causalista de Eduardo Correia. Cf. JOÃO ATHAYDE VARELA, op. cit., p. 144.

que lhe tiver dado causa, mas apenas aquele que, tendo-lhe dado causa, é responsável pelo nascimento e colocação em funcionamento do processo de ameaça de lesão do bem jurídico. Por outro lado, não se exige que o agente domine a decisão do executor, mas apenas que domine o *processo de formação dessa decisão*^{114/115}.

De referir que foi exatamente com este critério que a Comissão Especial para a Segunda Lei de Reforma Penal Alemã justificou a equiparação punitiva da instigação à autoria. Neste sentido, pode ler-se: “não existe nenhum motivo para abrir uma possibilidade especial de atenuação da pena do instigador. A maioria das vezes o facto de que o contributo do instigador é menor que o do autor *é compensado por ser ele quem dá o impulso decisivo ao facto*”¹¹⁶.

Em bom rigor, não tem necessariamente de ser diverso o fundamento usado pelo legislador alemão para punição do instigador “do mesmo modo que o autor”, e o utilizado pelo legislador português para punir “como autor” quem determinar outrem à prática do facto ilícito. Precisamente porque a gravidade de determinada conduta não tem de ser avaliada da mesma forma em ordenamentos jurídicos diferentes. Exemplo decisivo do que aqui afirmamos é, *mutatis mutandis*, a conduta “quem matar outra pessoa” que, no ordenamento jurídico-penal português, é punível com uma pena máxima de vinte cinco anos e, noutras geografias, é punível com pena de prisão perpétua ou com pena de morte. Nesta medida, criar, produzir de forma cabal uma decisão criminosa que leve a um efetivo processo de ameaça de lesão do bem jurídico é, na perspetiva do legislador alemão, razão para punição do agente *do mesmo modo que o autor* e, na perspetiva do legislador português, motivo suficiente para punir este agente *como autor*.

¹¹⁴ O agente será considerado um mero participante (indutor-cúmplice) sempre que no momento da sua intervenção o homem-da-frente já havia decidido cometer o crime.

¹¹⁵ Com o estudo desta solução não se pretende, porém, definir um critério para todas as tipologias de determinação-autoria, mas exclusivamente para os casos de instigação pura, desde logo, porque há realidades que integram o conceito de determinação-autoria que não se exige necessariamente que seja o homem-de-trás a criar o desígnio criminoso, tal como vimos nos casos de ajuste, a criação do desígnio criminoso pode em determinadas circunstâncias ser obra do homem-da-frente e o fundamento da punição do homem-de-trás na qualidade de autor, em tais casos, só poderá ser explicado pelo critério do domínio da decisão (cfr. *supra*, nota n.º 76).

¹¹⁶ Cf. JOÃO ANTÓNIO RAPOSO, op. cit., p. 928.

4.2.3. A exigência de execução ou começo de execução

Levantam-se vozes discordantes em relação à teleologia da expressão «desde que haja execução ou começo de execução», prevista na parte final do art. 26.º do Código Penal.

Paulo Pinto Albuquerque¹¹⁷ e Helena Morão¹¹⁸ rejeitam a qualidade de autor ao denominado instigador. Para os referidos Autores, a exigência de execução ou começo de execução está intrinsecamente ligada à ideia de acessoriedade da participação em relação à autoria.

Analise agora a terceira questão nuclear definida no início deste estudo: *A exigência de execução ou início de execução pelo homem-da-frente é ou não (também) um dos pressupostos da autoria mediata?*

Tal entendimento de que a exigência prevista na parte final do art. 26.º está ligada à “acessoriedade da participação em face da autoria”, deve ser rejeitado. Todavia, para quem pretenda falar em acessoriedade, deve aclarar-se que esta acessoriedade não pode referir-se à “*acessoriedade dita quantitativa ou externa*”.

Como visto, Susana Aires de Sousa esclarece que a razão de ser desta exigência liga-se ao facto de o processo de determinação ser essencialmente interno e psicológico. Assim, será necessário que esta determinação se exteriorize na prática de atos de execução, sendo o início de execução o único momento em que é possível vislumbrar que houve uma efetiva determinação (cfr. *supra*, 4.2.1.)¹¹⁹.

Ora, para responder a terceira questão *supra* deve-se partir do pensamento de Susana Aires de Sousa. Decisivamente porque, para poder-se afirmar que determinada *vontade foi dominada*, esta tem de ser *exteriorizada*, surgindo, de igual modo, o início de execução por parte do instrumento como o único momento em que é possível vislumbrar que o domínio da vontade se efetivou.

O processo de engano ou constrangimento é, por regra, interno e psicológico e só se pode afirmar que o agente mediato “instrumentalizou” outra pessoa se efetivamente esta der início à execução. Ponto é que, se o agente mediato é autor porque domina a vontade

¹¹⁷ Cf. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, op. cit., pp. 202-204.

¹¹⁸ Cf. HELENA MORÃO, *Autoria e Execução...*, op. cit., pp. 44 e ss.

¹¹⁹ Em sentido idêntico, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito...*, op. cit., p. 943.

do agente imediato, se este último não praticar qualquer ato de execução, será de concluir que a sua vontade não foi dominada e a autoria mediata não poderá ser afirmada.

Não existe autoria *mediata* se ela não for praticada “por intermédio de outrem”, sendo precisamente esta a diferença em relação à autoria imediata. Se o agente que “pretendia ser autor mediato” foi efetivamente o único que participou no facto, este será punido por autoria imediata. De tal modo que não há qualquer diferença entre autoria mediata e a determinação-autoria numa perspectiva de “*acessoriedade quantitativa ou externa*”, o instigador só será punido “nessa qualidade” se o “instigado” der início à execução, de igual modo, o autor mediato só será punido “nessa qualidade” se o “instrumento” der início à execução. Tanto o primeiro, como o segundo, serão punidos como autores imediatos se praticarem eles próprios atos de execução e não se verificar a intervenção de nenhum “homem-da-frente”. Só esta conclusão afasta o *absurdo* receado por Eduardo Correia de a aplicação ou negação de uma pena cingir-se a denominação do agente como instigador ou autor mediato¹²⁰.

Como bem refere o Conselheiro Souto de Moura, na autoria mediata não é necessário falar-se em “execução ou começo de execução” porque o legislador começou logo por se referir a “quem executar o facto”¹²¹. Dessa forma, seria redundante uma tal construção legislativa que previsse que «é punível como autor quem “executar” o facto (...) desde que haja “execução” (...)». Distintamente da autoria mediata, em que o legislador considera que o agente mediato “executa ação” de forma *indireta*, na determinação-autoria o agente mediato não executa o facto, sendo precisamente esta a função da terminologia “e ainda quem”, que impõe uma interrupção da narrativa anterior em que o legislador descreve os agentes que executam a ação, perfilados no texto da lei pela expressão “ou”.

Dir-se-á, eventualmente, que o que aqui expomos é contraditório com o que defendemos em relação ao início da tentativa do autor mediato (*supra*, 4.1.2.). Porém, não há qualquer contradição.

A nossa posição foi no sentido de que a tentativa, na autoria mediata, poderá iniciar-se com a ação do homem-de-trás, precisamente quando o agente mediato, seguindo o seu plano, dê início à execução do crime, cuja continuação (e consumação) estaria a cargo do

¹²⁰ Cf. NUNO BRANDÃO, op. cit., p. 593.

¹²¹ Declaração de voto do Conselheiro Souto Moura, Acórdão de 18.06.2009 disponível em www.dgsi.pt.

instrumento¹²². Ora, nesses casos há uma intervenção efetiva do instrumento, ainda que esta intervenção não se verifique logo no início de execução. Certo é que, para quem defende a solução global *stricto sensu*, ao não admitir que a tentativa possa iniciar com a ação do homem-de-trás, sempre que este efetivamente, segundo o seu plano, der início à execução, a única hipótese que ficará em aberto será a de concurso de crimes (início de execução pelo homem-de-trás vs ação do homem-da-frente). Por outro lado, quem admite (como nós admitimos) que a tentativa “pode” iniciar-se com a ação do homem-de-trás, pugnará pela *unidade de norma*. É precisamente nesta perspetiva que alguns autores afastam-se da solução global em sentido estrito, optando pela dita solução global modificada, cujo conteúdo assemelha-se ao da solução individual modificada (*cf. supra*, 4.1.2.).

A solução individual, quando interpretada como a *possibilidade* de a tentativa iniciar-se com a ação do homem-de-trás, não serve para punição do agente como autor mediato nas situações em que só aquele intervém no crime. Ela visa somente, tal como a solução global, regular o *concurso de pessoas*¹²³. Deste modo, nos casos em que o homem-de-trás der início à execução, este não deixa de ser, naquele momento, autor imediato, o que acontece, porém, é a punição do agente pelo crime mais grave (consumação) que foi praticado pelo seu instrumento, e é nessa perspetiva que o agente aparece como autor mediato, uma vez que foi nessa condição que o crime mais grave foi cometido (é essa a essência da *unidade de norma*¹²⁴).

Dessa forma, quem pretenda falar em acessoriedade para efeitos de distinção entre autoria mediata e a determinação-autoria, tem necessariamente (e unicamente) de referir-se à “*acessoriedade dita qualitativa ou interna*”. Precisamente porque, na perspetiva da determinação-autoria, o agente mediato será punido no âmbito desta forma de autoria apenas e unicamente quando o agente imediato agir com *culpa dolosa (acessoriedade rigorosa)*. Mas tal acessoriedade não se confunde com a da cumplicidade, uma vez que, na cumplicidade, sempre que o facto praticado pelo autor não for típico e ilícito (acessoriedade limitada), o cúmplice ficará impune. Esta impunidade não tem lugar na

¹²² Cf. HELENA MORÃO, *Autoria e Execução...*, op. cit., p. 146; MARIA DA CONCEIÇÃO VALDÁGUA, *Figura...*, op. cit. p. 934.

¹²³ A expressão é de Susana Aires de Sousa. Cf. SUSANA AIRES DE SOUSA, *Questões...*, op. cit., p. 39.

¹²⁴ Em relação a este conceito, de modo desenvolvido, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito...*, op. cit., pp. 1153 e ss.

determinação-autoria, tendo em conta que, nos casos em que o agente imediato agir sem culpa dolosa, o homem-de-trás será sempre punido, só que na qualidade de autor mediato¹²⁵. Isto é assim, porque, na perspetiva da autoria mediata, opera o princípio da autorresponsabilidade e, na perspetiva da determinação-autoria, opera o princípio da *culpa dolosa*.

¹²⁵ Neste sentido, ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, op. cit., p. 758.

A DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL EM TORNO DA TENTATIVA DE
DETERMINAÇÃO PARA O HOMICÍDIO

§ 5. Análise dos acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 18 de Junho de 2009¹²⁶ e de 13 de Fevereiro de 2020¹²⁷

5.1. O caso

O caso típico tratado nestes acórdãos é o seguinte: *A* decide pôr termo à vida de *B* e, por não pretender *sujar as mãos de sangue*, tenta convencer *C* a realizar o crime, oferecendo a este uma determinada contrapartida. A proposta inicial de *A* é acompanhada de um delineado plano de execução do homicídio, onde são prestadas informações precisas sobre o *modus operandi*, rotina diária, data, hora, local, identificação e localização da vítima. *C* não forma qualquer resolução criminosa, mas aparentemente aceita. Vindo posteriormente a denunciar *A* e a entregar às autoridades elementos que comprovam a preparação do crime por parte de *A*.

Tendo em atenção a factualidade exposta, o Supremo Tribunal de Justiça, no acórdão n.º 11/2009, de 18 de Junho, fixou a seguinte jurisprudência: «É autor de crime de homicídio na forma tentada p. p. pelas disposições conjugadas dos artigos 22.º, n.ºs 1 e 2, c), 23.º, 26.º, 131.º, todos do Código Penal, quem decidiu e planeou a morte de uma pessoa, contactando outrem para a sua concretização, que manifestou aceitar, mediante pagamento de determinada quantia, vindo em consequência o mandante a entregar-lhe parte dessa quantia e a dar-lhe indicações relacionadas com a prática do facto, na convicção e expectativa dessa efetivação, *ainda que esse outro não viesse a praticar qualquer ato de execução do facto*» (itálico nosso).

Decorridos dez anos desde a data do proferimento daquela decisão, o STJ, no acórdão de 13 de Fevereiro de 2020, pronunciou-se no sentido de mantê-la, por entender que não se verificavam os pressupostos de reexame da jurisprudência fixada.

¹²⁶ Processo n.º 09P0305, disponível em www.dgsi.pt.

¹²⁷ Processo n.º 1324/15.8T9PRT.P1.S1-A, disponível em www.dgsi.pt.

Do nosso ponto de vista, tal comportamento é censurável, mas não punível à luz do ordenamento jurídico-penal português. Deste modo, entendemos que a questão controvertida é representativa que a histórica distinção entre direito (penal) e moral está longe de ser assente: “é que o campo da moral é mais amplo do que o campo do direito”¹²⁸. O critério distintivo entre as duas normas está na coercibilidade para o direito e na incoercibilidade para a moral, que não tem qualquer sanção fora da consciência (remorso) ou da opinião pública¹²⁹. Parafrazeando o insigne jurisconsulto Julius Paulus «*non omne quod licet non sincerum est*»¹³⁰.

No atual ordenamento jurídico-penal português, é precisamente à moral que as tentativas de determinação pertencem. É inegável, em tais casos, a *vontade delituosa* por parte do agente, porém a intensidade da vontade não é considerada, entre nós, um ato de execução do crime. Quanto à censurabilidade dos atos que exteriorizam aquela pretensão, é assunto que deve ser tutelado pelo poder legislativo.

5.1.1. O AFJ n.º 11/2009 e a confirmação do acórdão de 16.10.2008

No AFJ n.º 11/2009, o STJ confirmou a decisão proferida no acórdão deste tribunal, de 16 de Outubro de 2008¹³¹, que, no âmbito da factualidade aqui em estudo, condenou o arguido como “autor mediato” de um crime de homicídio qualificado, na sua forma tentada.

Defendemos neste estudo que, no ordenamento jurídico-penal português, não se pode falar em autoria mediata quando intervém no crime exclusivamente um único agente (*supra*, 4.2.3.). Tal como formulado pelo legislador português, «é autor mediato quem executar o facto por intermédio de outrem». Deste modo, em causa estão as regras da cumulatividade e é sabido que, falhando um único pressuposto cumulativo, a regra jurídica já não pode ser afirmada. São pressupostos cumulativos da autoria mediata: 1 - a decisão de cometer um crime; 2 - a prática de atos de execução deste crime por intermédio de

¹²⁸ Teoria dos Círculos Concêntricos (mínimo ético). Cf. GEORG JELLINEK, *Teoria General Del Estado, traducción le la segunda edicion alemana y prologo por Fernando de Los Rios*, Buenos Aires, Editorial Albatros, 1954.

¹²⁹ Cf. JOSÉ TAVARES, *op. cit.*, p. 29.

¹³⁰ A afirmação inverte a célebre frase de Julius Paulus Prudentissimus «*non omne quod licet honestum est*» – nem tudo que é lícito, é honesto. Cf. JOSÉ TAVARES, *op. cit.*, p. 27.

¹³¹ Proc. n.º 048948, disponível em www.dgsi.pt; afasta-se, assim, aquele tribunal do entendimento anterior de não punibilidade de tal comportamento (Ac. STJ de 31.10.1996, acórdão fundamento, disponível em www.dgsi.pt).

outrem. A autoria mediata é, portanto, uma autoria indireta, do latim *mediatus* a expressão “mediata” significa «o que não se liga a determinada coisa senão por intermédio de outra»¹³². É esta a coerência da autoria tipificada no art. 26.º, 2.ª modalidade.

Como referimos, a tentativa na autoria mediata pode iniciar-se com a ação do homem-de-trás, mas, decisivamente, para que o agente seja punido nessa qualidade, tem de necessariamente intervir um segundo agente e tem de ser praticado por este último pelo menos um ato de execução do crime. A autoria mediata nesses casos servirá precisamente para imputar ao homem-de-trás os atos praticados por aquele segundo agente, por regra mais graves, sendo o agente (homem-de-trás) punido como autor mediato por interseção das regras da unidade de norma, na modalidade de subsidiariedade implícita (*supra*, 4.2.3.).

Quando, porém, não intervém *mais ninguém* e o único agente efetivamente pratica atos de execução, ele será punido por autoria imediata, uma vez que estarão reunidos todos os pressupostos cumulativos deste tipo de autoria, a saber: decisão de cometer um crime; e a prática de atos de execução deste crime “por si mesmo” (art. 26.º, 1ª modalidade)¹³³.

Ao contrário, estaríamos a subverter todas as regras definidas pelo legislador, uma vez que a autoria mediata seria também «a prática de atos de execução “por si mesmo”». Sendo certo que o agente, embora pretendesse, não dominou a vontade de ninguém, ficará por entender, à luz da teoria roxiniana do domínio do facto, qual será o domínio a atribuir ao autor mediato daquela decisão condenatória: será autor mediato por dominar a ação? Ora, é pergunta que, salvo o devido respeito, só o tribunal poderá responder.

Porém, Helena Morão admite a possibilidade de punição por autoria mediata numa situação como a do acórdão, em que intervém apenas um único agente. Diz a Autora que, “no contexto concreto da execução, a incidência direta ou indireta sobre o instrumento corresponde ao sentido do comportamento típico alterado pela segunda proposição do artigo 26.º e ao desvalor da ação complexo e específico da autoria mediata, dependendo a qualificação da atuação do autor mediato como ato de execução, de forma decisiva e de uma perspectiva *ex ante*, da intervenção consumativa do instrumento, pelo que se deve, pois, afirmar, mesmo nestas situações, que a tentativa começa em autoria mediata”. Para a

¹³² Mais desenvolvido in www.dicio.com.br.

¹³³ Subentenda-se, pressupostos desta forma de autoria nos crimes dolosos por ação.

Autora, tal conclusão “assume, designadamente, a importância de permitir a valoração, na determinação da pena concreta do crime tentado, como circunstâncias agravantes ou atenuantes, gerais ou especiais, de elementos típicos projetados pelo autor mediato, mas que apenas viriam a concretizar-se com o ato consumativo do instrumento, e que seria totalmente desprovida de sentido sistemático, caso o autor viesse a ser responsabilizado na modalidade de autoria direta tentada”¹³⁴.

Do nosso ponto de vista, tal entendimento deverá ser rejeitado. A análise, numa perspectiva *ex ante*, deve ser realizada em relação à tentativa, v.g., o agente que, com dolo de assalto, aponta a arma à vítima, sem que o crime chegue a consumir-se, preenche o tipo de tentativa de roubo e não o de tentativa de homicídio. A verificação do “tipo de autoria” deve ser realizada necessariamente numa perspectiva *ex post*, sob pena de subversão de todas as modalidades de autoria. Vejamos.

Se determinado agente pretendia ser *instigador*, mas na verdade coagiu a pessoa visada, numa perspectiva *ex ante* baseada no plano do agente, este seria punido como instigador, num quadro em que o homem-da-frente *não* era plenamente responsável. Ou seja, teríamos uma instigação em que o meio utilizado foi a coação. Também não se esclarece qual seria a solução se o crime fosse consumado. Teríamos um crime consumado por autoria mediata praticada por “si mesmo”? É que o desvalor da ação mantém-se, por regra, intacto na tentativa e no crime consumado. Esta construção seria igualmente incompatível com o regime da coautoria, v.g., numa aparente decisão conjunta para realização de um assalto a um restaurante, o agente A, de acordo com o plano do crime, invade aquele espaço apontando uma arma-de-fogo às vítimas enquanto anuncia o assalto, porém os comparsas, que deveriam aceder aquele espaço cinco minutos depois da ação de A, por pretenderem apenas pregar uma partida àquele, não se dirigem ao local. Vindo A quinze minutos depois a abandonar o referido espaço. Ora, numa perspectiva *ex ante*, A seria punido por uma eventual coautoria “singular”. Ao contrário, numa perspectiva *ex post*, A será punido como autor imediato de um crime de roubo, na forma tentada. Isto é assim porque A foi efetivamente o único que tomou a decisão de cometer o crime e o único que praticou atos de execução desse crime, preenchendo, deste modo, todos os requisitos cumulativos da autoria imediata. O efeito indesejado da referida perspectiva *ex ante* seria a punição de A por coautoria, num caso em que a decisão e a execução foram unilaterais.

¹³⁴ Cf. HELENA MORÃO, *Autoria e Execução...*, op. cit., p. 160.

Também aqui bastaria a invocação das regras da cumulatividade, tendo em conta que só há coautoria quando a decisão e execução são conjuntas.

A condenação do agente como autor mediato erige do facto de o STJ ter adoptado a teoria da subordinação voluntária, nos moldes estruturados por Conceição Valdágua. É de realçar, porém, que esta teoria padece de incontornáveis fragilidades. Vejamos.

Tal como nós, Conceição Valdágua admite que a tentativa na autoria mediata pode ter início com a ação do homem-de-trás (*cf. supra*, 4.1.2.). Ora, a admissão de um homem-da-frente plenamente responsável no quadro da autoria mediata não é compatível com a admissão da possibilidade da tentativa iniciar-se com a ação do homem-de-trás. É que, nesses casos, praticando o homem-de-trás atos de execução, a figura em causa não será a da autoria mediata, mas antes, porém, a da coautoria. Note-se que esta última figura admite a adesão a uma decisão já tomada, sendo certo que a execução conjunta não significa, necessariamente, “execução ao mesmo tempo”¹³⁵. Portanto, teríamos uma típica situação de decisão e execução conjunta. Só não será assim se o homem-da-frente não for plenamente responsável, uma vez que, em tais casos, nunca se poderá falar em *decisão conjunta*.

Concorda-se com Nuno Brandão¹³⁶, que com o modelo avançado por Conceição Valdágua, nada se ganha que não pudesse já ser alcançado lançando mão da figura da determinação-autoria, sendo desnecessária a desfiguração daquela forma de autoria para enquadrar comportamentos (ajuste, ordem ou pedido) que secularmente pertencem à determinação-autoria (*cf. supra*, 4.2.1.1.).

Todavia, sendo inegável o interesse da distinção entre a autoria mediata e a determinação-autoria, a verdade é que, no ordenamento jurídico-penal português, não se pune autoria alguma sem a prática de atos de execução¹³⁷. Sendo precisamente esta a questão de fundo a aferir em relação à punibilidade do comportamento típico que aqui analisamos.

¹³⁵ É precisamente o que acontece quando no quadro da determinação-autoria o homem-de-trás pratica atos de execução. A exigência de início de execução por parte do homem-da-frente, não significa que homem-de-trás seguindo o seu plano não possa dar, ele próprio, início à execução, o que acontece, porém, é que nestes casos, dá-se a transição daquelas circunstâncias para a figura participativa da coautoria.

¹³⁶ Cf. NUNO BRANDÃO, *op. cit.*, p. 594.

¹³⁷ Neste sentido, Declaração de voto do Conselheiro Souto Moura, AFJ n.º 11/2009, disponível em www.dgsi.pt.

5.1.2. Preparação vs tentativa

A tentativa de cometimento de homicídio é sempre punível por força do disposto no art. 23.º, n.º 1, do Código Penal¹³⁸. Deste modo, a questão a aferir é se o pretense homem-de-trás, ao decidir e planear a morte de uma pessoa nos termos sobreditos, pratica já com aquele comportamento atos de execução nos termos do n.º 2 do art. 22.º do Código Penal.

Sendo certo que o homicídio não é um crime de execução vinculada e que os atos praticados eram inidóneos a produzir o resultado morte, a aferição, *supra*, deverá cingir-se à análise da al. c) do n.º 2 do art. 22.º do Código Penal.

Esta previsão legal tem sido associada à fórmula de Frank, segundo a qual devem considerar-se de execução os atos que, “em virtude de uma pertinência necessária à ação típica, aparecem a uma consideração natural, como suas partes componentes”. Figueiredo Dias propõe a substituição da conotação naturalística por uma conotação de “normalidade social” e acentua que o perigo para o bem jurídico, para além de imediato, tem de ser típico, concretamente referido ao tipo ou à realização típica¹³⁹. É precisamente este o critério mais consensual em matéria de início de execução.

De acordo com a jurisprudência fixada, constituem atos de execução ao abrigo da alínea c) do n.º 2 do art. 22.º do Código Penal «o contacto estabelecido com outrem para a prática do homicídio, a indicação dos pormenores relacionados a sua prática e o ajuste de dinheiro em troca da sua realização»¹⁴⁰. Porém, não se esclarece como é feita a transição desses atos para os atos idóneos a produzir o resultado.

Como ensina Figueiredo Dias¹⁴¹ na aferição da transição dos atos preparatórios para os atos executivos, deverão ser considerados dois critérios complementares cumulativos: um critério de conexão de perigo e um critério de conexão típica. O critério da conexão de perigo, no texto da lei, reflete-se, sobretudo, na expressão “que lhes sigam”. Este critério determina que de execução só se possa falar, desde logo, se for de prever que, à conduta, sigam-se, *iminentemente* (sem atos de permeio), atos que preencham um elemento

¹³⁸ Cf. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS e NUNO BRANDÃO, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial*, Tomo I, 2ª Ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 43.

¹³⁹ Cf. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito...*, op. cit., pp. 818-820.

¹⁴⁰ Cf. SUSANA AIRES DE SOUSA, *Contratado...*, op. cit., p. 214.

¹⁴¹ Conforme versam as atas da Comissão Revisora, o texto final da alínea c) do n.º 2 do art. 22.º do CP vigente, é essencialmente o proposto por Figueiredo Dias. Cf. Actas das Sessões..., cit., p. 175.

constitutivo do tipo de crime ou idóneos a produzir o resultado típico. À essa iminência deverá acrescer-se uma relação típica entre os referidos atos, ou seja, no sentido de intromissão na área de tutela normativa do ilícito típico em causa¹⁴².

Fazendo um paralelo com a *corrida de estafeta*, exige-se no n.º 2 do art. 22.º, que a entrega do *bastão*, por parte dos atos da al. c) para os atos da al. a) ou b), seja cronometrada, no sentido que (salvo circunstâncias imprevisíveis) deve ser imediata.

Porém, estes aspetos não foram considerados na jurisprudência fixada, não havendo qualquer referência ao exato momento em que ocorre a iminência do perigo de lesão do bem jurídico em causa. Concorde-se, em certa medida, com o STJ, no sentido de que aquelas condutas são perigosas para o bem jurídico. Porém, o legislador, na alínea c) do n.º 2 do art. 22.º, exige que este perigo seja imediato. A falta de referência à iminência do perigo fragiliza em tal medida a jurisprudência que se pretendia uniforme, tendo em conta que, v.g., também o agente que, em termos idênticos, contacta outrem para a prática de homicídio, dando-lhe indicações precisas sobre o *modus operandi* e acordando com este determinada quantia, mas que pretende a sua execução para daqui a dois anos, preenche o âmbito da jurisprudência fixada, uma vez que ali se desconsidera o elemento “estreita conexão de perigo”. O que leva a incontornáveis indecisões por parte do julgador na interpretação de tal jurisprudência. Salvo o devido respeito, mal avaliou o STJ a diferença entre “*perigo para o bem jurídico*” e “*colocação do bem jurídico em perigo*”, sendo que só esta última expressão se reflete na alínea c) do n.º 2 do art. 22.º do Código Penal.

De igual modo deve ser recusada uma solução que vê, em tais casos, um paralelo com o regime da tentativa impossível¹⁴³. Ora, a tentativa, para ser impossível, tem de ser “tentativa”. Não se vislumbrando qualquer tentativa no caso *sub judice*, é desnecessário e antecipatório falar-se em “tentativa impossível sem que a inaptidão do meio fosse manifesta”¹⁴⁴.

Todavia, uma referência ao regime da tentativa impossível evidenciará também as fragilidades da jurisprudência fixada, que, ao antecipar a punição de atos meramente preparatórios, torna esta jurisprudência incompatível com uma eventual tentativa

¹⁴² Neste sentido, NUNO BRANDÃO, op. cit., p. 599.

¹⁴³ Cf. Declaração de voto do Conselheiro Simas Samos, Ac. STJ de 16.10.2008 disponível em www.dgsi.pt.

¹⁴⁴ Em sentido idêntico, HELENA MORÃO, *Autoria e Participação...*, op. cit., pp. 66-67.

impossível, v.g., homem-da-frente que, tendo em conta as características da viatura da vítima, na data acordada para o cometimento do delito, num lapso de *visão*, dispara contra um boneco de palha que se encontra no lugar do condutor e que, por não ter sequer a forma humana, era visível para comunidade a ausência do *objeto*. Teríamos uma tentativa manifestamente impossível, portanto, não punível à luz do Código Penal português. Note-se que este agente mediato determinou efetivamente o seu executor, disparando aquele contra a viatura da vítima, porém não é punido pela lei portuguesa. Já o agente, que apenas planeou e que não logrou êxito na determinação de outrem, será punido nos termos daquela jurisprudência. A ser assim, será inaceitavelmente mais vantajoso executar efetivamente o crime do que apenas planeá-lo. É a este tipo de (in)justiça que se sujeita o STJ ao considerar o planeamento de um crime como um ato de execução deste crime¹⁴⁵.

Tal jurisprudência é igualmente de difícil compatibilização com o regime da desistência (art. 25.º do CP). Sendo certo que a desistência afere-se no momento da execução, a punição do agente na fase da preparação não permite sequer uma eventual desistência num momento posterior do *iter criminis*.

É notório que o STJ, naquele acórdão de fixação de jurisprudência, assumiu uma interpretação tendencialmente subjetiva do conceito de atos de execução¹⁴⁶. Porém, há que convir, na esteira de Jescheck e Weigend, que também nesse quesito o STJ avaliou mal a função do plano do agente como ferramenta auxiliar na aferição do início da execução do crime. Estes Autores referem com acutilância que, para delimitação do início da tentativa com o auxílio do plano do agente, designadamente, se já se verifica a imediata posta em marcha da realização do tipo, há que atender a forma como o agente representou o curso do facto, ou seja, em que momento e de que forma este quis começar com a execução do crime¹⁴⁷.

Ora, consta da matéria de facto que o arguido, no momento que “contactou os potenciais executores para a prática do homicídio, fornecendo-lhes pormenores precisos relacionados à sua execução e acordando com aqueles determinada quantia”, não quis que a execução tivesse início de imediato, pois, no dia 19.06.2006, ao deixar o envelope com a quantia em dinheiro, indicou, para efeitos de execução do crime, uma data posterior àquela

¹⁴⁵ Neste sentido, NUNO BRANDÃO, op. cit., p. 579.

¹⁴⁶ Neste sentido, NUNO BRANDÃO, op. cit., p. 604.

¹⁴⁷ Cf. JESCHECK e WEIGEND, op. cit., p. 558.

(22 ou 23.06.2006), isto após uma evidente indecisão em relação à data definitiva. O que nos leva a concluir que também o agente, distintamente do STJ, não considerava como atos de execução o contacto com os potenciais executores e o acerto da contrapartida, sendo meros atos de preparação do crime que pretendia que fosse executado em data posterior. Porém, o STJ, num inaceitável exercício de substituição das próprias representações do agente, considerou que aquele já pretendia a imediata execução do crime no momento em que apresentou a proposta e acordou a contrapartida com os potenciais executores.

Ora, pouco resta se não concluir que o STJ considerou como de execução atos que não se enquadram em nenhuma das alíneas do art. 22.º, n.º 2, do Código Penal, definidos pelo poder legislativo como (os únicos) atos de execução de um crime¹⁴⁸. Portanto, não aplicou *materialmente* o Código Penal português, punindo o agente por uma espécie de “proposición” de homicídio não prevista em lei anterior (vigora, entre nós, o princípio *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*, artigos 1.º, n.º 1, do Código Penal e 29.º, n.º 1 e 3, da Constituição).

5.2. A punição da cumplicidade na tentativa de determinação

No acórdão de 20.09.2018¹⁴⁹, o STJ afastou-se da jurisprudência fixada no AFJ n.º 11/2009, absolvendo a arguida e o seu cúmplice na preparação do crime. Porém, ao abrigo do previsto no art. 446.º, n.º 2, do CPP, o Ministério Público e o assistente interpuseram recurso extraordinário contra aquela decisão, tendo o STJ, no acórdão de 13.02.2020, se pronunciado no sentido de manter aquela jurisprudência, por entender que não se verificavam os pressupostos de reexame da jurisprudência fixada. Revoga-se, assim, a decisão absolutória e ordena-se a baixa do processo à 1.ª instância para condenação não só da arguida, mas também do seu cúmplice.

Em relação à assertividade da decisão do STJ, ao absolver os arguidos naquele acórdão, reproduzimos as conclusões daquele Coletivo, designadamente, em relação ao enquadramento daquelas circunstâncias no quadro da determinação-autoria e da ausência

¹⁴⁸ Cf. HELENA MORÃO, *Autoria e Execução...*, op. cit., p. 309.

¹⁴⁹ Proc. n.º 1324/15.8T9PRT.P1.S1, que revoga o Ac. do TRP de 27.09.2017, cuja decisão foi no sentido de condenar a arguida por autoria mediata de um crime de homicídio, na forma tentada, por entender-se que os atos típicos ilustrados no caso modelo enquadram-se na previsão da al. c) do art. 22.º do CP. Disponível em www.dgsi.pt

de punição no ordenamento jurídico-penal português das meras tentativas de determinação¹⁵⁰. Adita-se, porém, em relação à não punibilidade do cúmplice o seguinte:

A cumplicidade é uma participação dolosa no facto doloso de outrem (art. 27.º do CP). Admite-se que o auxílio moral ou material seja prestado na fase de planeamento e preparação do delito, porém, para punição do cúmplice é necessário que o facto do autor, para além de ilícito-típico (acessoriedade limitada), alcance certo estágio de realização (acessoriedade dita quantitativa ou externa). Ora, é precisamente este último pressuposto que impede a punição das meras participações na tentativa de determinação, uma vez que, em tais casos o agente mediato não logrando êxito no processo de convencimento do potencial executor, a ação pretendida por aquele não atinge o estágio mínimo exigível, que é o da tentativa¹⁵¹.

Porém, importa ressaltar que, no caso *sub judice*, coube ao cúmplice a “contratação dos potenciais executores e a indicação dos pormenores relacionados à prática do delito”. Ora, sendo certo que o cúmplice não pratica atos de execução do crime, questiona-se, legitimamente, a coerência da punição como cúmplice do agente que praticou precisamente parte dos atos considerados, no AFJ n.º 11/2009, como atos de execução. Do nosso ponto de vista, há apenas duas conclusões a considerar: ou o STJ julgou distintamente *duas situações idênticas* ou este tribunal considerou como ato de execução exclusivamente a *entrega da quantia monetária*, tendo em conta que só este ato foi praticado exclusivamente pela agente-determinadora. Considera, assim, aquele tribunal que, com a entrega daquela quantia, dá-se a imediata transição dos atos típicos da alínea c) para os atos idóneos a produzir o resultado morte. Todavia, este entendimento é contrariado pela matéria de facto fixada pelo Juízo Central Criminal do Porto, na qualidade de 1ª instância. Consta daquela matéria que os potenciais executores visavam apenas o fácil enriquecimento. Sendo certo que não adquiram qualquer arma-de-fogo, fica por se esclarecer em que momento a arma inexistente representou um perigo iminente para a vida da vítima.

¹⁵⁰ Em sentido idêntico, Ac. do TRP de 10.02.2016, disponível em www.dgsi.pt.

¹⁵¹ De modo desenvolvido, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito...*, op. cit., pp. 960-979.

5.3. Os riscos da não intervenção legislativa

Na esteira de Figueiredo Dias¹⁵² dir-se-á que o caminho da punição da tentativa de determinação se deverá dirigir não à *lege lata*, mas à *lege ferenda*. É efetivamente este o caminho a percorrer na verificação da dignidade penal do comportamento que aqui analisamos.

Defendemos, no início desta investigação, que a uniformização de jurisprudência que se pretendia alcançar, com o acórdão n.º 11/2009, está longe de ser conseguida. Está em causa a obediência à lei por parte dos tribunais (art. 203.º da CRP) e o efeito persuasor de um acórdão de fixação de jurisprudência (artigos 445.º e 446.º do CPP), com clara tendência prejudicial para aquele último.

Distintamente do STJ, a nossa crítica é dirigida ao legislador, não se percebe, porém, qual será tal fundamento da negação da dignidade penal, v.g., aos casos de contratação sem êxito de outrem para matar menores de idade, e a atribuição dessa dignidade em determinados casos claramente menos graves (v.g., art. 176.º, n.º 4, do CP). De igual modo, pune-se a detenção de papel, formas, prensas de cunhar, etc. (art. 271.º), questiona-se a coerência da lei ao proteger, numa fase precoce do *iter criminis*, aqueles bens jurídicos e recusar a mesma proteção em relação ao bem jurídico vida.

A dignidade penal é entendida como a expressão de um juízo qualificado de intolerabilidade social, assente na valoração ético-social de uma conduta, na perspetiva da sua criminalização e punibilidade¹⁵³. Ora, parece-nos evidente que a tentativa de determinação para o homicídio representa um comportamento antissocial, altamente reprovável e intolerável.

No art. 31.º do Projeto de Eduardo Correia, previa-se expressamente a punição da tentativa de determinação, porém esta norma não passou para o texto do CP de 1982, sendo de concluir que o legislador optou por não atribuir relevância penal a tais comportamentos¹⁵⁴.

¹⁵² Cf. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito...*, op. cit., p. 931.

¹⁵³ Cf. MANUEL DA COSTA ANDRADE, *A Dignidade Penal e a Carência de Tutela Penal como Referencias de uma Doutrina Teleológico-Racional do Crime*, RPCC, Ano 2, 1992, pp. 179 e 184.

¹⁵⁴ Cf. Actas das Sessões..., cit., p. 206.

Anota-se, porém, que aquele projeto previa a punição indiscriminada das tentativas de determinação. Como bem se depreende das declarações de Gomes da Silva, aquele Vogal admitia a punição desses comportamentos em determinados crimes graves (v.g., instigação pública ao crime)¹⁵⁵. É nosso entendimento que o critério da gravidade não deve ser desconsiderado, por esta razão deverá ser rejeitada a punição indiscriminada de qualquer tentativa de determinação tal como formulado pelo legislador alemão (§ 30 do StGB)¹⁵⁶. Dúvidas subsistem em relação à compatibilidade dessas normas com o regime da tentativa impossível e da desistência. Com os artigos 32.º do Projeto de Eduardo Correia e § 31 do StGB tenta-se colmatar as incompatibilidades com o regime da desistência, entretanto parece-nos evidente o risco de instalação de um “direto penal policial” em que aqueles que não são descobertos na fase da preparação terão a oportunidade de desistir no estágio da tentativa, já os que são descobertos naquela primeira fase sujeitam-se à punição com base naquelas normas.

Parece-nos mais acertada a opção do legislador espanhol. Naquele ordenamento jurídico, a tentativa de determinação só é punível nos casos especialmente previstos na lei (artigos 17.º, n.º 3 e 18.º, n.º 2), com esta construção torna-se desnecessária a previsão de um artigo específico para os casos de desistência.

No contexto nacional, uma eventual solução seria a adequação da proposta de Eduardo Correia às referidas disposições do CP espanhol, passando a ler-se: «a tentativa de determinar outrem à prática de um crime só é punível nos casos especialmente previstos na lei»; «o disposto no número anterior é igualmente aplicável a quem aceita a oferta de outrem, ou quem se declara disposto a cometê-lo».

Contudo, do nosso ponto de vista, é claramente melhor proposta a apresentada por Susana Aires de Sousa. O art. 21.º do Código Penal estabelece como regra a não punição da preparação do crime, ressalvando a existência de uma norma que, na parte especial, tipifique o comportamento. Portanto, para um eventual enquadramento do comportamento que aqui analisamos, não é necessária qualquer alteração na parte geral do Código Penal,

¹⁵⁵ Cf. Actas das Sessões..., cit., p. 207.

¹⁵⁶ Em sentido idêntico, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal – Sumários e Notas das Lições ao 1.º ano do Curso Complementar de Ciência Jurídicas da Faculdade de Direito de 1975-1976*, Coimbra, 1976, p. 88.

bastaria para o efeito a previsão expressa na parte especial, v.g., da punição da tentativa de determinação para o homicídio, quer seja sob a forma de um delito autónomo ou enquanto ato preparatório do crime de homicídio. A punição de comportamentos do género na parte especial não se consubstancia em qualquer novidade, estando expressamente tipificado, por exemplo, para os crimes de suborno, lê-se no art. 363.º que «quem convencer ou tentar convencer outra pessoa, através de dádiva ou promessa de vantagem patrimonial ou não patrimonial (...) é punido com pena de prisão até dois anos (...)»¹⁵⁷. Deste modo, para o reforço da tutela penal de bens jurídicos como a vida, a intervenção do legislador cingir-se-ia na aposição de uma norma que prevê-se expressamente, por exemplo:

Artigo 133.º (...)

1. Quem convencer ou tentar convencer outra pessoa, nomeadamente, por intermédio de uma vantagem patrimonial ou não patrimonial, ordem ou pedido inequívoco, a praticar os factos previstos nos artigos 131.º e 132.º, sem que estes venham a ser cometidos, é punido com pena de prisão até (...).
2. O disposto no número anterior é igualmente aplicável a quem constringer outrem a praticar o crime.

Com a previsão do n.º 2, pretende-se estender a punição ao agente mediato que tenta instrumentalizar outrem, sem que o crime venha a ser cometido, uma vez que, não nos parece que haja razões ponderáveis para tratamento diverso do agente que v.g., por não dispor de uma contrapartida patrimonial, tenta enganar ou coagir outra pessoa a praticar o crime. A expressão “nomeadamente”, prevista no n.º 1, permite ao intérprete adequar a norma a determinada factualidade *similarmente estruturada*.

São por demais evidentes os riscos da não intervenção do legislador. No quadro atual, a punição do agente não depende dos factos propriamente cometidos, mas da *sorte* ou *azar*, de adesão ou rejeição da jurisprudência fixada por parte do julgador, levando a que uns sejam submetidos à privação da liberdade, num intervalo de 2 a 16 anos, e outros, nas mesmas circunstâncias, mandados em paz e liberdade. Não cremos ser esta a justiça pretendida pela maioria das pessoas num estado de direito.

¹⁵⁷ Cf. SUSANA AIRES DE SOUSA, *Contratado...*, op. cit., pp. 219-220.

§ 6. CONCLUSÕES FINAIS

Chega-se ao fim deste percurso científico assente na problemática da punição do agente que astuciosa e dolosamente tenta determinar outrem a cometer (“per si”) um ilícito criminal.

Passamos a descrever as principais conclusões em relação à ausência de punibilidade no ordenamento jurídico-penal português do comportamento típico ilustrado no caso modelo:

1. O legislador impôs que à conduta prevista na parte final do art. 26.º do Código Penal fosse considerada autoria apenas nos casos em que aquele comportamento tivesse como resultado a prática de atos de execução pelo determinado. Sempre que a ação do agente mediato não produza tais efeitos aquela previsão normativa não poderá ser aplicada por carência de um dos seus pressupostos cumulativos. Ora, é precisamente por não se verificarem os pressupostos cumulativos da determinação-autoria, que as meras tentativas de preencher aqueles requisitos não são puníveis. Esta ausência de punição é imposta pelo princípio da legalidade criminal que admite apenas a sentença criminal quando determinado comportamento seja considerado crime por lei anterior à ação praticada pelo agente (artigos 1.º do CP e 29.º da CRP);
2. Não pode, porém, o intérprete, de forma a superar tal ausência de punição, enquadrar aquele comportamento na previsão do art. 26.º, 2ª modalidade, como vimos, também aqui se exige determinados pressupostos cumulativos, de tal modo que o agente só responde como autor mediato quando efetivamente obtém êxito na instrumentalização de outrem. As meras tentativas de instrumentalização não são entre nós sancionadas criminalmente. Na autoria mediata não é necessária a previsão expressa de exigência de começo de execução pelo agente imediato. Uma vez que, o legislador começa por se referir a “quem executar o facto”, não faria sentido e seria redundante uma construção legislativa que previsse que «é punível como autor quem executar o facto (...) desde que haja execução.

3. Os processos de determinação e de instrumentalização de outrem são, por regra, internos e psicológicos e devem ser exteriorizados com a prática de atos de execução pelo agente imediato. Nos casos em que não se verifique a prática de atos de execução pelo instrumento ou pelo determinado, as tipologias de autoria mediata e de determinação-autoria ficam desde logo excluídas por carência dos pressupostos “execução por intermédio de outrem” e “determinação de outrem, desde que haja execução ou começo de execução”. Para o efeito bastará o intérprete invocar o não preenchimento dos pressupostos cumulativos daquelas formas de autoria.
4. Defendemos neste estudo que a tentativa na autoria mediata pode iniciar-se com a ação do homem-de-trás, mas tal possibilidade não visa a punição do agente como autor mediato naquelas situações em que só este intervém no crime. O que se pretende com aquela possibilidade é a consideração da ação do homem-de-trás e do homem-da-frente como uma unidade. Ora, para poder se falar em *unidade de norma*, tem de se verificar pelo menos dois atos com relevância criminal, um praticado pelo homem-de-trás (início da tentativa) e outro pelo homem-da-frente (continuação ou consumação). Isto não significa, porém, que o agente, no momento em que dá início à execução, deixe de atuar como autor imediato, simplesmente não será punido como tal por interseção das regras da unidade de norma na modalidade de subsidiariedade implícita, o agente será punido como autor mediato, uma vez que, foi nessa condição que o crime mais grave foi praticado (consumação pelo homem-da-frente).
5. Deste modo, perante a factualidade ilustrada no caso modelo, deverá o intérprete: primeiro verificar se há uma efetiva comparticipação criminosa. Caso se verifique que só há um comportamento com relevância penal, deverão ser afastadas, desde logo, as figuras comparticipativas da autoria mediata, da coautoria e da determinação-autoria. O passo seguinte cinge-se na verificação do preenchimento dos pressupostos da autoria imediata, designadamente, se o agente praticou, ele próprio, atos de execução do crime que pretendia cometer. Esta verificação cinge-se na análise da al. c) do n.º 2 art. 22.º do Código Penal, nestes termos, o intérprete deverá verificar se, imediatamente após a conduta do agente e salvo circunstâncias imprevisíveis, seguirão os atos idóneos a produzir o resultado típico ou o preenchimento de um elemento constitutivo do tipo.

Porém, nada disso se verifica no caso modelo e, por carência do pressuposto “execução por si mesmo”, a autoria imediata também não pode ser afirmada.

6. O caminho da punição da tentativa de determinação deverá dirigir-se não à *lege lata*, mas à *lege ferenda*. Nessa perspectiva, defendemos que tal comportamento, quando dirigido aos crimes mais graves, v.g., tentativa de determinação para o homicídio, adquire dignidade penal e carece de tutela por representar um nível de intolerabilidade e repugnância social que não deve ser desvalorizado pelo legislador a quem a comunidade espera uma determinada reação, de forma a devolver a tranquilidade e paz pública. Com enfoque no direito a constituir, evidenciamos neste estudo uma das soluções apresentada pela doutrina para tutela penal da tentativa de determinação para o homicídio, dando o nosso contributo com o ensaio do texto da norma.
7. Porém, enquanto se mantiver o vazio legal em relação à punibilidade das tentativas de determinação, ao abrigo do princípio da legalidade, os tribunais deverão abster-se de sentenciar criminalmente comportamentos não previstos como crimes em lei anterior.

Tendo em atenção o grau de controvérsia em matéria de punibilidade da tentativa de determinação, na esteira de Eneu Domício Ulpiano, sempre se dirá que “*A lei é rigorosa, mas é a lei*”.

BIBLIOGRAFIA

- Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal, Parte Geral, Vol. 1, Ministério da Justiça, Lisboa, 1965.
- ALBUQUERQUE, PAULO PINTO DE, *Comentário do Código Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3.^a Edição, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2015, pp. 196-206.
- ANDRADE, MANUEL DA COSTA, *A Dignidade Penal e a Carência de Tutela Penal como Referências de uma Doutrina Teleológico-Racional do Crime*, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 2, 1992, pp. 173-205.
- BELEZA, TEREZA PIZARRO, *Ilicitamente Comparticipado, O Âmbito de Aplicação do art. 28.º do Código Penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 1988, pp. 11-21.
- _____, *Direito Penal*, Vol. 2, Associação Académica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1983, pp. 463-467.
- BRANDÃO, NUNO, *Pacto para Matar: Autoria e Início de Execução (Comentário ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 16 de Outubro de 2008)*, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 18, N.º 4, pp. 531-605.
- CORREIA, EDUARDO, *Direito Criminal*, Vol. 2, Reimpressão, Almedina, Coimbra, 2016.
- COSTA, ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA, *Ilícito Pessoal, Imputação Objetiva e Comparticipação em Direito Penal*, Tomo I e II, Almedina, Coimbra, 2017.
- COSTA, JOSÉ DE FARIA, “*Formas do Crime*”, Centro de Estudos Judiciários – Jornadas de Direito Criminal. O Novo Código Penal Português e legislação complementar, Lisboa, 1983, pp. 172 e ss.

- DEMETRIO CRESPO, EDUARDO, *Sobre El Comienzo de la Tentativa en la Autoría Mediata*, disponível em http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/ 2001, pp. 27-44.
- DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, *Direito Penal, Parte Geral*, 3ª edição, GESTLEGAL Editora, 2019.
- _____, *Direito Penal – Sumários e notas das Lições ao 1.º ano do Curso Complementar de Ciência Jurídicas da Faculdade de Direito de 1975-1976*, Coimbra, 1976, pp. 78-98.
- _____, *La Instigación como Autoría, Un Requiem por la «Participación» como Categoría de la Dogmática Jurídico-Penal Portuguesa? Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson Civitas, pp. 343-362.
- DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO e BRANDÃO, NUNO, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial*, Tomo I, 2ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 35-45.
- DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO e SOUSA, SUSANA AIRES DE, *Autoria Mediata do Crime de Condução Ilegal de Veículo Automóvel (Comentário ao Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 24 de Novembro de 2004)*, Revista de Legislação e Jurisprudência, N.º 3937, pp. 249-260.
- FERREIRA, MANUEL CAVALEIRO DE, *Lições de Direito Penal, Parte Geral I*, Reimpressão da 4.ª Edição de 1992, Almedina, Coimbra, 2010.
- _____, *Da Comparticipação Criminosa*, Oficinas Gráficas, Lisboa, 1934, pp. 187 e ss.
- GARCIA, ANA RITA GONÇALVES, *Da Relevância Jurídico-Penal da Instigação sem Início de Execução*, Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Repositório da UC, 2013, pp. 81-83.

- JAKOBS, GÜNTHER, *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y Teoría de la Imputación*, 2.^a Edição, Madrid, 1997, pp. 805 e ss.
- JELLINEK, GEORG, *Teoria General Del Estado, traducción le la segunda edicion alemana y prologo por Fernando de Los Rios*, Buenos Aires, Editorial Albatros, 1954.
- JESCHEK, HANS-HEINRICH, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Comares Editorial, Granada, 1993.
- JESCHECK, HANS-HEINRICH e WEIGEND, THOMAS, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Editorial Comares, Granada, 2002.
- JORDÃO, LEVY MARIA, *Comentário ao Código Penal Portuguez*, Tomo I, Typographia de José Baptista Morando, Lisboa, 1853.
- KERLINGER, FRED NICHOLS, *Foundation of Behavioral Research*. New York, Holt, Rinehart and Winston, 1973.
- MAURACH, REINHART, GÖSSEL, KARL HEINZ E ZIPF, HEINZ, *Derecho Penal, Parte General, Formas de Aparición del Delito y las Consecuencias jurídicas del hecho*, Astrea, Buenos Aires, 1995.
- MORÃO, HELENA, *Autoria e Execução Comparticipadas*, Almedina, Coimbra, 2014.
- _____, *Autoria e Participação no “Crime Contratado”*, 2º Congresso de Investigação Criminal, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 57-69.
- _____, *Da instigação em Cadeia, “Contributo para a Dogmática das Formas de Comparticipação na Instigação”*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO E GARCÍA ARÁN, MERCEDES, *Derecho Penal, Parte General*, 8ª edição, Valência, 2010, pp. 447 e ss.

- PALMA, MARIA FERNANDA, *Da “Tentativa Possível” em Direito Penal*, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 29-132.
- HERNÁNDEZ PLASENCIA, JOSÉ ULISES, *La Autoría Mediata en Derecho Penal*, Granada, 1996, pp. 105 e ss.
- PUPPE, INGEBORG, *Der Objektive Tatbestand der Anstiftung*, GA, 1984, pp. 101 e ss.
- RAPOSO, JOÃO ANTÓNIO, *A Punibilidade nas Situações de “Instigação em Cadeia”*, Cadernos O Direito, Ano 133, Juri Direito – Edições Jurídicas, Lisboa, 2001.
- ROSAL BLASCO, BERNARDO DEL, *La Regulación Legal de Los Actos Preparatorios en el Código Penal de 1995, Homenaje al Professor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson Civitas, Navarra, 2005, pp. 949-968.
- ROXIN, CLAUS, *Autoría y Dominio Del Hecho en Derecho Penal*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 1998.
- _____, *Der Anfang des Beendeten Versuchs, zugleich ein Beitrag zur Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch bei den Unechten Unterlassungsdelikten*, in Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag, Karlsruhe, 1972, pp. 213-233.
- _____, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Band II, Besondere Erscheinungsformen der Straftat, 2003.
- _____, *Tatentschluss und Anfang der Ausführung beim Versuch*, in Jus, 1979, pp. 10 e ss.
- _____, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 7ª Edição, 2000, pp. 143-148.
- SANTOS, MARIA JOSÉ MOUTINHO, *Liberalismo, Legislação Criminal e Codificação. O Código Penal de 1852. Cento e cinquenta anos da sua publicação*. Revista da Faculdade de Letras, HISTÓRIA, III Série, Vol. 3, Porto, 2002, pp. 97-102.
- 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 e Criminal, Ano 27, 2017, pp. 181-220.

- _____, *A Autoria nos Crimes Específicos: Algumas Considerações Sobre o Artigo 28.º do Código penal*, RPCC, Ano 15, N.º 3, 2005, pp. 343-368.
- _____, *Questões Fundamentais de Direito Penal da Empresa*, Almedina, Coimbra, 2019, pp. 47-58.
- STRATENWERTH, GÜNTER, *Derecho penal, Parte General I, El hecho Punible*, Thomson Civitas, Navarra, 2000, pp. 364 e ss.
- TAVARES, JOSÉ, *Os Princípios Fundamentais do Direito Civil*, Vol. 1, Coimbra Editora, Coimbra, 1922, pp. 21-29.
- FARRÉ TREPAT, ELENA, *Sobre el Comienzo de la Tentativa en los Delitos de Omisión, en la Autoría Mediata, y en la actio libera in causa*, in EPC, XIII, 1990, pp. 76 e ss.
- VALDÁGUA, MARIA DA CONCEIÇÃO, *Autoria Mediata em Virtude do Domínio da Organização ou Autoria Mediata em Virtude da Subordinação do Executor à Decisão do Agente mediato?* In Liber Discipulum para Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pp. 651-672.
- _____, *Figura Central, Aliciamento e Autoria Mediata (contributo para uma crítica intra-sistemática da doutrina de Claus Roxin sobre a delimitação da autoria mediata face à participação, no âmbito dos crimes de domínio)*, Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues, Vol. 1, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pp. 917-939.
- _____, *Observações suscitadas pela conferência do professor Claus Roxin “Autoria mediata através de domínio da 109 organização”*, Lusíada: revista de ciência e cultura. Direito, série II, número 3, Universidade Lusíada Editora, Lisboa, 2005, pp. 151-154.
- VARELA, JOÃO ATHAYDE, *Os Limites de Punibilidade em Sede de Autoria*, Coimbra Editora, Coimbra, 2015.

JURISPRUDÊNCIA CITADA

Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça (disponíveis em www.dgsi.pt):

— de 31 de Outubro de 1996 (Proc. n.º 048948);

— de 16 de Outubro de 2008 (Proc. n.º 048948);

— de 18 de Junho de 2009 (Proc. n.º 09P0305);

— de 20 de Setembro de 2018 (Proc. n.º 1324/15.8T9PRT.P1.S1);

— de 13 de Fevereiro de 2020 (Proc. n.º 1324/15.8T9PRT.P1.S1-A).

Acórdãos do Tribunal da Relação do Porto

— de 10 de Fevereiro de 2016 (Proc. n.º 1898/09.2JAPRT.P1), disponível em www.dgsi.pt

— de 27 de Setembro de 2017 (Proc. n.º 1324/15.8T9PRT.P1), não publicado.