

PACTO PARA MATAR: AUTORIA E INÍCIO DE EXECUÇÃO

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 16 de Outubro de 2008

Processo n.º 3867/07, 5.ª Secção

RESUMO: *Anotação crítica à decisão judicial de condenar como autor mediato de homicídio na forma tentada o agente que tendo aliciado outrem para a formação de um pacto para matar uma terceira pessoa, sua mulher, viu gorados os seus propósitos pela circunstância de os destinatários da sua proposta criminosa o terem denunciado à Polícia Judiciária. O caso é apreciado na perspectiva das teorias da comparticipação e da tentativa e, uma vez integrado no quadro da figura da instigação, conclui-se pela sua completa irrelevância à luz da lei penal portuguesa em vigor.*

PALAVRAS-CHAVE: *Pacto criminoso; aliciamento; comparticipação; tentativa; autoria mediata; instigação; tentativa de instigação; actos de execução; actos preparatórios.*

Acordam no Supremo Tribunal de Justiça:

Relatório:

Em processo comum, o Tribunal Colectivo da 4.ª Vara Criminal do Círculo do Porto, por Acórdão de 09-07-2007, absolveu M da prática de um crime de homicídio qualificado, na forma tentada, p. e p. pelos arts. 22.º, 23.º, 73.º, 131.º e 132.º, n.ºs 1 e 2, als. d) e i) do Código Penal, pelo qual vinha acusado.

Dessa decisão absolutória interpôs recurso o Ministério Público, circunscrito à matéria de direito, ao abrigo do artigo 432.º, d), do CPP/95, para o que das alegações apresentadas tirou as seguintes conclusões:

- 1º - O arguido planeou detalhadamente, mesmo quanto ao meio, o assassínio da esposa e encomendou a execução desse plano a terceiros;
- 2º - o plano não teve concretização, por razões alheias à vontade do seu autor;
- 3º - no que respeita à autoria, tal conduta é qualificável como autoria mediata e não como instigação.
- 4º - Com efeito, a conduta do arguido é subsumível na 2.ª proposição da norma do artigo 26.º do CP, que estabelece que "é punível como autor quem executar o facto... por intermédio de outrem";
- 5º - ao planear, delinear detalhes de execução e ao encomendar e pagar a execução, o arguido assumiu a posição a que a doutrina, no domínio das teses de autoria, designa como o "homem-de-trás";
- 6º - "homem-de-trás" que é um autor mediato, por não executar o facto directamente, mas que o mantém sob seu domínio, na vertente do domínio da vontade, controlando a execução e podendo dela desistir, querendo fazê-lo.
- 7º - No caso em apreço, a execução do plano só não ocorreu por razões alheias à vontade do autor, razões que o próprio desconhecia.
- 8º - Entende a doutrina que, se o autor imediato não chegar a executar o crime, o início da tentativa, na esfera do autor mediato, verificar-se-á quando os seus actos possam abranger, pelo menos, o tipo de actos de execução definidos na alínea c) do n.º 2 do artigo 22.º do CP.
- 9º - Ao encomendar a execução do plano, o arguido deixou o processo causal decorrer livremente, fora do seu domínio e no domínio do executante do contrato, a quem até havia pago;

10° - e assim, como bem compreendeu o Tribunal da Relação do Porto, no Acórdão em que se apreciava a prisão preventiva a que o arguido foi sujeito, os actos praticados pelo arguido podiam fazer esperar que se lhes seguissem os actos idóneos a produzir a morte da esposa, morte que desejava;

11° - o mesmo é dizer: a conduta do arguido ultrapassou o patamar dos actos preparatórios, descendo aos de execução, na previsão da alínea *c*) do n.º 2 do artigo 22.º do CP.

12° - Assim, como autor mediato, o arguido praticou actos de execução do crime de homicídio que planeara, contra a sua mulher, a MT.

13° - O douto Acórdão recorrido violou as normas dos artigos 22.º, n.º 1 e n.º 2, *c*), 23.º, 26.º, 73.º, 131.º e 132.º, n.º 1 e 2, *d*) e *i*), todos do CP.

14° - Deverá o Acórdão ser revogado e substituído por outro que condene o arguido M como autor mediato, de um crime de homicídio qualificado, na forma tentada, *p* e *p*. pelas normas conjugadas dos artigos 22º, 23º, 73º, 131º e 132º, n.º 1 e 2, *d*) e *i*) do CP.

Respondeu o arguido, concluindo que:

1. O Acórdão recorrido faz uma aplicação irrepreensível do direito vigente, *maxime* do art. 26.º do Código Penal, e não pode ser senão objecto de confirmação, devendo manter-se no presente a decisão absolutória nele contida.

2. Na realidade, por onde quer que se perspetive os factos provados – pela óptica do conceito extensivo de autoria ou do conceito do domínio do facto – chegar-se-á sempre à conclusão de que os mesmos não são objecto de previsão incriminadora em lei penal vigente à data da sua prática.

3. Em qualquer das orientações, e porque se dá como provado que os interlocutores do arguido actuaram sempre de livre vontade e com pleno conhecimento dos factos, a situação em causa deve integrar-se no campo da instigação.

4. Porque face a qualquer uma daquelas concepções, em sede de instigação constitui condição *sine qua non* para que o mandante seja penalmente responsabilizado pela sua acção de determinação sobre o executor é que este dê, pelo menos, início à execução,

5. e porque realmente ficou provado que em momento algum os interlocutores do arguido se predisuseram a matar ou a servir de intermediários para matar a assistente e que os mesmos não realizaram qualquer acto de execução de que pudesse resultar a morte da assistente,

6. estaríamos, quando muito, perante tentativa de instigação e não instigação propriamente dita.

7. À luz da lei penal portuguesa, a tentativa de instigação não é punível.

8. Assim sendo, e na linha do Acórdão do STJ de 31-10-1996, bem concluiu o douto Tribunal *a quo* que a conduta do arguido não chegou a assumir relevância penal.

9. A motivação do douto recurso do Ministério Público louva-se fundamentalmente no pensamento da Mestre Maria da Conceição Valdágua, que, na realidade, propõe o aliciamento como figura próxima da autoria mediata.

10. Mas daí a considerar, como insinua o Ministério Público, que no caso em apreço a doutrina de Conceição Valdágua conduziria à punição do arguido, apesar de os seus interlocutores não terem praticado qualquer acto de execução, não só não corresponde à verdade, como inclusive é desmentido pela posição expressamente assumida por aquela Autora:

11. "Isto, todavia, só será relevante para quem sustente, quanto ao início da tentativa do autor mediato, alguma das teses que admitem que a tentativa, pode começar, em regra, antes de o agente imediato praticar qualquer acto de execução, entendimento que, no seu conteúdo essencial, nos parece de rejeitar" (MARIA DA CONCEIÇÃO VALDÁGUA, "Autoria Mediata em virtude", *in: Liber Discipulorum para Jorge Figueiredo Dias*, p. 671 e seg.).

12. Segundo Conceição Valdágua, mesmo considerando que o aliciador é autor mediato a sua punibilidade deverá, pois, em regra, depender da prática de actos de execução pelo executor.

13. Assim, aplicando à matéria provada o pensamento de Conceição Valdágua – considerando-o na sua íntegra e não de uma forma truncada, como propõe o Ministério Público – conclui-se necessariamente pela irrelevância da conduta penal do arguido, uma vez que os seus interlocutores não praticaram qualquer acto do qual pudesse vir a resultar, de forma imediata ou sequer remota, a morte da assistente.

14. Na douta motivação do Ministério Público invoca-se ainda o decidido no Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 20-09-2006, tirado em sede de recurso de medida de coacção aplicada ao arguido, e no célebre Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça sobre o caso Meia Culpa.

15. Não há, todavia, qualquer paralelismo entre este caso e o caso da Meia Culpa, pois há um "pormenor" que faz toda a diferença: enquanto no caso Meia Culpa os executores mataram 13 pessoas; aqui os supostos destinatários da ordem para matar foram logo denunciar a situação à Polícia Judiciária.

16. Demais que, como já se referiu, no domínio do conceito extensivo de autoria, a melhor doutrina entende que "a autoria mediata postula que o facto a que o executor foi determinado alcance, pelo menos, um começo de execução".

17. E também o Supremo Tribunal de Justiça considerou já que "para ser punível a autoria moral, é, antes de mais, necessário que o suposto autor material represente e queira o correspondente crime (no caso, um homicídio voluntário) e que o comece a executar". (Sum. do Ac./STJ de 31.10.1996 – proc. n.º 04 8948 – www.dgsi.pt).

18. Carece de fundamento a interpretação "adrede" pensada pelo Ilustre Recorrente, devendo negar-se provimento ao recurso.

(...)

*

Fundamentação:

A)

A motivação do recorrente – o M.P. – centra-se na questão da qualificação jurídica dos factos, pugnando pela condenação do arguido como autor mediato de um crime de homicídio qualificado, na forma tentada, p. e p. pelas disposições conjugadas dos artigos 22.º, 23.º, 73.º, 131.º e 132.º, n.ºs 1 e 2, als. d) e i), todos do CP. Como se sabe, o Acórdão recorrido fundamentado no artigo 26.º – última parte – do CP absolveu o arguido perfilhando o entendimento que aí se configurava um caso de instigação, mas não punível por não ter ocorrido execução ou começo de execução; muito menos seria então caso para punição de tentativa de instigação, cuja punição a lei nem sequer contempla.

A questão que o Supremo Tribunal é chamado a decidir assenta, pois, no dimensionamento da acção participativa do arguido M no evento que lhe é imputado, tendo por base a factualidade apurada na instância recorrida.

B)

Na instância recorrida foram dados como provados os seguintes factos: (transcrição)

1 - O arguido M e a assistente MT, são casados entre si.

(...)

8 - Entretanto, a vida conjugal da assistente e do arguido foi-se deteriorando até que, em data indeterminada do mês de Setembro de 1999, se deu o rompimento total e definitivo.

(...)

19- O arguido M delineou um plano criminoso no sentido de proceder à eliminação física da assistente, MT, sua mulher, ou seja, matá-la.

20- Para este efeito, o arguido resolveu contratar uma ou duas pessoas que fossem capazes de levar por diante os seus intentos, mediante o pagamento de um montante a combinar, sendo que todos os pormenores, nomeadamente o modo; local e data, para a boa prossecução de tal plano, seriam determinados e ditados pelo arguido.

21- Assim e na sequência deste plano, em data não apurada mas sensivelmente uma semana antes da recepção da carta redigida em Língua Russa, o arguido M contactou telefonicamente o armazém de SP, tendo sido atendido por AZ, com quem manteve uma conversa com duração aproximada de 3 minutos.

22- O arguido, que não se identificou, afirmou pretender falar com "Yuri" ou com o "patrão", tendo sido esclarecido, pelo AZ, que ali não trabalhava qualquer indivíduo com aquele nome e que tão pouco o patrão dominava a Língua Portuguesa, razão por que melhor seria falar consigo.

23- O arguido M referiu, então, que precisava de alguém "para tomar conta de uma pessoa" (sic), tendo AZ ficado convencido de que aquele procurava alguém que cuidasse de uma pessoa, idosa ou doente.

- 24- Assim, sugeriu ao arguido que se deslocasse ao estabelecimento comercial "T", sito na Rua..., na cidade do Porto, onde poderia colocar um anúncio no placar ali existente, destinado, justamente, à afixação de anúncios diversos, para o que, inclusivamente, ali se encontravam disponíveis pequenos formulários.
- 25- Esta sugestão de AZ foi recusado pelo arguido que referiu preferir enviar uma carta, não tendo, contudo, solicitado, aquele, a morada para onde deveria remeter tal carta
- 26- Em data não apurada mas situada na semana de 15 a 19 de Maio de 2006, o arguido enviou para o estabelecimento comercial "T", no Porto, uma carta redigida em Língua Russa, remetida por correio azul, foi enviada num envelope branco, sem remetente, e era dirigida a "Sr. Yuri..., Lda., Rua...; - Porto", palavras escritas com utilização de escantilhão.
- 27- O envelope era em tudo idêntico ao constante de fls. 805 dos autos, ou seja, àquele em que, posteriormente enviou a primeira carta redigida em Língua Portuguesa e que o denunciante, SP, devidamente identificado a fls. 813 dos autos, entregou à Polícia Judiciária do Porto, quando da denúncia dos factos.
- 28- SP, que era quem sempre abria a correspondência remetida para o estabelecimento, abriu o envelope em causa.
- 29- Esta carta, escrita a computador, numa folha branca de tamanho A4, encontrava-se redigida em língua russa e, portanto, em alfabeto cirílico.
- 30- Não obstante as palavras constantes do texto existirem e estarem correctamente escritas, a missiva apresentava-se desprovida de qualquer sentido, não passando de um conjunto de frases desconexas e, por isso, de teor imperceptível.
- 31- SP manteve a carta em seu poder, no seu estabelecimento, durante dois ou três dias, após o que a destruiu, tendo durante este lapso de tempo, AZ, lido o conteúdo da carta em causa.
- 32- Em data posterior, SP relatou a OR, seu amigo, que recebera a carta aqui em questão.
- 33- Três ou quatro dias depois de enviar a carta em questão, eventualmente a 22 ou 24 de Maio, o arguido contactou novamente e telefonicamente o armazém do denunciante, tendo o AZ atendido a chamada em causa, na presença de SP.
- 34- O arguido perguntou a AZ se tinham recebido a carta que lhes enviara, tendo-lhe aquele respondido afirmativamente, acrescentando, porém, que o seu teor era imperceptível.
- 35- Nesta altura, ainda AZ admitia, à semelhança de SP, que o arguido pretendia contratar os serviços de alguém para cuidar de uma pessoa, razão por que lhe sugeriu que enviasse uma nova carta mas redigida em Português, por forma a poderem afixá-la no placar existente na loja.
- 36- No dia 25 de Maio de 2006, o arguido remeteu, pelo correio, para o estabelecimento comercial do denunciante, no sobrescrito cujo original se encontra junto a fls. 805 dos autos, a carta cujo original se encontra junta a fls. 806.
- 37- Nesta carta, o arguido adianta as primeiras informações, escassas, sobre a pessoa de quem, afinal, precisava que "cuidassem", subentenda-se, matassem – uma "pessoa", residente em Braga e com filhos.
- 38- Fornecendo os primeiros elementos sobre a rotina diária do alvo – leva as "crianças" à escola, de carro, às 08:30 e regressa dez minutos depois, estacionando o veículo automóvel em frente ao prédio onde reside.
- 39- Estabelece o momento e local do cometimento do crime – quando a vítima estiver a regressar a casa, após deixar as crianças na escola, e quando estiver a sair da viatura.
- 40- Decide da arma do crime – uma arma de fogo.
- 41- Determina o seu modo de execução – dois disparos na cabeça.
- 42- Impõe a simulação do móbil do crime – encenação de roubo, mediante roubo da carteira.
- 43- Define a data do crime – 09 de Junho, "sem falha".
- 44- Estabelece e fixa as regras a respeitar quando da prática do crime (homicídio) – a utilização de um veículo furtado ou com matrícula falsa.
- 45- Fixa as regras a respeitar após o cometimento do homicídio – a destruição da carteira da vítima e da arma e o abandono do país do autor do crime.
- 46- Confirma o que fará a seguir – enviará uma segunda carta, acompanhada de um mapa da área onde a vítima reside, sublinhando, de antemão, que importa conhecer bem a zona, ensaiar a entrada e saída do local e não utilizar auto-estradas, atenta a existência de câmaras de filmar; poucos dias antes da data

fixada, 09 de Junho, enviará, pelo correio, uma terceira carta, identificando o veículo automóvel da vítima e a respectiva matrícula.

47- Em data não apurada mas que se admite ter sido no dia seguinte ao da recepção de tal carta, SP exibiu a mesma a AZ.

48- No dia 29-05-2006, às 11:25, a partir da cabine telefónica com o número 2..., localizada na Av. ..., Matosinhos, o arguido efectuou uma chamada, com a duração de 104 segundos, para o armazém do SP.

49- Após ter-se identificado como o autor da missiva referida supra, confirmou a recepção daquela carta e quis saber se tinham já arranjado alguém para executar o serviço, tendo-lhe sido respondido negativamente.

50- No dia 29-05-2006, o denunciante SP telefonou ao seu amigo OR, pedindo-lhe ajuda e conselho relativos a algo que tinha para lhe mostrar.

51- Na sequência de tal contacto telefónico, SP e OR encontraram-se e neste encontro, o primeiro exibiu ao segundo a carta acima referida e informando-o que, nesse mesmo dia, o autor daquela tinha já contactado telefonicamente o seu armazém, com o propósito de confirmar a sua recepção e apurar se tinham já providenciado alguém para matar a vítima.

52- Relatou-lhe ainda que já antes recebera uma carta redigida em Língua Russa, cujo teor não tinha alcançado e por esse motivo a havia deitado fora.

53- Finda a conversa, decidiram e acordaram que se impunha denunciar a situação, o que fizeram nesse mesmo dia, pelas 16:00, no Piquete da Polícia Judiciária do Porto.

54- No dia 30-05-2006, às 10:42, a partir da cabine telefónica com o número 2... localizada na Av. ..., em Leça da Palmeira, o arguido M telefonou novamente para o armazém de SP, tendo sido atendido por AZ, com quem manteve uma conversa com a duração de 25 segundos.

55- Nesta conversa, o arguido M perguntou ao AZ se podia "fazer este trabalho" (sic), tendo-lhe este respondido negativamente e que tão pouco estavam interessados em fazê-lo, após o que, apressadamente, desligou o telefone.

56- SP, que se encontrava no armazém, questionou AZ sobre a chamada telefónica que acabara de atender, tendo-lhe este relatado o teor da mesma.

57- Nesta altura, o SP deu conhecimento a AZ que já denunciara esta situação à Polícia Judiciária do Porto e que, na eventualidade de contactos telefónicos futuros, não deveria afirmar peremptoriamente da indisponibilidade para providenciar para quem executasse o serviço pretendido pelo arguido,

58- Mas sim, devendo tentar empatá-lo, dizendo que iriam envidar esforços nesse sentido, a fim de recolher todos os elementos necessários que pudessem conduzir a Polícia Judiciária do Porto à sua identificação, conforme, aliás, indicações que recebera aquando da denúncia, por parte daquele órgão de polícia criminal.

59- Nesse mesmo dia, 30-05-2006, às 10:47, daquela mesma cabine telefónica, o arguido voltou a contactar o armazém de SP, tendo sido novamente atendido por AZ.

60- A conversa, com a duração de 216 segundos, foi presenciada pelo denunciante SP, que dava indicações a AZ sobre o que dizer ou perguntar, pois que aquele, embora soubesse já que a situação fora denunciada à Polícia, se mostrava hesitante e ansioso por pôr termo ao telefonema, contrariamente, SP, pretendia que aquele prolongasse a conversa o mais que pudesse.

61- O arguido, insistentemente, questionou AZ sobre se conheciam ou não alguém que pudesse cometer o homicídio da vítima, tendo-lhe aquele, perante a determinação do arguido, respondido afirmativamente mas acrescentado que teriam que estabelecer contacto com o possível executante, o que poderia ainda levar algum tempo.

62- AZ questionou o arguido sobre o montante que estaria disposto a despende, tendo obtido por parte deste, em resposta, a pergunta sobre o montante que lhe seria cobrado.

63- AZ respondeu que desconhecia em absoluto tal montante porquanto a fixação do preço seria da competência do executante, que, para esse e outros efeitos, se impunha ainda contactar, razão pela qual, nesta conversa, nem o arguido nem o AZ mencionaram qualquer montante.

64- Não obstante, AZ e arguido falaram na possibilidade de o executante, uma vez fixado o preço do serviço, vir a exigir, antes da sua execução, metade daquele montante.

65- Apesar de abordados estes assuntos, nada ficou definido pois que, conforme alegara AZ, à semelhança do montante a cobrar, competiria ao executante definir valor e modo de pagamento daquele.

66- No dia 02-06-2006, às 10:25, a partir da cabine telefónica com o número 2..., localizada na Rua ..., Lavra, o arguido contactou, mais uma vez, o armazém de SP, tendo mantido com AZ uma conversa com a duração de 56 segundos, presenciada pelo SP, que, uma vez mais, servia de auxiliar ao AZ.

67- O arguido M começou por perguntar a AZ se sabiam já o montante que o executante cobraria pelo serviço pretendido, ao que aquele respondeu afirmativamente, adiantando o montante de 10.000 €(dez mil euros).

68- Entendendo que o montante pedido era elevado, o arguido tentou negociar tal montante, mas o AZ justificou aquele montante, referindo as exigências que ele próprio fizera, designadamente, a de o executante abandonar o país e acrescentando e referindo as despesas que a execução de tal serviço implicaria.

69- O arguido aceitou o preço do serviço contratado – 10.000 € – e a condição de pagamento de metade daquele valor antes da sua concretização, adiantando que, posteriormente, enviaria nova carta com instruções mais detalhadas sobre como o serviço deveria ser executado.

70- No dia 06-06-2006, o arguido remeteu, pelo correio, a carta cujo original se encontra junta a fls. 809 dos autos, acompanhada do mapa da cidade de Braga, junto a fls. 808 dos autos, uma e outro no interior do envelope cujo original se encontra junto a fls. 807 dos autos.

71- Começa por adiantar um detalhe, até então nunca mencionado, sobre o alvo – é uma mulher.

72- Identifica a residência daquela – assinala no mapa, com setas, as artérias de acesso à rua onde aquele reside, a rua da residência e escreve, com recurso a escantilhão, as palavras "Prédio ...", com uma seta que remete para a rua onde o imóvel fica situado.

73- Adianta os locais onde a mulher pode encontrar-se – o restaurante X, na ..., assinalado no mapa com um círculo, e a Av. ... e artérias circundantes, também devidamente assinaladas com traços e um círculo.

74- Acrescenta cuidados a ter – as instalações do restaurante em causa estão equipadas com máquinas de filmar, o veículo usado no dia do crime, furtado ou com matrícula falsa, deve ser diferente do utilizado para praticar os percursos, deve fazer-se o reconhecimento dos diferentes locais assinalados, diversas vezes, de manhã e durante o dia.

75- Reitera as cautelas já referidas na carta anterior – a não utilização de auto-estrada, a necessidade de praticar os percursos, a saída imperiosa do autor material do crime do país, a melhor altura do dia para praticar o crime – de manhã, no regresso a casa, após levar “as crianças”, a necessidade de simular um assalto e a posterior destruição da arma de fogo utilizada.

76- Revela dúvidas quanto à data – em alternativa ao dia 09 de Junho, referido na primeira carta, adianta o dia 16 do mesmo mês.

77- Refere que, quando estiver certo quanto à data, enviará nova carta com informações sobre a cor e a matrícula da viatura utilizada pelo alvo e bem assim metade do preço estabelecido.

78- Acrescenta que pagará o restante, uma vez executado o serviço.

79- Solicita que mantenham o contacto do executante, para "futuros trabalhos" (sic);

80- SP exibiu a carta e mapa em causa a AZ, contactou telefonicamente com OR, dando-lhe conhecimento de que recebera a carta supracitada.

81- Na sequência deste contacto, acabaram por se encontrar, altura em que SP mostrou aquele a missiva em causa e bem assim o mapa que a acompanhava, tendo OR manuseado a carta, a fim de a ler.

82- No dia seguinte, na posse desta carta, deslocaram-se às instalações da Polícia Judiciária do Porto, onde fizeram a entrega da mesma.

83- No dia 09-06-2006, à 09:49, a partir da cabine com o número 2..., no Largo ..., Braga, o arguido, mais uma vez, telefonou para o armazém de SP, tendo, mais uma vez, falado com AZ, tendo a conversa, com duração de 245 segundos, sido presenciada pelo denunciante SP.

84- O arguido M começou por confirmar a recepção da correspondência que enviara para o estabelecimento na Rua ..., no Porto, após o que referiu estar na dúvida quanto à data em que

pretendia que o serviço fosse efectuado, tendo indicado como dias possíveis para a eliminação do alvo os dias 16 ou 23 de Junho.

85- Tentou ainda que o AZ lhe desse o contacto telefónico do executante, solicitação esta que foi recusada, com o argumento de que o executante pretendia ver mantido e garantido o seu anonimato.

86- O arguido mostrou-se preocupado com o facto de ter que pagar metade do montante acordado antes de executado o serviço pois que não tinha garantias de que tal viesse efectivamente a suceder.

87- Como resposta, AZ argumentou que tão pouco o executante tinha garantia alguma de que, uma vez cometido o crime, o arguido cumprisse com o acordado, ou seja, procedesse à entrega do montante restante.

88- Perante esta resposta, o arguido M afirmou que, poucos dias antes da data definitiva, enviaria uma nova carta, com instruções ainda mais precisas e bem assim o montante de 5.000 €(cinco mil euros).

89- Em 16-06-2006, às 10:19, a partir da cabine com o número 2..., instalada na área de restauração da ..., área de Serviço de Antuã, na A1, sentido Norte/Sul, o arguido, mais uma vez, contactou telefonicamente o armazém do SP.

(...)

92- Às 11:10, da cabine com o número 2..., instalada na área de restauração da ..., na área de serviço de Pombal, na auto-estrada referida e no mesmo sentido Norte/Sul, o arguido voltou a telefonar para o armazém do denunciante, tendo sido atendido por AZ, que, entretanto, já havia chegado.

93- Numa breve conversa de 31 segundos, o arguido perguntou a AZ se tudo estava pronto para que o serviço fosse feito na semana seguinte, ao que aquele respondeu afirmativamente, tendo o arguido M referido que, posteriormente, lhes enviaria mais detalhes e os 5.000 €(cinco mil euros) em notas do Banco Central Europeu.

94- Em hora não apurada, entre as 19:00 do dia 18-06-2006 e as 09:00 do dia 19-06-2006, o arguido M deixou no estabelecimento "T", sito na Rua ..., Porto, o sobrescrito junto a fls. 810 dos autos, que continha, no seu interior, o recorte de revista de junto a fls. 811 dos autos, a carta junta a fls. 812 dos autos, e

95- ainda um envelope, mais pequeno, devidamente fechado, que continha 50 (cinquenta) notas do Banco Central Europeu, com o valor facial de 100 (cem) Euros, no total de 5.000 (cinco mil) Euros, conforme consta do termo de recebimento junto a fls. 39 dos autos e fotografias juntas a fls. 41 a 44 do autos.

96- Nesta carta, escrita com recurso a escantilhão, o arguido identifica a marca e o modelo do veículo utilizado pela ofendida - Audi

97- Fornece a matrícula correcta da viatura -

98- Adianta a idade da vítima - 46 anos.

99- Indica duas datas para o cometimento do crime (homicídio) - 22 ou 23 de Junho.

100- Impõe o cumprimento de todas as suas instruções.

101- Determina a destruição de todos os documentos.

102- Tendo a folha de revista sido meticulosamente recortada do exemplar n.º 861 da revista "Auto Hoje", publicada em 12-05-2006, de forma a eliminar o rodapé que permitia identificar a revista de onde fora retirada.

103- No recorte em questão, podem ver-se uma fotografia da frente de um veículo automóvel idêntico ao da ofendida e uma fotografia da parte traseira daquele, sendo que em ambas as fotografias, o arguido colou duas pequenas tiras de papel em que escreveu, com recurso a escantilhão, a matrícula ..., a do veículo automóvel utilizado pela assistente.

104- Porque a cor do veículo constante do artigo é distinta da cor da viatura utilizada pela vítima - preta - na fotografia frontal, o arguido escreveu, com escantilhão, a palavra "Preto", especificando a cor correcta da viatura e para que não subsistissem quaisquer dúvidas, colou, na mesma fotografia, uma tira em que pode ler-se, em Língua Russa, as palavras "cor preta".

105- No dia 19-06-2006, cerca das 09:00, quando abria o estabelecimento, RP encontrou o envelope em causa, que se encontrava no chão, em frente à ranhura existente na porta de entrada, própria para a introdução da correspondência.

106- Atendendo ao volume do envelope e aquilo que lhe havia sido dito pelo arguido, na conversa anterior, SP suspeitou que aquele pudesse conter a quantia em dinheiro e bem assim a carta com os últimos detalhes referentes ao serviço solicitado pelo arguido.

107- Assim, colocou o envelope num saco plástico e dirigiu-se ao armazém, local onde, após calçar um par de luvas, verificou o seu conteúdo, leu a carta e o recorte de revista mas não tendo aberto o envelope mais pequeno, que se encontrava devidamente fechado, mas cujo conteúdo, atento o seu volume, suspeitou que fosse a quantia previamente estipulada.

108- Tomou esta iniciativa ou comportamento por pensar que o arguido, como habitualmente fizera até então, contactasse telefonicamente o seu armazém, a fim de confirmar a recepção do envelope, e que, no decurso da conversa, se apercebesse do seu desconhecimento sobre o conteúdo, criando, desta forma, a suspeita de que o poderiam ter denunciado às autoridades competentes.

109- Seguidamente, exibiu o conteúdo do envelope a AZ, a quem relatou as circunstâncias de tempo e modo em que tal envelope entrara na sua posse.

110- Após, telefonou a OR, a quem pôs ao corrente do que se estava a passar, tendo combinado encontrar-se.

111- Neste encontro, o SP não permitiu que o OR tivesse acesso ao conteúdo do envelope, ou seja à carta e ao recorte de revista, tendo, contudo, na conversa entabulada, partilhado das suas suspeitas, nomeadamente que o volume do envelope indiciava que o arguido podia lá ter introduzido o montante previamente estipulado para a realização do plano criminoso.

112- Após esta conversa, ambos se deslocaram às instalações da Polícia Judiciária do Porto, fazendo a entrega do envelope com todo o seu conteúdo, conforme consta do termo de recebimento junto a fls. 39 dos autos.

113- Durante a tarde de 20-06-2006, o arguido tentou contactar o armazém de SP, tendo, para o efeito, efectuado 4 (quatro) telefonemas, a partir das cabines telefónicas com os números 2..., 2..., 2... e 2..., instaladas na Av. ..., Aldoar, Passeio Alegre, no Porto, Av. ..., Porto e Lugar ..., Perafita, respectivamente.

114- AZ não atendeu nenhuma das chamadas telefónicas, porém anotou os números dos telefones a partir dos quais foram efectuadas.

115- No dia 21-06-2006, às 10:50, 10:53 e 10:55, o arguido tentou, novamente, contactar telefonicamente o armazém de SP, a partir da cabine telefónica com o número 2..., instalada no Largo ..., Braga.

116- Porém, nenhuma destas chamadas foi atendida pelo SP.

117- No dia 26-06-2006, às 12:12, a partir da cabine telefónica com o número 2..., instalada na Av. ..., no Porto, o arguido contactou, mais uma vez, telefonicamente o armazém de SP, tendo sido atendido por AZ, com quem manteve uma breve conversa de cerca de 125 segundos.

118- O arguido M quis saber junto de AZ por que razão o serviço contratado não fora executado, até porque já fornecera todos os elementos necessários e enviara, inclusivamente, metade do preço acordado.

119- AZ afirmou desconhecer as razões de tal incumprimento, sublinhando que agiam na mera qualidade intermediários e que nenhuma relação tinham com o assunto.

120- Adiantando, porém, que certamente algum imprevisto impedira o executante de levar a bom termo o plano criminoso, acrescentando que, posteriormente, lhe forneceria o contacto telefónico daquele, a fim de que o arguido pudesse contactá-lo directamente e esclarecer a situação.

121- No dia 27-06-2006, às 10:21, a partir da cabine telefónica com o número 2..., instalada na Praceta ..., em Braga, o arguido contactou, novamente, telefonicamente o armazém do SP, mantendo com AZ uma conversa de cerca de 331 segundos.

122- O arguido M, manifestamente descontente com a situação, quis, mais uma vez, saber junto de AZ da razão ou razões pelas quais o plano criminoso – serviço –, devidamente encomendado, não fora executado.

123- Nesta conversa, mais uma vez o AZ reafirmou que nada sabia ou podia fazer sobre o assunto, atento o facto de ser um mero intermediário.

124- Seguidamente, o AZ forneceu ao arguido o contacto de um telemóvel que a Polícia Judiciária do Porto havia entregue a OR, para ser utilizado nesta situação.

125- No dia 27-06-2006, às 10:26, a partir da cabine telefónica com o número 2..., instalada na Praceta ..., em Braga, o arguido tentou, sem sucesso, contactar o armazém do denunciante, só não o conseguindo por a mesma se encontrar avariada.

126- Seguidamente, o arguido M que se fazia transportar no veículo automóvel da marca BMW, modelo ..., de matrícula ..., entrou no referido veículo automóvel e dirigiu-se na direcção de Viana do Castelo, onde cerca das 12 horas e 30 minutos, é abordado por elementos da Polícia Judiciária do Porto, conforme consta do relatório de diligência externa junto a fls. 110 e seguintes dos autos.

127- A mulher com cerca de 46 anos de idade que se fazia transportar no veículo automóvel da marca Audi, modelo ..., de matrícula ..., era, nem mais nem menos, do que a mulher do arguido, a assistente MT, de quem o arguido forneceu todos os pormenores quer hábitos, aos eventuais contratados, para que estes levassem a bom termo o seu plano criminoso, ou seja, poder tirar-lhe a vida.

128- O arguido M ao delinear o plano criminoso acima descrito, contratando pessoa ou pessoas para o realizar, ao entregar, em notas do Banco Central Europeu, metade do montante estabelecido pelo pagamento do serviço contratado, ao estabelecer as circunstâncias de tempo e modo em que tal plano criminoso deveria ser levado a efeito, tinha plena intenção de causar a morte à assistente MT, sua mulher,

129- Só não o tendo conseguido por circunstâncias completamente alheias à sua própria vontade, nomeadamente pelo facto da pessoa ou pessoas contratada para levar a efeito tal plano, terem dado conhecimento do mesmo ao órgão de polícia criminal competente, a Polícia Judiciária do Porto, abortando, desta forma, o plano criminoso do arguido.

130- O arguido agiu de forma voluntária e consciente, bem sabendo que a sua conduta é reprovável e censurável.

Mais se provou que:

131- O arguido não tem antecedentes criminais.»

(...)

C)

A questão que o Supremo Tribunal é chamado a decidir assenta agora pois no dimensionamento da acção participativa do arguido M no evento que lhe é imputado, tendo por base a factualidade apurada na instância recorrida. A legislação criminal dá conta deste postulado legi-punitivo constituindo sua clara expressão o postulado decorrente do artigo 10.º do CP quando alude à comissão por acção ou omissão. E mais especificamente no plano criminal sempre se poderia referir a actos preparatórios que, de um modo geral e nos termos do artigo 21.º do CP, não são puníveis (salvo disposição em contrário) por não serem descritos na tipicidade qualificativa do crime. O complexo da actuação do arguido e que cabe aqui sujeitar ao crivo de avaliação visando uma caracterização para efeitos de subsunção incriminatória ou não, resume-se ao seguinte: por vicissitudes que não importa aqui aprofundar mas que se prendem com uma feição conturbada da vida do casal – arguido e esposa – apura-se que o arguido delineou um plano no sentido da eliminação física da sua mulher MT (facto 19). Assim por altura do dia 07-05-2006 (facto 21) o arguido M contactou telefonicamente o armazém de SP sendo atendido por AZ. No telefonema informava que precisava de alguém "para tomar conta de uma pessoa" expressão essa que mais tarde se veio a verificar como referindo-se a "MATAR" uma pessoa, residente em Braga (facto 37) e que essa pessoa era uma mulher (facto 71). Tratava-se na realidade da mulher do arguido, a assistente MT, relativamente a quem o arguido fornecera todos os pormenores e hábitos, aos eventuais contratados, para que estes levassem a bom termo o seu plano criminoso, ou seja, poder tirar-lhe a vida (facto 127).

Os contactos com SP e AZ, a quem o arguido encomendara o trabalho de eliminação física da mulher, desenvolveram-se através de inúmeros telefonemas e cartas espaçados no tempo (factos 21, 26, 33, 36, 48, 54, 59, 66, 70, 83, 89, 92, 94, 113, 115, 117, 121 e 125).

Com vista à execução da morte encomendada o arguido chegou mesmo a ajustar o montante monetário de 10.000,00 €(facto 67) tendo feito a entrega de 5.000,00 €(facto 95).

A Polícia Judiciária começou a estar a par de todo este acontecimento no seu conjunto, a partir do dia 29-05-2006 (factos 50 e 53) quando SP, acompanhado de um seu amigo OR, deu conhecimento do sucedido àquela instituição policial. Até aí, e no que diz respeito ao relacionamento entre o arguido M

e os contactados, SP e AZ, haviam tido lugar dois telefonemas daquele para estes, o envio de uma carta escrita em língua russa (facto 26) mas que foi destruída (facto 31) e uma outra esta escrita em português e que foi entregue à P.J. em 29-05-2006. Foi a Polícia Judiciária quem aconselhou os contactados para "empatarem" o arguido animando-o nas e para as iniciativas que tomava (facto 58).

D)

Um tribunal nem julga o homem nem os factos isoladamente. Julga sim um cidadão (ou cidadã) que praticou factos (acção ou omissão) subsumíveis ao tipo da anti-sociabilidade prevista na legislação punitiva como crime. Esta afirmação tópica assume sentido quando se coloca a tónica na manifesta e óbvia não punibilidade de quem pode nutrir propósito de prática de delito criminal mas que não passa de mera intenção sufragada pelas sociedades democráticas onde é unânime o consenso da política legislativa no sentido de proibição da punição pelo delito de opinião (a *nuda cogitatio*), por pior que seja a carga intencional desde que desacompanhada de factos.

A legislação criminal dá conta deste postulado legi-punitivo constituindo sua clara expressão os postulados decorrentes do artigo 10.º do CP quando alude à comissão por acção ou omissão. E mais especificamente no plano criminal sempre se poderia referir a actos preparatórios que, de um modo geral nos termos do artigo 21.º do CP, não são puníveis (salvo disposição em contrário) por não serem descritos na tipicidade qualificativa do crime.

E)

Está em apreço, como se afirmou, o alcance a atribuir à intervenção do arguido em todo este processo. Tanto o Acórdão recorrido como as intervenções processuais do recorrente e do arguido são suficientemente eloquentes na apreciação interpretativa da dogmática decorrente da doutrina mais recente relativamente ao dimensionamento da co-autoria e autoria mediata. É o caso de 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, I, - pgs. 917 e ss); de FIGUEIREDO DIAS (Revista de Legislação e Jurisprudência n.º 3937, Ano 135, Mar.- Abril 2006, pgs. 225, nota 4 e Sumários do Direito Penal 1976, pgs. 87 e ss); EDUARDO CORREIA (Direito Criminal 1988, Vol II pgs. 252, nota de rodapé 1); e FIGUEIREDO DIAS / SUSANA AIRES SOUSA (RLJ, n.º 3937, Ano 2006, pgs. 256 e ss).

É manifesto que as referências doutrinárias constituem uma base referencial que sustenta e faculta a nervura e a essência dos moldes em que a teoria jurídica deve ser orientada e seguida. Porém, nunca se lhes pode atribuir o sentido de uma dogmática absolutista. Sem por em causa o "*magister dixit*" o julgador tem por obrigação de a sujeitar, na parte pertinente, a um juízo crítico, na sua aplicação à realidade das coisas e da vivência humana – a começar precisamente pela verdade material, do que só os factos apurados nos podem dar um testemunho fiel, subsumindo-os à previsão legal que se impõe. A partir daqui, é que se apreciará, se analisará e se decidirá fazendo uso de critérios e instrumentos que a doutrina nos ensina, e não a inversa ou seja, partindo da formatação da teoria para nela compactar a factualidade.

F)

Está em apreço a caracterização da acção do arguido M, tendo como suporte participativo a intervenção de SP e AZ.

Reportam-se os autos ao facto do arguido ter planeado matar a sua mulher MT tendo para tanto contactado os dois cidadãos russos, para a execução material do homicídio projectado. Os contactos estabelecidos entre o arguido e os contactados cifram-se em cartas e contactos telefonemas ocorridos entre 07-05-2006 (aproximadamente) e 27-06-2006, data esta em que o arguido foi detido. No desenvolvimento destes contactos o arguido, na carta subscrita em 25-05-2006 adiantou como indicação precisa de que o objectivo era o de matar uma pessoa com filhos (facto 37º), que posteriormente informou tratar-se de uma mulher (facto 71) e que finalmente se constatou ser a mulher do arguido MT (facto 127º); indicando a forma de o fazer e facultando todos os pormenores para a realização do feito. Em 29-05-2006 Em 29-05-2006 é feita comunicação à Polícia Judiciária (factos 50º e 53º).

Daí em diante, pese embora por indicação da P.J. no sentido de "empatar" o arguido, os dois cidadãos russos revelam a este a aceitação da execução do plano, da tarefa de matar, ajustando um preço (10.000.00 €), ocorrendo um adiantamento de metade do preço ajustado para o cometimento do crime em 22 ou 23 de Junho 2006.

F.1)

Importa ajuizar que no contexto do relacionamento entre o arguido e tais cidadãos, muito embora estes se viessem a referir a um hipotético terceiro como executante, nunca se constatou a existência deste terceiro homem. E a dúvida quanto à sua existência ainda se torna mais sentida quando deste terceiro homem se continuou a falar já depois do contacto com a P.J.

Há que admitir pois que, com o terceiro homem ou sem ele, para o arguido tudo se passou com sendo o SP e o AZ os destinatários da sua proposta a quem estava confiada a execução aprazada para a prática do homicídio. Com efeito, de nenhum interesse se revestiria para o arguido a existência desse terceiro. A questão fundamental que se lhe colocava era que a morte da sua mulher tivesse lugar fosse por que mãos fosse... menos as dele, arguido.

Para a consecução deste objectivo o arguido estabeleceu um entendimento para a execução estabelecendo as coordenadas de tempo, modo e lugar, culminando no pagamento antecipado da metade da contrapartida.

G)

Na apreciação da relação dicotómica que os intervenientes revelam, urge acentuar que o arguido M tendo proposto em 25-05-2006, o plano do crime, isto é, todo o processo causal homicida (factos 36 a 46), consolidou-o em 29-05-2006, apesar de nesse mesmo dia toda a situação ter sido dada a conhecer à P.J. pelos cidadãos SP e OR. Com efeito, está apurado (facto 49) que tendo o arguido telefonado para o armazém do SP no sentido de saber se já estava arranjado alguém para executar o serviço, foi-lhe respondido negativamente, ou seja, no sentido de que ainda não, tendo em conta a evolução que os factos assumiram. Esta transmissão telefónica de aceitação implícita da proposta, dá inequívoca sequência a actos de execução de que nos falamos os tratadistas e que se encontra reflectido no art. 22.º, n.º 1, desde logo, e, em qualquer caso, n.º 2, alínea c) do CP. Com efeito, se uma tal constatação de aceitação implícita exprime um domínio de acção por parte do destinatário, confirma, do ponto de vista da representação intelectual, o domínio do processo causal e domínio do facto pelo arguido até ao resultado final, sem prejuízo do domínio de acção vir a poder também pertencer ao autor imediato. Da postura do SP nem seria razoável que o arguido pensasse que a P.J. conhecesse do projecto ou sequer da reserva mental do SP ou do AZ.

A partir daquela aceitação do plano, com efeito, passou a ficar a projectada vítima imediata e directamente colocada em perigo, fora já, do domínio (absoluto) de intervenção do arguido, no que se refere à específica execução do "serviço". A conexão temporal entre o começo da tentativa e a representada produção do resultado era manifesta (cfr. facto 43) e, analisada (como deve ser) a situação sempre do ponto de vista do arguido, restaria apenas, para que aquele objectivo fosse alcançado, que se firmasse o "preço" e fosse transmitida a identificação precisa da pessoa visada, actos estes que "...segundo a experiência comum e salvo circunstâncias imprevisíveis..." se afiguram tal como, de resto, o da própria formulação global da proposta "...de natureza a fazer esperar que se lhes sigam actos das espécies indicadas nas alíneas anteriores...", ou seja, os projectados actos finais de simulação de roubo, com os planeados disparos.

H)

Neste entendimento entre os intervenientes importa no essencial encontrar a situação em que o arguido se coloca em todo o processo de formação de vontade e de acção consequente visando a prática do delito homicida. Estamos todos cientes da doutrina em matéria da participação criminosa urgindo descortinar a posição em que o arguido M se encontra.

Dispõe o artigo 26º do CP que: "É punível como autor quem executar o facto, por si mesmo ou por intermédio de outrem, ou tomar parte directa na sua execução, por acordo juntamente com outro ou outros, e ainda quem, dolosamente, determinar outra pessoa à prática de facto, desde que haja execução ou começo de execução".

O preceito indica quatro formas de comparticipação criminosa expressas na literatura juspenalista portuguesa de seguinte forma:

- autoria imediata: executar o facto por si mesmo;
- autoria mediata: executá-lo por intermédio de outrem;
- co-autoria: tomar parte directa na execução do facto por acordo ou juntamente com outro ou outros; e
- instigação: determinar dolosamente outra pessoa à prática do facto desde que haja execução ou começo de execução (Nota 2 ao artigo 26.º: Código Anotado e Comentado: VICTOR SÁ PEREIRA / ALEXANDRE LAFAYETTE – Quid Juris).

H.1)

A este propósito importa reter que, assente na precedente classificação, a instância recorrida proferiu acórdão absolutório por perfilhar o entendimento de que, configurado o caso dos autos como integrando a figura de instigação, esta não era de punir porquanto não se constataria qualquer acto de execução ou começo de execução.

H.2)

Na verdade, a autoria conexas-se com a execução. Não há autoria sem execução. Mas autor não é apenas aquele que executa o facto por si mesmo. Autor é também, com efeito, aquele que executa o facto por intermédio de outrem. É a autoria mediata. É sabido que o artigo 26.º do CP adoptou um conceito extensivo de autor. É no fundo, um "participante principal" (cfr. CAVALEIRO FERREIRA – Lições -1 – 4ª ed. 473). Para a teoria do domínio do facto aqui tão citada, é autor quem, de acordo com o significado do seu contributo, governa o curso do facto ou como significativamente foi já decidido no STJ "segundo a importância da sua contribuição efectiva, comparte o domínio do decurso do facto (CJ//STJ - 22.11.2006-XIV, 3/230).

"A autoria mediata é uma forma de autoria e, como a autoria imediata, caracteriza-se pela existência do domínio do facto. É autor mediato [homem de trás] quem realiza o tipo penal de maneira que para a execução da acção típica se serve de outrem [homem de diante] como "instrumento" – JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal* - Versão espanhola - pgs. 604).

H.3)

Todavia a instigação não esgota o campo cognitivo da realidade que desponta dos autos nem a figura da autoria mediata se confunde com aquela. É enganadora a aparência de uma pretensa uniformidade de tratamento entre as duas figuras quando subsumidas ao dispositivo do artigo 26º do CP. É que [no art. 26º do Código Penal a instigação e a autoria mediata estão estruturadas em termos diversos: segundo este preceito, a punição de quem "determinar outra pessoa à prática do facto" depende de existir "execução ou começo de execução", mas para a punição de quem "executar o facto (...) por intermédio de outrem", não se exige esse requisito, nem qualquer outro equivalente. (...) Esta diversidade de estrutura da autoria mediata e de instigação é particularmente relevante numa ordem jurídica que, como a nossa, não incrimina a tentativa de instigação, pois daí decorre que o agente mediato, se o seu comportamento for tratado como instigação, ficará impune sempre que não chegar a haver execução ou começo de execução, por parte do instigado. Diferentemente, nos casos de autoria mediata, o regime resultante do artigo 26º do CP não exige para a responsabilidade do autor mediato, o início da execução pelo autor imediato, não excluindo, assim, a possibilidade de o "homem de trás" ser punido por tentativa a partir de um momento anterior àquele em que o autor imediato começa a praticar actos de execução do tipo legal de crime. (...) Saber se esse momento, anterior à prática de actos de execução pelo autor imediato, coincide com o início ou com o fim da actuação do autor mediato sobre o executor, ou com o momento em que o autor mediato larga das mãos o curso dos acontecimentos, ou com a verificação do perigo imediato para o bem jurídico, é questão que não tem de ser aqui decidida. Em qualquer caso, parece-nos correcto afirmar que, também no direito penal português vigente, quando o autor imediato não chega a praticar actos de execução do facto tipicamente ilícito, o âmbito de punição do autor mediato pode ser mais amplo (pode começar mais cedo) do que o da punição do instigador] - MARIA DA CONCEIÇÃO VALDÁGUA – in: *Figura Central, Aliciamento, e Autoria Mediata – Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues* – 1, pgs. 932/934.

Complementando este entendimento doutrinal, já atrás na al. G) ficou demonstrado o acto de execução praticado pelo arguido enquanto autor mediato, do que deriva o preenchimento do pressuposto para a sua eventual punição.

H.4)

Este alargamento conceitual de autoria, como tal há muito recepcionado no nosso CP tem a sua explicação no desenvolvimento contemporâneo da sociedade humana, sendo que as inerentes actividades multifacetadas que se desenvolveram no seu seio vieram determinar um olhar mais consentâneo com os problemas gerados. Neste contexto, é conhecida a trama em que se desdobrou a criminalidade nomeadamente a organizada e a transnacional. Neste mesmo contexto e resultante da especificidade da vivência humana se impuseram de uma forma algo estruturada formas de actuações anti-sociais que até há poucos anos não passavam de ocorrências esporádicas. Estamos a pensar, na actualidade, do incremento do que constitui a actuação delituosa de "crime por encomenda" onde o homicídio ocupa já um receoso grau de incidência. Se este entendimento envolve, no quadro de política criminal, uma valoração de prevenção geral, a verdade é que o caso dos autos determina que nos lancemos decididamente, abandonando, ao menos como posição de princípio, uma leitura complacente na apreciação do fenómeno, sobretudo quando o valor em causa é o bem supremo da vida humana.

I)

Já acima se referiu que todo o comportamento do arguido, cujo dimensionamento participativo não pode deixar de integrar o "tatbestand" de um autor mediato face à sua ligação directiva e determinante para o comportamento dos cidadãos SP e AZ. Visando assim realizar o assassinato da sua mulher e dessa forma mandatá-los para esta finalidade última, concertou com estes previamente, visando um encontro de mútuas vontades, um ajuste monetário, que veio, aliás, a concretizar-se, da sua parte ainda com toda a pureza de convicção, na entrega de 5.000,00 € A isto se aditou todo um conjunto de contactos, via telefone e epistolar para uma tanto quanto possível concertação para a almejada finalidade de eliminação física da visada vítima. Pelo menos até 29-05-2006, data em que foi formulada a comunicação à P.J., os promitentes executantes revelaram efectiva adesão à proposta do arguido alimentando a convicção e confiança deste na relação sinalagmática assim estabelecida. Na verdade, da aceitação da sinalagma pelo aliciado, [decorre que, se o "homem de trás" mudar de ideias e comunicar ao aliciado que não pagará a prestação inicialmente proposta, ou que, afinal, já não pretende a execução do facto, o aliciado não cometerá o facto punível. Ora, quem tem nas mãos a última decisão sobre a execução do facto possui, do mesmo passo, aquele poder de supra-determinação do processo causal, conducente à realização do tipo legal de crime, que é a quinta essência do domínio do facto. (...) Quanto ao aliciado verifica-se que ele, nas circunstâncias referidas, aceita a tarefa de executor do plano criminoso do agente mediato e subordina-se inteiramente à vontade deste. Daí que deva entender-se que o domínio do facto, sob a forma de domínio da vontade, cabe ao agente mediato, sem embargo de também o executor ter o domínio do facto, sob forma de domínio da acção] - (cfr. MARIA DA CONCEIÇÃO VALDÁGUA – *ibidem*, pgs. 937).

E a verdade é que até ao momento de ser detido pela P.J., o arguido, enquanto autor mediato deteve o domínio do facto, bastando pensar na possibilidade, sempre aberta, de substituição do "executor", perante a posterior recusa do anteriormente seleccionado que motiva a intenção policial, que os autos documentam, de "empatar (entreter)" o arguido para evitar essa substituição.

J)

Face aos dispositivos dos artigos 131.º e 132.º ambos do CP, a acção visada pelo arguido, envolveria a prática de um crime de homicídio qualificado.

A questão coloca-se porém no âmbito da tentativa. Como se sabe o começo da tentativa surge naquele momento em que círculo de protecção dos direitos do titular do direito se revela, objectivamente, ameaçado pela acção realizada. No dizer de JESCHECK/WEIGEND, com a tentativa o agente "põe imediatamente em marcha a realização do tipo". Já acima se demonstrou que todo o comportamento do arguido funcionou de molde a conduzir ao efeito ilícito por ele pretendido. Assim, a encomenda do crime; a idoneidade e a confiança nos meios e nos contactos estabelecidos, o planeamento do "modus

operandi", as precisões de tempo, modo e lugar transmitidas para a prática do delito na pessoa da vítima, cujas características teve o cuidado de pormenorizar, e o ajuste e combinação de dinheiro disponibilizado, são de molde a integrar a previsão do artigo 26.º do CP na modalidade de autoria mediata na vertente tentada prevista no artigo 22-º, 2, c), do mesmo diploma.

K)

É irrecusável não ver reconhecida face aos factos apurados e no quadro da lei penal nacional, a responsabilidade do arguido, enquanto autor mediato do crime de homicídio qualificado tentado na pessoa da sua mulher MT.

O CP vigente fala expressamente da circunstância agravante da prática do facto contra "cônjuge, ex-cônjuge,..." (al. b) do n.º 2 do artigo 132.º). Porém, esta agravação inexistente na versão do CP vigente à data dos factos, que, por isso mesmo se revela mais favorável ao arguido.

K.1)

O cuidado posto pelo arguido no projecto e planeamento de toda a trama do crime sendo de destacar o pormenor com que vinha sucessivamente instruindo os seus intermediários é demonstrativo da premeditação com que agiu. Não está demonstrado sequer o arrependimento ou qualquer outra circunstância relevante atenuativa da responsabilidade, sendo que é mesmo de relevar o dolo directo que inspira e anima todo o comportamento do arguido.

K.2)

Ao crime de homicídio qualificado corresponde a moldura de 12 a 25 anos de prisão. Por força das disposições conjugadas dos artigos 23.º-2 e 73.º do CP a moldura aplicável é de 2 anos, 4 meses e 8 dias a 16 anos e 8 meses de prisão.

Entende-se que para o caso a pena ajustada deve situar-se próximo do mínimo legal mas pouco acima desse mesmo limite, sendo assim a mesma fixada em 4 anos e 6 meses.

K.3)

Porém, em confronto com o dispositivo do artigo 50.º do CP vigente, entende-se que o arguido não deve beneficiar do instituto de suspensão de execução de pena de prisão. Com efeito, o comportamento do arguido reveste-se de muita gravidade na sociedade civilizada e contemporânea. A criminalidade "por encomenda" com particular referência ao homicídio, modalidade criminal esta toda eivada de um sentido comportamental traiçoeiro, falso e cobarde. A atitude do arguido tanto anterior como posterior ao acto cometido em nada ajuda a nele confiar em como venha a adoptar um comportamento de fiabilidade face à sua postura social. Decide-se por isso não fazer uso do instituto de suspensão de execução de pena de prisão.

Decisão

Em audiência realizada, decidem os Juízes Conselheiros da Secção Criminal -5.^a - do Supremo Tribunal:

- Dar provimento ao recurso do Ministério Público revogando a decisão recorrida.
- Condenar o arguido M como autor mediato na forma tentada pela prática do crime de homicídio qualificado previsto e punido pelas disposições conjugadas dos artigos 22-º, 1 e 2, c), 23.º, 26.º, 131.º e 132.º-1, todos do CP; e
- Aplicar a pena de 4 (quatro anos) e 6 (seis) meses de prisão.

António Bernardo Colaço (relator)

Jorge Soares Ramos (com declaração anexa)

José Santos Carvalho (vencido, nos termos da declaração do Conselheiro Souto Moura)

J. Souto Moura (vencido, conforme anexo)

Manuel Simas Santos

Lisboa, 16-10-2008

Do ponto de vista das representações mentais do arguido passou a haver, a partir da figurada aquiescência do seu plano, logo em finais de Maio de 2006, uma co-autoria do "domínio de facto conjunto", no sentido de que o acontecimento ou resultado global esperado dessa situação conjunta, passaria ou poderia passar a imputar-se, uma vez ele verificado, a cada um dos agentes (mediato e imediatos): ou seja, cada acção de execução do plano elaborado pelo arguido, materializado embora pelos projectados autores imediatos, corresponderia, sempre no domínio das suas representações mentais, a uma acção executória concretizadora global (de todos os figurados autores), iminente, no caso concreto, como se deduz da natureza do contacto e da marcante pertinácia do arguido, antes e após a interposição policial.

Jorge Soares Ramos

Além do que se refere na decisão, a consideração da co-autoria levaria também à punibilidade da conduta. Com efeito, o arguido desenvolveu um plano minucioso para matar a assistente, que passou pela determinação do dia, hora e meio de execução (dois tiros de arma de fogo na cabeça), o tipo de veículo a utilizar, e a escolha do "executor". E na execução desse plano, o arguido cumpriu todas as tarefas que se atribuiu, inclusivamente a selecção e o pagamento ao "executor" contratado. Perante a informação de retorno daqueles que contactara para obter a colaboração daquele executor, e a quem pagara já metade do preço que lhe fora pedido (devendo a outra metade ser paga depois da execução), tinha todas as razões (e também as teria qualquer outra pessoa colocada na mesma posição) para esperar que se seguissem os tiros nas condições acordadas.

A circunstância de os seus contactos não estarem, afinal disponíveis para disparar aqueles tiros (com a margem de manobra para especulação sobre esse ponto, que os factos provados consentem e é acentuada na decisão), torna a tentativa impossível, sem que a inaptidão do meio (pela última posição assumida pelos contactos e a intervenção da Polícia Judiciária) fosse manifesta.

Simas Santos

Votei vencido, muito sinteticamente, por quatro razões:

- 1) A lei portuguesa não pune a tentativa de instigação.
- 2) Na autoria mediata o "homem da frente" é um mero instrumento não responsabilizável, sem domínio moral ou material do facto. A estender-se a autoria mediata como faz o acórdão nem sequer teria sido necessário ao legislador prever a instigação.
- 3) Não há co-autoria sem dolo de autor. No caso dos autos os factos provados não permitem afirmar sequer a efectivação de qualquer acordo prévio. Para além do mais.
- 4) Porque a mulher do arguido não morreu, a haver crime ele teria que ser tentado. O que o arguido fez, para ser considerado acto de execução, teria que preceder imediatamente o acto idóneo a produzir a morte.

Elaborei um projecto de acórdão que não fez vencimento e em que me pronunciei pela confirmação da decisão da primeira instância. Apresentei o seguinte fundamento:

- 1) Não oferece qualquer contestação a matéria de facto dada por provada, pelo que a mesma será de dar por definitivamente fixada. Muito sinteticamente, reportam-se os autos ao facto de o arguido ter planeado matar a mulher, e, para levar a cabo os seus intentos, resolver contactar quem, a seu ver, poderia executar materialmente o homicídio, por si, ou arranjando quem o fizesse. Da parte dos contactados não só não obteve a anuência pretendida, como os mesmos alertaram a polícia, com a qual passaram a colaborar, tudo sem o mandante saber. Entretanto, o arguido multiplicou-se em instruções pormenorizadas de execução, tendo mesmo chegado ao ponto de enviar metade do preço, fingidamente acordado, para efectivação do trabalho.

2) Enquanto que o acórdão recorrido entendeu que se configurava um caso de instigação, do artº 26º, última parte, do CP, não punível por não ter havido começo de execução, sabido que a nossa lei não prevê a tentativa de instigação, o recorrente Mº Pº veio defender a punição do arguido, por se estar perante uma situação de autoria mediata, à luz da 2ª proposição daquele artº 26º, por ter havido início de execução do crime de homicídio, que seria então punível a título de tentativa.

Cumpram então tomar posição.

3) Como anota Figueiredo Dias, a elaboração dogmática à volta do conceito de autoria de um crime, cobra razão de ser, no fundo, com vista a poder determinar-se "aquele que cometeu a infracção" (in Sumários e notas das Lições polic. de 1976). Ao contrário do que ocorria no Código anterior, em que ao lado da autoria se elegiam a cumplicidade e o encobrimento como formas de participação, presentemente, remeteram-se as situações de encobrimento para o âmbito das previsões típicas. Quedámo-nos apenas com a autoria, tratada nas suas várias aflorações do artº 26º do CP, por um lado, e com a cumplicidade, consagrada como categoria dependente da autoria, no artº 27º, por outro. Sabe-se que o nosso direito se afastou da solução alemã de integrar a cumplicidade e a instigação no âmbito da "participação", por oposição à autoria, pelo que a instigação não pode, entre nós, deixar de figurar como uma modalidade de autoria plural.

Assim, naquele artº 26º poderão ver-se duas modalidades de autoria singular e outras duas de autoria plural. No primeiro caso, sempre que o crime é levado a cabo por uma única pessoa, ou então por mais, mas em termos de só uma poder ser responsabilizada. No segundo caso, em situações de co-autoria e instigação. O caso dos autos reclama que nos detenhamos, para já, na distinção entre a chamada autoria mediata e a instigação.

4) Ora, se o artº 26º focado começa por se referir ao que poderemos chamar autoria singular imediata, "é punível como autor quem executar o facto por si mesmo", contempla a seguir a autoria singular mediata: também é autor quem executar o facto "por intermédio de outrem". Neste caso, a intervenção material de mais de uma pessoa é completamente inócua, porque em termos penalmente significativos só uma pode ser responsabilizada.

O autor não executa por si o facto materialmente. Deixa que outrem, ou faz com que outrem, o execute por si e para si, sendo certo que este outrem não tem nenhum domínio do facto relevante. Acaba por surgir como instrumento (humano) nas mãos do autor.

Tal terá lugar quando esse executante material não tem vontade de agir, caso em que da parte dele nem sequer se poderia falar de acção humana (coacção absoluta, hipnose, *etc.*), quando o executante actua em erro sobre a factualidade típica, erro sobre a proibição, não exigibilidade relevante, ou com falta de consciência da ilicitude, não censurável, em que foi induzido pelo autor mediato. Ainda quando o executante material é inimputável, porque o domínio do facto não se reduz ao domínio naturalístico do facto. O domínio ético-jurídico do facto supõe evidentemente que se esteja à altura de o avaliar.

Mais discutíveis serão as situações ocorridas no seio de "aparelhos organizados de poder", trabalhadas pela doutrina e jurisprudência alemãs depois do episódio da 2ª Guerra Mundial, como manifestação do domínio mediato do facto. Aí "o sujeito de trás tem à sua disposição uma maquinaria pessoal (quase sempre organizada estatalmente), com cuja ajuda pode cometer os crimes que pretende, sem ter que delegar a sua realização numa decisão autónoma do executante" (cf. ROXIN in "Autoria y Dominio dei Hecho en Derecho Penal", pág. 270). Ainda se poderia aludir a casos laterais, também sem interesse para o que nos ocupa, em que o executante "apesar de deter em princípio o domínio do facto, é um extraneus que não reúne as qualidades exigidas pelo tipo específico que cometeu" ou em "crimes cuja tipicidade exige uma intenção específica, quando ela não esteja presente no agente imediato sem por isso prejudicar o domínio do facto" (cf. F. DIAS, ob. cit. pág. 64 e 65).

Passado em revista este conjunto de afloramentos de autoria mediata, ressalta como realmente decisivo que a natureza de mero instrumento, do "homem da frente", leva a que "todos os pressupostos de punibilidade têm que concorrer na pessoa do "homem de trás" e hão-de colocar-se para efeito da sua caracterização dogmática, unicamente face a ele" (F. DIAS, in "Direito Penal, Parte Geral, I, pag. 776).

Ora, surge como evidente que o domínio do facto, sob a forma de domínio da vontade, que hipoteticamente o arguido pudesse ter tido sobre os indivíduos que contactou, não excluiria, de todo, o domínio do facto, por parte destes, sob a forma de domínio da acção, caso tivessem anuído à proposta formulada. Tal se nos afigura suficiente para que, no caso dos autos, se não pudesse falar de autoria mediata, em relação ao arguido, melhor, em relação ao plano do arguido. Este teria sempre que contar com a vontade consciente e responsável dos "aliciados", cuja vinculação ao "ajuste" estaria sempre na mão deles manter ou não, mesmo depois de responsável e conscientemente terem acedido a executar o trabalho. Se porventura tivesse sido esse o caso.

Por outro lado, acresce que a responsabilização do arguido, enquanto autor mediato, pressuporia sempre execução efectivada ("quem executar o facto"), o que nos levaria então a averiguar se a actuação do arguido se enquadra, numa das modalidades de "actos de execução", do artº 22º n.º 2 do CP. Na verdade, porque efectivamente a mulher do arguido nada sofreu, importa congregarmos para o caso os pressupostos da tentativa.

O homicídio não é crime de execução vinculada pelo que está à partida afastada a hipótese da al. a), do n.º 2 daquele artº 22º: actos de execução como preenchimento de um elemento constitutivo de um tipo de crime. A não idoneidade da actividade do arguido para, só por si, causar o resultado morte, decorre desde logo de se ter que socorrer de executantes materiais. Está assim afastada a hipótese da al. b): actos idóneos a produzir o resultado típico.

Fica-nos a hipótese de os procedimentos do arguido, "segundo a experiência comum e salvo circunstâncias imprevisíveis, forem de natureza a fazer esperar que se lhes sigam actos das espécies indicadas nas alíneas anteriores" [al. c)]. Não é, também, claramente o caso.

A doutrina tem explicitado que "se pode conferir relevo como de execução apenas ao acto que (assumindo as exigências de "normalidade social" requeridas pela alínea em exame) antecede imediatamente, sem solução de continuidade substancial e temporal, o acto cabido nas als. a) ou b)" do n.º 2 do artº 22º do CP (cf. F. DIAS, in última ob. cit., pág. 706).

Os actos seguidos, das espécies da al. a) e b) do n.º 2 do artº 22º, são os actos que, numa avaliação objectiva, previsivelmente se seguiriam à conduta do agente, sem outros de permeio. A esta "conexão de perigo" acrescentar-se-á uma "conexão típica", quando o acto perturbe a esfera de protecção da vítima, quando entre já no âmbito de protecção do tipo.

No caso dos autos não se pode falar de "conexão temporal estreita" entre os actos, entre o último acto do arguido, e o que se esperava que se lhe seguisse, consistente no acto idóneo a causar a morte. A esfera de protecção da vida, da vítima potencial, também não chegou a ser de facto perturbada. Por outras palavras, a factualidade provada não permite afirmar que, à luz da normal experiência da vida, "toda a gente iria pensar" que logo a seguir à actividade do arguido se ultimaria a execução do crime e/ou a morte da vítima. Na verdade, tudo iria ainda ficar dependente, e decisivamente dependente, da colaboração dos contactados. Colaboração que se iria até cifrar, de acordo com a matéria de facto apurada no caso, no contacto dos contactados com um tal Yuri, que seria, não se sabe bem quando, o executante, o que tudo afastaria ainda mais a produção do resultado típico, em relação à actividade do arguido. Aliás, mesmo para além da ponderação, para nós decisiva, do elemento temporal, a probabilidade da verificação do resultado passaria ainda pelo tipo de pessoas que os contactados fossem. Se, por um lado, o arguido se dirigiu a estas pessoas e não a outras, com certeza de acordo com as informações que obtivera, por outro, não se sabe se essas possíveis informações eram correctas, e nada há na matéria de facto provada que permita caracterizar os contactados, quanto à probabilidade de aceitação do trabalho.

Quando a nossa lei diz, na al. c) do n.º 2 do art.º 22º do CP, que só há actos de execução quando é de esperar que, "segundo a experiência comum", "lhes sigam" os idóneos a produzir o resultado, estes últimos haverão que seguir-se àqueles, sem outros de permeio. A lei não fala simplesmente a actos que se sigam aos executados já, e optou por precisar uma imediatez temporal, através da expressão "lhes sigam".

A nossa lei não centrou a punição da tentativa na mera perigosidade do agente, revelada só pela análise do seu plano. Fosse esse o caso, e bastaria que o agente, de acordo com o seu plano, pusesse em acção os actos que segundo ele eram decisivos, para serem actos de execução. A consideração do plano do

agente interessa, como ponto de partida, para se saber se se está perante actos preparatórios ou de execução, mas, conhecido esse plano, importa que os actos do agente antecedam imediatamente o preenchimento de elementos do tipo, ou se posicionem como um perigo imediato de lesão do bem jurídico, "segundo a experiência comum".

É evidente que, havendo como há, actos de execução que em si não são ilícitos, eles cobram significado quando observados à luz do plano do agente. Mas importa ainda que, objectivamente, ("segundo a experiência comum" diz a lei), seja de esperar que esses mesmo actos se façam seguir logo de outros, idóneos concretamente a produzir a morte, para o caso que nos ocupa. Dando a palavra a M. C. Valdágua, "importa assinalar que a referida alínea c) do n.º 2 do artº 22º, abrange, em relação ao co-autor da tentativa, sempre e só actos que, isoladamente considerados, apenas fundamentariam a punição por cumplicidade no delito tentado, mas que, tendo em conta o plano concreto dos participantes, são de natureza a fazer esperar ("segundo a experiência comum e salvo circunstâncias imprevisíveis"), que se lhes sigam, em estreita conexão temporal com eles, actos do mesmo agente que justificam a sua qualificação como co-autor" (in "Início da Tentativa do Co-autor", pag. 214 e 215). "Em estreita conexão temporal com eles" sublinhe-se.

A doutrina e jurisprudência alemãs vinham exigindo uma anterioridade temporal imediata, dos actos levados a cabo, em relação aos que consumariam o tipo, e, para casos especiais (de autoria mediata, omissão, tentativa acabada, ou "actio libera in causa", que não interessam ao caso), exigiam o agente tivesse invadido ou diminuído a esfera de protecção da vítima.

Como diz JESCHECK, "determinante é que o comportamento ainda formalmente atípico esteja tão estreitamente vinculado com a verdadeira acção executiva, que se possa passar à fase decisiva do facto sem necessidade de passos intermédios essenciais" (in "Derecho Penal - Parte General" pág. 558). E, Stratenwerth adverte em consonância que, na tentativa, o acto de execução aparece para uma concepção natural como parte integrante da verdadeira acção típica, porque entre aquele e esta não existe "nenhum acto parcial essencial" (in "Derecho Penal - Parte General" I, pág. 288).

Foi em consonância com estas posições que o § 22º do CP alemão definiu tentativa como um avançar imediatamente para a realização do tipo penal (in M. C. VALDÁGUA, ob. cit., pág. 46). A letra, aquele preceito diz-nos que "Tentará realizar um acto ilícito quem, de acordo com o seu plano de execução do facto se proponha realizar imediatamente a acção típica". Por isso é que JAKOBS refere mesmo que não há tentativa, por exemplo, quando alguém não ultrapassa a fase de angariação de partícipes (in "Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoria de la Imputación", pág. 887).

Resta dizer que "Quanto à regulamentação do início da tentativa em geral (delimitação da tentativa face à fase dos actos preparatórios em princípio impunes), ela é feita no StGB em termos que, na substância das coisas, não se afastam essencialmente daqueles que o legislador português estabeleceu no artº 22º do nosso Código Penal." (ainda M. C. Valdágua in ob. cit. pág. 45).

No seu recurso, o Mº Pº optou por caracterizar a actuação do arguido como autoria mediata. Para tanto, recorreu ao pensamento de Maria da Conceição Valdágua, a quem atribui a inclusão nos casos de autoria mediata das situações de "aliciamento" sob a forma de ajuste, como seria o dos autos. Na sequência do que se disse, não se vê como é que é possível considerar o aliciado um mero instrumento do autor mediato. Segundo a ilustre autora citada, "(...) o "homem de trás" tem o domínio do facto (sob a forma de domínio da vontade) e é, portanto autor mediato" (in "Figura Central, Aliciamento e Autoria Mediata", "Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues", tomo I, pág. 937). Crê-se, porém, que para se ser autor mediato não basta ter o domínio do facto. É preciso que mais ninguém o tenha.

Mas aquela autora prossegue do seguinte modo: "É que o aliciado, ao concordar, designadamente, com o estabelecimento de uma relação sinalagmática entre a realização da prestação, que o agente mediato se propõe proporcionar-lhe, e a prática do facto tipicamente ilícito, que é condição dessa prestação, põe nas mãos do agente mediato a decisão final, derradeira, sobre o cometimento do facto para que foi aliciado. Na verdade, daquela relação sinalagmática, aceite pelo aliciado, decorre que, se o "homem de trás" mudar de ideias e comunicar ao aliciado que não pagará a prestação inicialmente proposta, ou que, afinal, já não pretende a execução do facto, o aliciado não cometerá o facto punível. Ora, quem tem nas mãos a última decisão sobre a execução do facto possui, do mesmo passo, aquele poder de supra-determinação do processo causal, conducente à realização do tipo legal de crime, que é a quinta-

essência do domínio do facto." Ora, importa sublinhar que, como se deixou expresso, e é inerente às situações de co-autoria, tanto tem o domínio do facto o "homem de trás" que pode mudar de ideias e desistir do projecto, como o "homem da frente" que pode mudar de ideias e deixar de alinhar no projecto. Ambos têm portanto "nas mãos a última decisão sobre a execução do facto" (idem).

Mais adiante refere-se. "Quanto ao aliciado verifica-se que ele, nas circunstâncias referidas, aceita a tarefa de executor do plano criminoso do agente mediato e subordina-se inteiramente à vontade deste. Daí que deva entender-se que o domínio do facto, sob a forma de domínio da vontade, cabe ao agente mediato, sem embargo de também o executor ter o domínio do facto, sob a forma de domínio da acção" (idem).

Quer dizer que se reconhece o domínio do facto, sob a forma de domínio da acção, por parte do aliciado, mas, ao mesmo tempo, afirma-se que a vontade deste se subordina "inteiramente" à vontade daquele, o que nos parece contraditório. Tanto o aliciado está nas mãos do aliciante para receber a contrapartida do seu trabalho, como o aliciante está nas mãos do aliciado para ver o seu projecto realizado. Mas tanto o aliciante pode romper com o ajuste, como o aliciado pode deixar de ser sensível ao aliciamento. Sendo este último a romper com o ajuste.

5) A partir daqui somos levados a ensaiar o enquadramento da actividade do arguido na instigação, como fez o acórdão recorrido.

Segundo o artº 26º do CP, última parte, é autor quem "dolosamente determinar outra pessoa à prática do facto, desde que haja execução ou começo de execução". A lei prevê, neste segmento, as situações em que alguém comete um crime, e por ele é inteiramente responsável, certo que, no entanto, nunca o teria cometido se não fosse a influência psicológica de outrem. Determinar outrem é criar noutro a decisão de cometer o crime, assumindo-se o último como executante, autor material ou "homem da frente".

O instigador é na nossa lei autor porque sem ele não havia crime. É figura central, deu um contributo decisivo para que o crime ocorresse, ou, se quisermos abandonar uma concepção causal de autoria, para o legislador, o instigador ascende à categoria de autor, porque domina o facto, sob a forma de domínio da vontade (do executante).

Claro que, para que o crime tenha lugar, não basta a acção do instigador, importando ainda que haja quem o execute. E o executante também será autor, quer porque se entenda que o seu contributo é decisivo, quer porque se considera que domina o facto, sob a forma de domínio da acção. Dois autores (ou mais), portanto, e daí ser a instigação um afloramento de autoria plural, como se disse. Ao contrário do que acontece na autoria mediata, em que o legislador começou logo por se referir a "quem executar o facto" (não tendo que falar mais em execução ou actos de execução), na instigação o legislador fez depender a sua relevância de haver "execução ou começo de execução". Do que resulta, em primeiro lugar, que a actividade dirigida a determinar alguém ao cometimento do crime não é vista, sem mais, como execução ou começo de execução do crime. Se a determinação por parte do instigador, fosse o começo de execução do crime, não faria sentido dizer que tem que haver começo de execução. Daí que o começo de execução só possa reportar-se à actuação do(s) instigado(s). Como nos diz M. C. Valdágua, "no caso da instigação, a execução do facto ilícito típico é algo que acresce à conduta do participante em causa (instigador), algo, em suma, que terá que ser levado a cabo por outrem - o instigado - para que aquele seja punível" (in "Início da Tentativa do Co-autor" pág. 121). Depois, mesmo que se concedesse que a acção finalisticamente ordenada à determinação, protagonizada pelo instigador, era o modo próprio de ele executar o crime, sempre importaria saber se determinou, ou não, de facto, outrem. E o legislador entendeu, como "exigência de política criminal" (cf. F. DIAS, in obra por último citada, pág. 809), que o sinal, o sintoma, a revelação de que tinha ocorrido determinação, só podia ser dado, convincentemente, pelo menos com o começo de execução. Assim, com o começo de execução por parte do "homem da frente" revelar-se-á, retrospectivamente, a execução própria do "homem de trás".

No caso dos autos, não só o começo de execução, e muito menos a execução do homicídio, não foi obstaculizado pela intervenção de estranhos ao "ajuste", como foram os interlocutores do arguido que resolveram não iniciar qualquer execução, denunciando a situação à polícia. O que significa que não ficou preenchido o elemento "determinação".

Se o agente não determinou ninguém, não é, à luz do artº 26º do CP instigador. E não sendo instigador não é por essa via autor. A lei não se basta, para que alguém ascenda à categoria de autor, que tenha pretendido ser autor, sem o conseguir.

"É também patente que enquanto o agente imediato não praticou nenhum acto de execução não há verdadeiramente instigação. Aliás nem de outra forma poderia ser, já que então estar-se-iam a punir meras cogitationes" (cf. FARIA COSTA, in "Jornadas de Direito Criminal, C.E.J.", pág. 173)

Isto dito, fica sem sentido discorrer sobre se a factualidade dos autos, encarada como instigação, seria, em matéria de iter criminis, assimilável a uma situação de tentativa.

Dir-se-á, na sequência das anteriores considerações, e com F. DIAS, mais uma vez, "que o início da tentativa da prática do facto implica, na instigação, a prática de um acto de execução pelo instigado" (ob. cit. pág. 822). Por último, se o executante houvesse de ser outro indivíduo que não os contactados, teríamos que configurar uma instigação em cadeia. Mesmo que tivesse havido actos dos contactados, como é sabido, a instigação da instigação, entre nós, não é punida.

Vale a pena anotar que segundo o Código Penal brasileiro (artº 31º), por exemplo, a situação teria o mesmo tratamento.

"... o ajuste, determinação (induzimento), instigação ou auxílio, são impuníveis, se o crime não chega, pelo menos a ser tentado. A forma tentada é o patamar mínimo para efeito da punibilidade da participação, que sempre depende de uma conduta principal (típica e anti-jurídica). Sabemos que a forma tentada exige actos executórios (execução do verbo núcleo do tipo ou começo de execução do crime - teoria objectiva-individual). Os actos preparatórios (que antecedem os executórios), em regra não são puníveis. Isso é o que diz o artº 31º do CP Várias pessoas ajustam (combinam) um roubo e elegem A para executá-lo. A, nem sequer inicia a execução. A combinação precedente, nesse caso, é impunível. Essa é regra do direito penal brasileiro." (cf. FLÁVIO GOMES e GARCIA-PABLOS DE MOLINA, in "Direito Penal - Parte geral", vol. II, pág. 482).

6) Há que ver, finalmente, se a situação dos autos não poderá implicar a responsabilização do arguido, considerando-o simplesmente co-autor. O artº 26º já citado considera, também, autor, quem

- tomar parte directa na execução do facto

- por acordo ou juntamente com outro ou outros.

A propósito deste segmento tem-se distinguido um elemento objectivo do elemento subjectivo da co-autoria.

Dir-se-á que, quanto ao primeiro, tem que existir uma distribuição complementar de tarefas para levar a cabo o crime. Para se afastar qualquer intervenção na execução, que seja só de cúmplice, importa que o co-autor tome parte na execução "de modo directo", com isso se querendo aludir a uma intervenção essencial em termos de causalidade adequada (E. Correia). Ou então que tenha o domínio funcional do facto (Roxin) sempre que, tendo em conta certo estágio de execução, a intervenção do co-autor for indispensável à execução do crime, sob pena de sem ela o plano de conjunto falhar.

Segundo o plano do arguido, este levou a cabo um conjunto de "tarefas" que já estão para além do trabalho de aliciamento, ou que fossem, só, pressuposto do ajuste que ele pensava ter sido feito. O arguido podia ter actuado, só, para psicologicamente criar noutrem a vontade de cometer o crime, fundamentalmente com a oferta duma compensação monetária. Acontece é que, para além disso, praticou os actos de execução que a ele competiam, consubstanciados no fornecimento da informação indispensável ao cometimento do crime (cf. v.g. pontos 70 a 76, ou 94 a 104 e 127 da matéria de facto). A prestação dessa informação está para além da acção de determinação de outrem, porque não aparece, na matéria dada por provada, como elemento condicionante do próprio aliciamento.

Quanto ao elemento subjectivo, dir-se-á que, no convencimento do arguido, começou por haver acordo para a execução do crime, e houve da sua parte colaboração para a sua execução, ao prestar a aludida informação. Sobretudo, poderá falar-se em relação a ele de dolo de autor, porque era o arguido que mais tinha a vontade directa na realização do tipo.

Acontece é que, no caso, a co-autoria ainda teria que ser afastada, por não ter tido lugar acordo real. O acordo fingido (ou a ilusão de que o comparsa está a participar na execução), não são relevantes para efeito de se poder falar de co-autoria. Em primeiro lugar, porque sem acordo (ou consciência de

colaboração recíproca), não há participação na execução partilhada. Quando muito ocorreriam autorias paralelas. E por aí ficaria desde logo comprometida a fase de execução em si. Depois, e decisivamente, porque não há autor, ou co-autor, sem dolo de autor.

No caso dos autos, a matéria de facto nada nos diz sobre se os indivíduos contactados chegaram a ter agido com dolo de autor (e muito menos de cúmplice). Muito pelo contrário, a crer naquela matéria de facto, que é, e é só, o nosso ponto de partida, os contactados não agiram com dolo de autor quando fizeram o que se deu por provado que fizeram.

Resta dizer, que pouco interessará discorrer a partir da ideia de que, caso o crime se tivesse consumado, o arguido teria sido considerado autor, e não teria feito nem mais nem menos do que aquilo que fez (salvo, eventualmente, pagar o preço que faltasse).

Em primeiro lugar, porque nessa hipótese seria, desde logo, responsabilizado como instigador. Depois, porque caso o crime se tivesse consumado, e mesmo que raciocinásemos fora do contexto da instigação, o contributo do arguido para o cometimento do crime teria que ser conjugado com o dos partícipes, para o efeito de se aferir da sua idoneidade para produzir o resultado típico.

Diz-nos CAVALEIRO FERREIRA: "A idoneidade não pode qualificar cada um dos actos de execução. (...) o acto incoactivo ou inicial da execução pode não ser por si só idóneo, causal em relação ao resultado. A idoneidade para a produção do crime consumado refere-se à execução, de que o primeiro ou primeiros fazem parte.

E, por isso, a definição de cada acto de execução pressupõe a sua inserção na totalidade do plano de execução que o agente se propõe realizar. Há que partir do plano concebido pelo agente, quanto à execução, para avaliar da idoneidade de toda a execução, e é em função desse plano que se atribui a cada parcela, a cada acto do todo, idoneidade em conjunto com os actos não executados. É também esta a interpretação que deve dar-se à alínea *b*) do n.º 2 do art.º 22.º" (in "Lições de Direito Penal" vol. I, pág. 286 e 287).

7) Isto dito, somos empurrados para uma reflexão sobre a responsabilização do arguido, em termos de autoria tão só singular. Ao discorrermos sobre a configuração da acção do arguido como simples co-autor, a resposta dada ressaltava sempre o plano do agente, o convencimento do arguido. Objectivamente não houve acordo, não houve consciência partilhada por parte dos co-autores de actuação conjunta, não houve participação na execução por parte dos contactados, porque não houve actos de execução. E não houve actos de execução, como atrás se disse, porque nenhuma das alíneas do n.º 2 do art.º 22.º do CP o permite afirmar.

Como se sabe, não ocorreu a morte de ninguém, pelo que a ter havido crime, este teria forçosamente que ser tentado. Já atrás nos referimos à tentativa, para a afastar, a propósito da autoria mediata.

Procedem do mesmo modo, aqui, as considerações atrás feitas sobre a distinção entre actos preparatórios, não puníveis nos termos do art.º 21.º do CP, e os actos de execução.

O arguido não pode ser considerado autor mediato, ou instigador, mero co-autor ou simplesmente autor, e obviamente que também não é cúmplice de nada. Por isso, não pode ser responsabilizado.

8) Não fica sem referência que o comportamento do recorrido revela perigosidade, pese embora o bem jurídico protegido nunca ter estado ameaçado de modo penalmente relevante. Mais, tendo em conta a chamada "teoria da impressão", quanto ao fundamento teórico da tentativa, estar-se-ia perante uma actuação que autorizava que o legislador a tivesse previsto e punido, em face do "alarme social causado". E a via a seguir poderia ser, em termos de política criminal, que se tivesse enveredado (como chegou a acontecer na fase de projecto do actual CP), no sentido de se responsabilizar a "tentativa" de instigação (desde que não seja "manifesta a inaptidão do meio empregado pelo agente", à semelhança do que dispõe o art.º 23.º n.º 3 do CP). Ou então, seguindo o caminho que o do CP espanhol seguiu, onde os actos preparatórios também não são punidos, salvo se assim estiverem especificamente previstos. Por isso criou a figura da "conspiração", da "proposta", da "provocação" e "apologia" públicas do crime, como forma de contornar as dificuldades sentidas, exactamente ao nível da distinção entre actos preparatórios e de execução. Diz-nos especificamente aquele CP que "a proposta existe quando aquele que resolveu cometer um crime convida outra ou outras pessoas para o executar",

sendo indiferente saber se houve ou não acolhimento da dita proposta (artº 17º nº 2 do CP espanhol). E o mesmo Código pune, depois, a simples "proposta" de homicídio (artº 141º).

Não é essa porém a lei que temos.

Outra solução que não a colhida, comprometeria, a nosso ver, o princípio da legalidade: "Nullum crimen sine lege stricta". Poderíamos estar perante a aplicação analógica de um dos segmentos do artº 26º do CP, com a consequente inconstitucionalidade.

Souto Moura

Acórdão da 4.^a Vara Criminal do Porto de 9 de Julho de 2007

Processo n.º 713/06.3 JAPRT

1 - Relatório

Acordam os Juízes que constituem este tribunal colectivo no seguinte:

O Digno Magistrado do Ministério Público deduziu acusação sob a forma de Processo Comum com intervenção de Tribunal Colectivo contra o arguido M ..., imputando-lhe, em autoria material, a prática de um crime de homicídio qualificado, na sua forma tentada, previsto e punido nos termos dos artigos 22.º, 23.º, 73.º, 131.º e 132.º, n.º 1 e 2, alíneas *d*) e *i*) do Código Penal.

(...)

*

2 - Fundamentação

2.1. Os factos provados

...

2.2 Factos não provados:

...

2.3. Motivação dos factos provados

...

*

3. O Direito

Cumpra agora subsumir o manancial fáctico apurado no respectivo enquadramento jurídico.

O arguido vem publicamente acusado da prática de um crime de homicídio qualificado, na sua forma tentada, previsto e punido nos termos dos artigos 22.º, 23.º, 73.º, 131.º e 132.º, n.º 1 e 2, alíneas *d*) e *i*) do Código Penal.

Importa, assim e em primeiro lugar, saber a que título podem os factos praticados pelo arguido e eventualmente consubstanciadores do crime citado, lhe serem imputados.

Sabe-se que, ao criar os tipos de crime, o legislador, na generalidade dos casos, utiliza uma técnica que consiste em partir do princípio de que as condutas que descreve são integralmente realizadas por um único agente, ou seja, que os crimes são cometidos em autoria imediata singular.

Sucedem, porém, muitas vezes que as condutas descritas pelo legislador não são realizadas por uma única pessoa mas por várias, participando umas na fase executiva e outras não.

Daí que o legislador, na prossecução da técnica descrita, tenha necessidade de, na parte geral, alargar cada um dos tipos da parte especial, de forma a, respeitando o princípio da legalidade, abranger os casos em que as condutas descritas na parte especial são realizadas não por um único agente mas por uma pluralidade de agentes.

Cria, assim, cláusulas de extensão da tipicidade.

É essa a função, nomeadamente, dos artigos 26.º e 27.º do Código Penal.

Através das diferentes proposições contidas na primeira das citadas disposições legais pune-se, sucessivamente, como autor “quem executar o facto, por si mesmo ou por intermédio de outrem, ou tomar parte directa na sua execução, por acordo ou juntamente com outro ou outros, e ainda quem, dolosamente, determinar outra pessoa à prática do facto”.

Neste preceito estão abrangidas, a autoria imediata, a autoria mediata, a co-autoria e a instigação.

Através do artigo 27.º pune-se como cúmplice todo aquele que prestar dolosamente auxílio material ou moral à prática por outrem de um crime.

Sendo esta a natureza das normas contidas nestes dois preceitos deve entender-se que as mesmas têm um carácter fundamentador da responsabilidade, estando abrangidas no âmbito do princípio da legalidade.

Não é, portanto, admissível quanto a elas, qualquer interpretação cujo resultado extravase o sentido possível das palavras utilizadas pelo legislador, só nesse âmbito podendo existir responsabilidade criminal.

Definidos os limites da interpretação, analisemos agora a terceira proposição do artigo 26.º do Código Penal, segundo a qual é punido *como autor quem tomar parte directa na execução do crime por acordo ou juntamente com outro ou outros*.

Numa determinada interpretação deste segmento normativo, como é aquela que é feita pela Dra. Conceição Valdágua (*in* “O início da tentativa do co-autor”, 2.ª edição, Lex, Lisboa, 1993, pág. 122 e segs.) esta proposição abrange, toda ela apenas a co-autoria.

A co-autoria pressupõe dois elementos: a participação na fase executiva do crime, ou seja, a prática de actos de execução, tal como eles são definidos nas três alíneas do n.º 2 do art. 22.º do Código Penal, e um acordo, elemento que vai unificar as condutas parcelares dos vários co-autores e que permite que o comportamento de cada um seja imputado ao outro ou outros. É o acordo e só o acordo que permite responsabilizar cada um dos co-autores pela contribuição dos restantes sem violação do princípio da responsabilidade pessoal.

Tal acordo não tem, porém, que ser prévio. Basta que exista a consciência e vontade plurilateral de colaboração, requisito mínimo da responsabilidade pessoal.

No que respeita, à co-autoria, conforme aquela autora que aqui seguimos de muito perto, bem refere, o legislador português ao descrever, no artigo 26.º as figuras do autor singular imediato e do autor mediato, respectivamente, como aquele que “executa o facto, por si mesmo ou por intermédio de outrem”, seguiu muito de perto o § 25, n.º 1, do Código Penal Alemão, segundo o qual “é punido como autor quem comete o facto punível, por si mesmo ou por intermédio de outrem”. A coincidência substancial entre este normativo do Código Penal vigente na Alemanha e o artigo 26.º (1ª e 2ª proposições) do nosso Código é manifesta, mesmo na parte em que o texto legal português não constitui a tradução literal do alemão, pois não há também qualquer divergência de conteúdo entre a expressão “comete o facto punível”, empregada pelo legislador germânico, e a expressão “executa o facto”, consagrada no artigo 26.º do Código Português.

No que respeita, porém, à co-autoria que, segundo o § 25, n.º 2, do Código alemão, se verifica quando “vários cometem o facto punível, conjuntamente”, a terceira proposição do artigo 26.º, embora seguindo o modelo alemão, na medida em que se refere à actuação do co-autor juntamente com outro ou outros, parece não considerar este requisito suficiente nem necessário para a existência de co-autoria. Na verdade, a aludida proposição do artigo 26.º, declara, por um lado, imprescindível que o co-autor tome “parte directa na execução”, exigência esta que não se encontra no texto legal germânico; e, por outro lado, prevê a actuação do co-autor “por acordo”, como alternativa à sua actuação “juntamente com outro ou outros”.

Para se compreender a razão de ser da exigência de o co-autor tomar “parte directa na execução” – que, como vimos, não se encontra no § 25, n.º 2, do Código alemão, mas consta, expressamente, da terceira proposição do artigo 26.º – não basta recordar que o n.º 1 do artigo 20.º do anterior Código punia, como co-autores, “os que tomam parte directa na execução (do crime)”. É mister, para além disso, ter-se presente a controvérsia, existente na Alemanha Federal, acerca da necessidade ou desnecessidade da intervenção do co-autor na fase executiva.

Na verdade, a jurisprudência alemã e a opinião dominante na literatura juspenalista germânica continuam a entender que não é imprescindível, para a punição de um agente como co-autor, que este

actue na fase executiva do delito, bastando, portanto, para a co-autoria, uma intervenção na fase dos actos preparatórios. Mesmo entre os penalistas germânicos que (em número crescente) criticam, com Roxin, aquela posição, há quem, como Stratenwerth, Jescheck e Seelmann, considere sempre punível como co-autor o “cérebro” do grupo delinvente – que elabora o plano criminoso, atribui a cada executor a respectiva tarefa e coordena as actuações de todos os participantes – quer ele intervenha na fase de execução do delito, quer actue, apenas, na fase dos actos preparatórios.

O legislador português, que manifestamente se inspirou, em maior ou menor medida, no modelo alemão, ao formular as três primeiras proposições do artigo 26.º, conhecia seguramente a referida controvérsia e decidiu estabelecer de modo inequívoco que não pode ser punido como co-autor aquele participante cuja actuação, seja qual for a sua importância para a realização do plano criminoso comum, se processa, toda ela, na fase dos actos preparatórios.

A exigência de que o co-autor tome “parte directa na execução” (do facto) torna, manifestamente, imprescindível a sua actuação durante a fase da execução do delito, no sentido do artigo 22.º

Em face da redacção da terceira proposição do artigo 26.º o entendimento de que a actuação do co-autor pode limitar-se à fase dos actos preparatórios não teria na letra da lei aquele “mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso”, a que se refere o artigo 9º, n.º 2, do Código Civil. Tal entendimento só poderia basear-se numa aplicação analógica que, por muito boas que fossem as razões invocadas a seu favor, seria sempre vedada pelo princípio “*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*” que é um corolário do princípio da legalidade.

No entanto, no caso em apreço, tal hipótese nem se poderá colocar, porquanto, não existiu qualquer acordo prévio, mesmo que tácito, entre o arguido e as pessoas por ele contactadas, e mesmo que vista unilateralmente pela perspectiva do arguido, em que este fica convencido que existe um acordo e este será cumprido por alguém (que o mesmo desconhece) ainda assim, impõe a letra da lei que o mesmo tomasse parte conjunta do plano, o que manifestamente não era o caso.

Na verdade, na presente situação, o arguido não executaria, total ou parcialmente, o aludido crime projectado, isto é, não cometeria os actos exteriores que realizam o facto ilícito na sua estrutura essencial, com culpabilidade (CAVALEIRO DE FERREIRA, *Direito Penal Português - Parte Geral*, vol. II, Lisboa, 1982, pág. 97), não praticaria nenhum dos actos que as diversas alíneas do n.º 2 do art. 22.º assinalam como actos de execução.

Não estaria presente no local do crime, nem no momento em que este fosse eventualmente cometido não tendo, repete-se, qualquer participação directa no mesmo.

No momento da execução do crime “encomendado” não deteria nas suas mãos o domínio do facto, a possibilidade de fazer a execução do crime prosseguir ou de a fazer parar. Não pode, deste modo, assumir a qualidade de co-autor.

Mas, embora a outro nível, é evidente a participação do arguido em todo o plano engendrado.

Ele funcionaria como o verdadeiro cérebro de toda a “operação”, a mola impulsadora de tudo o que a seguir se deveria passar.

Era ele que pretendia determinar a resolução criminoso das pessoas contactadas.

Relembremos a matéria de facto dada como provada, que ao caso interessa:

(...)

Ou seja, o arguido, com a sua actuação, tentou provocar em outra pessoa a resolução de praticar um crime, sendo certo que esta nunca aceitou.

Estamos sem dúvida caídos no campo da instigação.

Em que maneira tal categoria dogmática se encontra no nosso Código Penal?

A redacção do Código Penal de 1982 no art.26º refere que:

“É punível como autor quem executar o facto, por si mesmo ou por intermédio de outrem, ou tomar parte directa na sua execução, por acordo ou juntamente com outro ou outros, e ainda quem,

dolosamente, determinar outra pessoa à prática do facto, desde que haja execução ou começo de execução”.

Sobre a redacção final do art. 26.º refere FIGUEIREDO DIAS (*in: Revista Legislação e Jurisprudência*, nº 3937, ano 135, Março-Abril de 2006, pág. 255, nota 4) que esta foi “de alguma forma, o resultado do embate entre a concepção causal da autoria de Eduardo Correia e a teoria do domínio do facto. O acordo obtido nesta matéria terá derivado mais, no entanto, da convicção de que o texto aprovado permitia soluções dos problemas concretos da comparticipação razoáveis e justas do que a qualquer unanimidade na compreensão dos fundamentos doutrinários sobre os quais a interpretação e aplicação reveria assentar no futuro. Os pontos mais relevantes de um tal acordo traduziram-se: na redefinição das diversas formas de autoria e na autonomização da cumplicidade, e por conseguinte, na aceitação de um conceito restritivo de autor nos crimes dolosos de acção; na consideração da instigação entre as formas de autoria e não como entidade a subsumir, juntamente com a cumplicidade, a um conceito superior de participação ou tão pouco como *tertium genus* a considerar autonomamente entre a autoria e a cumplicidade”.

Para este autor, assim, a instigação é assim uma verdadeira “modalidade” de autoria, assim definida: “Instigador no sentido do artigo 26.º é unicamente quem produz ou cria de forma cabal – podia talvez dizer-se, pedindo ajuda à língua francesa: quem ‘fabrica de *toutes pièces*’ 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.” (ob.cit., pág. 256).

Não é, no entanto, pacífico este entendimento, sendo vários os autores que vêm mais a instigação como um participante (vd. TERESA BELEZA, *Illicitamente Comparticipando*, pág. 597 e ss.)

Acompanhando neste segmento HELENA MORÃO (*in: Da Instigação em Cadeia, Contributo para a Dogmática das Formas de Participação na Instigação*, pág. 32 e ss.) e que ao caso sobremaneira nos interessa, refere esta autora: “Decisiva é também a razão que se extrai do art. 26.º n.º 4 a proposição, *in fine*. Efectivamente, a expressão “desde que haja execução ou começo de execução”, consubstanciando uma exigência que não se reclama no domínio da autoria mediata, comprova a dependência do acto instigador relativamente a um facto que é dominado por outrem e revela, assim, a natureza acessória do instituto e a sua aproximação clara ao princípio da acessoriedade da participação em face da autoria, previsto no modelo legal germânico.

O mesmo segmento normativo abre, aliás, caminho à possibilidade de chegar a soluções diversas em sede de tentativa, *já que a tentativa de instigação fica impune, pois o instigador só pode ser punido se o instigado iniciar a execução do facto, enquanto que, no que toca à autoria mediata, “o legislador de 1982 ou rejeitou, como pressuposto da punição do autor mediato, a exigência de que o agente imediato tenha iniciado o comportamento (típico) para que aquele o impeliu, ou, pelo menos, deixou em aberto a questão de se saber se deve ou não ser feita essa exigência, confiando à Doutrina e à jurisprudência a tarefa de encontrar solução adequada para tal problema”.*

Ora, uma tal disparidade de regimes não faria, obviamente, sentido, se instigação e autoria mediata fossem, na concepção do legislador, espécies do mesmo género.”

Independentemente de tal categorização, que se afasta claramente do âmbito do presente acórdão, pelo trecho sublinhado logo se vislumbra o problema que assalta o *iter criminis*, porquanto, o arguido, pese embora todos os factos praticados, nunca conseguiu criar nas pessoas contactadas a resolução de praticar qualquer facto ilícito típico.

Efectivamente, apesar do pretenso acordo dado pelas pessoas que eram interlocutoras do arguido, nunca pretenderam as mesmas, por qualquer forma, prestar-se ao que lhes era pedido, tendo, logo após de se aperceberem o que lhes era pedido, se dirigido às autoridades policiais e relatado os factos.

A partir daí, tudo o que é feito, tem por base apenas a necessidade de facilitar a investigação pretendida pela Polícia Judiciária.

Deverá ser punível tal conduta?

Referia já FIGUEIREDO DIAS (in *Sumários de Direito Penal*, 1976, pág. 87 e ss.) a este propósito “O segundo caso é o que chamamos de tentativa de participação. O substrato que lhe corresponde é o de haver uma tentativa – sem êxito – de participar num facto que acaba por não ser levado a cabo; v. g. o caso de A tentar debalde determinar B à prática de um crime (...).

Este substrato é desconhecido da nossa lei penal vigente. E se como dissemos, a punição da participação representa sempre um alargamento da punibilidade que não pode fazer-se sem lei expressa (“nullum crimen...”), tanto basta para concluir que a tentativa de participação não é entre nós punível.

Referia, no entanto, aquele autor, de *lege ferenda*, que “não se suscitam objecções decididas contra a punibilidade de uma tentativa falhada de instigação, já a punibilidade dos restantes casos nos surge como altamente duvidosa, por penetrar profundamente na punibilidade de meras intenções ou propósitos”.

Aquando da Revisão do Código Penal, o autor do Projecto, Mestre Eduardo Correia, previa a criminalização expressa de tais condutas no seu art. 31.º:

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

Era a consagração do famoso parágrafo Duchesne do antigo Código Penal Alemão, do nome do belga que se ofereceu para matar Bismarck (vd. Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal – Parte Geral – Volume I e II, pág. 206 e ss.).

Tal preceito veio a ser aprovado, apenas com um voto contra, com a seguinte redacção, no segmento que nos interessa “Quem directa e dolosamente determina ou tenta determinar outrem à prática de um crime será punível segundo as regras da tentativa, sendo porém a pena sempre atenuada”.

Veja-se ainda EDUARDO CORREIA (in *Direito Criminal*, 1988, vol. II, pág. 252, rodapé 1), quando refere as “instantes necessidades politico-criminais” de tal incriminação, pese embora o facto de a sua natureza jurídica ser extremamente discutida.

No entanto, como ficou dito, na redacção do art. 26º esta redacção desaparece, sendo substituída apenas pela expressão, “quem dolosamente determinar outra pessoa à prática do facto, desde que haja execução ou começo de execução.

Na tentativa de melhor compreender o preceito em causa, vejamos qual o substrato que reside à punição da instigação.

Segundo HELENA MORÃO (ob.cit., pág. 160) “O instigador, ao criar um risco proibido de nascimento e execução da resolução criminosa no instigado, cria também um risco mediato, indirecto ou acessório, juridicamente desaprovado, de ataque ao bem jurídico protegido.

Este desvalor da acção instigadora dever-se-á projectar num duplo resultado, a aferir em função de um duplo nexo de imputação objectiva, e natureza peculiar, manifestação da relevância dos critérios da imputação objectiva no campo da instigação: não só a resolução criminosa do instigado terá que consubstanciar uma concretização da esfera de risco criada pelo instigador, como a própria prática dos actos de execução terá de representar a materialização desse mesmo risco.

(...) A punição prevista para o instigador encontra, *assim, a sua razão de ser na circunstância de este criar um risco proibido de nascimento e execução de uma decisão criminosa que se materializa numa resolução e início de execução por parte do autor principal, concretizando, desse modo, um ataque acessório ao bem jurídico tutelado.*

Ou seja, a instigação é punida porquanto cria o risco do surgimento de uma resolução criminosa, mas que se materializa apenas com o início dos actos de execução.

Do modo como a redacção do art. 26.º se encontra plasmada, depreende-se que o legislador só viu necessidade de proteger os bens jurídicos a partir do momento em que seja praticado qualquer acto de execução por parte do instigado, e já não do instigador, ou seja, entendendo que até lá os bens jurídicos que importa proteger não estão verdadeiramente em perigo.

É esta a opinião generalizada, em face do texto legal, da doutrina e da jurisprudência:

FARIA COSTA defende “Dir-se-á que tal acontece quando alguém consegue criar em outra pessoa a firme decisão de esta querer praticar uma infracção. Tal decisão terá de abranger todos os elementos subjectivos inerentes ao facto. *É também patente que enquanto o agente imediato não praticou nenhum acto de execução, não há verdadeiramente instigação.* Aliás nem de outra forma podia ser já que então estar-se-iam a punir as “meras cogitationes”. Vale neste particular a regra da acessoriedade” (in *Jornadas de Direito Criminal – Centro de Estudos Judiciários*, pág. 173).

MAIA GONÇALVES, do mesmo modo entende, que não é punível a tentativa de participação (in *Código Penal Anotado*, 16.^a ed., pág. 135).

Mais desenvolvido se apresenta o estudo de MARIA FERNANDA PALMA, (in *Da Tentativa Possível em Direito Penal*, pág. 101), quando refere: “ Não estará em causa, aqui, o conceito unitário de actos de execução, na medida em que também o facto criminoso resulta da conjugação de vontades do instigador e do instigado e, nessa medida, a conduta do instigador poderia ser encarada como primeiro acto executivo? Será aceitável uma tal conjugação do artigo 26.º com o artigo 22.º, n.º 1, do Código Penal?

A resposta deve ser negativa, na medida em que só o autor material detém o domínio do facto e só ele pode fazer fracassar o processo.

A criação de risco e insegurança para os bens jurídicos pela conduta do instigador só se concretiza com o início da execução do crime pelo autor material, aliás decidida por este, embora por influência decisiva do instigador. *Até lá, a esfera de segurança dos bens jurídicos e a liberdade da vítima não são postas em causa* (o que levou esta insigne magistrada e jurista a, num artigo de opinião, comparar a instigação ao encomendar de uma pizza, e em que demonstra claramente que tais condutas deveriam passar a ser puníveis – in *Correio da Manhã*, de 6 de Maio de 2007).

Tal foi também o entendimento do Ac. STJ de 31/10/96 (in www.dgsi.pt).

Foi isto que no caso concreto não chegou a acontecer, pois nenhuns actos de execução, mesmo numa concepção alargada dos mesmos, foram praticados pelas pessoas que foram contactadas pelo arguido, que nunca tiveram intenção de aderir ao plano engendrado por este, apenas logrando que o mesmo acreditasse em tal com vista a permitir a prossecução da investigação criminal.

Logo por aqui se vê, então, que não são puníveis os actos praticados pelo arguido, porquanto falta esse elemento que a norma impõe para a punibilidade dos actos do instigador, o começo de execução por parte do instigado.

Assim, deve o arguido ser absolvido da prática do crime que vinha acusado.

Aqui chegados, importa frisar sobremaneira o seguinte:

O comportamento do arguido, ao conceber um plano para matar a sua mulher, com dois tiros na cabeça, e para tanto procurando contratar alguém que lhe executasse o “serviço”, é, e por certo ninguém duvidará, moralmente censurável. Por outro lado, tal conduta afigura-se socialmente perigosa, pois se continuar a procurar, existirá sempre a possibilidade de encontrar alguém disposto a concretizar os seus intentos criminosos. Mas não existe na lei penal norma que preveja uma pena para o comportamento do arguido e o tribunal está sujeito, nos termos dos artigos 29.º da Constituição da República e 1.º do Código Penal, ao princípio da legalidade, segundo o qual só pode ser punido criminalmente o facto descrito e declarado passível de pena por lei anterior ao momento da sua prática.

Concluindo, os factos praticados pelo arguido são moralmente censuráveis, socialmente perigosos mas não criminalmente puníveis.

4. Decisão

Nestes termos julga-se improcedente por não provada a douda acusação pública, e, os Juízes que constituem o Tribunal Colectivo decidem:

A) Absolver o arguido M, como autor material de um crime de homicídio qualificado, na sua forma tentada, previsto e punido nos termos dos artigos 22.º, 23.º, 73.º, 131.º e 132.º, n.º 1 e 2, alíneas d) e i) do Código Penal.

B) Sem custas.

(...)

Porto, 2007/07/09

João Grilo Amaral
Maria dos Anjos Nogueira
William Gilman

Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 16-10-2008

1. Propomo-nos aqui tecer um comentário ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 16 de Outubro de 2008, que condenou o arguido M por ter firmado um pacto para matar a assistente MT, sua mulher. Embora o nosso objecto de análise seja este Acórdão do STJ, julgamos que a discussão fica enriquecida com o conhecimento e a referência a outras opiniões que neste mesmo processo foram expendidas¹. Daí a inclusão do voto de vencido, das declarações emitidas pelos Conselheiros que votaram na tese que fez vencimento e de um excerto do Acórdão recorrido. A pluralidade de propostas de solução que este concreto problema suscitou é bem demonstrativa da sua complexidade e da relevância das implicações político-criminais das posições a propósito dele adoptadas.

Os contornos do caso impunham ao STJ que tomasse posição expressa sobre pontos críticos da dogmática penal em matéria de comparticipação e de tentativa. O critério de autoria imanente ao regime legal da comparticipação definido nos artigos 26.º e 27.º do Código Penal, a distinção entre autoria mediata e instigação, o início da tentativa na autoria mediata e a fronteira entre actos preparatórios e actos de execução são questões directamente convocadas pelo caso e que estão no centro do debate penal actual sobre aquelas formas de aparecimento do crime². Seria, por isso, de esperar que a mais alta instância do nosso sistema judiciário assumisse uma posição clara, não apenas quanto ao sentido da deliberação, mas também e sobretudo quanto aos seus fundamentos e critérios de decisão. Deparamo-nos, porém, com um

¹ Cf. ainda, com interesse, o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 20-09-2006 (Proc. n.º 0644842, *in*: www.dgsi.pt), no qual foi apreciada a relevância criminal dos factos à data indiciariamente imputados ao arguido, no âmbito de recurso interposto contra o despacho de aplicação de medida de coacção.

² A nossa atenção centrar-se-á apenas nestas questões e não irá estender-se a outros problemas porventura suscitados pelo Acórdão: *v. g.*, o acerto da subsunção em sede de homicídio qualificado; a possibilidade de o Supremo ditar directamente a pena concreta na sequência de uma decisão absolutória, em vez de remeter o processo à instância recorrida; ou a escassa fundamentação apresentada para justificar a medida e a espécie da pena aplicada.

Tribunal dividido em três posições de fundo – autoria mediata, co-autoria e instigação – e com um Acórdão que deixa manifestamente a desejar quer relativamente ao acerto da decisão tomada, quer sobretudo quanto aos fundamentos em que a fez repousar. O que é tanto mais preocupante quanto se trata de um Acórdão que provavelmente irá passar a ser tido como “precedente” para casos da mesma natureza.

A decisão de condenar o arguido como autor mediato de um crime de homicídio qualificado na forma tentada constitui, em nosso modo de ver, uma decisão errada e insustentável sob o ponto de vista dos princípios e das normas penais positivadas na lei vigente, designadamente, nos artigos 22.º e 26.º do Código Penal. A razão estava inteiramente do lado do Tribunal de 1.ª Instância e do voto de vencido formulado no STJ, que, não deixando de apontar o carácter socialmente censurável da conduta do arguido, subscreveram o entendimento de que os factos não são puníveis pela lei penal portuguesa, pelo que se impunha a sua absolvição.

2. Resumindo a extensa matéria de facto ao essencial, apurou-se que “o arguido M delineou um plano criminoso no sentido de proceder à eliminação física da assistente, MT, sua mulher”, e para esse efeito resolveu contratar uma ou duas pessoas que fossem capazes de levar por diante os seus intentos, mediante o pagamento de um montante a combinar, sendo que todos os pormenores para a boa prossecução de tal plano seriam por si determinados e ditados (n.ºs 19 e 20 dos factos provados).

Animado por esse propósito, o arguido contactou telefonicamente um estabelecimento comercial detido por pessoas de nacionalidade russa. Após uma fase inicial em que os russos SP e AZ pensaram que o arguido precisava de alguém que cuidasse de uma pessoa idosa ou doente, o equívoco cessou com a recepção de uma carta remetida pelo M, na qual eram fornecidos os primeiros elementos sobre a rotina diária do alvo e definidos os termos em que o homicídio deveria ser praticado, indicando a data e local da sua consumação, a arma a usar e o modo de execução e impondo a simulação do móbil do crime (n.ºs 36 a 46). No dia 29 de Maio, de manhã, o arguido voltou a telefonar, tendo obtido confirmação de que essa carta foi recebida. Nesse telefonema “quis saber se tinham já arranjado alguém para executar o serviço, tendo-lhe sido respondido negativamente”. Apesar de nessa mesma tarde o SP ter denunciado a situação à Polícia Judiciária, *o STJ considerou que no telefonema da manhã desse dia foi formado um pacto para matar uma pessoa, ainda não identificada.*

A partir da denúncia, o SP e o AZ actuaram sob instruções da Polícia Judiciária, com o fito de “empatarem” o arguido, de modo a permitir a obtenção dos elementos necessários à sua identificação. Nesse contexto, fizeram-lhe crer que o “serviço” havia sido entregue a um terceiro, que fixou um preço de € 10.000. Depois, tendo sido “acordado” que antes da execução seria paga metade daquela quantia, o arguido fez-lhes chegar €5.000 e foi prestando informações cada vez mais detalhadas acerca do alvo, acabando, numa última carta, por fixar uma data para o cometimento do homicídio. Ultrapassada essa data, sem que tenha sido encetada qualquer acção pelo SP ou pelo AZ dirigida a matar a mulher do arguido, quis este saber por que razão o crime não havia sido executado. Poucos dias mais tarde, o arguido foi surpreendido pela Polícia Judiciária, que pôs termo ao seu plano.

3. Como referimos, temos por inequívoco que estes factos devem reputar-se *penalmente irrelevantes* e como tal deveriam considerar-se inidóneos para sustentar a condenação do arguido como autor de um crime de homicídio qualificado sob a forma tentada, ou até de qualquer outro.

Não foi este, todavia, o entendimento do Supremo Tribunal de Justiça.

Apesar de a 1.^a Instância ter afirmado, *apertis verbis*, que “não existiu qualquer acordo prévio, mesmo que tácito, entre o arguido e as pessoas por ele contactadas”, o Supremo conseguiu divisar a existência de tal acordo num telefonema em que uma delas, quando perguntada pelo arguido se já tinha sido encontrada a pessoa que iria praticar o crime, respondeu que ainda não. Daqui o Acórdão extraiu a ilação de que houve actos de execução do crime de homicídio imputáveis ao arguido. Afirma-se que “esta transmissão telefónica de aceitação implícita da proposta, dá inequívoca sequência a actos de execução” e ainda que “a partir daquela aceitação do plano (...) passou a ficar a projectada vítima imediata e directamente colocada em perigo”.

Em complemento desta posição, do mesmo passo que faz notar que “o artigo 26.º do CP adoptou um conceito extensivo de autor”, o Acórdão avança algumas notas próprias da doutrina do domínio do facto e valendo-se de considerações formuladas por Conceição Valdágua qualifica o arguido M como autor mediato que pode ser responsabilizado por homicídio na forma tentada, em virtude de ter havido um acordo com os “homens-da-frente” e de ser irrelevante a conduta por estes depois adoptada, já que, afirma implicitamente o Supremo, na autoria mediata pode prescindir-se do início da execução pelo “homem-da-frente”.

Salvo o devido respeito, nada disto faz sentido. Afirma-se a existência de um acordo que não tem qualquer expressão efectiva na matéria provada e foi negado pelo Tribunal a quem coube fixar a matéria de facto. Defende-se que a mera formação de um pacto para a comissão de um crime representa a imediata colocação em perigo da vítima, erigindo-se o ponto de vista do agente como critério exclusivo para a delimitação dos actos de execução e assim se fazendo completo descaso da matriz objectiva inscrita no art. 22.º do Código Penal. Diz-se que o art. 26.º consagra o conceito extensivo de autoria, mas resolve-se o caso na perspectiva de uma construção, a de Maria da Conceição Valdágua, toda ela nutrida dos critérios próprios do conceito do domínio do facto. E toma-se como base de apoio a tese desta Autora, mas só até determinado ponto, abandonando-se a doutrina invocada justamente no momento em que a mesma impõe decisão diversa da perfilhada, mas sem apresentar fundamentação para tal.

4. Numa aproximação crítica mais detida, cremos ser logo à partida questionável a premissa de que o Acórdão faz eco: “o artigo 26.º do CP adoptou um conceito extensivo de autor”. Não é nada líquido que assim seja³. Em todo o caso, se o STJ afirma que o art. 26.º consagra um conceito extensivo de autoria, seria expectável que a solução para o problema fosse procurada no quadro dessa doutrina. O Acórdão fica-se, todavia, por uma mera declaração de adesão ao conceito extensivo de autoria, estando longe de lhe guardar efectiva e substancial fidelidade.

Com efeito, se no caso em apreço fossem seguidos até ao fim os ditames do conceito extensivo de autoria, segundo o qual “autor de um crime será todo aquele que tiver dado causa à sua realização”⁴, a conclusão sobre a existência de um início de execução do facto teria de ser diametralmente oposta à formulada pelo Supremo Tribunal de Justiça.

³ Um confronto entre o art. 27.º do Projecto da Parte Geral do Código Penal de Eduardo Correia, de 1963, e os arts. 26.º e 27.º do Código Penal vigente permite antes concluir que *o Código Penal de 1982 não consagra um conceito extensivo de autoria*, pelo menos nos termos em que foi pensado e concebido por Eduardo Correia: não se faz qualquer referência à contribuição causal como critério de autoria; a essencialidade da contribuição do agente não figura como critério distintivo da autoria e da cumplicidade; e, numa perspectiva sistemática, o art. 27.º do Código Penal vigente separa a cumplicidade da definição de autoria – neste sentido, desenvolvidamente, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral, I: Questões Fundamentais; a Doutrina Geral do Crime*, 2.ª ed., Coimbra Editora, 2007, 30.º Cap., §§ 5. e ss., 21 e ss. e 29. e s., e ainda SUSANA AIRES DE SOUSA, «A autoria nos crimes específicos: algumas considerações sobre o artigo 28.º do Código Penal», *RPCC*, 2005, n.º 3, p. 353 e ss.

⁴ EDUARDO CORREIA (com a colaboração de Figueiredo Dias), *Direito Criminal*, II, Almedina, 1965 (reimp. 1996), p. 246.

Nesse âmbito, a comparticipação do arguido configuraria uma *autoria moral ou intelectual*, que integra a autoria mediata propriamente dita e a instigação⁵, abrangendo “todas aquelas hipóteses em que alguém causa a realização de um crime utilizando ou fazendo actuar outrem por si”⁶. Ao considerar que o arguido logrou convencer os seus interlocutores SP e AZ a aderir ao plano que desenvolveu para tirar a vida a uma pessoa, a sua participação deveria ter sido integrada pelo Tribunal *ad quem* em sede de *instigação*, prevista na 4.^a proposição do art. 26.º precisamente como a actividade pela qual alguém, dolosamente, determina outra pessoa à prática do facto. A consequência imediata desta qualificação seria a absolvição do arguido, pelas razões que se explicitarão infra.

O Tribunal *ad quem* entendeu, contudo, que o caso era não de instigação, mas sim de autoria mediata. E todavia, se o Supremo tivesse aplicado em toda a sua amplitude a doutrina que afirmou estar vertida no art. 26.º, teria que decidir em sentido contrário ao que decidiu, uma vez que, no âmbito do conceito extensivo de autoria, “a autoria mediata (...) postula que outrem realize uma actividade executiva. Sem esta, a conduta do autor mediato permanecerá no domínio dos actos preparatórios e como tal não é punível. Só, efectivamente, quando alcance eficácia causal, ou seja, quando provoque a prática do facto principal, pelo menos na forma de tentativa, é que os actos do autor mediato passam a ter relevância causal”⁷. Nesta posição, para efeito de avaliação do início da tentativa, a conduta do agente mediato não é objecto de apreciação isolada e individual, sendo antes vista em conjunto com a do agente imediato, sendo o homem-de-trás punível sob a forma de tentativa somente quando o facto praticado pelo homem-da-frente atinja o estágio do começo de execução.

5. Foi precisamente neste ponto que o Acórdão se distanciou do conceito extensivo de autoria, tendo concluído pela existência de um início de execução pelo arguido, apesar de não haver qualquer sinal de que os agentes imediatos tenham dado início à comissão do facto e se ter antes provado que SP e AZ não só não deram cumprimento ao plano do arguido, como

⁵ Para EDUARDO CORREIA, «Problemas fundamentais da comparticipação criminosa», *Revista de Direito e Estudos Sociais*, ano IV, 1948, n.ºs 3 e 4, p. 1 e ss., esp. p. 7, não havia razão para autonomizar a instigação como forma de autoria, pois, num conceito extensivo de autoria, a mesma não representaria mais que um puro luxo de conceitos: a instigação deveria, por isso, formar conjuntamente com a autoria mediata essa categoria ampla de autoria moral ou intelectual. Por essa razão, no seu Projecto da Parte Geral do Código Penal, Eduardo Correia propunha a agregação da autoria mediata e da instigação numa única categoria de autoria – Art. 27.º, 3.º: “É punível como autor ou agente de um crime quem tiver dado causa à sua realização sob as formas seguintes: (...) 3.º Determinando – quer singularmente, quer por acordo e conjuntamente com outro ou outros – directa e dolosamente alguém à prática de um facto ilícito, sempre que este, ao menos em começo de execução, se tenha praticado e não houvesse sido cometido sem aquela determinação”.

⁶ EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal*, II, p. 252.

⁷ EDUARDO CORREIA, «Problemas fundamentais da comparticipação criminosa», p. 12.

inclusivamente o denunciaram à Polícia Judiciária. Onde o Acórdão se abrigou para seguir esta direcção não foi no conceito extensivo de autoria, mas em soluções desenvolvidas por Conceição Valdágua bem no âmago da *doutrina do domínio do facto*.

A apreciação da bondade da posição adoptada pelo Supremo implica, por essa razão, uma análise crítica da tese em que o Acórdão foi buscar as bases da sua decisão, bem assim como uma avaliação da sua fidelidade ao pensamento em que se louva, no sentido de compreender se a decisão tomada se compagina ou não com a construção de Conceição Valdágua perspectivada na sua globalidade.

5.1 O critério do domínio do facto – que corresponde a um conceito aberto⁸ que tem como pano de fundo originário a disposições do Código Penal alemão em matéria de comparticipação (primeiro, os §§ 47 a 49 do StGB; e depois o § 25 e ss. do Código Penal alemão com a redacção vigente a partir de 1975) – postula que a qualidade de autor cabe ao agente que apareça como a figura central do acontecimento criminoso (*Zentralgestalt*), de um modo tal que o facto produzido constitui obra sua e não uma mera participação num facto alheio⁹. Na teoria de Roxin, o domínio do facto exprime-se num domínio da acção na autoria imediata, num domínio da vontade na autoria mediata e num domínio funcional do facto na co-autoria¹⁰. Tríade em que se esgota a autoria, dela ficando de fora a instigação, relegada para o campo da participação.

A doutrina nacional maioritária aponta *o conceito do domínio do facto como o que melhor se conforma ao quadro legal da comparticipação no direito penal português*¹¹, previsto no art. 26.º e ss. do Código Penal. Direcção em que vem alinhando parte da jurisprudência, sendo disso sinal um recente acórdão do STJ, temporalmente próximo do que ora se anota, onde se defende que “é a teoria do domínio do facto que se apresenta como eixo

⁸ CLAUS ROXIN, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, 7.ª ed., Marcial Pons, 2000 (tradução de *Täterschaft und Tatherrschaft*, de Joaquín Cuello Contreras e José Luis González de Murillo, a partir da 7.ª ed. alemã, de 1999), § 17.

⁹ Cf. CLAUS ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. II: Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, C. H. Beck, 2003, § 25, n.º m. 10 e ss.

¹⁰ ROXIN, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, *passim*, e para uma síntese dessa construção, MARIA DA CONCEIÇÃO VALDÁGUA, «Figura central, aliciamento e autoria mediata», in: Jorge de Figueiredo Dias *et. al.* (org.), *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, I, 2001, p. 917 e ss.

¹¹ Cf., entre outros, FIGUEIREDO DIAS, *DP-PG*², I, 30.º Cap., § 16 e ss., CONCEIÇÃO VALDÁGUA, «Figura central, aliciamento e autoria mediata», p. 917 e ss., SUSANA AIRES DE SOUSA, «A autoria nos crimes específicos...», pp. 344 e ss. e 353 e ss., e demais doutrina citada em HELENA MORÃO, *Da Instigação em Cadeia. Contributo para a Dogmática das Formas de Comparticipação na Instigação*, Coimbra Editora, 2006, p. 18 e ss., esp. nota 11.

fundamental de interpretação da teoria da comparticipação e de análise do artigo 26.º do CP”¹².

É partindo da doutrina do domínio do facto e considerando, de par com a generalidade da doutrina alemã¹³, que a instigação é uma forma de participação e não de autoria¹⁴, que Conceição Valdágua enquadra na *autoria mediata* situações de pacto criminoso do tipo daquela que foi objecto de apreciação pelo Acórdão em análise, que denomina de *aliciamento*. O aliciamento “caracteriza-se por o homem de trás levar o executor a praticar o facto tipicamente ilícito *em contrapartida* da realização de determinada prestação, de coisa ou de facto, que o homem de trás lhe proporciona (ainda que não tenha de ser ele, pessoalmente, a realizá-la)”¹⁵ e pode assumir as formas de ajuste, de promessa ou de dádiva¹⁶.

Este esforço dogmático para *deslocar* os casos de aliciamento *da instigação*, onde vêm sendo integrados pela generalidade da doutrina¹⁷, *para a autoria mediata* deve-se ao seu entendimento de que “há situações de aliciamento em que o agente mediato é, nitidamente, figura central, e não mera figura secundária, do acontecimento criminoso”¹⁸, mas também e fundamentalmente ao seu apego ao dogma de que a instigação é uma forma de participação e não de autoria.

É justamente esta última (pré-)compreensão que leva Conceição Valdágua a sentir a necessidade de “considerar o «homem de trás» autor mediato e não mero participante – leia-se instigador –, sob pena de flagrante incoerência com o mencionado ponto de partida metodológico, segundo o qual o autor é a «figura central» do acontecimento criminoso”¹⁹.

¹² Ac. do STJ de 18-10-2006 (Proc. n.º 06P2812, www.dgsi.pt).

¹³ Cf., por outros, HANS-HEINRICH JESCHECK / THOMAS WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5. Auf., Duncker & Humblot, 1996, § 61, II; ROXIN, *AT II*, § 26, n.º m. 57 e ss.; e HERBERT TRÖNDLE / THOMAS FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 53. Auf., Verlag C. H. Beck, 2006, antes do § 25, n.º m. 6.

¹⁴ CONCEIÇÃO VALDÁGUA, «Figura central, aliciamento e autoria mediata», p. 918 e s., nota 8. É esta, de resto, a posição maioritariamente adoptada pela doutrina portuguesa, apesar de a instigação ser definida por um preceito, o art. 26.º, que tem por epígrafe “autoria” e estar regulada ao lado de outras três formas de comparticipação concebidas indiscutidamente como formas de autoria: pela instigação como uma forma de participação, cf. TERESA PIZARRO BELEZA, «Illicitamente comparticipando – o âmbito de aplicação do artigo 28.º do Código Penal», in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, III, BFDUC, 1984, p. 597 e ss., e por último, desenvolvidamente e com numerosas referências bibliográficas, HELENA MORÃO, *Da Instigação em Cadeia*, p. 27 e ss. Na jurisprudência, cf. o Ac. do TRP de 24-11-2004, publicado na *RLJ*, n.º 3937, com anotação divergente de JORGE DE FIGUEIREDO DIAS / SUSANA AIRES DE SOUSA, «Autoria mediata do crime de condução ilegal de veículo. Anotação ao Acórdão do TRP de 26-11-2004», *RLJ*, ano 135.º, n.º 3937, 2006, p. 253 e ss.

¹⁵ CONCEIÇÃO VALDÁGUA, «Figura central, aliciamento e autoria mediata», p. 935.

¹⁶ Cf. MARIA DA CONCEIÇÃO VALDÁGUA, «Autoria mediata em virtude do domínio da organização ou autoria mediata em virtude da subordinação voluntária do executor à decisão do agente mediato?», in: Manuel da Costa Andrade *et. al.* (org.), *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, 2003p. 662 e ss.

¹⁷ Cf., por todos, FIGUEIREDO DIAS, *DP-PG*², I, 31.º Cap., § 61.

¹⁸ CONCEIÇÃO VALDÁGUA, «Figura central, aliciamento e autoria mediata», p. 930.

¹⁹ CONCEIÇÃO VALDÁGUA, «Figura central, aliciamento e autoria mediata», p. 935.

Por um lado, a Autora constata acertadamente que em determinadas situações de pacto criminoso o homem-de-trás tem o domínio do facto, pois detém um inequívoco controlo sobre o facto projectado, nomeadamente, quando é ele que dá o impulso decisivo para a sua prática e mantém um controlo sobre o mesmo até à sua execução, ao ponto de ter o poder de a todo o tempo colocar um termo ao curso do plano delineado. Há aqui, segundo Conceição Valdágua, uma “subordinação voluntária do executor à decisão do agente mediato”²⁰, a qual “confere ao referido agente mediato o domínio do facto, pois embora não lhe garanta que o crime será cometido – o que, aliás, também não acontece em nenhuma das outras situações de domínio do facto pelo agente da retaguarda –, coloca-lhe nas mãos o poder de planear e dirigir, em larga medida, o plano causal”²¹. Sendo certo que “quem tem nas mãos a última decisão sobre a execução do facto possui, do mesmo passo, aquele *poder de supra-determinação do processo causal, conducente à realização do tipo legal de crime*, que é a quinta-essência do domínio do facto”²².

Por outro lado, dado não admitir que a instigação seja uma forma de autoria e que o instigador seja autor, por não lhe reconhecer a possibilidade de detenção do domínio do facto, Conceição Valdágua vê-se na contingência de *alargar o âmbito da autoria mediata*. Para esse efeito, estabelece a subordinação voluntária do executor à decisão do agente mediato como critério do domínio da vontade que caracteriza o domínio do facto na autoria mediata. Com o que, afastando o critério *roxiniano* do domínio da organização²³, defende “ao lado da autoria mediata por erro do executor e da autoria mediata por coacção exercida sobre o executor, uma terceira forma de autoria mediata”²⁴, a dos “casos em que, por um lado, o homem de trás, ao determinar, directa ou indirectamente, o homem da frente (*Vordermann*) ao cometimento do crime, se arrogou, expressamente ou de modo concludente, a competência para, se assim o entendesse, «travar» o homem da frente, dissuadindo-o do seu propósito criminoso, e, por outro lado, o homem da frente, também de modo expresso ou de forma concludente, reconheceu ao homem de trás uma tal competência”²⁵.

²⁰ CONCEIÇÃO VALDÁGUA, «Autoria mediata em virtude do domínio da organização...», p. 665.

²¹ CONCEIÇÃO VALDÁGUA, «Autoria mediata em virtude do domínio da organização...», p. 665.

²² CONCEIÇÃO VALDÁGUA, «Figura central, aliciamento e autoria mediata», p. 937.

²³ CONCEIÇÃO VALDÁGUA, «Autoria mediata em virtude do domínio da organização...», p. 655 e *passim*. Sobre o domínio da organização como forma do domínio da vontade, próprio da autoria mediata, ROXIN, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, § 24 e § 44, II, e por último CLAUS ROXIN, «Autoria mediata através de domínio da organização», *Lusitana: Revista de Ciência e Cultura. Direito*, Série II, n.º 3, 2005, p. 41 e ss.

²⁴ MARIA DA CONCEIÇÃO VALDÁGUA, «Observações suscitadas pela conferência do Professor Claus Roxin sobre “Autoria mediata através de domínio da organização”», *Lusitana: Revista de Ciência e Cultura. Direito*, Série II, n.º 3, 2005, p. 153.

²⁵ CONCEIÇÃO VALDÁGUA, «Observações suscitadas...», p. 153 e s.

Nesse sentido, conclui que “por ter o domínio do facto, o agente da retaguarda, nas referidas situações de subordinação voluntária do agente imediato à decisão daquele, executa o facto «por intermédio de outrem», no sentido do art. 26.º do Código Penal (...). É, portanto, autor mediato, sem prejuízo de o agente imediato ser, nas ditas situações, também autor – imediato – do facto punível”²⁶.

5.2 Se cremos assistir inteira razão a Conceição Valdágua naquele primeiro passo do seu pensamento, em que considera que, nos casos de subordinação voluntária do executor à decisão do agente mediato, este é o verdadeiro senhor do facto e detém por isso o domínio do mesmo²⁷, já não nos parece que deva ser acompanhado o segundo passo que dá, a de que essa subordinação constitui uma forma de domínio da vontade, e a conclusão a que chega, a de que o homem-de-trás é autor mediato.

A nossa discordância não assenta, assim, na crítica a que a posição de Conceição Valdágua fica previsivelmente sujeita na perspectiva de quem considera o aliciamento como uma projecção da figura da instigação, mas concebe a instigação como participação e não como autoria. Com efeito, para quem qualifique a instigação como participação e alinhe pelo conceito de domínio da vontade, nos termos delineados por Roxin²⁸, não sobra espaço na autoria e nomeadamente na categoria da autoria mediata para a generalidade das situações que Conceição Valdágua integra no critério da subordinação voluntária do executor à decisão do agente mediato, uma vez que nas mesmas o homem-de-trás não é portador de um domínio da vontade do homem-da-frente através de erro, coacção ou aparelho organizado de poder²⁹.

Posição esta em que não nos revemos, designadamente no que diz respeito à consideração de que esse homem-de-trás não pode ser qualificado como *autor*, acabando por ser relegado para um plano secundário, de mero participante num facto de outrem. É que uma tal concepção não revela a mínima aderência à realidade e ao *sentido social do facto*: se não

²⁶ CONCEIÇÃO VALDÁGUA, «Autoria mediata em virtude do domínio da organização...», p. 665.

²⁷ Em sentido idêntico, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, «La instigación como autoría. Un *requiem* por la “participación” como categoría de la dogmática jurídico-penal portuguesa?», in: *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson/Civitas, 2005, p. 358, e ainda em *DP-PG*², I, 31.º Cap., § 60 e ss.

²⁸ ROXIN, *AT II*, § 25, n.º m. 45 e ss.

²⁹ Assim, desde logo, terminantemente, ROXIN, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, § 25, III; e entre nós, v. g., HELENA MORÃO, *Da Instigação em Cadeia*, p. 78 e s., ao criticar a decisão do Supremo Tribunal de Justiça no caso Meia Culpa (Ac. do STJ de 27-01-1999, publicado em CARLOTA PIZARRO DE ALMEIDA / LUÍS DUARTE D’ALMEIDA, *Direito Penal I: Colectânea de Jurisprudência*, 2.º vol., AAFDL, 2002, p. 49 e ss.), que quanto à qualificação do último homem-de-trás como autor mediato merece a concordância de CONCEIÇÃO VALDÁGUA, «Figura central, aliciamento e autoria mediata», p. 930, nota 31. E agora é nesta direcção crítica que se coloca o voto de vencido do Conselheiro Souto Moura quando assinala parecer-lhe contraditório reconhecer o domínio do facto, sob a forma de domínio da acção, por parte do aliciado, mas, ao mesmo tempo, afirmar-se que a vontade deste se subordina “inteiramente” à vontade daquele.

pode ser considerado autor e deve ser reputado como simples participante num facto alheio, porque a isso se opõe determinada construção dogmática do conceito de autoria, aquele que, no plano das representações sociais, aparece como o verdadeiro mandante do crime, que detém o principal interesse na sua consumação, o planeia e controla numa medida tal que reside inclusive nas suas mãos o poder de a qualquer momento abortar a sua execução, então não poderá deixar de se duvidar da validade de uma tal concepção dogmática e será forçoso questionar se essa construção não deverá mesmo ser abandonada ou, pelo menos, reformulada.

É, no fundo, neste último sentido, de reconfiguração da doutrina do domínio do facto³⁰, que Conceição Valdágua erige o referido novo critério da subordinação voluntária do executor à decisão do agente mediato. Se esse esforço empreendido pela Autora merece aplauso, já não colhe, porém, a via adoptada para o efeito.

Na realidade, embora se afigure correcto que nos casos mencionados a participação do agente mediato deve ser qualificada como de autoria, não nos parece que uma tal participação deva ser integrada no quadro da autoria mediata, como propõe Conceição Valdágua. Isto porque esta sua concepção além de incompatível com o teor e o sentido do regime legal vigente em matéria de comparticipação, estabelecido pelo art. 26.º do Código Penal, acaba por não ter os efeitos que Conceição Valdágua lhe pretende atribuir.

Como decorre das próprias palavras da Autora para caracterizar o seu critério da subordinação voluntária do executor à decisão do agente mediato, do que aqui se trata é de uma situação em que “uma pessoa, dolosamente, incute noutra a resolução de praticar um facto punível”³¹. O que vale por dizer que estamos perante uma *acção de determinação* sobre outrem, com vista à realização de um ilícito-típico penal³², e *não de uma execução do facto por intermédio de outrem*. Vem sendo genericamente reconhecido, ainda que sob as mais variadas vestes, comumente englobadas na expressão do “autor por trás do autor”³³, que o acto de determinação, suposta naturalmente a verificação de determinadas condições, pode

³⁰ Reconstrução também proposta por FIGUEIREDO DIAS, *DP-PG*², I, 31.º Cap., § 43 e ss., mas trilhando um caminho diferente, a que nos referiremos *infra* e ao qual aderimos.

³¹ CONCEIÇÃO VALDÁGUA, «Autoria mediata em virtude do domínio da organização...», p. 663.

³² Recorde-se o teor do critério, já enunciado em texto, assim descrito por CONCEIÇÃO VALDÁGUA, «Observações suscitadas...», p. 153: “casos em que, por um lado, o homem de trás, *ao determinar*, directa ou indirectamente, o homem da frente (*Vordermann*) ao cometimento do crime...” (itálico nosso).

³³ Inspirada na obra de Friedrich-Christian Schroeder, *Der Täter hinter dem Täter*, 1965, *apud* BERND SCHÜNEMANN, «Die Rechtsfigur des “Täter hinter dem Täter” und das Prinzip der Tatherrschaftsstufen», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 7/2006, p. 301 e ss.

consubstanciar um domínio do facto do agente mediato, mesmo que dirigido a um agente imediato plenamente responsável³⁴.

Se assim é e se o art. 26.º prevê duas formas de comparticipação, sob a epígrafe de “autoria”, em que o agente não executa o facto por si ou conjuntamente com outro ou outros, mas antes o faz servindo-se de outra pessoa, caracterizando a primeira como uma forma de execução por intermédio de outrem e a segunda como uma execução através da determinação de outra pessoa à prática do facto em causa, não se vê como possam enquadrar-se na primeira, a autoria mediata, e não na segunda, a instigação, as mencionadas situações de subordinação voluntária do executor à decisão do agente mediato, todas elas caracterizadas por Conceição Valdágua como casos em que o homem-de-trás determina, directa ou indirectamente, o homem-da-frente.

Acresce que o teor literal e o sentido da definição legal de autoria mediata opõem-se a que nela se inscrevam as hipóteses avançadas por Conceição Valdágua. Ao definir a autoria mediata como a forma de autoria pela qual alguém executa o facto *por intermédio de outrem*, o regime legal restringe essa forma de autoria aos casos em que o executor é *instrumentalizado* pelo homem-de-trás, que assim detém o domínio do facto, sob a forma de domínio da vontade do homem-da-frente. Dito com Figueiredo Dias, “a autoria mediata termina – e começa eventualmente a instigação – em função daquilo que chamamos «princípio da (auto-)responsabilidade»; e que 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 actuação de um homem-da-frente (ou executor) *plenamente responsável*, isto é, que actua a título de *culpa dolosa*”³⁵. Assim, e decisivamente, a concepção de Conceição Valdágua é incompatível com o regime legal da autoria mediata, que, ao supor o princípio da auto-responsabilidade, não admite que nele se integrem os casos de subordinação voluntária do executor à decisão do agente mediato, todos eles assentes numa relação entre um agente mediato e um executor plenamente responsável³⁶.

³⁴ Cf., por outros, FIGUEIREDO DIAS, *DP-PG*², I, 31.º Cap., § 43 e ss., CONCEIÇÃO VALDÁGUA, «Observações suscitadas...», p. 153 e s., e ROXIN, «Autoria mediata através de domínio da organização», p. 41 e ss.: no quadro, respectivamente, da instigação como autoria; da autoria mediata, através do domínio da vontade por subordinação voluntária do executor à decisão do agente mediato; e ainda da autoria mediata, em virtude do domínio da organização.

³⁵ FIGUEIREDO DIAS, *DP-PG*², I, 31.º Cap., § 5. Neste sentido, ainda, de modo taxativo, JESCHECK / WEIGEND, *AT*⁵, § 62, I, 2., e GÜNTHER JAKOBS, *Derecho Penal. Parte General*, 2.ª ed., Marcial Pons, 1997, 21/63.

³⁶ Nesta direcção crítica, cf. também FIGUEIREDO DIAS, «La instigación como autoría...», p. 358, e *DP-PG*², I, 31.º Cap., § 60 e ss.

5.3 A construção de Conceição Valdágua acaba por não ter sequer as virtualidades que a Autora lhe aponta ao traçar as diferentes consequências que resultam de enquadrar os casos de subordinação voluntária do executor à decisão do agente mediato na autoria mediata, por comparação com as limitações de punibilidade a que estariam sujeitas se fossem integrados na instigação³⁷.

Desde logo, em face das conclusões a que têm chegado recentes e aturadas investigações em matéria de instigação em cadeia, é por demais duvidoso o seu entendimento de que “não sendo a instigação à instigação, ou instigação em cadeia punível no nosso direito, se o «homem de trás» for considerado instigador ele ficará impune (...). Se, pelo contrário, o «homem de trás» for considerado autor mediato, nada obstará à sua punição como autor do crime”³⁸. É que, como refere Figueiredo Dias, “não se descortina, em geral, argumento válido que, segundo o nosso direito penal vigente, possa opor-se à punibilidade de princípio da instigação em cadeia. Ponto é (apenas, mas necessariamente!) que, relativamente a cada um dos elos da cadeia, se possa afirmar que ele *determinou* – ainda que só de forma *mediata* – o executor à prática do *facto ilícito-típico*”³⁹.

O outro ponto de distinção entre a autoria mediata e a instigação sublinhado por Conceição Valdágua é o que se prende com a possibilidade de na autoria mediata o homem-de-trás ser punido antes do começo de execução pelo homem-da-frente, ao passo que uma tal hipótese é em matéria de instigação liminarmente afastada pelo regime legal, que estabelece como condição de punição da instigação que haja execução ou começo de execução⁴⁰. Parece à Autora “correcto afirmar que, também no direito penal português vigente, quando o autor imediato não chega a praticar actos de execução do facto tipicamente ilícito, o âmbito de punição do autor mediato pode ser mais amplo (pode começar mais cedo) do que o da punição do instigador”⁴¹.

A existir, essa possibilidade de antecipação da punibilidade do autor mediato face ao início da execução do autor imediato deverá ter sempre carácter excepcional e, a nosso ver, nunca poderá ser estendida às situações de subordinação voluntária do executor à decisão do

³⁷ Cf. CONCEIÇÃO VALDÁGUA, «Figura central, aliciamento e autoria mediata», p. 932 e ss.

³⁸ CONCEIÇÃO VALDÁGUA, «Figura central, aliciamento e autoria mediata», p. 935.

³⁹ FIGUEIREDO DIAS, *DP-PG*², I, 31.º Cap., § 75. Admitindo a punibilidade da instigação em cadeia, ainda que com pressupostos e fundamentos distintos, ainda JOÃO ANTÓNIO RAPOSO, «A punibilidade nas situações de “instigação em cadeia”», *O Direito*, 2001, IV, p. 952 e ss., e HELENA MORÃO, *Da Instigação em Cadeia*, p. 217 e ss.

⁴⁰ Cf. CONCEIÇÃO VALDÁGUA, «Figura central, aliciamento e autoria mediata», p. 932 e ss.

⁴¹ CONCEIÇÃO VALDÁGUA, «Figura central, aliciamento e autoria mediata», p. 934 e s. A questão é, todavia, por demais controvertida – cf. ROXIN, *AT II*, § 29, n.º m. 226 e ss.

agente mediato que Conceição Valdágua integra na autoria mediata, que pressupõem sempre um agente imediato plenamente responsável.

Mesmo nos casos de *autêntica autoria mediata*, em que o homem-da-frente é efectivamente instrumentalizado pelo homem-de-trás, a regra deverá ser a de que o facto só se inicia para o homem-de-trás quando o homem-da-frente dá começo à execução⁴². Não só porque, apesar de o executor actuar como instrumento às mãos do agente mediato, até aquele lhe dar início ninguém poderá garantir que a execução irá ser realmente levada a cabo, como também e essencialmente porque, como consideram Stratenwerth e Kuhlen, a conduta do autor mediato e do executor devem ser vistas como uma unidade, como uma acção global, dado que, louvando-se em Frank, “o autor mediato executa o facto através do intermediário e portanto não antes deste”⁴³.

Nesta solução global, só em circunstâncias excepcionais se vem admitindo flexibilizar aquele princípio, mas *por razões que se prendem com uma verdadeira e própria instrumentalização do executor*⁴⁴. Por isso, ainda que por hipótese se considere admissível qualificar o homem-de-trás como autor mediato mesmo que o homem-da-frente actue de modo plenamente responsável, como defende Conceição Valdágua para os casos de subordinação voluntária do executor à decisão do agente mediato, deverá ser liminarmente afastada a possibilidade de nesses casos se antecipar a afirmação da responsabilidade do autor mediato para um momento anterior ao do começo da execução pelo homem-da-frente. Isto porque, repete-se, a razão de ser dessa antecipação prende-se justamente com a ausência de responsabilidade do executor⁴⁵.

⁴² Cf. FIGUEIREDO DIAS, *DP-PG*², I, 31.º Cap., § 82 e ss., MARIA FERNANDA PALMA, *Da «Tentativa Possível» em Direito Penal*, Almedina, 2006, p. 96 e ss., e a própria CONCEIÇÃO VALDÁGUA, «Autoria mediata em virtude do domínio da organização...», p. 671 e s. Em sentido diverso, defendendo uma solução individual, pela qual há começo de execução, punível sob a forma de tentativa, logo que o homem-de-trás termina a sua influência sobre o homem-da-frente e deixa o processo causal sair das suas mãos: cf. CLAUS ROXIN, «Resolução do facto e começo de execução na tentativa», in: *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, 3.ª ed., Vega, p. 326 e ss., JAKOBS, *Derecho Penal*, 21/105, e JESCHECK / WEIGEND, *AT*⁵, § 62, IV, 1.

⁴³ GÜNTER STRATENWERTH / LOTHAR KUHNEN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil, I: Die Straftat*, 5. Auf., Carl Heymans Verlag, 2005, § 12, n.º m. 105. Na mesma direcção, FIGUEIREDO DIAS, *DP-PG*², I, 31.º Cap., § 82 e ss.

⁴⁴ É fundamentalmente porque vai pressuposta na autoria mediata a ausência de responsabilidade do executor que boa parte da doutrina alemã defende a possibilidade de responsabilização do autor mediato por tentativa antes do começo de execução do autor imediato: assim, embora dela discordando, JESCHECK / WEIGEND, *AT*⁵, § 62, IV, 1., referem-se à contraposição realizada por alguma doutrina alemã entre o instrumento que actua sem dolo ou de boa-fé e o instrumento que age dolosamente ou de má-fé – naquele caso poderá haver tentativa do autor mediato antes do início de execução do homem-da-frente, ao passo que neste só será afirmada a tentativa se o executor der início à execução. Distinção que obviamente, como refere JAKOBS, *Derecho Penal*, 21/105, nota 198, só faz sentido para quem admita a existência de autoria mediata mesmo na hipótese de o homem-da-frente ser plenamente responsável, o que não é o nosso caso.

⁴⁵ Não por acaso, todos os exemplos que CONCEIÇÃO VALDÁGUA, «Figura central, aliciamento e autoria mediata», p. 934, nota 42, propõe para demonstrar a viabilidade de uma responsabilização do autor mediato antes

Parafrazeando Eduardo Correia, sempre se haveria de convir, efectivamente, no absurdo de uma posição que se negasse a aplicar uma pena a um agente enquanto lhe chama instigador, mas já se dispusesse a impor-lha denominando-o autor mediato...⁴⁶.

Ora, e é justo dizê-lo, Conceição Valdágua evita cair numa tal contradição, considerando que são de rejeitar, no seu conteúdo essencial, as teses que admitem que a tentativa do autor mediato pode começar, em regra, antes de o agente imediato praticar qualquer acto de execução. Mas se assim é, também por aqui se verifica que a sua solução de reconduzir à autoria mediata os casos de subordinação voluntária do executor à decisão do agente mediato não leva qualquer vantagem sobre a sua integração no campo da instigação.

Em resumidas contas, porque não reconhece a instigação como uma modalidade de autoria, Conceição Valdágua amplia – e assim desfigura – a categoria da autoria mediata para nela fazer entrar as situações de subordinação voluntária do executor à decisão do agente mediato, que, porém, reduzidas as coisas à sua forma mais simples, afinal se traduzem numa acção de determinação de um homem-de-trás sobre um homem-da-frente responsável e se identificam, numa perspectiva substancial, com a instigação. Situações que são qualificadas como de autoria mediata, mas cujo regime – ao menos no homicídio, de que aqui curamos, e nos demais crimes comuns⁴⁷ – acaba por ser o mesmo do que seria se tratadas como casos de autêntica instigação. Numa hipótese e noutra, é possível responsabilizar o agente mediato que põe em marcha uma cadeia de acções de determinação com vista à execução de um ilícito-típico penal. Mas também, numa hipótese e noutra o agente mediato só é susceptível de responsabilização penal se o agente imediato der início à execução.

do começo de execução do agente imediato constituem casos de erro, em que o domínio da vontade se dá em virtude de um domínio do erro da homem-da-frente e não de uma subordinação voluntária do executor à decisão do agente mediato.

⁴⁶ A afirmação em causa inverte os termos da relação – “há-de, efectivamente, convir-se no absurdo de uma posição que se negasse a aplicar uma pena a um agente enquanto lhe chama autor, mas já se dispusesse a impor-lha denominando-o instigador...” – e foi proferida por EDUARDO CORREIA, «Problemas fundamentais da comparticipação criminosa», p. 3 e s., a um outro propósito, o da punibilidade do instigador extraneus no âmbito dos crimes específicos.

⁴⁷ Não excluimos que possam interceder diferenças de regime ao nível dos crimes específicos. Aí, no entanto, a recondução da subordinação voluntária do executor à decisão do agente mediato à categoria da autoria mediata colocará a punição do agente mediato *extraneus* na dependência do funcionamento da cláusula de comunicabilidade constante do art. 28.º-1 do Código Penal; o que, em princípio, não sucederá se se encaminhar a hipótese para a instigação e esta for qualificada como modalidade de mera participação, como preconiza Conceição Valdágua. Se, pelo contrário, como defendemos, for perfilhada a concepção da instigação como forma de autoria, também o instigador *extraneus* só será punível mediante aplicação do art. 28.º-1. Raciocínio que fazemos assentar na premissa desenvolvida por SUSANA AIRES DE SOUSA, «A autoria nos crimes específicos...», p. 353 e ss., de que “o artigo 28.º não pretende substituir-se ao artigo 26.º enquanto fundamento de um critério de autoria. Antes parte do critério de autoria pressuposto neste artigo para o complementar em situações específicas” (p. 355 e s.).

6. Desta avaliação feita ao modelo avançado por Conceição Valdágua cremos poder concluir que se, por um lado, com ele nada se ganha que não pudesse já ser alcançado lançando mão da figura da instigação, por outro lado mostra-se inconciliável com o critério legal de distinção entre autoria mediata e instigação implícito no art. 26.º do Código Penal, o do princípio da auto-responsabilidade. Razões que, na nossa perspectiva, justificam a rejeição da proposta de Conceição Valdágua e do mesmo passo das soluções que integrem no campo da autoria mediata os casos de pacto criminoso formado entre um agente mediato e um agente imediato plenamente responsável.

Considerações críticas que se estendem naturalmente ao Acórdão do STJ em análise, que qualificou o arguido autor mediato de um ilícito-típico de homicídio, em violação da disciplina legal da autoria mediata definida no art. 26.º do Código Penal.

6.1 Julgamos ter deixado suficientemente claros os motivos que se opõem à qualificação do arguido como autor mediato e além disso à sua responsabilização, mesmo sob o ponto de vista da autoria mediata, por homicídio sob a forma tentada. Aliás, se a opção pela autoria qualificada colhe os favores da posição de Conceição Valdágua, o mesmo já não se poderá dizer – contra o que o Acórdão parece entender – da aceitação de que a imputação do facto ao arguido sob a forma de tentativa poderia ocorrer independentemente da prática do início da execução pelos seus interlocutores. Com efeito, o que Conceição Valdágua afirma a este concreto propósito é nem mais, nem menos que lhe parece de rejeitar o entendimento das teses que, quanto ao início da tentativa do autor mediato, “aditem que a tentativa pode começar, em regra, antes de o agente imediato praticar qualquer acto de execução”, acrescentando que “a impunidade do agente mediato constitui uma lacuna”⁴⁸. E mais, que “essa lacuna é evidente sobretudo nas hipóteses de pacto criminoso e de ordem de conteúdo criminoso”⁴⁹.

Se poderia conceder-se que à luz de determinada concepção dogmática havia margem para enquadrar a situação em causa no contexto da autoria mediata – e o Acórdão filiou-se numa delas, a de Conceição Valdágua –, o que não se compreende é como pôde o STJ ignorar as exigências que, de acordo com a teoria que seguiu, são estabelecidas para afirmar o início da execução do autor mediato. E também não se compreende, apesar da integração do problema no domínio da autoria mediata, como se pôde fazer completo descaso da analogia substancial da situação objecto de decisão com a figura da instigação, assim se prescindindo

⁴⁸ CONCEIÇÃO VALDÁGUA, «Autoria mediata em virtude do domínio da organização...», p. 671 e s.

⁴⁹ CONCEIÇÃO VALDÁGUA, «Autoria mediata em virtude do domínio da organização...», p. 672.

de um pressuposto essencial da respectiva punibilidade, que o facto principal tenha sido objecto de execução ou começo de execução.

O que pretendemos significar é que temos por inaceitável que uma determinada situação da vida claramente subsumível à hipótese legal de uma concreta forma de participação, nomeadamente à instigação, seja dela subtraída e integrada numa outra, a autoria mediata, para desta forma já se poder afirmar a punibilidade penal do facto em questão. Assim se passando por cima de um requisito legal imprescindível para a afirmação da responsabilidade penal, o de que o executor dê pelo menos início à execução, erigido pelo legislador precisamente para garantir, através de uma comprovação materializada num acto externo praticado pelo executor, que a acção de determinação exercida pelo agente mediato sobre o homem-da-frente criou realmente neste a decisão de cometer o facto⁵⁰.

Essa deslocação do problema do âmbito da instigação para o da autoria mediata não deveria autorizar o Tribunal *ad quem* a, sem mais, fazer descaso da circunstância de não terem sido praticados actos de execução pelos destinatários da ordem para matar, só porque a regulação legal da autoria mediata não contém qualquer especificação quanto a essa matéria do início da execução pelo homem-da-frente. Em face desse vazio legal, o procedimento interpretativo que se impunha seria o de indagar se a situação objecto de decisão – a de um agente mediato que contratou outrem, *plenamente responsável*, para matar uma terceira pessoa, mediante uma contrapartida, não se mostrando provado que esta tenha chegado a ser efectivamente colocada em perigo –, guardava alguma semelhança substancial com a prevista em alguma outra forma de participação e a resposta só poderia acabar por ser a de que o caso dos autos, mesmo que considerado de autoria mediata, era (em tudo) materialmente idêntico ao pressuposto pelo regime legal da instigação. Com o que o mencionado vazio legal da disciplina da autoria mediata deveria ser integrado por analogia (obviamente permitida, porque *in bonam partem*), no sentido de exigir para a responsabilização penal do autor mediato, nesta situação de participação composta por um autor mediato e um *autor imediato plenamente responsável*, o pressuposto legal de punibilidade previsto na parte final do art. 26.º para a instigação, que haja execução ou começo de execução do facto principal.

⁵⁰ Nesta precisa acepção, já FIGUEIREDO DIAS, *DP-PG*², I, 31.º Cap., § 66: “é uma exigência *político-criminal* ligada à ideia de que, sendo o processo de *determinação* essencialmente psicológico, entendeu a lei sublinhar de forma expressa que ela só pode considerar-se verificada quando conduza à prática pelo instigado de acto(s) que a revele(m) e execute(m) – também poderia dizer-se: que a exteriorize(m)”.

6.2 O Acórdão do STJ não só não seguiu o caminho interpretativo acabado de traçar, como acabou por concluir que, apesar de a vítima não ter sido efectivamente colocada em perigo, a conduta do arguido, agente mediato, representou a prática de actos de execução, na acepção prevista na alínea *c*) do n.º 2 do art. 22.º do Código Penal.

Também aqui e mesmo dando como boas, que não damos, as posições prévias tomadas pelo Acórdão – que o arguido é autor mediato; e que o início da execução deste autor mediato, que actua em situação de comparticipação com um autor imediato plenamente responsável, poderia ser apreciado autonomamente, no plano de uma *solução individual* –, parece-nos errada a posição de que a conduta do arguido se traduziu na prática de actos de execução de um crime de homicídio, não consumado.

Discordância que assenta, em primeiro lugar, no facto de não se tomar em devida consideração que entre o agente mediato e a vítima se deveriam interpor actos de um ou mais terceiros plenamente responsáveis e que quando tal acontece, isto é, quando o homem-da-frente é plenamente responsável, a actuação do homem-de-trás só deve considerar-se imediatamente perigosa para o bem jurídico ameaçado se e quando o homem-da-frente der início à execução⁵¹. Na verdade, se mesmo em situações de autêntica instrumentalização de agentes imediatos será já temerário concluir que a execução virá a ter lugar, uma tal dúvida é inevitavelmente maior em caso de autor imediato responsável, que pode sempre decidir não levar por diante a acção criminosa que se comprometeu realizar.

Admitir a referida antecipação da responsabilidade por tentativa do autor mediato afirmada pelo Acórdão significa ainda, e esta é a segunda razão da nossa discordância, alargar em demasia, em verdadeira interpretação *contra legem*, o âmbito da tentativa punível, estendendo-a a um estágio notoriamente preparatório. Embora seja pacífico que o n.º 2 do art. 22.º do Código Penal consagra uma doutrina eminentemente objectiva de actos de execução⁵², o Supremo definiu como critério de aferição do início da execução apenas a perspectiva subjectiva do agente mediato. Segundo o Acórdão, “a conexão temporal entre o começo da tentativa e a representada produção do resultado era manifesta (cfr. facto 43) e, analisada (como dever ser) a situação sempre do ponto de vista do arguido [sic], restaria apenas, para que aquele objectivo fosse alcançado, que se firmasse o «preço» e fosse transmitida a

⁵¹ Seguimos aqui de perto FIGUEIREDO DIAS, *DP-PG*², I, 31.º Cap., § 89.

⁵² MAIA GONÇALVES, *Código Penal Português Anotado e Comentado*, 11.ª ed., Almedina, 1997, art. 22.º, 4., p. 131, FIGUEIREDO DIAS, *DP-PG*², I, 28.º Cap., § 24, e FERNANDA PALMA, *Da «Tentativa Possível»*, p. 45 e ss. É até consensual que o art. 22.º do Código Penal vigente reflecte o essencial do pensamento de EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal*, II, p. 225 e ss., atenta a correspondência que existe entre a sua redacção e o preceito homólogo do Projecto da Parte Geral de Eduardo Correia.

identificação precisa da pessoa visada”. Padrão de análise exasperadamente subjectivo e que não encontra nenhum conforto no quadro legal vigente em sede de tentativa, que apesar de admitir o contributo de momentos subjectivos⁵³ para o *ascertainment* dos actos de execução, repudia em absoluto um critério exclusiva ou mesmo predominantemente subjectivo⁵⁴.

Assim, através da alínea *c)* do n.º 2 do art. 22.º do Código Penal o que se pretende é ainda integrar no âmbito da tentativa aqueles actos que representem um perigo de lesão tal do interesse protegido pela norma incriminadora que não se compreenderia que pudessem escapar à tutela oferecida pelo regime da tentativa⁵⁵. Por isso que nela deverá incluir-se não todo e qualquer acto antecedente dos previstos nas duas alíneas anteriores, mas tão-só aqueles que representem um perigo imediato para o bem jurídico, no sentido de um “*perigo típico, concretamente referido ao tipo ou à realização típica*”⁵⁶.

Esta relação de perigo típico entre a conduta do agente e o bem jurídico tutelado pelo tipo-de-ilícito, como condição para a sua afirmação como acto de execução, é densificada por Figueiredo Dias através de dois critérios complementares cumulativos: um critério de conexão de perigo e um critério de conexão típica⁵⁷. O critério de relação de perigo, de algum modo reflectido na expressão “que se lhes sigam” ínsita no texto da alínea *c)* do art. 22.º-2 do Código Penal, determina que de execução só se possa falar desde logo se for de prever que à conduta se siga de forma *iminente* um dos actos previstos nas alíneas *a)* e *b)*, para o que, ainda segundo Figueiredo Dias, deve atender-se fundamentalmente à proximidade temporal entre ambos, no sentido de uma “estreita conexão temporal”, a que também alude Roxin: “a acção do autor tem, portanto, de conduzir ao resultado sem fases intermédias proteladoras”⁵⁸. A essa iminência deve acrescer uma relação típica entre os actos referidos, a significar que o acto deve ser abarcado pela área de tutela normativa do ilícito-típico em causa⁵⁹. Assim interpretada aquela alínea *c)*, como deve ser, resulta evidente que *a conduta imputada ao arguido não constituiu um acto de execução do crime de homicídio*. Ainda que pudesse admitir-se que, atenta a relação conjugal entre o arguido e a vítima, a acção daquele ocorreu já na esfera desta, não pode de forma nenhuma afirmar-se a verificação do outro pressuposto

⁵³ A terminologia é de FIGUEIREDO DIAS, *DP-PG*², I, 28.º Cap., § 20.

⁵⁴ Cf., de novo, FIGUEIREDO DIAS, *DP-PG*², I, 28.º Cap., § 20 e s.

⁵⁵ EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal*, II, p. 229.

⁵⁶ FIGUEIREDO DIAS, *DP-PG*², I, 28.º Cap., § 19.

⁵⁷ FIGUEIREDO DIAS, *DP-PG*², I, 28.º Cap., § 30 e ss., esp. 32 e s.

⁵⁸ ROXIN, «Resolução do facto e começo de execução na tentativa», p. 307.

⁵⁹ Consideração também ela próxima de um outro pressuposto estabelecido por ROXIN, «Resolução do facto e começo de execução na tentativa», p. 306 e s., para a afirmação da tentativa: “a agressão da esfera da vítima, perturbadora da paz jurídica”.

cumulativo exigido pela alínea *c*) do art. 22.º-2, a conexão de perigo: compulsada a matéria provada constata-se que a vítima nunca esteve efectivamente em perigo e verifica-se que entre a acção do arguido e a produção do resultado previsto no tipo de homicídio seria ainda decisiva uma acção intermédia dos terceiros aliciados, de verificação claramente incerta e cuja efectiva realização escapava ao controlo do próprio arguido.

Também por aqui seria então de concluir, contra o que decidiu o Tribunal *ad quem*, que a conduta do arguido, mesmo que ele fosse considerado autor mediato, não atingiu sequer o estágio da tentativa e deveria, nessa medida, ser qualificada como criminalmente irrelevante.

7. Aqui chegados, crendo demonstrada a desconformidade da decisão do Tribunal *ad quem* não só com o regime legal da comparticipação, na parte em que tomou o arguido como autor mediato, como também com o regime legal da tentativa, na parte em que entendeu terem sido por ele praticados actos de execução de um crime de homicídio, resta-nos retornar ao início e deixar afirmada aquela que, na nossa perspectiva, seria a solução devida para o caso, imposta por uma correcta aplicação da disciplina legal em vigor, já fundamentada na opinião crítica desenvolvida *supra*⁶⁰.

Diferentemente do que decidiu o Acórdão, tendo em conta a plena responsabilidade dos executores aliciados, pensamos que o caso dos autos configura não uma situação de autoria mediata⁶¹, mas sim de *instigação*, legalmente definida como a acção de determinação dolosa de outra pessoa à prática de um facto penalmente relevante (art. 26.º, 4.ª alternativa, do Código Penal) e concebida como uma forma autónoma de autoria.

Como foi cabalmente sustentado por Figueiredo Dias em estudos recentes⁶², a instigação assume no direito penal português vigente o estatuto de autoria. Na instigação-

⁶⁰ Por nos parecer absolutamente descabida, não chegámos a ponderar uma das hipóteses aventadas – em declarações anexas ao Acórdão formuladas por Conselheiros que votaram no sentido vencedor – para fundar a punição do arguido, a da sua responsabilização no âmbito da co-autoria. Para descartar esta qualificação cremos ser suficiente remeter para o Acórdão recorrido, *supra*, que fundamenta de forma concludente a sua discordância perante tal solução.

⁶¹ Nesta precisa direcção, FIGUEIREDO DIAS / SUSANA AIRES DE SOUSA, «Autoria mediata do crime de condução ilegal de veículo», p. 257: “A autonomia destas duas modalidades de autoria passa, a nosso ver, por aquilo a que uma parte da doutrina vem chamando *princípio da auto-responsabilidade*. Incluídas no âmbito da autoria mediata deve ser, de acordo com este princípio, todas aquelas situações em que, por força da actuação do homem-de-trás, o homem-da-frente – o «instrumento», como *et pour cause* também se denomina – leva a cabo o facto de forma não totalmente responsável e este lhe não pode ser imputado a título de *dolo (rectior)*, de culpa dolosa). (...) Se aquela consideração básica não se verifica, se o homem-da-frente actuou de forma plenamente responsável do ponto de vista jurídico-penal, então ao homem-de-trás não deve caber a qualidade de autor mediato, mas unicamente (se não houver lugar a co-autoria) a de instigador, eventualmente de cúmplice”.

⁶² Antes, já em JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Sumários e Notas das Lições de 1975-1976*, FDUC, 1976, p. 69 e ss. E agora, primeiro em FIGUEIREDO DIAS, «La instigación como autoría...», p. 343 e ss. e depois em *Formas Especiais do Crime*, 2004, FDUC (Secção de Textos), 37.º Cap., § 43 e ss. e em *DP-PG*², I, 31.º

autoria, que constitui a 4.^a modalidade de autoria prevista no art. 26.º do Código Penal, o instigador detém o domínio do facto sob a forma de *domínio da decisão*: “o instigador surge assim (mas só então) como verdadeiro senhor, dono ou dominador se não do ilícito típico como tal, ao menos e seguramente da *decisão do instigado* de o cometer (...). De um ilícito, acrescente-se, que sendo embora inevitavelmente obra *pessoal* do homem-da-frente, faz aparecer o acontecimento (também ou sobretudo) como *obra do instigador* e dá ao seu contributo para o facto o carácter de (co)realização de um ilícito e não de mera «participação (externa ou ‘estrangeira’) no ilícito de outrem»”⁶³.

Daí que, qualificada a instigação como autoria, perca sentido a via seguida por Conceição Valdágua para integrar na autoria, sob a forma de autoria mediata, a participação do agente mediato que detém o domínio do facto através da subordinação voluntária do executor à sua decisão: haverá aí seguramente domínio do facto pelo homem-de-trás, mas não em virtude de um domínio da vontade próprio da autoria mediata e sim de um domínio da decisão que caracteriza a instigação-autoria.

Compreende-se sem dificuldade que numa instigação assim definida, a que subjaz um efectivo domínio do facto através de um domínio da decisão, nem todo e qualquer acto de determinação possa assumir o estatuto de instigação-autoria, mas tão-só aquele que “*produz* ou *cria* de forma cabal – podia talvez dizer-se, pedindo ajuda à língua francesa: quem «*fabrique de toutes pièces*» – no executor a decisão de atentar contra um bem jurídico-penal através da comissão de um *concreto ilícito-típico*”⁶⁴. Na síntese de João Raposo, “*instigar é, numa frase, motivar decisivamente outrem a cometer um crime*”⁶⁵.

A matéria provada revela que se não conseguiu, o arguido pelo menos procurou de forma insistente e obstinada, pelos mais variados meios, criar numas pessoas de nacionalidade russa a decisão de porem termo à vida da sua mulher, tendo pensado ter firmado com eles um pacto criminoso, pelo qual a matariam contra a entrega de determinada quantia. Do que se tratou, portanto, foi de uma inequívoca acção de determinação exercida pelo arguido sobre esses russos, que só pode levar-se à conta do instituto da instigação. Não tendo esses russos aparentemente outro interesse na morte da vítima que não o decorrente da contrapartida que

Cap., § 43 e ss. Conceição a que adere também SUSANA AIRES DE SOUSA, «A autoria nos crimes específicos...», p. 354 e s. Para uma primeira análise crítica, cf. HELENA MORÃO, *Da Instigação em Cadeia*, p. 33 e ss. Na jurisprudência nacional, a instigação vem sendo maioritariamente qualificada como uma forma de autoria, mas ainda no quadro da autoria moral, decorrente do conceito extensivo de autoria preconizado por EDUARDO CORREIA, «Problemas fundamentais da comparticipação criminosa», p. 1 e ss.

⁶³ FIGUEIREDO DIAS, *DP-PG²*, I, 31.º Cap., § 47.

⁶⁴ FIGUEIREDO DIAS, *DP-PG²*, I, 31.º Cap., § 46.

⁶⁵ JOÃO ANTÓNIO RAPOSO, «A punibilidade nas situações de “instigação em cadeia”», p. 931.

receberiam do arguido se a pretendessem e conseguissem matar, é evidente que, caso eles tivessem materializado esse propósito, o facto ilícito-típico de homicídio apareceria fundamentalmente como resultado de um impulso em última e decisiva instância imputável ao arguido.

Nessa medida, ao contrário do que entendeu o Tribunal *ad quem*, e à semelhança do que vem sendo defendido pela doutrina absolutamente maioritária⁶⁶ e boa parte da jurisprudência⁶⁷, nestes de casos de aliciamento ou pacto criminoso, o único enquadramento legalmente admissível para configurar a participação do homem-de-trás é o da *instigação*.

A punição do arguido como instigador de um crime de homicídio na forma de tentativa deparava-se, porém, com dois obstáculos intransponíveis: em primeiro lugar, a falta de adesão de SP e de AZ ao repto criminoso lançado pelo arguido; e em segundo lugar, a completa ausência de actos de execução dos destinatários da proposta delituosa.

É certo que o Supremo manifestou o entendimento de que durante um breve período o SP e o AZ aderiram, ao menos tacitamente, aos propósitos do arguido. Trata-se de uma leitura que não nos parece consentida pela factualidade provada, como, de resto, também consideraram os Conselheiros que votaram vencido. Aliás, esta conclusão do Supremo é tirada ao completo arrepio da premissa deixada expressa pelo Tribunal de 1.^a Instância, que tomou a decisão em matéria de facto, quando discorreu sobre a qualificação jurídica dos factos: “não existiu qualquer acordo prévio, mesmo que tácito, entre o arguido e as pessoas por ele contactadas”; “o arguido, pese embora todos os factos praticados, nunca conseguiu criar nas pessoas contactadas a resolução de praticar qualquer facto ilícito típico”; “apesar do pretenso acordo dado pelas pessoas que eram interlocutoras do arguido, nunca pretenderam as mesmas, por qualquer forma, prestar-se ao que lhes era pedido”.

Não tendo o arguido sido bem sucedido no seu propósito de convencer SP e AZ a materializar o seu plano de matar a assistente MT, verifica-se que M não chegou sequer a “determinar outra pessoa à prática do facto”, como pressupõe o 4.^o inciso do art. 26.^o do Código Penal. Tudo não passou afinal de uma *tentativa de instigação*, a qual, no direito português vigente, não é em geral susceptível de conduzir a responsabilização criminal⁶⁸.

⁶⁶ Cf., entre nós, FIGUEIREDO DIAS, *DP-PG*², I, 31.^o Cap., § 61 e s., FIGUEIREDO DIAS / SUSANA AIRES DE SOUSA, «Autoria mediata do crime de condução ilegal de veículo», p. 253 e ss., JOÃO ANTÓNIO RAPOSO, «A punibilidade nas situações de “instigação em cadeia”», p. 945 e s. e *passim*, e HELENA MORÃO, *Da Instigação em Cadeia*, pp. 12 e ss. e 74 e ss. E na doutrina alemã: JESCHECK / WEIGEND, *AT*⁵, § 61, V, 3., a), § 64, II, JAKOBS, *Derecho Penal*, 22/21 e ss., e STRATENWERTH / KUHLEN, *AT*⁵, I, § 12, n.^o m. 138 e ss.

⁶⁷ Cf., v. g., o já referido Ac. do STJ de 31-10-1996.

⁶⁸ Cf. CONCEIÇÃO VALDÁGUA, «Autoria mediata em virtude do domínio da organização...», p. 671 e demais doutrina indicada na nota 45.

Como se acentua, de forma lapidar, no voto de vencido do Conselheiro Souto Moura, “se o agente não determinou ninguém, não é, à luz do art. 26.º do CP, instigador”.

Dando-se como assente que os interlocutores não chegaram a formar com o arguido qualquer pacto criminoso, nem aceitaram executar ou intermediar a execução da morte pedida pelo arguido, seria a ausência de uma efectiva determinação de outrem à prática de um ilícito-típico de homicídio que fundaria a conclusão indiscutível de que, de acordo com a lei penal portuguesa em vigor, ao arguido M não seria possível imputar a comissão de um crime de homicídio na forma tentada, já que, insiste-se, entre nós não é punível a tentativa de instigação frustrada.

De todo o modo, mesmo na hipótese tida em conta pelo Supremo – a de que houve um pacto para matar formado entre o arguido M e os russos –, a responsabilização do arguido seria inviável, dado que se provou não ter sido cometido qualquer acto idóneo à produção do resultado típico, a morte da vítima, ou qualquer outro que tenha significado um começo de execução de um ilícito-típico de homicídio. Estando provado que os “instigados” não deram início à execução do facto típico pactuado, o caso carece de um *pressuposto essencial* para a afirmação da responsabilidade penal do arguido como instigador de um ilícito-típico de homicídio na forma tentada, o previsto na parte final do art. 26.º: que haja execução ou começo de execução do facto principal pelo instigado⁶⁹.

Assim sendo, a única conclusão legalmente admissível em face dos factos imputados ao arguido é que *esses factos são penalmente irrelevantes*⁷⁰.

Atenta a total irrelevância criminal da factualidade provada, deveria o arguido ter sido *absolvido*. Ao condená-lo, o Acórdão assumiu uma interpretação exacerbadamente subjectiva do conceito de actos de execução, que não se compagina com o disposto no art. 22.º do Código Penal e representa a adopção de um critério de início de execução que implica uma generalizada antecipação da tutela penal para estádios puramente preparatórios, como os da mera tomada de uma decisão ou da formação de um pacto criminoso. Critério inaceitável, porque incompatível com um direito penal de matriz liberal, e que se tomado como precedente de carácter geral comprometerá a função de tutela subsidiária de bens jurídicos cometida ao direito penal.

⁶⁹ FIGUEIREDO DIAS, *DP-PG*², I, 31.º Cap., § 89, e JOÃO ANTÓNIO RAPOSO, «A punibilidade nas situações de “instigação em cadeia”», p. 924.

⁷⁰ Neste mesmo sentido, cf. o mencionado Ac. do STJ de 31-10-1996, a propósito de uma situação idêntica à que foi objecto de decisão pelo Acórdão em anotação.

É nossa firme convicção que o Supremo Tribunal de Justiça violou a lei penal portuguesa em vigor e puniu o arguido por uma factualidade que não era – como continua a não ser – descrita como crime na lei vigente ao tempo em que os factos foram praticados, o que significou uma infracção ao princípio da legalidade criminal, consagrado no art. 1.º-1 do Código Penal e no 29.º-1 da Constituição. Dúvidas não há de que os factos apurados são moralmente reprováveis e podem até indiciar uma personalidade criminalmente perigosa. Mas, se e enquanto não constituir crime o aliciamento ou a formação do pacto para matar⁷¹, então não restará aos tribunais portugueses outra alternativa que não a de obedecer à lei e de a fazer cumprir, mandando o instigador em paz e liberdade.

NUNO BRANDÃO

Assistente da Faculdade de Direito
da Universidade de Coimbra

⁷¹ À semelhança do que ocorre em geral no direito italiano, que no art. 115 do *Codice Penale* prevê a regra da impunidade da instigação ou da formação do pacto criminoso quando não sejam acompanhadas da comissão do delito, sem prejuízo da possibilidade de aplicação de uma medida de segurança – cf. E. MUSCO, *in*: Crespi / Stella / Zuccalà, *Commentario Breve al Codice Penale*, 3.ª ed., CEDAM, 1999, art. 115. No direito alemão, pelo contrário, é admitida no § 30 do StGB a punibilidade, *inter alia*, da tentativa de instigação e da formação de acordo dirigido à prática de crime sancionado com pena de prisão superior a 1 ano – cf. TRÖNDLE / FISCHER, *Strafgesetzbuch*⁵³, § 30.