



UNIVERSIDADE D
COIMBRA



Andreia Simões Maleiro

**O INÍCIO DA TENTATIVA NOS CASOS DE AUTORIA
MEDIATA**

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

Janeiro de 2019



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE
COIMBRA



Andreia Simões Maleiro

O INÍCIO DA TENTATIVA NOS CASOS DE AUTORIA MEDIATA

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

Coimbra, 2019

Agradecimentos

Em primeiro lugar, agradeço aos meus pais por todos os valores que me transmitiram e por acreditarem sempre em mim. Agradeço-lhes por me darem a oportunidade de obter uma educação no ensino superior e por todos os sacrifícios que fizeram por mim.

Agradeço á minha irmã por ser o meu “pilar”, por me fazer sorrir e me lembrar para acreditar sempre em mim tal como ela acredita.

Deixo um especial agradecimento à Senhora Professora Doutora Susana Aires de Sousa pela amabilidade de ter aceite ser minha orientadora e por todos os ensinamentos que me transmitiu.

Agradeço à Ana Petinga e à Inês Pinhal por terem partilhado comigo o meu percurso académico na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, por todas as palavras de incentivo, pela amizade e, sobretudo, por sempre terem acreditado em mim e fazerem com que eu acreditasse em mim mesma. Agradeço, também, à Sofia Valença por se manter a meu lado estes anos todos e por me mostrar que há amizades que são para sempre.

Agradeço, por fim, a todos os professores com quem tive contato ao longo do meu percurso na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra que, de alguma forma, contribuíram para me tornar na pessoa que sou hoje.

Resumo

A presente investigação concentra-se na temática do início da tentativa nos casos de autoria mediata e qual deve ser a posição a adotar neste complexo problema. Pretendemos fazer uma análise do problema em questão e estudar as soluções que são propostas pelos diversos autores. Faremos uma análise das teorias propostas enaltecendo os seus méritos e as suas falhas, de forma a poderemos chegar a uma resposta à questão: quando tem início a tentativa do autor mediato (aquele sujeito que executa o facto através de outrem).

Sendo esta questão muito discutida na doutrina, pretende-se chegar a uma solução satisfatória que respeite a legislação do nosso ordenamento jurídico.

Palavras-chave: ordenamento jurídico português; autoria mediata; tentativa; instrumento; autor mediato; domínio do facto; domínio da vontade; solução individual; solução individual modificada; solução global;

Abstract

The present investigation focuses on the thematic of the beginning of the attempt in cases of mediate authorship and what should be the position to adopt in this complex problem. We intend to make an analysis of the problem in question and study the solutions that are proposed by the different authors. We will make an analysis of the proposed theories extolling their merits and their failures with the objective of finding the answer to the question: when begins the attempt of the mediate author (that person who executes the fact through another)?

As this issue is very discussed in the doctrine, we intend to find a satisfactory solution that respects the legislation of our legal order.

Keywords: portuguese criminal law, mediate authorship, attempt, instrument; mediate author; domain of fact; domain of will; individual solution; modified individual solution; global solution.

Lista de siglas e abreviaturas

Ac.- Acórdão

Al.- Alínea

Art.- Artigo

CP- Código Penal Português

TRP- Tribunal da Relação do Porto

STJ- Supremo Tribunal de Justiça

Índice

Agradecimentos	5
Resumo	6
Abstract.....	7
Lista de siglas e abreviaturas	8
1.Introdução.....	10
2.Autoria em geral	11
2.1. Autoria mediata	12
2.1.1. Casos de autoria mediata	15
2.1.2. Análise de algumas decisões jurisprudenciais de forma a introduzir o tema .	16
3.Tentativa e autoria mediata.....	26
3.1. Punibilidade da tentativa	26
3.2. Início da tentativa nos casos de autoria mediata.....	29
3.2.1. Solução puramente individual	30
3.2.2. Solução individual modificada	31
3.2.3. Solução global ou conjunta.....	34
3.2.4. Outras soluções apresentadas por alguns autores	35
4.Conclusão	44
5.Bibliografia.....	49
6. Jurisprudência.....	52

1. Introdução

O interesse pelo tema que se pretende tratar nesta dissertação, o início da tentativa nas situações de autoria mediata, surgiu na decorrência das aulas de Direito e Processo Penal lecionadas no âmbito do Mestrado Jurídico-Forense pela Senhora Professora Doutora Susana Aires de Sousa.

Pretende-se, através deste trabalho de investigação, chegar a uma conclusão quanto ao momento a que se deve atender para determinar se a execução está iniciada e, conseqüentemente, por força do art.22º do CP Português, iniciada a tentativa. Portanto, fazendo a delimitação do tema que se pretende tratar, começaremos por fazer uma breve introdução dos conceitos de autoria (prevista no art.26º do CP) e tentativa (regulada no art.21º e seguintes do CP), ambos imprescindíveis para que se possa fazer uma análise do tema em questão. Faremos também uma breve análise do Acórdão do STJ de fixação de jurisprudência de 18/06/2009, de forma a introduzir o tema.

De seguida, sendo o tema bastante discutido na doutrina e jurisprudência, tanto portuguesa como estrangeira, procederemos a uma análise crítica das diversas soluções propostas que pretendem dar resposta à seguinte questão: quando é que se pode considerar iniciada a tentativa do autor mediato¹? Serão analisadas com mais intensidade as três teorias mais relevantes: a solução puramente individual, a solução individual modificada e a solução global ou conjunta. Esta análise será feita com recurso a algumas hipóteses práticas, uma vez que a análise da questão é facilitada pelo uso de casos que nos permitam ver o porquê desta questão ser tão complexa.

Por fim, pretende-se chegar a uma conclusão: deve adotar-se alguma das soluções apresentadas pelos ilustres autores que vou referir ao longo deste trabalho ou deverá adotar-se uma nova posição que dê resposta ao problema colocado?

¹ Usaremos bastante o termo “homem de trás” para nos referir ao autor mediato.

2. Autoria em geral

Muitas vezes, na realização de um facto típico ilícito, temos uma pluralidade de pessoas, ou seja, estamos perante uma situação de comparticipação.² Dentro da figura da comparticipação podemos distinguir entre autor do crime e mero participante do crime.

Foram sendo formuladas várias teorias com o intuito de distinguir autor de mero participante sendo as mais relevantes: a teoria formal-objetiva, a teoria material-objetiva assente na causalidade, as teorias subjetivas e a teoria do domínio do facto.³ A teoria dominante relativamente a esta questão é a teoria do domínio do facto, tendo ela sido formulada por Claus Roxin. Segundo esta conceção é autor quem domina o facto, quem toma a execução nas suas próprias mãos de tal modo que dele depende decisivamente o se e o como da realização típica, podendo afirmar-se que o autor é a figura central do acontecimento.⁴ A doutrina roxiniana do domínio do facto sustenta, desde logo, que o conceito não pode ser tomado como princípio universal que sirva a caracterização de autor relativamente a todo e qualquer tipo de ilícito. Segundo Roxin, o conceito de “*figura central do acontecimento*” não deve ser entendido como uma descrição do conteúdo de autoria, mas sim como um ponto de partida metodológico.⁵ Desta conceção resulta, necessariamente, a rejeição do conceito secundário e do conceito extensivo de autor, bem como as teorias da dignidade penal e da perigosidade, para explicar a delimitação entre autoria e participação.⁶

O critério do domínio do facto, como princípio normativo da autoria, só deve ser aplicado aos crimes dolosos de ação. Isto por duas razões: o domínio do facto liga-se, indissociavelmente, a um controlo do acontecimento por vontade do agente (por isso não tem lugar nos crimes negligentes) e o domínio do facto só quer responder basicamente à questão de saber quem dirigiu a execução da ação que realiza o tipo (por isso não tem cabimento nos crimes de omissão).

² DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito Penal- Parte Geral, 2ª edição, p.757.

³ DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito Penal- Parte Geral, 2ª edição, p.759-772.

⁴ VALDÁGUA, Maria da Conceição. *Figura Central, Aliciamento e Autoria Mediata, Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*. p. 917

⁵ VALDÁGUA, Maria da Conceição. *Figura Central, Aliciamento e Autoria Mediata, Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*. p. 917.

⁶ VALDÁGUA, Maria da Conceição. *Figura Central, Aliciamento e Autoria Mediata, Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*. p. 919-921

O art.26º do CP prevê os diferentes tipos de autoria: autoria imediata (na sua primeira proposição), autoria mediata (na segunda proposição), coautoria (na terceira proposição) e instigação (na quarta e última proposição).⁷ Discute-se na doutrina e na jurisprudência se a instigação é um caso de autoria ou de participação, sendo que autores como Figueiredo Dias consideram que a instigação é um verdadeiro caso de autoria⁸, enquanto que a doutrina alemã e a maioria da Escola de Lisboa, onde se insere Conceição Valdágua, considera que o instigador não é autor mas sim punível como autor.⁹

Parece-nos que a instigação constitui um caso de autoria uma vez que, para além de ter sido nesse sentido prevista no artigo 26º do CP juntamente com as outras formas de autoria, o instigador detém o domínio da decisão do instigado, isto é, ele produz ou cria de forma plena no executor a decisão de atentar contra um bem jurídico-penal.

2.1. Autoria mediata

A autoria mediata corresponde à segunda modalidade de autoria prevista no art.26º do CP, na qual o autor executa o facto por intermédio de outrem¹⁰. Este outrem corresponde ao instrumento, que atua sem culpa dolosa, pelo que não é plenamente responsável do ponto de vista jurídico penal. Este ponto leva-nos ao princípio da autorresponsabilidade: é autor responsável pela prática de um crime quando se atua com culpa dolosa.

O autor mediato domina o acontecimento/facto porque possui domínio sobre a vontade do instrumento.¹¹ O princípio do domínio do facto exige que todo o acontecimento seja obra do homem de trás, ou seja, todos os pressupostos de punibilidade têm de concorrer na pessoa do homem de trás e não de colocar-se unicamente face a ele.

Segundo Roxin existem três formas de dominar a vontade do instrumento: através de coação, através do erro e no quadro de aparelhos organizados de poder.¹² Já para Figueiredo Dias, o homem de trás possuirá o domínio da vontade do instrumento em duas situações: domínio da vontade por coação e domínio da vontade por erro.¹³

⁷ Cf. Art.26º do Código Penal.

⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal-Parte Geral*, 2ª edição, p.797-801.

⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal-Parte Geral*, 2ª edição, p.797.

¹⁰ Usar-se-á frequentemente a nomenclatura instrumento e homem da frente quando nos estamos a referir a este outrem através do qual o autor mediato executa o facto.

¹¹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general*, tomo II, tradução de Diego Manuel Luzón Peña, p.84.

¹² ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general*, tomo II, tradução de Diego Manuel Luzón Peña, p.85.

¹³ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal-Parte Geral*, 2ª edição, p.776.

Roxin defende que num caso especial deve ser atribuída a qualidade de autor mediato ao homem de trás, apesar de o homem da frente atuar de forma plenamente responsável. Isto sucederá nos crimes cometidos no quadro de um aparelho organizado de poder. O ilustre autor diz que, nestes casos, a autoria mediata do homem de trás fundar-se-á na circunstância de ele deter o domínio da organização. Quando se fala nos aparelhos organizados de poder falamos de estruturas com características próprias, pois há uma hierarquização rígida da estrutura organizatória, o executante é fungível e há uma atuação da organização fora do quadro da ordem jurídica.¹⁴ Da conjugação destas 3 características resulta a forte dependência psicológica do homem da frente em relação a quem domina a organização.

Há uma autonomia da categoria da autoria mediata face à da instigação. Como fundamento desta autonomia está a ideia de que a autoria mediata termina, e começa eventualmente a instigação, em função do chamado princípio da (auto)responsabilidade que a que do âmbito da autoria mediata sejam excluídas todas as situações em que entre a conduta do homem de trás e o delito se interponha a atuação de um homem da frente plenamente responsável, isto é, que atue a título de culpa dolosa.¹⁵ Só quando tal não suceda, ou seja, quando o executor não surja como plenamente responsável se pode considerar que o homem de trás executou o facto por intermédio de outrem.

Figueiredo Dias não concorda que os aparelhos organizados de poder sejam considerados um caso de autoria mediata, pois das duas uma: ou aquela dependência é uma tal que não deixa aparecer o homem da frente como participante plenamente responsável e, nesse caso, a autoria mediata deve considerar-se fundada, ou a tal dependência deixa aparecer o homem da frente como participante plenamente responsável e, nesse caso, o homem de trás não deverá ser considerado autor mediato, mas só poderá ser considerado instigador.¹⁶ Tal como refere Figueiredo Dias, não existe autoria mediata quando o homem da frente seja plenamente responsável pois isso incorreria numa violação do princípio da autorresponsabilidade.

Hans-Heinrich Jescheck e Thomas Weigend afirmam que a figura jurídica da autoria mediata não pode ser aplicada sem nenhum tipo de limite.¹⁷ A possibilidade de ela se verificar acaba quando o instrumento é um autor plenamente responsável, pois a lei

¹⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal-Parte Geral*, 2ª edição. p.788-790.

¹⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal-Parte Geral*, 2ª edição. p.777.

¹⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal-Parte Geral*, 2ª edição. p.790.

¹⁷ Hans-Heinrich JESCHECK e Thomas WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. P.715.

penal parte do princípio que, neste caso, o autor mediato tem que responsabilizar-se pessoalmente do facto, o que impede considerá-lo simultaneamente um simples instrumento nas mãos de outrem.¹⁸

Ora, entendemos que as situações de aparelhos organizados de poder não constituem uma forma de dominar a vontade do instrumento, pois o instrumento atua por vontade própria e a título doloso, sendo então autor responsável pela prática de um crime.

No entanto, Conceição Valdágua faz ainda referência a um conjunto de situações que Roxin não toma em consideração como outra forma possível de atuação do agente mediato sobre o executor, distinta das situações de coação, erro ou aparelhos organizados de poder, mas porventura tão suscetível como aquelas de proporcionar ao homem de trás o domínio do facto. Esta autora entende que se deve incluir na autoria mediata as constelações de casos que são denominados por aliciamento do executor pelo homem de trás.¹⁹ Nos casos de aliciamento o homem de trás persuade o aliciado a praticar o facto através de uma contrapartida, consistente numa prestação de coisa ou de facto, pretendida pelo executor. Neste sentido, o aliciamento pode ser uma forma de dominar a vontade do executor tão, ou mais, eficaz do que a coação e leva à execução de crimes com uma frequência que certamente não será inferior à dos casos em que o agente mediato constringe o executor.²⁰ O aliciamento pode revestir, fundamentalmente, três formas: ajuste, dádiva e promessa.

Com todo o respeito, não nos parece que se possa considerar as situações de aliciamento como uma forma de o autor mediato dominar a vontade do instrumento. Mais uma vez prescinde-se do princípio da autorresponsabilidade uma vez que a pessoa que aceita praticar um certo facto ilícito-típico a troco de uma contrapartida por parte do aliciante está a atuar por livre e espontânea vontade, atuando assim de forma dolosa. Não sendo o aliciado obrigado ou induzido em erro com o intuito de praticar o facto não nos parece que o aliciante domine a vontade do mesmo, uma vez que o aliciante pode decidir aceitar a proposta que lhe é dirigida ou não. Neste sentido, parece poder afirmar-se que o aliciante detém, sim, o domínio da decisão do executor (aliciado), ou seja, o aliciado apenas decide praticar o crime proposto se receber a tal contrapartida, pelo que se o

¹⁸ Hans-Heinrich JESCHECK e Thomas WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. p.715.

¹⁹ VALDÁGUA, Maria da Conceição. *Figura Central, Aliciamento e Autoria Mediata, Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*. p.927.

²⁰ VALDÁGUA, Maria da Conceição. *Figura Central, Aliciamento e Autoria Mediata, Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*. p.928.

aliciante voltar atrás com o seu plano o executor não terá, à partida, qualquer motivo para proceder à execução do crime.

Podemos concluir, portanto, que existem diversas posições quanto às situações que podem culminar num domínio da vontade do instrumento por parte do autor mediato e, consequentemente, que situações se devem inserir no instituto da autoria mediata.

2.1.1. Casos de autoria mediata

De forma a compreender o que significa “*autor executa o facto através de outrem*” iremos referir alguns exemplos de situações em que estamos perante a segunda modalidade do art.26º do CP- a autoria mediata.

Caso 1: D, electricista, convence o seu colega E a tocar no cabo de alta tensão dizendo, falsamente, que não há energia com intenção de o matar.²¹ **Caso 2:** F, sabendo que G pretendia, em plena época carnavalesca, assustar H com uma pistola de brincadeira, substitui-a por uma pistola verdadeira. G, que nada sabe, dispara e mata H.²² **Caso 3:** A e B estão a caçar no campo quando A diz a B que dispare a sua espingarda rapidamente na direção de alguns arbustos, atrás dos quais ele viu o seu inimigo C. B dispara, sem ter conhecimento da presença de C, mas a sua arma encrava. **Caso 4:** A, pretendendo matar o seu marido B, prepara uma sopa envenenada e deixa-la pronta para consumir em cima da mesa como ele faz todos os dias. **Caso 5:** O médico X, pretendendo matar o paciente P, envenena a injeção que ele normalmente administra a P à hora de jantar. A dá a injeção à enfermeira S, com o pedido de que ela seja injetada imediatamente. Quando S se prepara para dar a injeção a P, ela escorrega-lhe da mão e parte-se, evitando-se, assim a sua administração.

Nestes casos que acabámos de referir temos várias hipóteses de autoria mediata, sendo que algumas atingiram a consumação, enquanto que outras se ficaram pelo estádio da tentativa. O que se pretende tratar no nosso trabalho é se nos casos em que o facto se fica pelo estádio da tentativa se pode punir o autor mediato em qualquer situação ou se têm de se verificar certas condições. Ou seja, pretende-se saber se A (autor mediato no caso 3) e X (autor mediato no caso 5) podem ser punidos e, se sim, em que circunstâncias.

²¹ Exemplo dado nas aulas de Direito e Processo Penal lecionadas por Susana Aires de Sousa.

²² Exemplo dado nas aulas de Direito e Processo Penal lecionadas por Susana Aires de Sousa.

2.1.2. Análise de algumas decisões jurisprudenciais de forma a introduzir o tema

Em primeiro lugar é necessário analisar o Acórdão do STJ de 16/10/2008 que levou ao Acórdão do STJ de fixação de jurisprudência de 18/06/2009. Estamos perante um caso em que o arguido delineou um plano criminoso no sentido de proceder à eliminação física da assistente, sua mulher, isto é, matá-la. 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. O arguido, ao delinear o plano criminoso descrito no acórdão, 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 qual tal plano criminoso deveria ser levado a efeito, tinha plena intenção de causar a morte à assistente, sua mulher, só o não tendo conseguido por circunstâncias completamente alheias à sua própria vontade, nomeadamente pelo facto da pessoa ou pessoas contratadas para levar a cabo 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. O arguido agiu, assim, de forma voluntária e consciente, bem sabendo que a sua conduta é reprovável e censurável.

Atendendo ao acórdão fundamento e ao acórdão recorrido, em ambos os casos, o agente decidiu e planeou a morte de uma pessoa, após o que contactou outrem para a sua concretização, que aparentemente aceitou, mediante pagamento de determinada quantia, vindo depois o mandante entregar-lhe parte da quantia definida e, fornecendo-lhe indicações relacionadas com a concretização do plano, tendo o mandante ficado convencido e na expectativa da prática do facto pelo executor. Porém, este não praticou o facto encomendado, nem praticou quaisquer atos de execução do crime projetado e denunciou a situação à entidade policial. Em consequência dessa denúncia, o agente que encomendou a morte e esperava que o executor a concretizasse, veio a ser detido, sem haver lugar à consumação do facto.

O Tribunal Coletivo da 4ª Vara criminal do Círculo do Porto, por Acórdão de 09/07/2007, absolveu o arguido da prática de um crime de homicídio qualificado, na forma tentada, pelos artigos 22º, 23º, 73º, 131º e 132º/1 e 2/d) e i) do CP. O Ministério

O Início da Tentativa nos Casos de Autoria Mediata

Público recorreu desta decisão. Decidiu então o STJ em dar provimento ao recurso do MP, revogando a decisão recorrida e condenando o arguido como autor mediato, na forma tentada, pela prática do crime de homicídio qualificado previsto e punido pelas disposições conjugadas dos artigos 22º/1 e 2/c), 23º, 26º, 131º e 132º/1 do CP, aplicando a pena de quatro anos e seis meses de prisão.

Na perspetiva de Nuno Brandão, a decisão de condenar o arguido como autor mediato de um crime de homicídio qualificado na forma tentada, constitui uma decisão errada e insustentável sob o ponto de vista dos princípios e das normas penais positivadas na lei vigente, designadamente, nos artigos 22º e 26º do CP. Ora, a razão estava inteiramente do lado do Tribunal de 1ª Instância e do voto de vencido do Conselheiro J. Souto Moura 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.²³ Neste sentido, os factos provados 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 STJ. Apesar de a 1ª Instância ter afirmado 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 encontrado a pessoa que iria praticar o crime, respondeu que ainda não.²⁴ Daqui o Ac. extraiu a ilação de que houve atos de execução do crime de homicídio imputáveis ao arguido.

Nuno Brandão não concorda com a posição tomada pelo STJ. Em primeiro lugar, afirma-se a existência de um acordo que não tem qualquer expressão efetiva na matéria provada e foi negado pelo Tribunal a quem coube ficar a matéria de facto. Além disso 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 atos de execução e, assim, se fazendo completo descaso da matriz objetiva inscrita no artigo 22º do CP. Por outro lado, diz o Supremo que o artigo 26º do CP consagra um conceito extensivo de autoria, mas resolve o caso na perspetiva de uma construção, a de Conceição Valdágua, toda ela nutrida dos critérios próprios do conceito de domínio do facto. Por fim, toma-se como base de apoio a tese de

²³ BRANDÃO, Nuno. *Pacto para matar: Autoria e início de execução*.

²⁴ BRANDÃO, Nuno. *Pacto para matar: Autoria e início de execução*.

Conceição Valdágua, 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.

Ao considerar que o arguido logrou convencer os seus interlocutores 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 quarta proposição do artigo 26º do CP precisamente como a atividade pela qual alguém, dolosamente, determina outra pessoa à prática do facto. Segundo Nuno Brandão, a consequência imediata desta qualificação seria a absolvição do arguido. O Tribunal *ad quem* entendeu, contudo, que o caso não era de instigação, mas sim de autoria mediata.

A matéria provada revela que se não conseguiu, apesar de o arguido ter procurado de forma insistente e obstinada pelos mais variados meios, criar nas pessoas contactadas a decisão de porem termo à vida da sua mulher, tendo pensado ter firmado com ele um pacto criminoso, pelo qual a matariam contra a entrega de determinada quantia. Do que se tratou, portanto, foi de uma inequívoca ação de determinação exercida pelo arguido sobre as tais pessoas, que só pode levar à conta do instituto da instigação. Não tendo essas pessoas aparentemente outro interesse na morte da vítima que não o decorrente da contrapartida que 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.²⁵ Nesta medida, ao contrário do que entendeu o Tribunal *ad quem*, e à semelhança do que vem sendo entendido pela doutrina absolutamente maioritária e boa parte da jurisprudência, nestes casos de aliciamento ou pacto criminoso, o único enquadramento legalmente admissível para configurar a participação do homem de trás é o da instigação.²⁶

Não tendo o arguido sido bem-sucedido no seu propósito de convencer os executores a materializar o seu plano de matar a sua mulher verifica-se que o arguido nem sequer chegou a determinar outra pessoa à prática do facto, como pressupõe a quarta modalidade do artigo 26º do CP. Estando provado que os instigados não deram início à execução do facto típico, 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: que haja execução ou começo da execução do facto principal pelo

²⁵ BRANDÃO, Nuno. *Pacto para matar: Autoria e início de execução*.

²⁶ BRANDÃO, Nuno. *Pacto para matar: Autoria e início de execução*.

instigado (artigo 26º parte final do CP). Tudo não passou afinal de uma tentativa de instigação, a qual, no direito português vigente, não é em geral suscetível de conduzir a responsabilização criminal.²⁷

A única conclusão legalmente admissível em face dos factos imputados ao arguido é que esses factos são penalmente irrelevantes. Assim, atenta a total irrelevância criminal da factualidade provada, deveria o arguido ter sido absolvido. Crê Nuno Brandão que o STJ violou a lei penal portuguesa em vigor e puniu o arguido por uma factualidade que não era descrita como crime na lei vigente ao tempo em que os factos foram praticados, o que significou uma infração ao princípio da legalidade criminal (artigos 1º/1 do CP e 29º/1 da CRP)²⁸. Acrescenta ainda que não há dúvidas de que os factos apurados são moralmente reprováveis e podem até indicar uma personalidade criminosa perigosa, mas, se e enquanto não constituir crime o aliciamento ou a formação de um pacto para matar, então não restará aos tribunais portugueses outra alternativa que não a de obedecer à lei e de a fazer cumprir, não punindo assim o instigador.

Deste Acórdão recorreu o arguido, tendo interposto recurso extraordinário de fixação de jurisprudência para o Pleno das Secções Criminais. O acórdão recorrido condenou o arguido como autor mediato na forma tentada pela prática do crime de homicídio qualificado, previsto e punido pelas disposições dos artigos 22º/1, 22º/2/c), 23º, 26º, 131º e 132º/1 todos do CP. Já o acórdão fundamento considerou que não se configurava a autoria mediata, mas apenas a figura da tentativa de instigação, não punível pela nossa legislação penal, e confirmou inteiramente a decisão de 1ª instância que absolveu os arguidos da prática em coautoria material e na forma tentada, de um crime de homicídio qualificado previsto e punido pelas disposições conjugadas dos artigos 131º, 132º/1 e 2/c) e h), 22º, 23º e 74º do CP. Portanto, verificam-se situações de identidade análoga que, no âmbito da mesma legislação, geraram, de forma expressa, decisões de direito diferentes. Em consequência desta circunstância o presente acórdão pretende dar uma resposta uniformizadora.

O objeto da questão em julgamento radica na interpretação do art.26º do CP. O artigo em questão prevê as formas de autoria que existem no nosso ordenamento jurídico: autoria imediata, autoria mediata, coautoria e instigação. É de notar que há uma divergência na doutrina e jurisprudência quanto à natureza que a figura da instigação deve

²⁷ BRANDÃO, Nuno. *Pacto para matar: Autoria e início de execução*.

²⁸ Segundo este princípio uma pessoa só pode ser punida criminalmente se a punibilidade do facto praticado estiver prevista em lei anterior ao momento da sua prática.

assumir: se a de autoria ou a de mera participação. Autores como Figueiredo Dias consideram que a instigação deve ser considerada uma forma de autoria (posição com a qual concordamos), mas outros autores, como Conceição Valdágua, consideram que deve ser considerada como uma mera participação.²⁹ Compete determinar se estas situações de aliciamento, ou seja, quando o agente contacta alguém para que essa pessoa cometa o facto mediante uma retribuição, se devem considerar situações pertencentes ao domínio da autoria mediata ou ao domínio da instigação.

Estabelece este acórdão que o comportamento do arguido assumido na encomenda do crime, na idoneidade e confiança reconhecidas ao contato estabelecido para a concretização daquele, o fornecimento de detalhes relacionados com a prática do mesmo, e o ajuste de dinheiro para pagar o serviço letal encomendado, ocorreu com vista a conduzir ao efeito ilícito por ele pretendido, de causar a morte de alguém, por intermédio de outrem, pelo que é de molde a integrar a previsão do art.26º do CP na modalidade de autoria mediata na forma tentada prevista no art.22º/2/c) do mesmo diploma. Neste sentido, o acórdão fixa a seguinte jurisprudência: *“É autor de crime de homicídio na forma tentada, pelas disposições conjugadas dos arts.22º.1.2.c), 23º, 26º, 131º todos do CP, quem decidiu e planeou a morte de uma pessoa, contactando outrem para a sua concretização, que manifestou aceitar, mediante pagamento de determinada quantia, vindo em consequência o mandante a entregar-lhe parte dessa quantia e a dar-lhe indicações relacionadas com a prática do facto, na convicção e expectativa dessa efetivação, ainda que esse outro não viesse a praticar qualquer ato de execução do facto”*.

Conceição Valdágua, partindo da doutrina do domínio do facto e considerando, de par com a generalidade da doutrina alemã, que a instigação é uma forma de participação e não de autoria, enquadra estas situações de pacto criminoso (objeto de apreciação do Acórdão em análise) no quadro da autoria mediata, denominando-as 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 e pode assumir as formas de ajuste, de promessa ou de dádiva.³⁰ A autora constata que em determinadas situações do pacto criminoso o homem de trás tem o domínio do facto, pois detém um inequívoco

²⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal-Parte Geral*, 2ª edição. p.797-801.

³⁰ BRANDÃO, Nuno. *Pacto para matar: Autoria e início de execução*.

controlo sobre o facto projetado, 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. Diz Conceição Valdágua que há aqui uma subordinação voluntária do executor à decisão do agente mediato, a qual confere ao referido agente mediato o domínio do facto, pois embora não lhe garanta que o crime será cometido, coloca-lhe nas mãos o poder de planear e dirigir, em larga medida, o plano causal. 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, esta autora vê-se na contingência de alargar o âmbito da autoria mediata.³¹ 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.

Não nos parece que se possa considerar estas situações no âmbito da figura da autoria mediata uma vez que a pessoa contactada para cometer o crime, caso o fizesse, não seria um instrumento que não é plenamente responsável do ponto de vista jurídico-penal.³² Aceitando esta pessoa cometer o facto, seria uma pessoa responsável uma vez que agiria com dolo. A conceção de Conceição Valdágua é incompatível com o regime legal da autoria mediata, que, ao supor o princípio da autorresponsabilidade, 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 responsável.³³ Assim sendo, estas situações de aliciamento devem enquadrar-se na figura da instigação, que se encontra regulada no art.26º do CP na sua quarta modalidade. Considerando-se, então, esta situação uma situação de instigação, o arguido teria de ser absolvido, uma vez que o nosso ordenamento jurídico não prevê a punição da tentativa de instigação (“é punível como autor quem, dolosamente, determinar outra pessoa à prática do facto, desde que haja execução ou começo da execução”).³⁴

No entanto, mesmo que se considerasse que esta situação correspondia a um caso de autoria mediata, o acórdão ao estabelecer “ainda que esse outro não viesse a praticar qualquer ato de execução do facto” parece estar a inclinar-se para uma solução individual, que não é defendida por nenhum autor em Portugal. A solução individual fixa o início da

³¹ BRANDÃO, Nuno. *Pacto para matar: Autoria e início de execução*.

³² BRANDÃO, Nuno. *Pacto para matar: Autoria e início de execução*.

³³ BRANDÃO, Nuno. *Pacto para matar: Autoria e início de execução*.

³⁴ Cf. Art.26º do CP, na sua quarta parte.

tentativa do autor mediato no momento em que este começa a exercer a sua influência sobre o instrumento, pelo que é irrelevante se o instrumento inicia a execução do facto ou não. Será esta temática que pretendemos discutir neste trabalho, uma vez que esta conclusão a que chegou o STJ, apesar de ter feito uma qualificação errada da situação ao inseri-la na categoria de autoria mediata quando devia tê-lo feito na categoria da instigação, é inaceitável, pois segundo o artigo 22º do CP não está verificada a prática de atos de execução neste caso (tendo em conta a matéria de facto provada) pelo que ainda não está iniciada a tentativa. Neste sentido, a decisão do STJ viola claramente a lei penal portuguesa.

Cabe agora fazer uma análise do Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 10/02/2016. Estamos perante uma situação em que B contacta outra pessoa com o propósito de, a troco do pagamento de uma quantia monetária, pôr fim à vida do assistente D. A arguida aceitou pagar a I e a J a quantia acertada, efetuando parte do pagamento e prestando informações sobre a rotina diária de D. Todavia, I e J nunca tiveram a intenção de executar a tarefa que lhe havia sido encomendada, procurando apenas enriquecerem-se à custa da arguida, extorquindo-lhe contrapartidas monetárias. Os executores nunca chegaram a praticar atos de execução ou tiveram vontade de os praticar.

O Tribunal de 1ª Instância condenou a primeira arguida como autora do crime de homicídio simples na forma tentada, nos termos dos artigos 22º, 23º e 131º/1 do CP, na pena de cinco anos de prisão, substituída por pena de suspensão de execução da pena de prisão pelo mesmo período de tempo. A segunda arguida foi igualmente condenada por autoria por omissão de um crime de homicídio simples, na forma tentada, na pena de três anos e seis meses de prisão, suspensa na sua execução pelo mesmo período de tempo, nos termos dos artigos 10º, 22º, 23º e 131º/1 do CP. Não se conformando com esta decisão, as arguidas, o MP e o assistente recorreram da mesma. As arguidas consideram que mesmo a considerar provados os factos, eles reconduzem-se à figura da instigação e não da autoria mediata, sendo que a tentativa de homicídio seria sempre de considerar não punível.

Ora, tendo como pressuposto os factos essenciais que o tribunal de 1ª Instância considerou provados, não existem dúvidas de que a partir de determinada altura a primeira arguida pretendeu encomendar a morte do seu genro, tendo para tal contactado dois indivíduos que julgava que estivessem predispostos a aceitar e a realizar tal tarefa. Os executores não chegaram a praticar atos de execução.

Será que se deve aplicar aqui a doutrina do Acórdão de uniformização de jurisprudência do STJ de 18/06/2009? Relembra-se que fixou esse acórdão jurisprudência no seguinte sentido: *“É autor de crime de homicídio na forma tentada, pelas disposições conjugadas dos arts.22º.1.2.c), 23º, 26º, 131º todos do CP, quem decidiu e planeou a morte de uma pessoa, contatando outrem para a sua concretização, que manifestou aceitar, mediante pagamento de determinada quantia, vindo em consequência o mandante a entregar-lhe parte dessa quantia e a dar-lhe indicações relacionadas com a prática do facto, na convicção e expectativa dessa efetivação, ainda que esse outro não viesse a praticar qualquer ato de execução do facto”*.

O critério distintivo entre autoria mediata e instigação é o princípio da autorresponsabilidade: na autoria mediata o responsável criminal é o autor mediato e na instigação, quer o instigador quer o instigado, são responsáveis, isto é, ambos aparecem como dominadores do acontecimento criminoso. No artigo 26º do Código Penal só cabem as situações em que alguém cria/produz no executor a decisão de cometer um crime, ficando, assim, de fora as situações que o instigador limita a aconselhar, a sugerir ou mesmo a reforçar a decisão de cometer um crime (situações a que, segundo Figueiredo Dias se dá denominação de instigação-indução). Diz o Acórdão objeto desta análise que os factos que conduziram às condenações em 1ª Instância, nesta situação, deviam naturalmente integrar-se na instigação, mas, por via do entendimento jurisprudencial uniformizado, foram subtraídos e subsumidos à autoria mediata, a fim de, por essa via, se alcançar a condenação dos mandantes. Ora, nestes casos, o executor é um agente responsável que não iniciou o ataque à vida da vítima (que nunca ficou em perigo), pelo que, integrando os atos concretizados na autoria mediata ou na instigação, nunca a tentativa do crime decidido cometer seria punível sem o início da execução por parte dos destinatários da ordem de matar. Na lei penal portuguesa não é punível o comportamento do agente que contrata outra pessoa para que esta mate terceiro se ninguém chegou a praticar qualquer ato de execução do crime, em virtude da proposta formulada não ter obtido acolhimento e, ainda se obtivesse, não terem sido praticados atos de execução.

Assim decidiu este Tribunal no seguinte sentido: *“Pelo exposto acordam os Juízes desta Relação em julgar providos os recursos interpostos pelas arguidas B e C porque procedentes os fundamentos acima apreciados, revogando-se o acórdão condenatório proferido em 1ª instância, e decidindo-se, agora, absolver as mesmas arguidas da pronúncia da prática, pela primeira, em autoria e na forma tentada, de um crime de homicídio simples, p. e p. pelos artigos 22º, 23º e 131º, nº1, todos do Código Penal, e,*

pela segunda, em autoria e na forma tentada, por omissão, de um crime de homicídio simples, p. e p. pelos arts.10º, 22º, 23º e 131º, nº1, todos do Código Penal, bem como, ainda absolver as mesmas arguidas dos pedidos de indemnização civil deduzidos pelo assistente/demandante D... ”.

Tal como já foi referido, as situações em que a contrapartida constitui o meio de determinar outrem à prática do facto têm vindo a ser designadas por aliciamento. No entanto, a categoria em que se devem integrar essas situações, se na de autoria mediata se na de instigação, tem sido motivo de divergência doutrinária. Esta divergência tem consequências práticas quando à determinação do início da tentativa por parte do homem de trás. De um lado, temos autores, onde se insere Conceição Valdágua, que, recusando conceber a instigação como uma modalidade de autoria, têm reconduzido estas situações à figura da autoria mediata. De outro lado, temos autores, como Figueiredo Dias e Nuno Brandão, que concebem a instigação como verdadeira autoria, devendo estas situações inserirem-se no seu domínio. Esta diferente compreensão doutrinária dos casos de aliciamento não tem consequências práticas se o aliciado inicia ou consuma a realização criminosa. O problema surge quando o aliciado nada faz, sendo necessário saber quando se inicia a tentativa do autor mediato e a tentativa do instigador.

O artigo 26º do CP estabelece expressamente para a instigação a chamada solução conjunta ou global: o facto tentado do instigador tem lugar com o início da execução do instigado.³⁵ No entanto, a mesma norma nada diz quanto ao início da tentativa do autor mediato, daí que surjam várias teorias que pretendem dar resposta a este problema, das quais se destacam: a solução individual, a solução individual modificada e a solução conjunta. O início da tentativa nestas situações de aliciamento tem sido causa de divergência na jurisprudência, o que determinou a fixação de jurisprudência pelo STJ em 2009 através do Acórdão de 18/06/2009. O Acórdão do Tribunal da Relação do Porto afastou-se do entendimento do Acórdão de fixação de jurisprudência do STJ acima referido. A factualidade dada como provada é enquadrada, pela decisão, na figura da instigação. Tendo como pressuposto o artigo 26º do CP, dando que não existiu qualquer ato de execução por parte dos executores, não há lugar a punição, no quadro da lei portuguesa vigente.

³⁵ Cf. Artigo 26º do CP.

Da perspectiva de Susana Aires de Sousa esta decisão de absolvição proferida pelo TRP é imposta pelo CP.³⁶ Não tendo os executores praticado atos de execução e, sendo os atos preparatórios, em regra, não puníveis, a conduta do instigador não é punível por força dos artigos 21º, 22º e 26º do CP. Assim, a solução decorrente da aplicação destas normas à factualidade descrita no Acórdão é, ao abrigo do princípio da legalidade criminal, a da absolvição.³⁷ Em suma, concorda-se com o estipulado por Susana Aires de Sousa no seu comentário a este acórdão, no sentido de que a decisão do TRP em absolver as arguidas foi a decisão acertada.

Deixamos a nota de que o STJ se pronunciou recentemente, num caso análogo a estes aqui expostos, no sentido de considerar que os casos de aliciamento correspondem a situações que se devem enquadrar na instigação, sendo necessário que o instigado, por força do artigo 26º do CP, dê início à execução para que haja início da tentativa do instigador. Tendo este Acórdão decidido no sentido contrário ao do Acórdão de fixação de jurisprudência de 2009, aguarda-se que saia um novo Acórdão de fixação de jurisprudência.

Em suma, através da análise destas decisões jurisprudenciais e respetivos comentários, podemos concluir que ainda existe hoje uma grande divergência na doutrina quanto à categoria em que se deve inserir as situações de aliciamento. Existem autores que, erradamente, enquadram estas situações na categoria jurídica da autoria mediata, apesar de o aliciado ser, claramente, plenamente responsável. Estas decisões jurisprudenciais permitem-nos chegar à conclusão que que é necessário chegar a um consenso quanto ao momento em que se deve considerar iniciada a tentativa do autor mediato. É esta questão que é objeto do nosso trabalho e que vai ser discutida nas próximas páginas.

³⁶ SOUSA, Susana Aires de. *“Contratado” para matar: o início da tentativa em situações de aliciamento (comentário ao Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 10 de fevereiro de 2016)*. p.216.

³⁷ SOUSA, Susana Aires de. *“Contratado” para matar: o início da tentativa em situações de aliciamento (comentário ao Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 10 de fevereiro de 2016)*. p.220.

3. Tentativa e autoria mediata

3.1. Punibilidade da tentativa

O *iter criminis* corresponde aos vários estádios da realização criminosa. São as várias fases da realização criminosa: a decisão de cometer o crime, a prática de atos de preparação, a prática de atos de execução e a consumação do crime. Qual é a relevância de distinguirmos estas várias fases da realização criminosa? Para sabermos quando estamos ou não perante a tentativa.

Um dos grandes problemas que surge é o de sabermos quando acaba a fase da preparação e entramos na fase de execução. Quanto à primeira fase da realização criminosa (a decisão de cometer o crime), a regra é a de que ela não é punida. Usando uma expressão utilizada por Faria Costa “*cogitationes nemo poenae patitur*”³⁸, ou seja, os meros pensamentos não são punidos, não são censuráveis do ponto de vista do direito penal.

Quanto à segunda fase, a regra é a de que os atos preparatórios não são punidos (artigo 21º do CP). Mas a parte final do artigo 21º do CP diz “salvo disposição em contrário”. Ora, o legislador pode punir atos preparatórios de duas formas: transforma o ato preparatório num crime autónomo, ou seja, pega-se num ato que, materialmente, é um ato preparatório e dá-se a forma de um crime autónomo que constitui um perigo para o bem jurídico (por exemplo o artigo 262º do CP) ou pune o ato preparatório enquanto tal tendo de estar verificados dois pressupostos- que tal ato aponte já com alto grau de probabilidade para a realização do tipo de ilícito e que se verifique a necessidade de uma intervenção penal específica num estádio particularmente precoce *do iter criminis*.

Relativamente à terceira fase, é a partir desta que entramos na fase da relevância criminal, ou seja, pode estar em causa a tentativa (artigo 22º do CP). O facto cometido pode não atingir a consumação e ficar-se pelo estádio da tentativa, estando ela regulada nos artigos 21º-25º do CP. O art.22º do CP diz que há tentativa quando o agente praticar atos de execução de um crime (previstos no nº2 do mesmo artigo) que decidiu cometer, sem que este chegue a consumir-se.³⁹

³⁸ COSTA, José de Faria. *Noções Fundamentais de Direito Penal*.

³⁹ Cf. Art.22º do CP.

Ou seja, a tentativa carece da verificação de três elementos: decisão de cometer o crime, prática de atos de execução e não consumação do crime. Prevê, por outro lado, o art.23º do CP as condições de punibilidade da tentativa: só é punível se ao crime consumado respetivo corresponder pena superior a três anos de prisão (salvo disposição em contrário) e não é punível quando for impossível ou por inaptidão do meio empregado ou por inexistência do objeto essencial à consumação do crime.⁴⁰

Podemos, neste sentido, concluir que a tentativa é uma circunstância modificativa atenuante, pois o nº2 do art.23º estatui que a tentativa é punível com a pena aplicável ao crime consumado especialmente atenuada.⁴¹ Qual é fundamento para a punição da tentativa? Para responder a esta questão surgiram algumas teorias: objetivas (o fundamento é o perigo próximo de lesão do bem jurídico), subjetivas (fundamento é a vontade delituosa) e da impressão (procura combinar elementos subjetivos e elementos objetivos). A teoria da impressão faz assentar o fundamento da punibilidade da tentativa na dignidade penal do facto tentado, ou seja, a vontade externamente manifestada de violar a norma proibitiva).

Quanto a este assunto coloca-se a seguinte questão: o dolo eventual é suficiente para preencher o elemento subjetivo da tentativa? Figueiredo Dias defende que o dolo eventual é suficiente para punir o agente pela tentativa, enquanto que Faria Costa defende que o dolo eventual não é suficiente. Mas o grande problema é sabermos como se distingue a fase da preparação da fase da execução.

Existem várias posições que pretendem dar resposta a este problema: teorias subjetivas (é relevante a intensidade/vontade criminosa do agente), teorias objetivas que se dividem em formal objetiva (refere que atos de execução são os que estão descritos no próprio tipo de ilícito) e em material objetiva (apresenta um duplo critério- é ato de execução todo aquele que apareça como um ato componente da ação típica e esse ato tem

⁴⁰ Temos três tipos de teorias que pretendem responder à questão: qual é o fundamento da punibilidade da tentativa?

As teorias objetivas afirmam que o fundamento da punibilidade da tentativa é o perigo próximo de lesão do bem jurídico.

As teorias subjetivas, pelo contrário, consideram que o fundamento para se punir a tentativa está na vontade delituosa.

Por fim, a teoria da impressão procura combinar elementos objetivos e elementos subjetivos. Assim faz assentar o fundamento da punibilidade da tentativa na dignidade penal do facto tentado (a vontade externamente manifestada de violar a norma).

⁴¹ Prevê o Art.73º do CP os termos em que é feita a atenuação especial.

de representar um perigo imediato para o bem jurídico) e a teoria da dupla conexão (apresentada por Figueiredo Dias).

O critério da dupla conexão exige que se verifique uma conexão típica (relacionada com o âmbito de proteção da norma) e uma conexão de perigo (perigo iminente para o bem jurídico). Ou seja, este critério diz que um ato será de execução se pudermos dizer que o ato penetra o âmbito de proteção da norma e, simultaneamente, que ele comporta um perigo iminente para o bem jurídico.

É importante fazer ainda uma distinção entre tentativa acabada e tentativa inacabada, apesar de esta distinção ter mais relevância na figura da desistência.

Há tentativa acabada se o agente já fez tudo o que intentava fazer para a realização integral do facto e toma a verificação do mesmo como possível.⁴²

Haverá tentativa inacabada quando o agente, tendo iniciado a execução, ainda não fez o suficiente para considerar o facto como possível.⁴³ Como é que sabemos se a tentativa é acabada ou inacabada? Mais uma vez surgem várias teorias que pretendem dar resposta ao problema: teoria do plano do facto, teoria do ato individualizado e teoria da consideração global ou conjunta. A solução que se deve seguir aqui é da consideração global ou conjunta em que é decisiva a representação do agente no momento do último ato de execução, sem atender ao que o agente possa ter representado no início do cometimento do facto e à maior ou menor autonomia do ato individualizado.⁴⁴

Por fim, quanto à última fase, torna-se indispensável a distinção entre a consumação formal e a consumação material. A consumação formal verifica-se logo que o comportamento doloso preenche a totalidade dos elementos do tipo de ilícito, enquanto que a consumação material dá-se apenas com a realização completa do conteúdo do ilícito em vista do qual foi erigida a incriminação, desde que o agente tenha atuado com o dolo de o realizar.

⁴² ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. p. 191.

⁴³ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. p. 191.

⁴⁴ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. p.191.

É necessário, todavia, deixar a nota de que esta distinção só é possível em alguns tipos de crime: crimes de consumação antecipada (crimes de perigo, crimes de resultado cortado) e crimes de estrutura reiterada (crimes duradouros ou crimes com pluralidade de atos típicos).

3.2. Início da tentativa nos casos de autoria mediata

A questão que se pretende tratar é a seguinte: Não tenho o crime atingido a fase da consumação, a partir de que momento é que se pode considerar iniciada a tentativa do autor mediato? Quanto a este problema não há consenso na doutrina. Surgiram várias teorias ao longo do tempo, sendo as mais relevantes: a solução puramente individual, a solução individual modificada e a solução global ou conjunta. Apesar de estes 3 conjuntos de soluções serem os mais relevantes, alguns autores fazem referência a outras soluções como a teoria da diferenciação (que atende ao facto de o instrumento atuar ou não dolosamente) e a teoria generalizadora (que diz que bastam as regras aplicáveis à tentativa inacabada para determinar o início da tentativa na autoria mediata).⁴⁵

Diz Figueiredo Dias que, relativamente ao autor mediato, é indiscutível que a questão do início da tentativa só pode colocar-se a partir do momento em que ele começa a exercer a sua influência sobre o instrumento.⁴⁶ Estatui, por outro lado, Conceição Valdágua que, diferentemente do que acontece com a instigação, o regime resultante do art.26º do CP não exige para a responsabilidade do autor mediato o início da execução pelo instrumento.

Não se exclui, assim, a possibilidade de o homem de trás ser punido por tentativa a partir de um momento anterior aquele é que o homem da frente começa a praticar atos de execução. Saber se esse momento, anterior à prática de atos de execução pelo instrumento, coincide com o início ou com o fim da atuação 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 de um perigo imediato para o bem jurídico, é uma questão que ainda é muito debatida. É esta a questão que iremos analisar de seguida, ao longo desta dissertação.

⁴⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal-Parte Geral*, 2º edição. p.818.

⁴⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal-Parte Geral*, 2º edição. p.818.

3.2.1. Solução puramente individual

Segundo esta posição, a tentativa, na autoria mediata, começa com o início da influência do autor mediato sobre o instrumento. Esta teoria é conhecida como teoria da incidência ou, na expressão de SCHILLING, como solução individual.⁴⁷ Adquire esta denominação por apenas dar relevância ao comportamento do autor mediato, prescindindo por completo da atuação do instrumento.

Será que esta solução pode ser acolhida para determinar o início da tentativa do autor mediato?

Ora, diz Helena Morão que esta perspectiva, ao prescindir por completo da relevância da atuação do instrumento, acaba por conceber a autoria mediata como uma mera variante fáctica da autoria imediata. Ou seja, determinar o início da tentativa de forma completamente independente do instrumento equivale a tratá-lo como mero fator causal ou mecanismo cego. O grande problema desta teoria é que antecipa em demasia o começo da tentativa.

Desta forma, ela entra em confronto com o princípio da mínima intervenção do direito penal.⁴⁸ Há casos em que ainda não há perigo para o bem jurídico quando o autor mediato começa a exercer a sua influência sobre o instrumento, não estando assim verificadas as exigências de prevenção⁴⁹. Pelo que fixar o começo da tentativa neste momento levaria a um excesso de punição da tentativa.

⁴⁷ Adotam a solução individual autores como Gonzalo Rodríguez Mourullo, Georg Schilling, Elena Farré Trepát, Günther Jakobs, entre outros.

⁴⁸ MORÃO, Helena. *Autoria e Execução Comparticipadas*. p.141

⁴⁹ As finalidades das penas e das medidas de segurança, no nosso sistema sancionatório, segundo o Art.40º/1 (“A aplicação de penas e medidas de segurança visa a proteção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade”) são exclusivamente preventivas.

Por um lado, elege-se a doutrina da prevenção geral positiva ou de integração, segundo a qual a pena é vista como uma forma de reforçar a confiança da comunidade da vigência das suas normas, ou seja, apesar de a violação da norma resultante da prática do crime, demonstra-se com a aplicação da pena que ela se mantém válida e eficaz (integração da norma).

Por outro lado, o Art.40º/1 adere, ainda, à doutrina da prevenção especial positiva ou de socialização, segundo a qual a pena tem como função alcançar a reinserção social do agente do crime (a este propósito fala-se de uma ideia da prevenção da reincidência).

Reforça também Plasencia que este critério não possa ter uma validade geral para todos os casos que se apresentam na autoria mediata, pois a incidência do autor mediato sobre o instrumento, além de que muitas vezes poderá não existir, nem sempre constituirá tentativa de delito, uma vez que, em muitos casos, não existe uma objetivação da vontade criminal que se identifique com atos de execução do tipo penal.⁵⁰

Parece-nos que esta solução não poderá ser adotada de forma nenhuma à luz da nossa lei penal. Estabelece o n.º 2 do artigo 22.º do Código Penal que são atos de execução:” os que preencherem um elemento constitutivo de um tipo de crime; os que forem idóneos a produzir o resultado típico e os que segundo a experiência comum e salvo circunstâncias imprevisíveis, forem de natureza a fazer esperar que se lhes sigam atos das espécies indicadas nas alíneas anteriores”.

Tal como já referimos, o nosso código penal estabelece o critério da dupla conexão (típica e de perigo) como critério distintivo dos atos preparatórios dos atos de execução. Relembramos que segundo este critério serão atos de execução aqueles relativamente aos quais se pode dizer que penetram o âmbito de proteção da norma, desde que haja um perigo iminente para o bem jurídico. Claramente, a solução puramente individual não poderá ser adotada, uma vez que haverá casos em que nunca haverá perigo iminente para o bem jurídico pelo que não se poderá considerar iniciada a tentativa e, consequentemente, não se poderá punir o autor mediato.

3.2.2. Solução individual modificada

Roxin avançou uma variante da solução individual: a solução individual modificada (que é a posição dominante).⁵¹ Para esta solução a tentativa iniciar-se-ia com o final da atuação do autor mediato sobre o instrumento e, assim, com a saída do acontecimento do âmbito do domínio do autor mediato.⁵²

Ou seja, para Roxin, o critério decisivo do início da tentativa é o momento em que o autor mediato deixa de ter o domínio do acontecimento.⁵³ No entanto, este autor não se fica por aqui.

⁵⁰ PLASENCIA, José Ulises Hernández. *La autoría mediata en derecho penal*. p.109.

⁵¹ MORÃO, Helena. *Autoria e Execução Comparticipadas*. p.142.

⁵² DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal-Parte Geral, 2.ª edição*. p.819.

⁵³ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general, tomo II, tradução de Diego Manuel Luzón Peña*. p.521..

Na sua perspectiva não é suficiente, para auferir o início da tentativa do autor mediato, a circunstância de este ter realizado todos os atos que, de acordo com o seu plano, se configuram como necessários para a produção do resultado terá, ainda, de se observar alternativamente: a imediata colocação em perigo do bem jurídico ou o abandono do processo causal lesivo.⁵⁴ Isto é, se o autor mediato, depois de ter praticado todas as ações imprescindíveis para a produção do resultado, mantém, todavia, o domínio do curso dos acontecimentos, a tentativa apenas se inicia no momento em que começa o perigo imediato para o bem jurídico. Mas a execução deve considerar-se iniciada antes desse momento nas situações em que o autor mediato abandona o controlo do curso dos acontecimentos.

Roxin tem como referência um conjunto de casos que refere na sua obra: caso 1- médico A, constituído herdeiro universal de do paciente P e desejando a aquisição imediata da herança, envenena a injeção tranquilizante que ele normalmente administra a P à hora de jantar. Aqui ele dá três variantes: 1^a- Ele deixa a injeção envenenada pela manhã num determinado local no seu consultório, onde ela será adquirida pela enfermeira, ao meio da tarde, que normalmente dá as injeções; 2^a- Ele dá pessoalmente a injeção à inocente S, com o pedido de que ela seja imediatamente injetada a P. S vai atender ao pedido mas cai no vestuário do hospital, rompendo-se a injeção e evitando-se, assim, a sua administração; 3^a- Quando A vai entregar a injeção a S, ela cai no chão por engano e rompe-se, pelo que não se passa mais nada. Apresenta ainda um segundo caso: o administrador A quer privar dos bens que administra o proprietário que representa, V. Muda-se para um estado exótico T e envia um cúmplice, K, indiferente à administração dos bens, para a Alemanha com documentação forjada e a instrução de enviar para T as propriedades de V. No entanto, K é detido na fronteira. Seguindo a solução individual modificada que ele criou, nos casos 1/1^a e 3^a hipóteses há mera preparação, enquanto que nos casos 1/2^a hipótese e no caso 2 já há tentativa.

Para autores como Eduardo Demetrio Crespo a posição de Roxin é a posição dominante porque se traduz numa conceção de compromisso que não adianta em excesso o começo da tentativa, nem o atrasa de modo inadmissível.⁵⁵

⁵⁴ MORÃO, Helena. *Autoria e Execução Comparticipada*. p.142.

⁵⁵ CRESPO, Eduardo Demetrio. *Sobre el comienzo de la tentativa en la autoría mediata*. p.43.

No entanto, há bastantes autores que não são adeptos desta solução e, por isso, dirigem-lhe várias críticas.

Helena Morão refere que esta solução exprime a inconsistência sistemática da teoria do domínio do facto na resolução do problema do início da tentativa do autor mediato, pois se segundo tal teoria é o domínio do facto que fundamenta a autoria mediata, não se compreende como é que poderá a perda desse domínio consubstanciar um critério de execução do autor mediato, uma vez que há aqui uma contradição.

Por outro lado, a relevância da manutenção do controlo do acontecimento parece estar mais relacionada com a figura da desistência do que com a questão da verificação da prática de atos de execução. Ou seja, parece estar mais relacionada com o facto de o autor mediato poder ou não travar a ação do instrumento.

Por fim, a perda do controlo dos acontecimentos não garante, por si só, a objetivação do risco de lesão do bem jurídico decisivo da perspectiva do fundamento da punição da tentativa. Em suma, Helena Morão diz que a fórmula roxiniana põe em causa os princípios constitucionais do facto, da ofensividade e da necessidade da pena.⁵⁶

Da nossa perspectiva esta solução já não é rejeitável de forma tão clara como a solução puramente individual. Nesta solução já não há antecipação excessiva do início da tentativa, o que constitui um facto positivo. Além disso, esta solução já tem conta, em certas situações, a importância da colocação em perigo do bem jurídico o que, na nossa opinião, será sempre um facto indispensável para que se verifique o início da tentativa do autor mediato.

No entanto, temos de concordar com Helena Morão no sentido de que a perda do controlo dos acontecimentos não garante, por si só, a objetivação do risco de lesão do bem jurídico, sendo essa objetivação um pressuposto essencial para que se possa considerar fundada a punição da tentativa (teoria da impressão).

Assim, conclui-se que esta teoria não é aceitável do ponto de vista da lei portuguesa.

⁵⁶ De acordo com o princípio da ofensividade (*nullum crimen sine iniuria*) terá de existir, pelo menos, um perigo de lesão de um bem jurídico para que se deva encontrar legitimada a intervenção do Estado.

3.2.3. Solução global ou conjunta

Esta solução estabelece que a tentativa do autor mediato se inicia apenas quando o instrumento inicia a execução do facto.⁵⁷ Alega-se que esta solução deriva, fundamentalmente, da própria estrutura da autoria mediata, em que se imputa o comportamento do instrumento ao homem de trás. Ou seja, entre a conduta do autor mediato e do instrumento existe uma unidade. Por isso, esta perspetiva defende que a tentativa não pode começar antes de o instrumento realizar a sua atividade que é, posteriormente, imputada ao homem de trás.

Esta solução tem alguns argumentos a seu favor: por um lado, uma vez que o autor mediato se serve de um instrumento humano, compreende-se que fique particularmente próximo o paralelo com as situações de instigação; por outro lado, esta perspetiva admite a relevância da atuação do instrumento humano na aferição da tentativa, na medida em que na autoria mediata o autor mediato executa o facto através do instrumento. No entanto, esta solução deixa muito a desejar podendo ser-lhe direcionadas várias críticas, uma vez que ela falha em diversos aspetos.

Ora, esta solução atrasa excessivamente o começo da tentativa, o que leva a que haja um sacrifício da função preventiva que o direito penal visa cumprir. Existem casos em que a conduta do autor mediato cria logo um perigo iminente para o bem jurídico, não sendo necessário que o instrumento dê início à execução. Não punir o autor mediato nestes casos porque o instrumento ainda não deu início à execução seria injustificável.

Nas palavras de Helena Morão, ao recusar que a tentativa possa começar antes de o instrumento desencadear a sua atividade e ao atribuir somente importância à conduta deste, esta teoria coloca em causa a autonomia normativa da figura participativa da autoria mediata. Já Roxin afirma que esta solução é impossível porque, na maioria dos casos, o homem de trás não sabe, nem pode saber, em que momento é que o instrumento vai iniciar a sua atuação.⁵⁸ Noutro sentido, para Plasencia, esta solução falha nos casos em que o instrumento e a vítima coincidem, como também falha nos demais casos em que o instrumento só deve realizar o ato consumativo do delito, quando não existe influência direta do homem de trás sobre o instrumento.⁵⁹

⁵⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal-Parte Geral*, 2º edição. p.819.

⁵⁸ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general, tomo II, tradução de Diego Manuel Luzón Peña*. p.522-523.

⁵⁹ PLASENCIA, José Ulises Hernández. *La autoría mediata en derecho penal*.p.115.

Entendemos que esta solução não pode ser adotada tendo em conta a lei penal vigente.

Não existem dúvidas que quando o instrumento inicia a execução do facto há tentativa do autor mediato. No entanto, não nos parece razoável que apenas se possa considerar iniciada a tentativa do autor mediato nesse momento.

Esta solução atrasa excessivamente o início da tentativa do autor mediato, colocando assim em causa as exigências de prevenção que o Código Penal consagra no nº1 do seu artigo 40º. Diz este artigo que a aplicação de penas e de medidas de segurança visa a proteção de bens jurídicos (prevenção geral positiva) e havendo casos em que a própria conduta do autor mediato constitui um perigo iminente para o bem jurídico sem ser necessário que o instrumento dê início á execução do facto, ao adotarmos a solução conjunta não iríamos estar a proteger os bens jurídicos que são colocados em perigo com a própria atuação do autor mediato, frustrando-se, assim, a finalidade de prevenção geral positiva que é imposta pelo Código Penal Português.

3.2.4. Outras soluções apresentadas por alguns autores

Além das três soluções apresentadas acima, existem outras que foram sendo desenvolvidas por diversos autores.

Uma outra solução que também aparece em bastantes manuais é a teoria da boa ou má fé do instrumento.⁶⁰ Esta teoria faz depender o começo da execução da boa ou má fé do instrumento: se instrumento atua de boa fé a tentativa inicia-se com o final do exercício de influência do autor mediato e se instrumento atua de má-fé a tentativa inicia-se quando o instrumento pratique, pelo menos, um ato de execução do facto. Esta orientação parece pretender relacionar o conhecimento e a vontade de cometer o facto do instrumento com uma maior margem de decisão ou autonomia deste para configurar a execução concreta.

Ora, esta posição não é de acolher uma vez que, nas palavras de Helena Morão não se afigura claro que a existência de dolo conduza a um maior controlo da realização do tipo por parte do instrumento.

⁶⁰ É referida nos manuais de Claus Roxin, Helena Morão e de Hernández Plasencia.

Helena Morão, após fazer uma análise das soluções já referidas, conclui que não se deve adotar nem a solução individual nem a solução conjunta.⁶¹ Para esta autora, para resolver a questão do início da tentativa do autor mediato, deve adotar-se uma posição intermédia. Na sua obra faz referência a algumas posições intermédias na qual destacamos a posição de Hernández Plasencia.

Para este autor, com razão, o começo da tentativa não pode determinar-se atendendo, unicamente, à atividade do autor mediato.

Ou seja, segundo o seu ponto de vista, a tentativa inicia-se, em geral, com a atuação do instrumento e não com a do autor mediato.⁶² Mas, nos casos em que o homem de trás não exerce nenhuma influência ou incidência direta sobre o instrumento, pode considerar-se iniciada a tentativa quando o autor mediato realiza a sua última atividade. Isto não porque a sua conduta seja mais ou menos perigosa para o bem jurídico ou porque o controlo do facto tenha passado para o instrumento, mas sim porque a ação do autor mediato se enquadra diretamente dentro do tipo penal, isto é, realiza diretamente atos de execução do tipo penal.⁶³

Helena Morão considera que é dificilmente aceitável que Plasencia entenda que a sua proposta coincide, nos resultados, com a solução diferenciadora de Roxin, embora com outra justificação uma vez que, na tese roxiniana, a execução na autoria mediata nunca se inicia com a conduta do instrumento, mas quando, após a incidência do autor mediato, se observa um perigo imediato para o bem jurídico ou o abandono do controlo do curso dos acontecimentos.⁶⁴

Ora a posição de Roxin não corresponde a um critério combinado, mas sim a uma variante da solução individual.

Assim, Helena Morão rejeita a posição de Plasencia e procura construir a sua própria solução. Não nos parece também que a posição adotada por Plasencia seja de acolher, uma vez que, no nosso entendimento, o critério fundamental para determinar o início da tentativa nos casos de autoria mediata terá de passar pelo risco de lesão do bem jurídico (perigo iminente para o bem jurídico).

⁶¹ MORÃO, Helena. *Autoria e Execução Comparticipadas*. p.147.

⁶² MORÃO, Helena. *Autoria e Execução Comparticipadas*, p.149.

⁶³ MORÃO, Helena. *Autoria e Execução Comparticipadas*, p.149.

⁶⁴ MORÃO, Helena. *Autoria e Execução Comparticipadas*, p.149.

Diz esta autora que “o conceito de execução é expressão do papel limitado e impositivo dos princípios constitucionais do facto, da ofensividade e da necessidade da pena e, assim, de uma ponderação constitucional entre os direitos à liberdade e à segurança”.⁶⁵

Assim, o fundamento da punição da tentativa não se identifica com a criação de um perigo concreto para o bem jurídico. E não coincide tão-pouco com a lógica do perigo abstrato, pois a ideia de perigo na tentativa não surge como simples motivo da incriminação de um comportamento cuja perigosidade genérica se presume, como pode suceder no domínio da punibilidade excecional dos atos preparatórios.⁶⁶

Mais do que um comportamento externo perigoso que se verifica logo no atos preparatórios (só excecionalmente puníveis), a tentativa reclama uma verdadeira execução que exprima a afetação intolerável de direitos e bens jurídicos, no quadro dos limites de validade que se impõe no sistema penal à conformação do conceito de tentativa.⁶⁷ A delimitação dos atos de execução relaciona-se com a interferência na esfera jurídica dos outros sujeitos que produza um desequilíbrio na proteção de bens essenciais da liberdade, com a diminuição das condições concretas de liberdade ou segurança do titular do bem jurídico.

Ou seja, o conceito de perigo na tentativa refere-se e caracteriza a ação, de um ponto de vista *ex ante*, e não um efeito dessa ação que dela se destaque espácio-temporalmente, não se manifestando abstratamente, mas concretizado num objeto de ataque em face do qual a conduta se apresenta como concretamente perigosa. A al. c) do n.º 2 do art. 22.º do CP apenas se poderá ter por preenchida no momento em que se registre uma perigosidade direta da ação, de uma perspectiva *ex ante*, no sentido de que, ponderado o plano do agente em conjugação com a experiência comum, se configura uma situação de ameaça para a segurança do bem jurídico tutelado pela norma do crime consumado em que a concretização da ofensa surge como inevitável, exceto por ocorrência de um fator imprevisível ou da desistência do próprio agente.⁶⁸

⁶⁵ Cf. MORÃO, Helena. *Autoria e Execução Comparticipadas*. p.149.

⁶⁶ MORÃO, Helena. *Autoria e Execução Comparticipadas*. p.150.

⁶⁷ MORÃO, Helena. *Autoria e Execução Comparticipadas*. p.150.

⁶⁸ MORÃO, Helena. *Autoria e Execução Comparticipadas*. p.151.

Segundo esta penalista, o modelo de solução da questão do início da tentativa na autoria mediata deve exprimir a autonomia desta figura participativa nos sistemas duais, reconhecendo que a autoria mediata não consubstancia nem uma mera variante fáctica da autoria imediata mas um problema distinto de imputação jurídico penal do facto em que o instrumento não se revela um simples fator causal ou mecanismo cego, nem uma forma de participação acessória, mas uma modalidade específica de ataque ao bem jurídico que o pode colocar diretamente em perigo.⁶⁹

A autonomia traduz-se numa modificação do comportamento típico, operada pela segunda proposição do art.26º do CP de acordo com a qual o desvalor específico da ação do autor mediato assume uma dimensão complexa formada pelo exercício de influência sobre o instrumento e, por força de um mecanismo de imputação jurídico-penal do facto fundado nessa incidência, pela execução de mão própria do comportamento objetivamente típico pelo instrumento.

Assim, se é a influência, direta ou indireta, sobre o executor material o fator que o converte em instrumento de comissão do crime e integra, desta forma, o desvalor específico da ação do autor mediato, não é de afastar que a execução possa começar neste momento. Por outro lado, o autor mediato executa o facto por intermédio do instrumento, pelo que não é igualmente de recusar que a tentativa se inicie com a execução deste, que também é parte integrante da estrutura complexa do comportamento típico do autor mediato.

Então, a tentativa pode começar quer no momento da incidência direta ou indireta sobre o instrumento, quer na altura do início da execução por parte do instrumento. Portanto, a tentativa inicia-se por ato do autor mediato ou por ato do instrumento, consoante o que venha a preencher, de forma relevante, o preceito da al. c) do nº2 do art.22º do CP, de acordo com os princípios constitucionais do facto, da ofensividade e da necessidade da pena. O relevante é qual das atuações (a do autor mediato ou a do instrumento) é que objetiva o risco de lesão do bem jurídico relevante do ponto de vista do fundamento da punição da tentativa e que distingue dos meros atos preparatórios.

⁶⁹ MORÃO, Helena. *Autoria e Execução Comparticipadas*. p.151.

Em suma, a posição de Helena Morão divide-se em duas situações: nos casos em que, segundo a planificação da execução, o instrumento não tem de praticar todas as ações de execução do facto mas apenas o ato consumativo, a tentativa tem início no momento da incidência, direta ou indireta, do autor mediato sobre o instrumento (pois, nestes casos, é o autor mediato quem realiza pessoalmente uma ação de execução, devendo ser punido por tentativa por ter começado, ele próprio, a execução mesmo que o instrumento não lhe venha a dar seguimento); já nos casos em que a estruturação da execução deixa a comissão de todos os atos de execução ao instrumento, a tentativa só se inicia com a atuação do instrumento.⁷⁰

Tudo dependerá, portanto, da estruturação e planificação concretas da execução pelo autor mediato.

Para Vives Anton a tentativa começa quando se desenrolar, por parte do autor mediato, uma atuação sobre o instrumento. Já para Santiago Mir Puig, a tentativa começa sempre que o autor mediato põe em marcha o processo que incide ou há-de incidir definitivamente sobre o instrumento.⁷¹

É importante referir que Frederico Lacerda da Costa Pinto diz que é possível detetar afinidades estruturais entre as situações de autoria imediata e mediata previstas, respetivamente, nas duas primeiras proposições do artigo 26º do CP.

Em ambos os casos, existe uma execução, entendida nos termos do artigo 22º do CP.

Nas situações de autoria imediata esses atos são praticados por um agente que detém exclusivamente, quer o domínio positivo, quer negativo dessa execução, em termos de depender apenas da sua vontade avançar ou não na agressão típica ao bem jurídico. Já nos casos de autoria mediata o facto é executado por intermédio de outrem, mas, embora materialmente os atos de execução sejam praticados por um agente, eles são imputados a outro, considerado autor, por essa progressão lesiva estar exclusivamente determinada pela vontade de um dos intervenientes que, de forma absoluta, se sobrepõe à vontade do executor material, dessa forma controlando a agressão dos valores tutelados pelo sistema penal.⁷²

⁷⁰ MORÃO, Helena. *Autoria e Execução Comparticipadas*. p.153.

⁷¹ PUIG, Santiago Mir. *Derecho Penal: Parte General*. p.396.

⁷² PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. *A relevância da desistência em situações de participação*. p.275.

Diz este autor que a afinidade entre estas duas formas de autoria reside no facto de o agente considerado autor deter, simultaneamente, o domínio positivo e negativo de todo o facto típico, estendendo-se o domínio negativo quer à tentativa, quer à consumação. Por outro lado, o domínio positivo da agressão do bem jurídico pertence de forma exclusiva aos autores imediato e mediato, já que a evolução da execução não está positivamente condicionada por qualquer outra vontade livre senão a sua, e a qualquer momento da execução se poderá afirmar sobre a do agente material.

Assim conclui, que a desistência do autor imediato e mediato devem ser incluídas no artigo 24º (desistência) e não no artigo 25º (desistência em caso de comparticipação), ambos do Código Penal. Pode questionar-se se é ou não razoável uma tal solução quanto ao autor mediato. Mas diz Frederico Lacerda Pinto que, exercendo ele um domínio positivo e exclusivo sobre a tentativa e a consumação do crime, podendo suspendê-lo por sua manifestação de vontade comunicada ao executor material, pode-se-lhe associar o correlativo risco de insucesso de tal esforço.⁷³ Ou seja, a todo o momento é possível ao autor mediato fazer cessar a coação ou o erro que são a base de imputação do facto à sua pessoa.

É óbvio que o autor mediato pode não o conseguir fazer a tempo, mas suportará o risco de ter desencadeado de forma dominante uma tal agressão que não dominou, tal como acontece com o autor imediato após a tentativa acabada. E se não conseguir desfazer o erro em que induziu o instrumento, isso será também um risco que lhe é imputável porque intrínseco à persuasão perigosamente dirigida que foi criada. Só nos casos em que se possa detetar uma vontade autónoma e esclarecida no instrumento, cessará a situação de autoria mediata e estaremos perante um caso de excesso ou desvio no processo. Conclui, então, este autor que à autoria mediata deve ser aplicado o regime do artigo 24º do CP, apesar de ela constituir uma situação de comparticipação. No entanto, não nos cabe aqui tratar da problemática da desistência.

Não podemos de deixar de fazer referência ao que é dito por Figueiredo Dias na sua obra. Diz este autor que se a autoria mediata é, nos termos do art.26º do CP, a execução do facto por intermédio de outrem, o ponto de partida para a resolução do problema parece dever residir na afirmação de FRANK (que a doutrina alemã pretende classificar dentro da solução global): a tentativa não pode ter início antes do início da

⁷³ PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. *A relevância da desistência em situações de comparticipação*. p.276.

atuação do homem da frente.⁷⁴ O que daqui resulta é que, segundo a normalidade do desenvolvimento das hipóteses de autoria mediata, o princípio de Frank é válido para a generalidade dos casos. Mas não se deve excluir que, em casos excepcionais devidamente comprovados, a atuação do autor mediato possa compreender já a prática de atos de execução. Isto sucederá, no entender de Figueiredo Dias do disposto na al.c) do nº2 do art.22º do CP, quando no fim da atuação do autor mediato existir já uma conexão de perigo típica para o bem ameaçado.

Por outro lado, diz Paulo Pinto de Albuquerque que o início da tentativa não se verifica quando o autor mediato inicia a ação de instrumentalização do autor imediato, nem quando ele conclui essa ação de instrumentalização, ou seja, rejeita, assim, a solução individual e individual modificada (facto com o qual concordamos tendo já nos manifestado nesse sentido neste texto). Afirma que esse início da tentativa só se verifica quando o autor imediato começa a praticar atos de execução do crime para o qual foi instrumentalizado (solução global), salvo se a própria conduta do autor mediato constituir, ela própria, um ato de execução.⁷⁵ Quando se verificar a tal conexão de perigo típica para o bem jurídico ameaçado deve considerar-se iniciada a tentativa do autor mediato. Ou seja, parece que Paulo Pinto de Albuquerque tem o mesmo entendimento que Figueiredo Dias quanto ao momento em que se pode considerar iniciada a tentativa do autor mediato.

O Dr. Figueiredo Dias expõe alguns exemplos práticos no seu livro que passo a referir: Caso 1-Se o médico A deixa, como de costume, logo pela manhã, preparada a injeção que a enfermeira B deve dar, pela noite, ao paciente C, tendo (sem a enfermeira o saber) enchido a seringa com veneno, abandonando logo o hospital, mas vindo a maquinação a ser descoberta e a seringa inutilizada no princípio da tarde; Caso 2-A entrega, no consultório, a seringa envenenada a B para que esta se dirija à enfermaria e ministre a injeção a C, mas B escorrega nas escadas e a seringa quebra-se; Caso 3- A, à beira da cama de C, passa para as mãos de B a seringa envenenada para que esta seja logo ministrada, mas a seringa cai no chão e quebra-se; Caso 4-D prepara um whisky envenenado que deixa sobre a mesa e vai depois jantar fora e ao cinema, esperando que o marido E se depare com o whisky e, como é habitual, o beba antes de jantar.

⁷⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal-Parte Geral*, 2ª edição. p.820.

⁷⁵ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. p.187.

Mas quando E se senta à mesa disposto a tomar a bebida, o copo quebra-se com uma rajada de vento que entrou pela janela que estava aberta.

Expomos aqui estes casos por considerarmos que é mais fácil fazer uma análise do problema recorrendo as situações práticas.

No caso 1 parece-nos que o risco de lesão do bem jurídico ainda está muito longe, pelo que não se verifica uma conexão típica de perigo exigida pelo artigo 22º do Código Penal.

Já no caso 2 temos algumas dúvidas, pois será que o facto de a enfermeira já ter a seringa consigo com o intuito de se dirigir onde está C não coloca o bem jurídico (vida de C) em risco? Achamos que esta situação já não é tão clara como a apresentada no caso 1, mas aceitamos que se considere que neste caso ainda não se verifica o perigo iminente para o bem jurídico como conclui Figueiredo Dias.

Quanto ao terceiro caso já estamos numa situação em que não parece haver dúvidas quanto ao facto de que o bem jurídico que se pretende proteger se encontra em perigo, ou seja, em risco de ser lesado, uma vez que B se encontra muito próxima de C podendo, com facilidade, administrar-lhe a injeção envenenada, só não fazendo porque nesse momento a seringa cai e quebra-se. Por fim, relativamente ao quarto caso parece-nos que há um perigo iminente para o bem jurídico uma vez que E ingere habitualmente o whisky antes de jantar. Em suma, decorre da análise destes casos que nos primeiros dois não se verifica a conexão típica de perigo, mas nos restantes casos já se verifica a conexão típica de perigo, tal como conclui Figueiredo Dias.

Conceição Valdágua tem um outro entendimento sobre este problema que temos vindo a tratar ao longo desta dissertação. Esta autora entende que a segunda proposição do art.26º do CP, por si só, não torna inviável a defesa, em face do nosso direito, da chamada solução individual nem da solução global para a determinação do início da tentativa do autor mediato. Mas, no seu entender, esta é uma questão que não pode ser decidida a partir apenas da interpretação do art.26º.

A solução terá que passar pela conjugação do disposto no art.26º com o previsto no art.22º para a tentativa.

Na sua interpretação, sempre se dirá que não poderá falar-se de um início de tentativa enquanto não for realizado algum ato que possa considerar-se abrangido, pelo menos, na alínea c) do nº2 do art.22 do CP. Mas pode também a execução do crime ser iniciada pelo autor mediato e continuada pelo instrumento, o que acontecerá, nos termos da alínea c) do nº2 do art.22º, sempre que aquele pratique algum ato que, segundo a experiência comum e salvo circunstâncias imprevisíveis, seja de natureza a fazer esperar que se lhe siga imediatamente algum ato do executor enquadrável nas alíneas a) e/ou b) do nº2 do art.22º do CP.⁷⁶

Ora, isto tanto pode acontecer, no caso concreto, logo com a atuação do autor mediato sobre o executor, como pode acontecer quando o autor mediato larga das mãos o acontecimento ou cria perigo imediato para o bem jurídico.⁷⁷

Em suma, para Conceição Valdágua o ponto de partida para determinar o início da tentativa do autor mediato é o primeiro ato de execução praticado que, no caso concreto, tanto pode ser realizado pelo autor mediato como pelo instrumento.

⁷⁶ VALDÁGUA, Maria da Conceição. *Figura Central, Aliciamento e Autoria Mediata, Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*. p.934.

⁷⁷ VALDÁGUA, Maria da Conceição. *Figura Central, Aliciamento e Autoria Mediata, Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*. p.934.

4. Conclusão

É possível vislumbrar que o tema discutido ao longo deste trabalho é bastante complexo, não havendo, por essa razão, um consenso na doutrina. Para podermos determinar quando é que se inicia a tentativa do autor mediato é necessário atender aos artigos 22º (relativo à tentativa) e 26º (relativo à autoria) do CP.

Tal como já foi referido, o art.26º do CP prevê, na sua segunda proposição, a figura da autoria mediata em que o autor executa o facto por intermédio de outrem. O problema que se coloca e que foi discutido ao longo desta dissertação é o que acontece naquelas situações em que o crime não chega a atingir a fase da consumação, ficando-se pela tentativa? Deve a pessoa que tentou executar o facto através de outrem ser punida sempre que começa a exercer a sua influência sobre o instrumento? Deverá ser apenas punido quando o instrumento pratica algum ato de execução? Ou será a solução correta adotar uma posição diferente destas duas situações?

Pensamos que não haverá dúvidas que quando o instrumento dá início à execução do facto, embora não atinja a fase da consumação, considera-se iniciada a tentativa do autor mediato. O problema residirá mais no facto de se poder, ou não, considerar iniciada a tentativa em momento anterior. É claro que, tal como afirma Figueiredo Dias, é indiscutível que a questão do início da tentativa do autor mediato só se pode colocar a partir do momento em que ele começa a exercer a sua influência sobre o instrumento. Mas a partir do momento em que ele começa a exercer essa influência surgem as mais diversas soluções para responder à questão.

Estabelece a solução individual que a tentativa do autor mediato terá início quando este comece a exercer a sua influência sobre o instrumento. Não nos parece que esta solução seja de acolher por vários motivos: em 1º lugar, esta perspectiva apenas dá relevância à atuação do autor mediato, prescindindo por completo da atuação do instrumento. Ora, sendo a definição de autoria mediata “*autor executa o facto através de outrem*”, não nos parece que se possa ignorar o papel do instrumento na execução do facto. Diz Helena Morão que determinar o início da tentativa de forma completamente independente do instrumento, equivale a trata-lo como um mero fator causal ou mecanismo cego, acabando por conceber a autoria mediata como uma mera variante

fáctica da autoria imediata;⁷⁸ Em 2º lugar, esta teoria antecipa, em demasia, o começo da tentativa. Punir a tentativa a partir do momento em que o autor mediato começa a exercer a sua influência sobre o instrumento levaria a uma violação do princípio da mínima intervenção do direito penal, pois, há casos em que ainda não há perigo para o bem jurídico quando o autor mediato começa a exercer a sua influência sobre o instrumento, pelo que não estarão verificadas as exigências de prevenção, incorrendo-se, assim, num excesso de punição da tentativa uma vez que, por força do nº1 do artigo 40º, não se verifica a exigência de aplicação de uma pena.⁷⁹

Roxin apresentou, nas palavras de Helena Morão, uma variante da solução individual: a solução individual modificada (que é a posição dominante na doutrina).⁸⁰ Segundo esta solução a tentativa do autor mediato iniciar-se-ia com o final da atuação do autor mediato e, assim, com a saída do acontecimento do âmbito do domínio do autor mediato. Para Roxin se o autor mediato, depois de ter praticado todas as ações imprescindíveis para a produção do resultado, mantém o domínio do curso dos acontecimentos, a tentativa apenas se inicia no momento em que começa o perigo imediato para o bem jurídico. Mas, nas situações em que o autor mediato abandona o controlo do curso dos acontecimentos, a execução deve considerar-se iniciada assim que ele o perde. Tem de se reconhecer que Roxin é um grande penalista, mas não nos parece que esta solução seja também de acolher. Ora, tal como já referimos, o facto de o autor mediato perder o controlo do curso dos acontecimentos não significa que haja um risco iminente para o bem jurídico, sendo esse risco um pressuposto essencial para que se possa considerar iniciada a tentativa. Haverá casos em que o autor mediato perde o domínio do curso dos acontecimentos e, ainda assim, não há perigo imediato para o bem jurídico. Por isso, não se poderá adotar esta solução como um critério geral para determinar o início da tentativa nos casos de autoria mediata.

Outra solução que também surgiu foi a solução global ou conjunta, segundo a qual a tentativa do autor mediato se inicia, apenas, quando o instrumento inicia a execução do facto.

⁷⁸ MORÃO, Helena. *Autoria e Execução Comparticipadas*. p.141.

⁷⁹ MORÃO, Helena. *Autoria e Execução Comparticipadas*. p.141.

⁸⁰ MORÃO, Helena. *Autoria e Execução Comparticipadas*. p.142.

Tem de se reconhecer mérito a esta solução por dar relevância à atuação do instrumento. No entanto, esta solução atrasa, excessivamente, o começo da tentativa. Isto leva a que haja um sacrifício da função preventiva que o direito penal visa cumprir (artigo 40º/1 do CP). Ora, existem casos em que a conduta do autor mediato cria logo um perigo iminente para o bem jurídico e não punir o autor mediato nestes casos, só pelo facto de o instrumento ainda não ter dado início à execução do facto, seria injustificável. É claro que é importante dar relevância à conduta do instrumento, mas não se deve atender apenas à conduta deste.

Estas três soluções que acabámos de referir são as três soluções com mais relevância, havendo muitas outras. Helena Morão, rejeitando estas teorias, entende que o relevante é qual das atuações, a do autor mediato ou a do instrumento, é que objetiva o risco de lesão do bem jurídico relevante do ponto de vista do fundamento da punição da tentativa.⁸¹

Assim, segundo a sua posição: nos casos em que, segundo a planificação da execução, o instrumento não tem de praticar todas as ações de execução do facto, mas apenas o ato consumativo, a tentativa tem início no momento da incidência do autor mediato sobre o instrumento e nos casos em que a estruturação da execução deixa a comissão de todos os atos de execução ao instrumento, a tentativa só se inicia com a atuação do instrumento. Em suma, tudo dependerá da estruturação e planificação concretas da execução pelo autor mediato. Neste aspeto diverge de Figueiredo Dias e de Conceição Valdágua, pois considera que o início da tentativa dependerá da estruturação e planificação concretas da execução pelo autor mediato e não de uma lógica de regra-exceção, em que a regra seria constituída pelo início de execução do instrumento e a exceção pelo exercício de influência do autor mediato como defendem estes autores. Por outro lado, esta autora admite a instrumentalização negligente mesmo que o homem de trás não tenha consciência de que está a instrumentalizar o executor material e a executar um facto imprudente através de outrem, contradizendo-se a si mesma no sentido em que considera também que se verificam no homem de trás os elementos típicos objetivos e subjetivos do crime e que o dolo do homem de trás abarca o comportamento do homem da frente, mas não necessariamente todos os pormenores da execução deste.

⁸¹ MORÃO, Helena. *Autoria e Execução Comparticipadas*. p.153.

É importante referir que também Conceição Valdágua tem uma posição relativamente a esta questão. Para esta autora deve conjugar-se o art.26º e o art.22º do CP para se chegar a uma solução aceitável.

Na sua perspetiva, o ponto de partida para determinar o início da tentativa do autor mediato é o primeiro ato de execução praticado que, no caso concreto, tanto pode ser realizado pelo autor mediato como pelo instrumento. Ou seja, para Conceição Valdágua a tentativa iniciar-se-á quando for praticado o primeiro ato de execução, quer seja praticado pelo autor mediato, quer seja praticado pelo instrumento.⁸²

Por fim, é importante analisarmos o pensamento, quanto a esta questão, de Figueiredo Dias. Segundo este autor, quando se verificar a conexão de perigo típica para o bem jurídico ameaçado deve considerar-se iniciada a tentativa do autor mediato.⁸³ A situação terá de ser analisada caso a caso, podendo a atuação do autor mediato compreender já a prática de atos de execução (tendo em conta o art.22º/2/c) do CP), devendo considerar-se iniciada a tentativa se, nesse momento, já existir uma conexão de perigo típica para o bem jurídico.

Tendo em conta todas as soluções que aqui foram referidas e o estudo que fizemos das mesmas conjuntamente com a lei penal portuguesa, concluímos que a solução que se afigura mais aceitável, embora respeitando os pensamentos de todos os autores referidos, é a solução apresentada por Figueiredo Dias.

Parece-nos claro que, em alguns casos devidamente comprovados, a própria conduta do autor mediato já comporta um perigo iminente para o bem jurídico, ou seja, a sua conduta já compreende a prática de atos de execução, não sendo necessário que o instrumento dê início à execução. Podemos concluir que não vale para a autoria mediata o mesmo que vale para a figura da instigação, uma vez que o próprio artigo 26º do Código Penal exige para a instigação o início da execução por parte do instigado, não prevendo o mesmo critério para as situações de autoria mediata (há silencia da lei). Por outro lado, o artigo 22º do Código Penal prevê o critério de dupla conexão (ou seja, uma conexão típica e uma conexão de perigo) para averiguar quando estamos perante atos de execução.

⁸² VALDÁGUA, Maria da Conceição. *Figura Central, Aliciamento e Autoria Mediata, Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*. p.934.

⁸³ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal-Parte Geral, 2º edição*. p.821.

Neste sentido, estaremos perante um ato de execução quando pudermos dizer que esse ato penetra o âmbito de proteção da norma e, simultaneamente, comporta um risco iminente para o bem jurídico.

Assim, usando o art.22º/2/c) do CP como fundamento, considerar-se-á iniciada a tentativa a tentativa do autor mediato quando, no fim da atuação do autor mediato, já existir uma conexão de perigo típica para o bem jurídico (em casos devidamente comprovados).⁸⁴

⁸⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal-Parte Geral*, 2º edição. p.821.

5. Bibliografia

- BARDÓN, Carolina Bolea. *La autoría mediata en algunos supuestos de error*. In Revista de Derecho Penal y Criminología.
- BELEZA, Teresa Pizarro. *Ilicitamente participando: o âmbito de aplicação do artigo 28º do Código Penal*”.
- BRANDÃO, Nuno. *Pacto para matar: autoria e início da execução*. In Revista Portuguesa de Ciência Criminal, 4/2008.
- BRITO, Teresa Quintela de. *A tentativa nos crimes comissivos por omissão*. Coimbra Editora, 2000.
- CARVALHO, Américo Taipa de. *Direito Penal: parte geral: questões fundamentais, teoria geral do crime*, Coimbra Editora, 2014.
- CONDE, Francisco Muñoz. *La autoría mediata por dominio de un aparato de poder como instrumento para la elaboración jurídica del pasado*, In Revista Brasileira de Ciências Criminais, 2013.
- CORREIA, Eduardo. *Ciências Criminais: sumários das lições proferidas ao curso complementar de ciências jurídicas da Faculdade de Direito*, Coimbra, 1976.
- CORREIA, Eduardo. *Código penal: projeto da parte geral*, Lisboa: Empresa Nacional de Publicidade, 1963.
- CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal*, com a colaboração de Figueiredo Dias, Almedina, 2014.
- COSTA, António Manuel de Almeida. *Ilicito pessoal, imputação objetiva e participação em direito penal*, Almedina, 2014.
- COSTA, José de Faria. *A análise das formas (ou a análise das “formas do crime”: em especial a tentativa)*, In Revista de Legislação e de Jurisprudência, 2010.
- COSTA, José de Faria. *Noções fundamentais de Direito Penal*, Coimbra Editora.
- COSTA, José de Faria. *Tentativa e dolo eventual*, In Boletim da Faculdade de Direito, Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia, 1984.
- COSTA, José de Faria. *Tentativa e dolo eventual: ou da relevância da negação em direito penal*, Coimbra, 1987.
- CRESPO, Eduardo Demetrio. *Sobre el comienzo de la tentativa en la autoría mediata*.

DIAS, Jorge de Figueiredo e SOUSA, Susana Aires de. *Autoria mediata do crime de condução ilegal de veículo automóvel*, In Revista de Legislação e de Jurisprudência, 2006.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Autoría y participación en el dominio de la criminalidad organizada: el “domínio de la organización”* In Delicuencia organizada : aspectos penales, procesales y criminológicos, 1999.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal-Parte Geral-Tomo I (Questões fundamentais. A doutrina geral do crime)*, Coimbra Editora, 2007(2ª edição).

DIAS, Jorge de Figueiredo. *La instigación como autoría: un requiem por la participación como categoría de la dogmática jurídico-penal portuguesa*, In Homage al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro. *Lições de Direito Penal, Parte geral, a lei penal e a teoria do crime no Código Penal de 1982*, Lisboa : Edições Almedina, 2010.

GODINHO, Inês Fernandes. *Casting em Direito Penal: ou um percurso pela autoria*, In Revista do Instituto Superior de Ciências policiais e segurança interna.

GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. *Código Penal português: anotado e comentado: legislação complementar*, Almedina, 2007.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*.

JESCHECK, Hans-Heinrich e WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal: parte general* (Tradução de Miguel Olmedo Cardeneta).

MORÃO, Helena. *Autoria e Execução Comparticipadas*. Coimbra Editora.

MORÃO, Helena. *Da instigação em cadeia: contributo para a dogmática das formas de participação na instigação*. Coimbra Editora, 2006.

MOURULLO, Gonzalo Rodríguez. *El autor mediato en Derecho Penal Español*.

PALMA, Maria Fernanda. *Casos e materiais de Direito Penal*, Almedina, 2009.

PALMA, Maria Fernanda. *Da “Tentativa Possível” em Direito Penal*. Almedina, 2006.

PEREIRA, Victor de Sá e LAFAYETTE, Alexandre. *Código penal: anotado e comentado: legislação conexa e complementar*, Lisboa, 2008.

PLASENCIA, José Ulises Hernández. *La autoría mediata en derecho penal*.

PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. *A relevância da desistência em situações de participação*. Almedina, 1992.

PUIG, Santiago Mir. *Derecho Penal: Parte General*. 2016.

RAPOSO, João António. *A punibilidade nas situações de “instigação em cadeia”*, 2001.

ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general* (Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña).

ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de Direito Penal* (Tradução de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz, Ana Isabel de Figueiredo e Maria Fernanda Palma). 1986.

SERRA, Teresa. *A autoria mediata através do domínio de um aparelho organizado de poder*, In Revista Portuguesa de Ciência Criminal, 1995.

SILVA, Germano Marques da Silva. *Direito penal português: teoria do crime*. Universidade Católica Editora, 2015.

SOUSA, Susana Aires de. *A autoria nos crimes específicos: algumas considerações sobre o artigo 28º do Código Penal*, In Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Coimbra Editora, 2005.

SOUSA, Susana Aires de. *A responsabilidade criminal do dirigente: algumas considerações acerca da autoria e participação no contexto empresarial*, Coimbra Editora, 2009.

SOUSA, Susana Aires de. “Contratado” para matar: o início da tentativa em situações de aliciamento (Comentário ao Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 10 de Fevereiro de 2016). In Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 27 Nº1.

STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal: parte general* (Tradução de Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti).

VALDÁGUA, Maria da Conceição. *Autoria mediata em virtude do domínio da organização ou autoria mediata em virtude da subordinação voluntária do executor à decisão do agente mediato?, Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*.

VALDÁGUA, Maria da Conceição. *A responsabilidade do agente mediato no âmbito da criminalidade organizada*, In *Direito e Cidadania*.

VALDÁGUA, Maria da Conceição. *Figura central, aliciamento e autoria mediata, Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*.

VALDÁGUA, Maria da Conceição. *Início da tentativa do coautor: contributo para a teoria da imputação do facto na coautoria*, Lisboa, 1993.

VARELA, João Athayde. *Os limites de punibilidade em sede de autoria: análise crítica à luz do princípio da legalidade criminal do artigo 26º do Código Penal, em si mesmo e na sua aplicação pelos tribunais superiores*, Coimbra Editora, 2015.

6. Jurisprudência

- Acórdão de fixação de Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça de 18/06/2009, processo nº 09P0305, relator Pires da Graça.
- Acórdão do STJ de 16/10/2008, processo nº 3867/07, relator António Bernardo Colaço.
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 10/02/2016, processo 1898/09.2JAPRT.P1.