



FACULDADE DE DIREITO  
UNIVERSIDADE DE  
**COIMBRA**



Andrea Amorim Gomes

**O CONCEITO DE INSTIGAÇÃO NO  
ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS:  
ANÁLISE PROBLEMÁTICA**

**THE INSTIGATION CONCEPT IN PORTUGUESE  
LEGAL ORDINANCE:  
PROBLEMATIC ANALYSIS**

*Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da  
Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de  
Estudos em Direito (conducente ao grau de  
Mestre), na área de especialização em Ciências  
Jurídico Forenses.*

**Orientadora:** Doutora Susana Maria Aires de Sousa

Julho, 2019

## **Agradecimentos**

O meu primeiro agradecimento é para os meus Pais, aqueles que tornaram este sonho possível, e aos quais estarei eternamente grata. Ao meu irmão Lucas, pela paciência, e acima de tudo, por acreditar em mim. Um obrigada, a toda a minha família.

Outro será para a Beatriz, a companheira de todas as horas, que Coimbra me ofereceu, a qual estarei eternamente grata, por tudo. A ti Jéssica, por me acompanhares sempre. Para todos os meus amigos, um especial obrigada.

Um sincero agradecimento, à minha orientadora, a Prof<sup>ª</sup>. Doutora Susana Aires de Sousa, pela sua orientação, disponibilidade, pelo saber que transmitiu, e total colaboração no solucionar de dúvidas e problemas que foram surgindo ao longo da realização deste trabalho.

## **Resumo**

Esta dissertação tem como objetivo analisar profundamente a evolução do conceito de instigação no ordenamento jurídico português, bem como, a razão de ser de a lei portuguesa determinar a instigação tida como autoria. Pretendemos analisar nas linhas que se seguem, os traços fundamentais da instigação na ordem jurídica portuguesa, que se designa como uma das modalidades de comparticipação prevista na quarta alternativa, artigo 26.º do CP. Além disso, a importância de a mesma ter expressa consagração legal no artigo 26.º do CP, que se refere à autoria criminosa, por contraposição à doutrina alemã, em que a instigação surge como cumplicidade tida como uma forma de participação. Num primeiro momento, pretendemos demonstrar em que é que consiste a figura da instigação, referir as suas principais características, da mesma maneira que, quando é que estamos perante um caso que se denomine de verdadeira instigação. Num segundo momento, o objetivo é estudar a temática da instigação, fazendo uma breve alusão à Época das Ordenações até ao CP de 1982. Por outro lado, trataremos de mencionar a sua evolução face ao CP de 1852, face ao CP de 1886, e finalmente, o nosso atual CP de 1982. Seguidamente, analisaremos a sua natureza jurídica, tal como, as diversas teorias para o conceito de autor, de forma a perceber e dar resposta à razão de ser, de como é defendida pela doutrina portuguesa. Em suma, trataremos de analisar a instigação que por muitas vezes é confundida com a autoria mediata na jurisprudência portuguesa, evidenciando como esta tem decidido nestas matérias.

**Palavras-chave:** autoria, participação, instigação, autoria mediata, comparticipação.

## **Abstract**

This dissertation aims to analyze deeply the evolution of the concept of instigation in the Portuguese legal system, as well as, the reason for being of the Portuguese law to determine the instigation taken as authorship. We intend to analyze in the following lines the fundamental features of instigation in the Portuguese legal order, which is designated as one of the co-participation modalities provided for in the fourth alternative, Article 26 of the CP. In addition, the importance of it has expressed legal consecration in Article 26 of the CP, which refers to criminal authorship, as opposed to German doctrine, in which instigation appears as complicity seen as a form of participation. At first, we want to demonstrate what the instigation figure consists of, to refer to its main characteristics, just as when we are dealing with a case that is called a true instigation. In a second moment, the objective is to study the instigation theme, making a brief allusion to the Age of Ordinations until the 1982 CP. On the other hand, we will try to mention its evolution in relation to the CP of 1852, compared to the CP of 1886, and finally, our current CP of 1982. Next, we will analyze its legal nature, as well as the various theories for the concept of author, in order to perceive and respond to the reason for being, as defended by the Portuguese doctrine. In short, we will try to analyze the instigation that is often confused with the mediate authorship in Portuguese jurisprudence, evidencing how it has decided in these matters.

**Keywords:** authorship, participation, instigation, mediate authorship, co-participation.

## **Siglas e Abreviaturas**

Al.- Alínea

Art.- Artigo

Cf.- Confrontar

CP.- Código Penal

N.º- Número

P.- Página

PP.- Páginas

SS- Seguintes

*StGB- Strafgesetzbuch* (Código Penal Alemão)

ProjPG- Projeto da Parte Geral

STJ- Supremo Tribunal de Justiça

TRP- Tribunal da Relação do Porto

<b>Índice</b>	
<b>Agradecimentos</b> .....	<b>2</b>
<b>Resumo</b> .....	<b>3</b>
<b>Abstract</b> .....	<b>4</b>
<b>Siglas e Abreviaturas</b> .....	<b>5</b>
<b>1.Introdução</b> .....	<b>7</b>
<b>2.Instigação</b> .....	<b>9</b>
<b>2.1. Caraterização</b> .....	<b>9</b>
<b>3.A Instigação na Evolução da Lei Penal</b> .....	<b>19</b>
<b>3.1. Breve alusão às Ordenações</b> .....	<b>19</b>
<b>3.2. Código Penal de 1852</b> .....	<b>22</b>
<b>3.3. Comparticipação no Código Penal de 1852</b> .....	<b>24</b>
<b>3.4. Código Penal de 1886</b> .....	<b>27</b>
<b>3.5. Comparticipação no Código Penal de 1886</b> .....	<b>28</b>
<b>3.5.1. Código Penal de 1982</b> .....	<b>30</b>
<b>3.5.2. Comparticipação no Código de 1982</b> .....	<b>30</b>
<b>4. Natureza Jurídica</b> .....	<b>35</b>
<b>4.1. A Instigação na Doutrina Portuguesa</b> .....	<b>35</b>
<b>4.2. Teorias de distinção entre Autoria e Participação</b> .....	<b>43</b>
<b>4.2.1. Teoria Formal Objetiva</b> .....	<b>43</b>
<b>4.2.2. Teoria Material Objetiva</b> .....	<b>44</b>
<b>4.2.3. Teorias Subjetivas</b> .....	<b>45</b>
<b>4.2.4. Teoria do Domínio do Facto</b> .....	<b>46</b>
<b>5. A Instigação na Jurisprudência Portuguesa</b> .....	<b>50</b>
<b>5.1. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18-06-2009</b> .....	<b>50</b>
<b>5.2. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 10-02-2016</b> .....	<b>53</b>
<b>6. Análise e Conclusões</b> .....	<b>61</b>
<b>Bibliografia</b> .....	<b>65</b>

# 1. Introdução

Podemos ter a realização de um ilícito típico levada a cabo por uma única pessoa, individual ou coletiva. Todavia, nalguns casos, na realização típica colaboram várias pessoas, uma pluralidade de agentes, então designadas por participantes<sup>1</sup>. Assim, o que importa é atender aos diferentes papéis que os participantes no cometimento de um crime, na realização ilícita típica, desempenharam, delimitá-los reciprocamente e determinar a forma e o quanto da punição de cada um deles. Não terá o mesmo estatuto penal ou responsabilidade jurídico penal, A que matou B com um tiro; C, que utilizou D, oligofrénico profundo, para matar E com um tiro.

De acordo com o Doutor Figueiredo Dias, “importa assinalar, de um ponto de vista normativo material, dentro da categoria dos “comparticipantes” de pelo menos duas espécies de figurantes, cujo papel na realização do tipo de ilícito é diferente e por isso devem porventura, ou seguramente podem ser jurídicos penalmente tratados de maneira diferente”. Uma dessas categorias é a dos autores, que constituem a “figura central do acontecimento criminoso” ou o “centro pessoal” do ilícito típico. Outra categoria é a dos cúmplices, que constituem figuras laterais, secundárias ou de segunda linha na integral realização ilícita típica (meros auxiliares do autor, os quais, não realizam o tipo de ilícito, mas participam de um tipo de ilícito realizado por outrem. Entre uma e outra situa-se a figura do instigador<sup>2</sup>, o qual, à partida, tanto pode constituir uma figura autónoma, como desempenhar um papel que comportável por uma das duas categorias, ou por uma. Toda a problemática, atendendo aos artigos 26.º e 27.º do CP é a de estabelecer a essência do conceito de autoria e o fundamento da sua contraposição ao conceito de cumplicidade.<sup>3</sup>

O tema que abordaremos nas linhas que se seguem, respeita a uma das formas de participação a que se dá o nome de instigação. O artigo 26.º do nosso CP consagra a figura da instigação como forma de autoria. A quarta alternativa presente no artigo 26.º do

---

<sup>1</sup> Nesta perspetiva, são “comparticipantes” todos aqueles que, em caso de pluralidade, intervêm no facto; são “participantes” os participantes que não são autores.

<sup>2</sup> Aquele que determina dolosamente outrem à prática do facto.

<sup>3</sup> Figueiredo Dias (2007) “Direito Penal- Parte Geral”, ob.cit. pp. 756-759.

CP («é punível como autor (...) ainda quem, dolosamente, determinar outra pessoa à prática do facto, desde que haja execução ou começo de execução») refere-se à instigação, que aparece assim pela primeira vez autonomizada na lei como analisaremos adiante. Ainda que na teoria muitas das vezes não se diga que instigador é autor, o nosso CP quis incluir a instigação no conceito de autoria. Nesta visão das coisas, o instigador (homem de trás) cria no instigado (homem da frente) a decisão de cometer o crime, tendo por isso, o instigador o domínio da decisão do instigado.



## 2. Instigação

### 2.1. Caracterização

Instigar é, numa frase, motivar decisivamente outrem a cometer um crime, nisso consistindo o concreto modo de ataque ao bem jurídico que se pretende proibir com a norma que prevê a instigação. Relativamente aos meios utilizados pelo instigador para motivar o autor, julgamos ser inteiramente correta a afirmação generalizada no sentido de que qualquer meio, desde que suscetível de exercer uma influência psíquica, é idóneo a preencher o conceito de instigação.<sup>4</sup>

De acordo com o Autor Hans Welzel, «Instigar é intencionalmente determinar um ato intencional (através da influência psíquica). A produção da decisão do facto no autor é fundamental, no entanto, não é necessário, por outro lado, ter inspirado o plano do evento. Sendo por isso, instigador aquele que dá o dinheiro solicitado pelo instigado, sendo este aquele que se disponibilizou para o cometimento do crime através de uma contrapartida monetária.»<sup>5</sup>

O artigo 26º do CP determina que: “É punível como autor quem (...) dolosamente determinar outra pessoa à prática do facto, desde que haja execução ou começo de execução”. Está em causa a instigação, como já mencionamos, uma vez que se assiste por parte do homem de trás, à determinação do homem da frente à prática de um ilícito típico. Para enquadrarmos a figura da instigação, faremos um enquadramento legal da autoria criminosa, nomeadamente, de acordo com o art.º 26.º do CP. Autor do crime é aquele que realiza uma conduta (ilícita, culposa) subsumível, no seu desvalor objetivo e subjetivo, a um tipo legal de crime. O agente criminoso é, neste sentido, aquele que comete a infração.

Porém, se esta afirmação se materializa de forma simples na figura da autoria imediata, ganha complexidade quando no itinerário criminoso colaboram vários intervenientes. O artigo 26.º do CP é uma norma que alarga o conceito de autoria para além do círculo da autoria imediata — aquela que, na maioria dos casos, está tipificada no tipo

---

<sup>4</sup> João António Raposo (2001) «A punibilidade nas situações de “instigação em cadeia”», ob.cit. p. 931.

<sup>5</sup> Hans Welzel (1956) «Derecho Penal, parte general», ob.cit. p. 121.

legal de crime —, qualificando (ou punindo) como autoria situações em que há pluralidades de agentes na realização do facto. Assim, a norma alarga a autoria criminosa àqueles que executam o facto por intermédio de outrem, àqueles que tomam parte direta na sua execução, por acordo ou juntamente com outro ou outros, e ainda a quem, dolosamente, determinar outra pessoa à prática do facto, desde que haja execução ou começo de execução. A modalidade referida em primeiro lugar é designada em geral, na literatura penal, de autoria mediata; em seguida indicam-se os casos de coautoria; por fim, integram-se, na última parte do artigo 26.º do CP, as situações designadas por instigação. Se, de um lado se limita o preenchimento da autoria e a respetiva pena aplicável, prevista no tipo legal, a estes quadros participativos, por outro lado, excluem-se da autoria outras formas de colaboração ou de contribuição para o facto criminoso, a saber, os atos de auxílio ou de indução, abrangidos agora pelo artigo 27.º do CP, referente à cumplicidade.

Da leitura do 26.º do CP, conclui-se assim pela inclusão das situações de determinação dolosa à prática de um crime — designadas, em geral, na literatura penal de instigação — no âmbito da autoria, seja reconhecendo-lhe dignidade de autoria, seja, como defendem alguns autores, como forma de participação criminosa a que é aplicável a pena prevista para a autoria.<sup>6</sup>

A figura da instigação surge na literatura penal portuguesa por influência germânica, nunca tendo tido entre nós tradição, como refere o Doutor Faria Costa. No ordenamento jurídico português não era historicamente reconhecida autonomia à instigação. Como menciona o Doutor Eduardo Correia que a emancipação do conceito está referida à teoria do livre arbítrio: a liberdade do instigado, realizada na sua vontade livre, impossibilitava que o crime (do instigado) fosse concebido como causado pelo instigador. Esta liberdade de vontade do instigado exigia um conceito autónomo — *Anstiftung*

---

<sup>6</sup> “Acrescente-se ainda para que o retrato legal fique completo que, no que se refere à figura da instigação, não quis o legislador punir, nesta norma geral, a mera criação da decisão criminosa do instigador no instigado; isto é, não se bastou com a influência que o mandante exerce sobre o mandatário, antes exigindo, como regra geral, que este pratique atos concretizadores da decisão criminosa em si e representativos de um perigo iminente para o bem jurídico.

O conceito de instigação delimitado normativamente pelo artigo 26.º não se preenche com a mera corrupção da personalidade do instigado, não chega que “o mandante delínque no mandatário, produzindo a morte da sua alma”; antes se exige que dessa influência sobre o instigado resultem atos de execução do crime.

No caso de homicídio, exige-se que o instigador inicie a execução do crime através de atos que coloquem em perigo iminente a vida de alguém”.

(instigação) — Que viria a merecer consagração legal, primeiro no Código Prussiano de 1851 e depois no CP alemão.<sup>7</sup>

Assim, no texto do artigo 26.º do CP, cuja epígrafe é «autoria», o legislador distingue, em primeiro lugar, a execução do facto «por si mesmo», «por intermédio de outrem» e tomando «parte direta na sua execução, por acordo ou juntamente com outro ou outros». Por fim, encontramos ainda uma última modalidade de comparticipação, na qual incorre «quem, dolosamente, determinar outra pessoa à prática do facto, desde que haja execução ou começo da execução». Todas estas diferentes hipóteses de intervenção na prática de um crime determinam a punição do agente «como autor».<sup>8</sup>

De acordo com artigo 26.º CP, 1ª alternativa, é punível como autor “quem executar o facto, por si mesmo”. Trata-se doutrinamente do chamado autor imediato. Como menciona o Doutor Figueiredo Dias “Na sua aparente clareza e simplicidade, no entanto, a definição não dá pontos de vista bastantes para decidir, em hipóteses complexas de pluralidade de agentes, isto é, quando pode o facto dizer-se executado por si mesmo e não por intermédio de outrem ou juntamente com outros. Em todo o caso, fica o critério essencial: autor imediato é aquele que executa o facto nas suas próprias mãos, em termos de preencher na sua pessoa a totalidade dos elementos objetivos e subjetivos do ilícito típico e deter por isso, na expressão do Autor Roxin, o domínio da ação.”<sup>9</sup>

A 2ª alternativa do art.26.º CP considera punível como autor “quem executar o facto (...) por intermédio de outrem”. Do ponto de vista estrutural existe, pois, sempre nesta figura um “homem de trás” ou “retaguarda” e um “homem da frente”, o executor, intermediário ou “instrumento” (que pode ser jurídico penalmente irresponsável ou parcialmente responsável. Segundo o princípio do domínio do facto, autor é, segundo esta conceção e de forma sintética e conclusiva, quem domina o facto, quem dele é “senhor”, quem toma a execução “nas suas próprias mãos” de tal modo que dele depende o se e o como da realização típica, sendo nesta aceção, autor a figura central do acontecimento<sup>10</sup>. Este princípio quando aplicado à autoria

---

<sup>7</sup> Susana Aires de Sousa (2017) «contratado para matar...», ob.cit. pp. 203-205.

<sup>8</sup> Henrique Salinas Monteiro (1999) «A comparticipação nos crimes especiais no Código Penal», ob.cit. p. 25.

<sup>9</sup> Figueiredo Dias (2007) «Direito Penal- Parte Geral», ob.cit. p. 774.

<sup>10</sup> Figueiredo Dias (2007) «Direito Penal- Parte Geral», ob.cit. p. 765.

mediata, exige que todo o acontecimento, o “facto” nos termos do art.26º do CP, seja obra do homem de trás, em especial, da sua vontade responsável, só nesta aceção se podendo qualificar o homem da frente como instrumento.<sup>11</sup>

Nos termos da 3.<sup>a</sup> alternativa do artigo 26.º do CP, é também punido como autor quem tomar parte direta na execução do facto, por acordo ou conjuntamente com outro ou outros. É a situação chamada de coautoria. Ao referi-la expressamente entre as formas de autoria, a lei terá querido afastar dúvidas que pudessem provir da circunstância de, nestes casos, o coautor não dominar o facto nem por si mesmo, nem por intermédio de outro (nenhum se serve de outro como “instrumento”), mas sim em conjunto com outro ou outros. Nem por isso, no entanto, deixa de ser o pensamento central do domínio do facto, todavia, em certa medida modificado, que empresta razão de ser a esta forma de autoria, se bem se trate de um domínio do facto “coletivo”.<sup>12</sup>

O artigo 26.º do CP, 4.<sup>a</sup> alternativa, considera punível como autor “ainda quem, dolosamente, determinar outra pessoa à prática do facto, desde que haja execução ou começo da execução. É esta a forma de participação que, em geral, se dá o nome de instigação. Do lado oposto, temos a doutrina alemã, entender ser impossível contabilizar os instigadores entre os autores, e impor-se pelo contrário, subsumi-los, juntamente com os auxiliares, aos conceitos superiores de participantes e de participação.<sup>13</sup>

Assim, a primeira modalidade de autoria prevista no artigo 26.º do CP, e que consiste na execução do facto «por si mesmo», será designada autoria singular imediata, por contraposição à autoria mediata, a segunda modalidade a que se refere o legislador neste artigo, ou seja, a execução «por intermédio de outrem». Quanto à terceira modalidade que consiste em «tomar parte direta na execução, por acordo ou conjuntamente com outro ou outros» denominamos coautoria. Quanto à parte final do artigo, quarta modalidade, em relação à qual maiores dúvidas se levantam, desde logo no sentido de a modalidade de participação aí prevista ser considerada verdadeira autoria, ou tão só «participação» no

---

<sup>11</sup> Figueiredo Dias (2007) «Direito Penal- Parte Geral», ob.cit. p.776.

<sup>12</sup> Figueiredo Dias (2007) «Direito Penal- Parte Geral», ob.cit. p.791.

<sup>13</sup> Figueiredo Dias (2007) «Direito Penal- Parte Geral», ob.cit. p.797.

facto do autor, ainda que punida com a pena de autoria, utilizaremos o vocábulo instigação<sup>14</sup>, que designará a determinação dolosa de outra pessoa à prática do facto, sem que com isso se esteja a aderir a qualquer uma das opções referidas. Nestes termos, as diferentes modalidades de comparticipação de que se ocupa o art.º 26 do CP serão designadas por autoria imediata singular, autoria mediata, coautoria e instigação.

No que respeita ao artigo 27.º do CP, a distinção a efetuar será entre a cumplicidade material e cumplicidade moral. Sempre que se pretender referir indistintamente qualquer uma destas diferentes realidades utilizar-se-á o conceito comparticipação criminosa, no seu sentido mais amplo, enquanto revelador da existência de uma pluralidade de agentes, pois parece ter sido também essa a opção do legislador, nomeadamente ao recorrer a ele, entre outros, nos artigos 7.º, 25.º, 28.º e 29.º do CP. O termo «participação» criminosa, em contrapartida, será utilizado no seu sentido que podemos considerar restrito. Ou seja, para, ao tratar de concepções cuja nota característica consiste na contraposição fundamental entre autoria e participação, designar apenas esta última, distinguindo-se ainda, dentro dela, a cumplicidade e a instigação, de forma a evitar confusões terminológicas<sup>15</sup>.

O Doutor Figueiredo Dias, entende que “instigador no sentido do artigo 26.º do CP, é unicamente quem produz ou cria de forma cabal, quem fabrica no executor a decisão de atentar contra um certo bem jurídico penal através da comissão de um concreto ilícito típico. Como no plano da valoração jurídica se compreende e deve aceitar que, em casos tais, a afirmação da plena responsabilidade, dolosa do autor imediato seja compatível, com a chamada responsabilidade do verdadeiro “senhor” do facto, isto é, daquele que criou no homem da frente, a decisão da realização típica. O instigador possui deste modo o domínio do facto, agora e aqui sob a forma do domínio da decisão”. O instigador surge assim como verdadeiro dominador se não do ilícito típico como tal, ao menos e seguramente da decisão do instigado de o cometer, determinação que desta maneira integra, por antecipação, à totalidade dos elementos constitutivos do ilícito típico e, por isso também, do conteúdo

---

<sup>14</sup> Eduardo Correia, “defendeu a inutilidade do conceito de instigação, uma vez que, partindo-se de um conceito extensivo de autor, tal autonomia seria «um puro luxo de conceitos», propondo a redução de todos os casos de instigação à autoria mediata, que seria designada autoria moral ou intelectual- Direito Criminal(II- Da comparticipação criminosa), 1953, em especial p.128 e Direito Criminal, II, 1968, ob.cit. p. 252, nota 1.

<sup>15</sup> Henrique Salinas Monteiro (1999) «A comparticipação nos crimes especiais no Código Penal», ob.cit. pp. 26-28.

material do ilícito. De um ilícito, acrescente-se, que sendo embora obra pessoal do homem da frente, faz aparecer o acontecimento (também ou sobretudo) como obra do instigador e dá ao seu contributo para o facto o carácter de corealização de um ilícito e não de mera “participação” (externa ou estrangeira) no ilícito de outrem”.

Só este é, no entendimento da nossa lei, a instigação determinação e, por conseguinte, a instigação que é autoria. No entanto, podem existir comportamentos como incentivar, aconselhar, sugerir, reforçar o propósito, isto é, de situações em que o homem de trás, com a sua conduta, influencia a motivação do homem da frente, sem verdadeiramente o “determinar”, na aceção estrita referida, à realização típica. Tais comportamentos não cabem no conceito jurídico penal de “instigação” no sentido do artigo 26.º, 4ª alternativa do CP, antes constituem “auxílio” ao facto de outrem e, por conseguinte, “cumplicidade” para efeito do artigo 27.º do CP. Deste modo, se quisermos, o conceito “vulgar” de instigação em sentido amplo- divide-se em certos tipos de atos (“instigação determinação”) que são autoria (art.26.º, 4ªalternativa) e noutro tipo de atos (de “instigação auxílio moral”, art.º 27.º, 2ª alternativa) que são cumplicidade. Designamos para estes últimos, por contraposição aos primeiros, o termo legal e doutrinal indução.<sup>16</sup>

Profundamente discutido é já, porém, o caso chamado de alteração ou de alargamento da determinação. De acordo com o Doutor Figueiredo Dias, trata-se, em geral, das hipóteses em que alguém já decidido à prática de certo facto é instigado a uma forma mais grave e mais ampla de comportamento, v.g, quando o já decidido a cometer o furto simples é instigado à prática de um furto qualificado ou de roubo. Duas orientações se defrontam aqui. Para uma delas, dita do princípio analítico da separação-, a responsabilidade do instigador tem de reduzir-se à “parte” relativamente ao qual funcionou a determinação: se esta parte não preenche, em si mesma, um tipo legal de crime, só poderá existir cumplicidade relativamente ao facto mais grave; como também se a alteração fosse no sentido de uma determinação a um facto menos grave só poderia existir mera cumplicidade relativamente a este. Para outra orientação, dita sintética, deve em princípio afirmar-se a instigação relativamente ao delito “modificado” ou “alargado”. Como acentua o Autor Roxin, seguindo a jurisprudência alemã- parece-nos que com razão-, de quem por exemplo,

---

<sup>16</sup> Figueiredo Dias (2007) «Direito Penal- Parte Geral», ob.cit., pp.798-800.

instiga a um roubo estando o executor já decidido a cometer um furto não deve dizer-se que determinou o instigado só à violência, antes a determinação engloba uma específica unidade que no roubo como um todo se traduz. Que nestes casos a instigação mereça porventura menor pena relativamente aos casos de “plena” instigação é coisa que pode ser tomada em conta em termos de medida concreta da pena.<sup>17</sup>

Seguindo o pensamento do Doutor Figueiredo Dias, “cremos que alguns dos casos que neste contexto costumam ser considerados serão, antes que de verdadeira determinação no sentido predito, de mera indução e por conseguinte, à luz da nossa lei, de cumplicidade (“auxílio moral”).” Tratando-se de verdadeira “determinação”, tudo dependerá de se dever afirmar que esta conduta à prática de um facto diferente e autónomo- e isto significa: de um ilícito típico que, numa consideração global, surge como uma nova unidade de sentido social- face àquele pelo qual o autor se havia já decidido. Esse não será o caso se a modificação ou o alargamento se tiverem traduzido, v.g., numa alteração da motivação do homem da frente ou das modalidades da execução. Mas já o será em princípio tratando-se de alteração do executor ou do tipo de crime; ou até mesmo do objeto do facto ou da quantidade do ilícito se, também nestes casos, a alteração for uma tal que faça do facto uma unidade de sentido social nova e diferente.<sup>18</sup>

Face ao pensamento enfeudado às categorias dogmáticas germânicas tal como elas são entendidas, a tese acima apresentada deve ater-se à mais decidida contradição. E desde logo, na base de que ela esquece que autor é, a figura central ou o centro pessoal do acontecimento. Se p. ex., A é amante de B e pretende que ela morra, para o que cria no marido desta, C, excitando a sua natureza extremamente ciumenta, a decisão- que de outra forma seguramente não tomaria- de a matar; e se o facto vem efetivamente a ser cometido (ou pelo menos começa a ser executado), porventura nos precisos modos, formas e circunstâncias que A laboriosa e insistentemente incutiu no espírito de C, corresponde ao sentimento geral, substancialmente fundado, que o facto se é do executor, não o é menos do instigador. Ainda aqui pode afirmar-se com fundamento que A é o centro pessoal, a figura

---

<sup>17</sup> Figueiredo Dias (2007) «Direito Penal- Parte Geral», ob.cit. p. 801.

<sup>18</sup> Figueiredo Dias (2007) «Direito Penal- Parte Geral», ob.cit. p. 802.

central do acontecimento, que o ilícito típico perpetrado é “obra” de A (pelo menos também é obra dele e sem que entre em questão uma coautoria.<sup>19</sup>

Não falta quem, estabelecendo um contrapondo com o «domínio (da execução) do facto» característico da autoria- atribua ao instigador o «domínio do plano» (Schulz) ou o «domínio da tomada de decisão» (R.Bloy). Conceitos estes, que a um tempo, pretendem exprimir, não apenas a divergente «estrutura», mas sobretudo a identidade, ou, pelo menos, a insignificante diferença do desvalor jurídico criminal entre a instigação e a autoria mediata. Uma outra orientação (minoritária) reconhece ao instigador o domínio da própria execução do delito. É o caso do Autor I.Puppe, que associa a figura à celebração de um pacto ilícito análogo ao da coautoria, de que resulta um plano ou projeto «comum» aos intervenientes, mas com a particularidade de envolver a completa subordinação do autor ao instigador, em termos de o primeiro só levar por diante a conduta para satisfazer a vontade do último, encontrando-se disposto abandoná-la se, entretanto, este o decidir. Depois de adotar tal conceção, G. Jakobs sintetiza o respetivo alcance evocando a velha «teoria subjetiva» da comparticipação e afirma que, nas hipóteses de instigação, o autor age com mero *animus socii*, o que entende conferir ao homem de trás o efetivo controlo da execução do crime. Em função dos distintos pontos que defendem, os penalistas indicados chegam, por razões óbvias, a diferentes soluções no tocante à amplitude que reconhecem à instigação. Cumpre então perguntar se faz sentido manter a distinção entre autoria mediata e instigação, uma vez que, do estrito ângulo da produção da ofensa ou colocação em perigo do bem jurídico, se confere uma idêntica relevância às condutas dos respetivos agentes, julga-se que autonomização das aludidas categorias carece, na substância, de fundamento e adquire, no contexto das exposições dos adeptos do domínio do facto- um significado tão só nominal. Assim, a consagração da instigação como espécie de participação, constitui, em boa verdade, um mero expediente dirigido a alargar a punição da autoria a situações que consideram assim deverem ser tratadas. Ideia que indicia uma conclusão da eliminação da instigação enquanto modalidade de participação.<sup>20</sup>

---

<sup>19</sup> Figueiredo Dias (2007) «Direito Penal- Parte Geral», ob.cit. p. 802.

<sup>20</sup> António Manuel Almeida Costa (2014) «Ilícito pessoal, imputação objetiva e comparticipação em direito penal», ob.cit. pp. 1196-1200.



Por outro lado, temos nos casos de instigação, a exigência legal de execução ou começo da execução. No entender do Doutor Figueiredo Dias, o que é nossa convicção também, esta exigência, “nada tem a ver com o princípio da acessoriedade, mas sim de uma exigência político criminal, ligada à ideia de que sendo o processo de determinação essencialmente interno ou psicológico, entendeu a lei sublinhar de forma expressa que a determinação só pode considerar-se verificada quando conduza à prática pelo instigado de atos que a revelem e executem ou que a exteriorizem.”<sup>21</sup>

Diversamente do que sucede com as restantes formas de autoria, o art.26.º do CP, 4.ª alternativa, exige expressamente também que a determinação, essência da instigação, seja dolosa. Isto é, consequência, no nosso direito, de dever aceitar-se o conceito de instigação que se traduz na produção ou criação pelo instigador no instigado da decisão de cometer um ilícito típico. Não falta quem afirme que na instigação deve estar presente um duplo dolo do instigador. Trata-se de uma forma plástica para dar a compreender que o dolo do instigador deve por um lado referir-se à determinação do instigado, por outro ao facto por este cometido, ao menos em início de execução. Quanto a este segundo aspeto do dolo, já dissemos que pertence à essência da instigação a determinação de outrem a um concreto facto punível. Por isso, ao dolo do instigador pertence também a representação dos concretos elementos e circunstâncias do ilícito típico respetivo, não bastando em caso algum a representação abstrata de que o comportamento do instigado constituirá um qualquer facto punível, ou seja, o dolo do instigado tem de se dirigir àquele mesmo facto que o instigado praticar.<sup>22</sup>

Deste modo, se o instigado, na sua atuação, vai além do dolo do instigador, excesso, ele só responde na medida do seu dolo. Assim, por exemplo, se o instigado comete um roubo ou um furto qualificado quando a instigação se dirigiu apenas, respetivamente, a um furto ou a um furto simples. Se, inversamente, o instigado fica aquém do dolo do instigador, se por exemplo, comete um furto simples e não o furto qualificado a que foi instigado, então o instigador responde pelo facto efetivamente cometido. A tentativa falhada, por sua vez, ao

---

<sup>21</sup> Figueiredo Dias (2007) «Direito Penal- Parte Geral», ob.cit. p. 809.

<sup>22</sup> Figueiredo Dias (2007) «Direito Penal- Parte Geral», ob.cit. p. 810.

crime qualificado não é punível, na medida em que não foi alcançada, nesta parte, a determinação do instigado e não houve da parte deste início da execução ou qualificação.<sup>23</sup>

Todavia, não significa, porém, que o dolo do instigador tenha de compreender a espécie e modo de execução, basta que se refira ao concreto ilícito típico nos seus elementos constitutivos. Tratando-se de ataque a bens jurídicos pessoais, a pessoa da vítima constitui elemento essencial do ilícito típico doloso do instigador, pelo que o erro do instigado sobre ela parece dever aproveitar ao instigador, só ficando em aberto a possibilidade de ser eventualmente imputada a este uma tentativa falhada, e por isso, não punível, de instigação.<sup>24</sup>

Quanto ao dolo do instigador deve dirigir-se à consumação do facto pelo instigado ou pode referir-se à mera tentativa, a questão torna-se cada vez mais relevante nos casos de criminalidade organizada, ditos de agente provocador. Agente provocador, na precisa aceção daquele que atua no sentido de determinar alguém à prática de um facto, com o propósito de que este alcance apenas o estágio da tentativa, para logo aí o deter ou denunciar e evitar, deste modo que a consumação venha a ocorrer. Contra a generalidade da doutrina alemã, não vemos razão para que o dolo do instigador deva ter por objeto a “consumação” do crime ou, inclusivamente, a lesão efetiva do bem jurídico, pois tal tese é contrariada pelo teor literal da 4ª alternativa do art. 26.º do CP, também a tentativa constitui um “facto” na aceção daquele preceito legal, o qual não exige mais do que haver “começo da execução”, como ela nada tem a ver com a consideração da instigação como autoria ou mera participação. Logo, parece-nos perfeitamente possível a determinação de outra pessoa a um facto tentado.<sup>25</sup>

---

<sup>23</sup> Figueiredo Dias (2007) «Direito Penal- Parte Geral», ob.cit. p. 811.

<sup>24</sup> Figueiredo Dias (2007) «Direito Penal- Parte Geral», ob.cit. p. 812.

<sup>25</sup> Figueiredo Dias (2007) «Direito Penal- Parte Geral», ob.cit. p. 813.

### 3. A Instigação na Evolução da Lei Penal

#### 3.1. Breve Alusão às Ordenações

Para conhecer um largo período do nosso direito criminal, temos de recorrer às Ordenações. Nas Afonsinas, nas Manuelinas ou nas Filipinas é o livro V que se ocupa sempre deste ramo de direito, tanto no aspeto substantivo, adjetivo ou processual. No entanto, esse é logo um defeito das Ordenações, mas não só, no aspeto sistemático, falta-lhes uma parte geral. Contêm apenas uma parte especial, com uma enumeração casuística, em que os delitos se não se separam entre si pela sua ordem e classes. Puniam-se factos absurdos e delitos puramente religiosos, como (por exemplo, benzer os cães e os bichos, a heresia, etc.). Quanto às penas, eram desproporcionadas, aplicavam-se, a título de exemplo, a pena de morte pelo fogo em vida aos falsificadores de moeda. Tínhamos, também, as penas de fogo em vida e de mãos cortadas, precedidas na sua aplicação de vários tormentos, e, frequentes vezes, a pena de morte. Por outro lado, as penas eram desiguais, consoante a classe dos réus, coisa a que o Autor Mello Freire denominava «escandalosa e famosa diferença». E, por fim, transmissíveis. Todas as características apontadas como traduzindo o espírito do direito criminal europeu até ao iluminismo, o mesmo se pode dizer ao nosso Direito.<sup>26</sup>

No que toca a nós, o desinteresse a que a investigação histórica tem votado nos assuntos jurídico criminais fez com que se deparasse, no presente domínio, com uma clamorosa falta de informação acerca da doutrina e da jurisprudência relativas à primeira fase do *ius commune*, isto é, ao período anterior à influência jusracionalista (séc. XVIII). Por seu turno, as Ordenações só incidentalmente e, ainda assim de forma imprecisa e lacunosa se reportavam a situações de comparticipação, não fornecendo o enquadramento geral da respetiva disciplina. Tudo aponta, por isso, no sentido de que se remetia a regulamentação da matéria para o domínio do direito subsidiário, acolhendo-se, na íntegra, a doutrina da comparticipação atrás descrita. Com a entrada em vigor daquelas Ordenações passou, contudo, a dar-se prevalência à *opinio communis* posterior ao mestre de Perúgia, solução que seria mantida nas Ordenações Filipinas.<sup>27</sup>

---

<sup>26</sup> Eduardo Correia (2015) «Evolução do direito criminal português», ob.cit. p. 104.

<sup>27</sup> Na versão definitiva das Ordenações Manuelinas (1521), verificou-se uma importante modificação de hierarquia das fontes subsidiárias de direito, consistente na consagração da prevalência da *opinio communis*

Na matéria da comparticipação, traduziu-se na adoção das conceções e fórmulas consagradas pela mais significativa literatura estrangeira de filiação jusracionalista. Os principais textos da época, que consistiram no Projeto do Código Criminal (1789) e nas *Institutiones Iuris Criminalis Lusitani* (1794), do Autor Pascoal José de Mello Freire, e nas *Classes dos Crimes* (1801), de Joaquim José Caetano Pereira e Sousa. Logo, no quadro da compreensão do crime como atualização de uma vontade contrária à lei, daí decorria que o critério delimitador da noção de autoria radicasse, afinal, na circunstância de a vontade do agente integrar o fator determinante e decisivo (*causa principalis*) da prática da infração, encontrando-se-lhe subjacente, tal como à generalidade da doutrina da última fase do *ius commune*, uma perspetiva análoga à que preside a moderna teoria do domínio do facto.<sup>28</sup>

No âmbito da comparticipação criminosa, é precisamente no Livro V das Ordenações Afonsinas, no título XXXVII, com a epígrafe “Do que disse testemunho falso, e do que lhe fez dizer” que encontramos algo semelhante à figura da instigação que temos nos dias de hoje, para que possamos perceber como as coisas se passavam no passado.

Passamos a citar o que consta neste título:

- “D. Dinis pela Graça de Deus Rei de Portugal e do Algarve. A todos os Alcaldes, Alvazis, Meirinhos, Comentadores, e a todos os outros do meu Reino que virem esta carta. Sabem, que achei, nos meus reinos, se fazia muito mal, muitas testemunhas falsas. Também aqueles, que derem testemunho falso, como aqueles que lhe fizerem dar testemunho falso, ou por algo que lhes davam, que morrerão, porém. Porque vos mando, que todos aqueles, que acharem que dão testemunho falso, ou que lhes fazem dar, por algo que lhes dão em troca.” Esta última parte, é relevante, na medida em que serve para demonstrar que não tínhamos um crime em si próprio,

---

sobre as glosas de Acúrsio e os comentários de Bártolo- com a única diferença de, quanto ao último, apenas se dar primazia à «comum opinião dos Doutores, que *despois delle escreueram*» - L. II, Tít. V, § 1. Ainda que retocado nos aspetos formais, o preceito manuelino foi integralmente transcrito nas Ordenações Filipinas (1603- confirmadas por D. João IV em 1643), onde passou a integrar o Tít. LXIV do L.III. Eduardo Correia (2015) «Evolução do direito criminal português», ob.cit. p.104.

<sup>28</sup> António Manuel Almeida Costa (2014) «Ilícito pessoal, imputação objetiva e comparticipação em direito penal», ob.cit. pp. 92-96.

mas denotamos, que à semelhança do nosso atual artigo 26.º do CP, quarta modalidade, “quem determinar outra pessoa à prática do facto” como se passava no Livro V, no crime de testemunho falso, levasse alguém, em troca de algo, era castigado.<sup>29</sup>

Desta forma, o tratamento sistemático da comparticipação no direito português apenas se desenha no CP de 1852. As Ordenações não têm a seu respeito se não normas particulares e confusas, equiparando a autoria material e moral no homicídio, Liv. V, título 35. Por outro lado, se bem que, como pondera o Doutor Silva Ferrão, a Reforma Judiciária pressupusesse em alguns dos seus artigos uma distinção entre autoria e cumplicidade, certo é que ela não existia no direito substantivo.<sup>30</sup>

Em 1754, o Autor João Tomás de Negreiros publicou um obra fundamental denominada “A primeira «parte geral» na história do direito penal português: A introdução ao livro V das Ordenações”, que constituiu um marco, quer na doutrina portuguesa, quer no contexto da evolução do Direito Penal na Europa Pré Iluminista, sendo para além disso uma fonte importantíssima de decisões dos tribunais superiores sobre matérias penais nos séculos XVII e XVIII. A obra é assinalável na História da Ciência Penal Portuguesa, desde logo, pelo seu objeto. Não tendo as Ordenações até então vigentes uma parte geral, nem sequer uma introdução genérica ao Livro V, o seu estudo constitui uma novidade importante. Esse sentido inovador identifica-se não só em relação à lei vigente, como também relativamente à tradição jurídica cultivada pelos juristas nacionais durante os séculos XVII e XVIII. Neste período, o Direito Penal não é, por regra, tratado entre nós de forma autónoma, mas sim a propósito de uma pluralidade de matérias diversas.<sup>31</sup>

A obra deste Autor, João Tomás de Negreiros, confirma a sedimentação entre os juristas portugueses do século XVI a XVIII de um importante conjunto de soluções relativas à decisão judicial sobre a atribuição da pena, ao ponto de, em meados do século XVIII, poderem ser apresentadas como questões gerais em relação à lei penal vigente.

---

<sup>29</sup> Mário Júlio Almeida Costa (1984) «Ordenações Afonsinas, Livro V», ob.cit. pp. 142-143.

<sup>30</sup> Revista de Direito e de Estudos Sociais (1950) Ano VI, ob.cit. pp. 23-24.

<sup>31</sup> Frederico de Lacerda da Costa Pinto (2012), RPCC, Ano 22, nº4, (Out-Dezembro), ob.cit. pp. 570-571.

Mas, acima de tudo, introduz critério, ordem e método na heterogeneidade das causas de exclusão da responsabilidade criminal herdadas do período do direito comum, e relaciona-se com o conteúdo da transgressão da lei, condicionando dessa forma o âmbito da sua aplicação. Este livro representa provavelmente um dos primeiros sopros iluministas sentidos no Direito Penal Português em texto impresso, designadamente no plano da organização dos pressupostos da responsabilidade criminal, um contributo filiado na melhor tradição renascentista de criação de partes gerais desvinculadas da praxe processual, das particularidades de cada crime ou das penas aplicáveis.<sup>32</sup>

### **3.2. Código Penal de 1852**

Para reformar as Ordenações, é de novo nomeada uma Comissão em 1845, encarregada da redação de um novo Código Civil e Criminal. A Comissão nomeada em 1845, ficou apenas com o encargo de apresentar um projeto de CP, o que, de facto, leva a efeito em 30 de setembro de 1852. Estava-se na ditadura de Saldanha, que, sem mais delongas, o aprova em 1852, vindo essa aprovação a ser ratificada pelas cortes por lei de 1 de junho de 1853. E, assim, nasceu o Código Criminal de 1852, o primeiro Código que nos regeu. Quanto às fontes, só em alguns casos, bastantes raros, se encontram neste Código vestígios de tradição portuguesa. Nos casos, por exemplo, da punição do crime de simulação, inspirada nas Ordenações, e da punição de adúltera em flagrante delito, à qual era aplicada a pena de morte. De resto, as fontes do Código de 1852 são principalmente estrangeiras. Em primeiro lugar, o Código de Napoleão de 1810. A comissão, porém, tomou em conta as críticas que tinham sido feitas a este código por Chaveau e Hélie, autores de uma Teoria do Direito Penal, e por Rossi no seu Tratado de Direito Penal. De tal maneira que a leitura destes autores é um valioso subsídio para a interpretação do Código de 1852. O Código Espanhol de 1848 e o Brasileiro de 1803, também exerceram particular influência no Código de 1852, bem como, em plano de menor relevo, o Código Austríaco de 1803, e o Código de Nápoles de 1819. O CP de 1852 tem uma parte geral e uma parte especial. A disposição das matérias

---

<sup>32</sup> Frederico de Lacerda da Costa Pinto (2012), RPCC, Ano 22, nº4, (Out-Dezembro), ob.cit. pp. 577-579.

é a mesma do Código atual, com exceção do Título 4.º da parte geral, sobre a responsabilidade civil, que passou para o Código Civil.<sup>33</sup>

Parece-nos importante referir as características, mais concretamente, no que toca à incriminação. O Código de 1852 consagra o princípio do «*nullum crimen sine lege*», proibindo a analogia e a interpretação extensiva (art. 18.º). No que respeita à aplicação das penas, estabelece por um lado penas fixas, mas em muitos casos prevê máximos e mínimos de modo a tomar em conta as atenuantes e as agravantes. Verifica-se, todavia, também aqui, uma tendência para limitar o arbítrio do juiz. A pena de morte, que aliás desde 1846 se não executava porque era sempre comutada pelo rei, é mantida no código de 1852, todavia, segundo a lei, ela consiste, na «simples privação da vida». Ao lado da pena de morte, estabeleciam-se pena de trabalhos públicos e a pena maior, que podia ser perpétua.

O Código fazia derivar certos efeitos políticos e civis da aplicação das penas. Assim, a pena de morte implicava a morte civil e política de quem a ela era condenado. O condenado a pena maior perpétua perdia para sempre a administração dos seus bens, e, no caso de prisão maior temporária, era entregue essa administração a uma curadoria. Assim, se explicavam certas providências contidas no Código Civil, que hoje já não se encontram em vigor. Posto representado um grande benefício em relação ao direito das Ordenações, o Código de 1852 estava eivado de muitos defeitos, merecendo severas críticas dos seus comentadores, dos quais é justo destacar dois Autores: Silva Ferrão e Levy Maria Jordão. Este último, reconhecendo que não podia deixar de fazer um trabalho completamente novo, apresenta em 1861 um Projeto de CP, que é levado às Cortes pelo governo nesse mesmo ano. Todavia, as Cortes não se ocupam dele, e, em 1864, o Autor, Levy Maria Jordão, refunde o seu Projeto, que, infelizmente, continua a merecer um completo desinteresse dos poderes públicos. Todavia, o Projeto deste, defensor estrénuo do correccionalismo de Roeder, cujas ideias largamente consagra, representa a mais perfeita obra de preparação legislativa que tem sido levada a cabo entre nós. De todas as alterações que propugna, as mais importantes consistem na modificação do sistema penitenciário, ao qual está ligada uma certa qualificação dos criminosos condenados a degredo: incorrigíveis, duvidosos e melhoráveis.

---

<sup>33</sup> Eduardo Correia (2015) «Evolução do Direito Criminal Português», ob.cit. pp. 106-107.

De notar é ainda a criação de estabelecimentos de correção para menores, e instituições como a liberdade condicional, a detenção suplementar, o patronato e as colónias de refúgio penal para menores. E, se esclarecermos que algumas destas reformas só muito mais tarde foram introduzidas entre nós, a liberdade condicional só em 1893, as colónias para menores só em 1911, a detenção suplementar só em 1936) melhor ajuizaremos do mérito do Projeto e dos benefícios que com certeza resultariam se ele tivesse sido aprovado e convertido em lei. Mas não se perdeu tudo, tendo em conta, que parte muito importante do Projeto, a referente às penas e à execução prisional, foi consagrada legislativamente na lei de 1 de junho de 1867. Esta abole a pena de morte que aliás, de facto, como se disse, senão executava desde 1846 e que já tinha sido abolida para os crimes políticos pelo Ato de 1852, abole também a pena de trabalhos públicos, que todavia, se continuou a aplicar até estarem realizados os planos de construção de prisões centrais, que a reforma previa. O tipo de internamento celular dos projetos foi também consagrado. O isolamento era noturno e diurno, o preso só saía para a escola e para os atos de culto, mas aí continuava isolado, quer através de dispositivos especiais que não permitiam que os presos vissem se uns aos outros, quer através do uso do capuz. O trabalho não era comum, o preso trabalhava na cela. E, atribuía reforma a um largo alcance ao isolamento completo como processo de regeneração, sendo que entendia ainda que uma assistência moral e religiosa estimulava o preso na sua readaptação. Em suma, portanto, consagrou todas as ideias que haviam constituído o património do chamado sistema de Filadélfia, sendo que este regime esteve em vigor até 1913.<sup>34</sup>

### **3.3. Comparticipação no Código Penal de 1852**

O CP de 1852 foi aprovado pelo Decreto de 10 de dezembro de 1852 e confirmado pela lei 1 de junho de 1853, que lhe conferiu força de lei.<sup>35</sup> Trataremos da teoria da comparticipação no direito anterior ao CP Vigente. O tratamento sistemático da comparticipação no direito português, como referimos anteriormente, apenas se desenha no

---

<sup>34</sup> Eduardo Correia (2015) «Evolução do Direito Criminal Português», ob.cit. pp. 108-111.

<sup>35</sup> Henrique Salinas Monteiro (1999) «A comparticipação nos crimes especiais no Código Penal», ob. cit. p. 36.



CP de 1852. Antes, todavia, do Código de 1852, já o Projeto de Pascoal Mello de Freire, bem como o de José Manuel da Veiga, continham disposições diretas sobre o problema.

Neste Código, a comparticipação criminosa era regulada nos artigos 24.º, 25.º e 26.º do CP. No artigo 24.º o legislador distinguia, como agentes de crime, os autores e os cúmplices.<sup>36</sup> No artigo 25.º<sup>37</sup> fazia-se uma enumeração das diferentes modalidades de autoria e no artigo 26.º<sup>38</sup> descreviam-se as diferentes formas de cumplicidade. No que especificamente se refere ao tratamento da instigação, verifica-se que o Código de 1852 não autonomizava a figura, enquadrando as hipóteses de instigação, juntamente com as situações que hoje se consideram de autoria mediata, dentro do conceito mais amplo de “autoria moral ou intelectual”. Em comentário ao artigo 25.º, o Autor Levy Maria Jordão (1853), refere que este artigo considera como autores “os que diretamente concorrem para a perpetração do crime”. Contudo, continua o autor, “essa cooperação direta para o crime pode ser imediata ou mediata. À primeira refere-se o n.º 1 do artigo 25.º, à segunda referem-se o n.º 2, 3 e 4 do mesmo preceito”. As hipóteses que hoje consideramos de instigação encontravam-se, pois, juntamente com as situações de autoria mediata, espalhadas pelos n.º 2 a 4 do artigo 25.º e eram, nas palavras daquele autor, uma forma de participação direta e mediata na execução do crime.<sup>39</sup>

---

<sup>36</sup> Art. 24.º Os corréus de qualquer crime são autores ou cúmplices;

<sup>37</sup> Art. 25.º São considerados autores:

1.º Os que por ato imediato tomam parte na execução do crime;

2.º Os que dão ordem para se cometer o crime a pessoa que lhe está sujeita;

3.º Os que por dádiva, promessa, violência, ameaça, abuso de autoridade ou de poder, convencionam ou obrigam, ou provocam à execução do crime;

4.º Os que aconselham, quando o conselho for causa determinante, e sem ele não se executaria o crime.

§Único. O excesso do mandatário é imputável ao mandante, se este o podia ter previsto como consequência provável do mandato.

<sup>38</sup> Art. 26.º São considerados cúmplices:

1.º Os que aconselham, sendo o conselho alguma das causas determinantes do crime;

2.º Os que de qualquer maneira, que não seja alguma das referidas no artigo antecedente, provocam ao crime;

3.º Os que preparam, ou fornecem instrumentos, ou quaisquer meios para se cometer o crime, sendo disso sabedores;

4.º Os que com igual conhecimento ajudam os autores do crime em quaisquer atos para facilitar a execução;

5.º Os que, deixando maliciosamente de impedir o crime, sendo-lhes possível, concorrem para o facilitar, com intenção de que se execute;

6.º Os que para a execução do crime cientemente servem de intermediários entre o mandante e o mandatário, ou outros quaisquer corréus.»

<sup>39</sup> João António Raposo (2001) «A punibilidade nas situações de “instigação em cadeia”», ob.cit. p. 912.

Ao ler estas disposições e ao comparar com as críticas feitas pelo Autor Chaveau et Hélie ao Código Penal Francês, logo se denota, que o nosso legislador se inspirou largamente nesses autores. Assim, como eles, entende que, ao contrário do que dispõe o Código Francês, é necessário fazer uma distinção entre autores e cúmplices. Do mesmo modo, como eles, nega, na tradição de Feuerbach, qualquer autonomia ao conceito de instigação. Finalmente, também na senda dos autores referidos, procura orientar a distinção entre autores e cúmplices através dos conceitos de participação «principal e secundária», «essencial e não essencial», correspondente, no fundo, à distinção dos praxistas, reelaborada por Feuerbach, entre participação *causam dans et non dans*.

Simplesmente, não se pode dizer que o legislador de 1852 fosse muito feliz na forma como levou a cabo este pensamento. Efetivamente, não autonomizando a instigação, parece, por outro lado, ter feito uma concessão à ideia de que nem todas as hipóteses de autoria que descreve o são na realidade. Com efeito, influenciado pelos Autores Levy e Pacheco, em vez de articular: «são autores», dispõe: consideram-se autores. Querer-se-á com isto significar que se parte de um conceito restritivo de autor? Seguramente que não, pois no artigo do Código de 1852, não só se descrevem os participantes que se podem designar como autores mediatos ou instigadores, como ainda os próprios autores materiais.

A conceitualização que se utiliza, não é, pois, pelo menos no que toca aos autores, nem extensiva nem restritiva, mas sim puramente declarativa. O mais grave erro não é, porém, esta atitude declarativa, mas em vez de uma formulação geral, pretende-se fazer uma enunciação casuística. Desta forma, embora seguindo muitos códigos criminais na época, caiu-se numa fragmentação e amálgama de hipóteses tanto mais perigosas quanto é certo que tal enunciação se destina não só a fornecer a ideia do que seja autor, mas também a opor tal conceito ao de cúmplice. Tendo o legislador seguido tal caminho casuístico, perdeu a certo ponto, qualquer critério orientador na distinção dos casos que enumera, vindo a incorporar na cumplicidade hipóteses que nunca deviam pertencer ao seu domínio, quer porque fora do conceito de participação, quer porque, nos seus quadros, deveriam pertencer ao âmbito da autoria. Assim, por exemplo, no nº5 do art.26.º integra-se na teoria da cumplicidade um problema cuja sede só podia ser a teoria da omissão. Por sua vez, nos nºs 3, 4 e 6 descrevem-se hipóteses que, na teoria seguida pelo próprio legislador de

distinguir entre conselho causa determinante e não determinante, deveriam ser abrangidas na autoria, justamente quando, sem o auxílio ou conselho, o crime não teria sido cometido.<sup>40</sup>

### 3.4. Código Penal de 1886

O trabalho da Comissão na Reforma Penal de 1884 não foi de modo algum feliz. Sucedia, na verdade, que entre o Código de 1852, e a nova Reforma de 1884, tinham sido publicados importantes diplomas, como a lei de 1 de julho de 1867 sobre o sistema penal e prisional e uma outra lei sobre competência internacional. Em face disto, havia dois caminhos a seguir, ou interpretar à letra o art.5.º referido, inserindo no Código de 1852 só as disposições da reforma de 1884, ou então fazer uma publicação perfeitamente atualizada, inserindo-se nela todas as leis que tinham modificado o Código de 1852. Em vez disso, introduziram-se no CP as normas da Nova Reforma, mas com tão pouco cuidado que se reproduziram artigos que estavam expressamente revogados. O que queria dizer, como escreveu o Autor Beleza dos Santos, “que o Código continha direito que já estava revogado quando o Código se publicou, e não abrangia todo o direito vigente nessa Época, parte do qual tinha ainda de se ir buscar à reforma de 1884, à de 1867 e ao próprio Código de 1852.”<sup>41</sup>

Quando ao sistema do Código ele era, fundamentalmente e sobretudo na parte especial, o Código de 1852. Quanto à parte geral, já estudámos na sede própria a conceção do legislador de 1886 pelo que respeita aos fins das penas. No quadro destas, não se compreende a pena de morte, nem as penas perpétuas, nem as de trabalhos públicos. Os máximos das penas maiores e de degredo são inferiores às do Código de 1852. Os efeitos civis das penas desapareceram e são menos duros do que o eram naquele Código. No que toca à sua graduação, adota-se um processo que vai desde o estabelecimento de penas fixas até à estatuição de penas variáveis, deixando-se neste último caso ao juiz a sua exata fixação no caso concreto. Nota-se, todavia, uma tendência para graduar as penas nesses limites de uma maneira mecânica, de que são exemplos a fixação da pena nos crimes de furto e a fixação das circunstâncias agravantes e atenuantes. Nisto, aliás, se revela não só um desejo

---

<sup>40</sup> Eduardo Correia (1953) «Problemas fundamentais da comparticipação criminosa», ob.cit. pp. 148-152.

<sup>41</sup> Eduardo Correia (2015) «Evolução do Direito Criminal Português», ob.cit. p. 112.

de maior intimidação como também um propósito de garantir o indivíduo contra o arbítrio do juiz.

O pensamento conduz ainda, através da própria diversidade de edifícios prisionais, a separar os homens das mulheres (art.10.º), os maiores dos menores (art.11.º), os delinquentes habituais e por tendência dos restantes (art.º 12.º e 108.º ss), os criminosos portadores de anomalia mental (art.121.º), os presos comuns dos políticos (140.º), enquanto, por outro lado se considera a particular situação de certos presos, v.g, a tuberculose (prisões sanatórios, art.99.º), a gravidez (prisões maternidades, art. 102.º), a embriaguez (art. 169.º), etc. Procurando corresponder aos princípios fundamentais da reforma prisional, e sob o impulso, nomeadamente, do Autor Beleza dos Santos, verificou-se nas últimas décadas, entre nós, um largo desenvolvimento das construções prisionais.<sup>42</sup>

### **3.5. Comparticipação no Código Penal de 1886**

No Código de 1886, a matéria da comparticipação criminosa aparecia regulada nos artigos 19.º, 20.º e 22.º do CP. Nos números 2,3 e 4 do artigo 20.º surgiam as várias figuras subsumíveis ao conceito amplo de autoria moral ou intelectual, como conceito mais vasto que abrangia a autoria mediata e a instigação. O CP de 1886 regulamentava a comparticipação criminosa e a participação criminosa no Capítulo III do Título I da sua Parte Geral, sob a designação «Dos Agentes do Crime», distinguindo os modos de participação no crime mediante a qualificação dos agentes como autores (participação principal), cúmplices (participação secundária) e encobridores (participação por aderência).<sup>43</sup>

O CP de 1886, resultou da integração no texto do Código de 1852 da disciplina jurídica constante das Leis de 1 de julho de 1867 e de 14 de julho de 1884, em que foram utilizadas, em parte, as disposições do Projeto de 1861. O CP de 1886 não é, assim, um Código novo, mas apenas o resultado da integração daquelas alterações no texto do Código de 1852, pelo que, em certas matérias, não existem alterações de fundo, por não se ter feito

---

<sup>42</sup> Eduardo Correia (2015) «A Evolução do Direito Criminal Português», ob.cit. pp. 113-118.

<sup>43</sup> Cavaleiro de Ferreira (1992) «A lei penal e a teoria do crime no CP de 1982», ob.cit. p. 443.

uma reforma completa e sistemática do Código anterior. Apesar desta situação, verificaram-se algumas alterações na regulamentação legal da comparticipação criminosa, que passou a ocupar os artigos 19.º a 25.º do CP de 1886. As modalidades de comparticipação foram acrescentadas (art. 19.º)<sup>44</sup>, passando a prever-se, para além da autoria (no art.20.º)<sup>45</sup> e da cumplicidade (no art.22.º)<sup>46</sup>, também o encobrimento (art.23.º)<sup>47</sup>. Da remodelação do artigo pela Reforma de 1884 dá conta a redação do artigo 20.º do CP de 1886, é de assinalar, desde já, que este CP substituiu a expressão «são considerados autores», para encimar a indicação dos autores materiais que executam ou participam na execução do crime, e a indicação dos que determinam outrem ao crime, ou autores morais. Todos eles «são» autores, e os autores são participantes principais do crime.<sup>48</sup>

Efetivamente, apesar destas alterações, o legislador continua a ser omissivo, na parte geral, quanto ao problema da comparticipação nos crimes próprios, embora na parte especial

---

<sup>44</sup> A redação do artigo 19.º era a seguinte: «os agentes do crime são autores, cúmplices ou encobridores.»

<sup>45</sup> A redação do artigo 20.º era a seguinte: «São autores:

- 1.º Os que executam o crime, ou tomam parte direta na execução;
- 2.º Os que por violência física, ameaça, abuso de autoridade ou de poder constrangerem outro a cometer o crime, seja ou não vencível o constrangimento;
- 3.º Os que por ajuste, dádiva, promessa, ordem, pedido, ou por qualquer meio fraudulento e direto determinaram outro a cometer o crime;
- 4.º Os que aconselharam ou instigaram outro a cometer o crime nos casos em que, sem esse conselho ou instigação, não tivesse sido cometido;
- 5.º Os que concorreram diretamente para facilitar ou preparar a execução nos casos em que, sem esse concurso, não tivesse sido cometido o crime;

§único. A revogação do mandato deverá ser considerada como circunstância atenuante, quando já tiver havido começo da execução.»

<sup>46</sup> A redação do artigo 21.º era a seguinte: «São cúmplices:

- 1.º Os que diretamente aconselharam ou instigaram outro a ser agente do crime, não estando compreendidos no artigo 20.º;
- 2.º Os que concorreram diretamente para facilitar ou preparar a execução nos casos em que, sem esse concurso, pudesse ter sido cometido o crime.»

<sup>47</sup> A redação do artigo 23.º era a seguinte: «São encobridores:

- 1.º Os que alteram ou desfazem os vestígios do crime com o propósito de impedir ou prejudicar a formação do corpo do delito;
  - 2.º Os que ocultam ou imobilizam as provas, os instrumentos ou os objetos do crime com o intuito de concorrer para a impunidade;
  - 3.º Os que sendo obrigados, em razão da sua profissão, emprego, arte ou ofício, a fazer qualquer exame a respeito de algum crime, alteram, ou ocultam nesse exame a verdade do facto com o intuito de favorecer algum criminoso;
  - 4.º Os que, por compra, penhor, dádiva, ou qualquer outro meio, se aproveitam ou auxiliam o criminoso para que se aproveite dos produtos do crime, tendo conhecimento no ato da aquisição da sua criminosa procedência.
- §único. Não são considerados encobridores o cônjuge, ascendentes e os colaterais ou afins do criminoso até ao terceiro grau por direito civil, que praticarem quaisquer dos factos designados nos números 1.º, 2.º e 5.º deste artigo.»

<sup>48</sup> Cavaleiro de Ferreira (1992) «A lei penal e a teoria do crime no CP de 1982», ob.cit. p. 474.

existissem vários crimes desta natureza.<sup>49</sup> Esta omissão do legislador não impediu, no entanto, que a doutrina se ocupasse do problema. Por outro lado, a comparticipação nos crimes específicos impróprios continuou a ser regulada, para a maioria dos Autores<sup>50</sup>, a propósito da matéria da comunicabilidade das circunstâncias, que passou a ter assento legal nos artigos 31.<sup>o51</sup> e 32.<sup>o52</sup> do CP de 1886, tendo assim o seu artigo 21.<sup>o</sup> do CP de 1852 dado origem a dois artigos distintos do CP de 1886.

À semelhança da opção legislativa tomada no CP de 1852, também no CP de 1886, o regime legal partia da distinção entre «circunstâncias pessoais» e «circunstâncias reais», as primeiras previstas no artigo 31.<sup>o</sup> e as segundas previstas no artigo 32.<sup>o</sup>. Tal como no CP de 1852, a relevância da distinção consistia em considerar que as circunstâncias pessoais, ou, na terminologia legal, «inerentes ao agente», apenas influenciavam a responsabilidade penal daquele em que se verificassem, enquanto as circunstâncias reais, designadas pelo legislador por «circunstâncias relativas ao facto incriminado», implicavam a modificação da responsabilidade penal de todos os agentes. A interpretação destas disposições legais não foi, contudo, isenta de polémica. Em primeiro lugar, não houve acordo na delimitação do âmbito do artigo 31.<sup>o</sup> do CP de 1886.

### **3.5.1. Código Penal de 1982**

### **3.5.2. Comparticipação no Código de 1982**

No que à instigação diz respeito, a figura do instigador só foi introduzida na nossa ordem jurídica como instituto legislativo autónomo em 1982. Na transição para o Código de 1982, a doutrina entendia que as situações, por regra, referidas ao conceito de instigação,

---

<sup>49</sup> Nomeadamente os crimes cometidos por funcionários públicos no exercício das suas funções, previstos nos Capítulos XIII do Título III do Livro II do CP 1886, artigos 284.<sup>o</sup> e ss.

<sup>50</sup> Parte da doutrina entendia que os artigos 31.<sup>o</sup> e 32.<sup>o</sup> do Código só eram aplicáveis às circunstâncias comuns e não também às circunstâncias modificativas e, por conseguinte, não seriam invocáveis para resolver o problema da comparticipação nos crimes específicos impróprios.

<sup>51</sup> A redação do artigo 31.<sup>o</sup> era a seguinte: «As circunstâncias agravantes ou atenuantes inerentes ao agente só agravam ou atenuam a responsabilidade do agente.»

<sup>52</sup> A redação do artigo 32.<sup>o</sup> era a seguinte: «As circunstâncias agravantes relativas ao facto incriminado só agravam a responsabilidade dos agentes que delas tiveram conhecimento, ou que devessem tê-las previsto antes do crime ou durante a sua execução.»

eram enquadráveis no conceito de autoria moral ou intelectual que, assente numa perspetiva causalista, defendida pelo Doutor Eduardo Correia, compreendia aqueles casos em que alguém causa a realização de um facto criminoso utilizando ou fazendo atuar outrem por si. Neste contexto, este Autor chega mesmo a referir-se à autonomia da instigação como “um puro luxo de conceitos”, acentuando a sua desnecessidade. Nesta linha de pensamento, uma conceção causalista e extensiva do conceito de autoria constava do artigo 27.º do Projeto da Parte Geral do CP. Porém, um conceito extensivo de autoria não alcançou consagração no texto legal definitivo.

A revisão do projeto da Parte Geral, levada a cabo pelo Doutor Antunes Varela como Ministro da Justiça, mantinha no conceito de autoria, previsto no artigo 32.º, n.º 1, a indução (essencial) ao crime e subsumia, por sua vez, à figura da cumplicidade “a contribuição ou auxílio que não tenha sido essencial” (n.º 2 do mesmo artigo). Na versão final do CP, a figura da cumplicidade, vem a ganhar, material e formalmente, autonomia sob a forma de um artigo próprio. Por sua vez, as condutas designadas ou por regra referidas à instigação, permanecem dentro das modalidades de autoria.<sup>53</sup>

No direito anterior, este conceito apenas tinha autonomia doutrinária, uma vez que a lei, fundando-se na ideia de autoria como causa necessária do facto, apenas previa a categoria de autor moral, que abrangia cumulativamente as realidades que hoje conhecemos como autoria mediata e instigação (art.20.º, n.º 2, 3 e 4, do CP de 1886). O CP de 1982, no seu art. 26.º pôs termo a este sistema, diferenciando claramente aquele que “executa o facto (...) por intermédio de outrem”, o autor mediato, daquele que “determina outra pessoa à prática do facto, desde que haja execução ou começo da execução”, o instigador. Uma tal distinção encontra inspiração nítida na configuração dada ao sistema de participação criminosa do *StGB* alemão pela reforma de 1975, ordenamento onde essa diferenciação se justifica dogmaticamente por o primeiro ser um autor, possuidor do domínio do facto (domínio da vontade), e o segundo um participante e não deter tal poder, carecendo portanto de um diverso fundamento da punição<sup>54</sup>.

---

<sup>53</sup> Susana Aires de Sousa (2017) «contratado para matar...», ob.cit. p. 205.

<sup>54</sup> E já não na ideia de que nos casos de instigação não seria pertinente falar em autoria por não ser possível afirmar a noção de causalidade em relação à vontade humana dotada de livre arbítrio, que permanece, no entanto, com o fundamento histórico filosófico que presidiu à autonomização do instituto (cfr. Eduardo Correia,

No entanto, se foi este o paradigma comparticipativo inspirador<sup>55</sup>, o legislador português inovou no modo de transposição e autonomização das categorias da autoria mediata e da instigação, circunstância que tem vindo a suscitar dúvidas acerca da natureza da figura do instigador no nosso sistema jurídico penal, isto é, quanto a saber se o instigador continuará a ser um autor moral na linha da legislação anteriormente em vigor ou se tratará antes de um participante de matriz germânica. A favor da primeira orientação (autoria moral), tem-se invocado a localização sistemática da norma que prevê a instigação no âmbito do CP Português. Efetivamente, enquanto o legislador alemão, num título intitulado autoria e participação, regulou todas as formas de autoria no § 25, relegando o instituto da instigação (bem como o da cumplicidade) para um preceito autónomo (§ 26), evidenciando que tudo o que não conste do § 25 será então um modo de participação no facto, a lei portuguesa definiu o conceito de instigação junto das formas de autoria, reunindo tudo num mesmo preceito, o art.26.º, subordinando à epígrafe autoria.<sup>56</sup>

O Doutor Figueiredo Dias dá conta de que a solução consagrada nos artigos 26.º e 27.º do Código de 1982, no sentido de restringir o conceito de autoria dele autonomizando os atos de mero auxílio, resultou de uma transação entre a conceção causalista do Doutor Eduardo Correia e os defensores de uma conceção restritiva de autoria assente no critério do

---

Direito Criminal- I – Tentativa e Frustração – II- Comparticipação Criminosa – III – Pena Conjunta e Unitária, pp.126 e ss: “julgava-se impróprio falar-se de causalidade relativamente à vontade humana: a liberdade de determinação no homem tornaria impossível considerar-se o crime do instigado como causado pela atividade do instigador. E daí a necessidade lógica do conceito autónomo de instigação”.

<sup>55</sup> É assim manifesto o não acolhimento pelo Código atualmente em vigor da conceção do Projeto Eduardo Correia, mais próxima da anterior situação legislativa, que designava como autor do facto, no seu art.20.º, aquele que “tiver dado causa à sua realização”, prevendo no nº3 do mesmo preceito a forma de autoria moral, onde se diluíam, sem qualquer autonomização ou diferenciação, os casos de autoria mediata e de instigação(cfr. Eduardo Correia, Código Penal – Projeto da Parte Geral). Este enquadramento foi justificado pelo autor do Projeto à Comissão Revisora do seguinte modo:

“(…) a leitura do articulado na parte respetiva logo revela que se procurou seguir aquilo que poderia chamar-se a doutrina latina da comparticipação, em especial a francesa, por contraposição à alemã. Esta diferença de conceções avulta quando se considera o discutível conceito de “instigação”, tal como ele tem sido elaborado na doutrina germânica, e que no projeto se resolveu não autonomizar em relação ao da autoria mediata. (...) (...) Todavia, será esta a mais importante questão que a Comissão terá de votar, até porque, a entender que o conceito de instigação deve ser autonomizado, todo o articulado seguinte terá de ser profundamente modificado. (...)”

Iniciada a discussão, a unanimidade dos membros presentes pronunciou-se no sentido de se manter o sistema atual de estruturação de comparticipação, e por conseguinte também o que o Projeto sanciona, repudiando-se, como fora preconizado pelo Autor do Projeto, a autonomização do conceito de instigação.”(cfr. Atas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal- Parte Geral, ob.cit. pp. 194-196).

<sup>56</sup> Helena Mourão (2006) «Instigação em Cadeia», ob.cit. pp. 28-30.



domínio do facto, de influência germânica. Entre os pontos mais relevantes daquele acordo, incluiu-se a “consideração da instigação entre as formas da autoria e não como entidade a subsumir, juntamente com a cumplicidade, a um conceito superior de participação ou tão pouco como *tertium genus* a considerar autonomamente entre a autoria e a cumplicidade”.

Desta brevíssima nota evolutiva, contextualizadora do artigo 26.º do CP, concluiu-se que a instigação foi historicamente concebida na lei portuguesa como uma modalidade de autoria. Este traço histórico manteve-se no CP atual ao configurar-se a determinação dolosa de outrem à prática do crime como uma das modalidades de conduta integradas no artigo que prevê o regime legal da autoria. Todavia, exige-se, no caso do instigador, que se inicie a execução. Esta condição, fixada na parte final do artigo 26.º, tem merecido por parte da doutrina qualificações e interpretações distintas consoante se conceba a determinação à prática do crime como autoria comparticipada ou, ao invés, como participação na autoria.<sup>57</sup>

Em sede de comparticipação criminosa (autoria e cumplicidade), são significativas as alterações introduzidas no artigo 27.º do projeto primitivo, refletindo essas alterações a influência crescente da teoria do domínio do facto. Assim, não apenas se autonomiza a instigação em relação à autoria mediata (pondo termo à antiga categoria da autoria moral, intelectual ou mediata), como se disciplina em artigo próprio a cumplicidade. Todavia, parece-nos que o legislador atual, mais do que atender às novas conceções sobre autoria, quis responder às manifestas lacunas de punibilidade que a acessoriedade qualitativa, tratando-se da autoria moral ou mediata (cfr. art. 27.º, n.º 3, Projeto Parte Geral) originava. A este respeito, o Doutor Cavaleiro de Ferreira salienta: “É notório que se encontravam omissos no projeto primitivo, como após a 1.ª revisão ministerial, casos de autoria moral abrangidos na regulamentação do CP.

Sobre a redação final do art.º 26.º do CP, o Doutor Figueiredo Dias, refere, que esta foi “de alguma forma, o resultado do embate entre a conceção causal da autoria do Doutor Eduardo Correia e a teoria do domínio do facto. O acordo obtido nesta matéria terá derivado mais, no entanto, da convicção de que o texto aprovado permitia soluções dos problemas concretos da comparticipação razoáveis e justas do que a qualquer unanimidade na

---

<sup>57</sup> Susana Aires de Sousa (2017) «contratado para matar», ob. cit. pp. 206-207.

compreensão dos fundamentos doutrinários sobre os quais a interpretação e aplicação deveria assentar no futuro. Os pontos mais relevantes de um tal acordo traduziram-se: na redefinição das diversas formas de autoria e na autonomização da cumplicidade, e por conseguinte, na aceitação de um conceito restritivo de autor nos crimes dolosos de ação, na consideração da instigação entre as formas de autoria e não como entidade a subsumir, juntamente com a cumplicidade, a um conceito superior de participação ou tão pouco como *tertium genus* a considerar autonomamente entre a autoria e a cumplicidade”.

Para este autor, assim, a instigação é uma verdadeira “modalidade” de autoria, assim definida: “Instigador no sentido do artigo 26.º do CP, é unicamente quem produz ou cria de forma cabal, podia talvez dizer-se, pedindo ajuda à língua francesa: quem “*fabrica de toutes pièces*” no executor a decisão de atentar contra um certo bem jurídico penal através da comissão de um concreto ilícito típico, se necessário inculcando-lhe a ideia, revelando-lhe a sua possibilidade, as suas vantagens ou o seu interesse, aproveitando a sua plena disponibilidade e acompanhando de perto e ao pormenor a tomada de decisão definitiva pelo executor.”<sup>58</sup>

---

<sup>58</sup> Figueiredo Dias, in: Revista Legislação nº3937, ano 135, março-abril de 2006, pp. 255-256.

## 4. Natureza Jurídica

### 4.1. A Instigação na Doutrina Portuguesa

A questão da natureza jurídica não é uma questão assente na doutrina portuguesa. De um lado, temos autores que consideram a figura da instigação uma quarta modalidade de autoria, que, a nosso ver, é a posição que melhor se enquadra. Por outro lado, temos autores que defendem que a mesma deve ser integrada, na participação, juntamente com a cumplicidade. No entanto, quer seja vista como uma forma de autoria ou participação, o instigador será sempre punido como autor, tendo muita importância prática, como veremos adiante.

Num primeiro momento, apontaremos os argumentos utilizados para quem entende que a instigação é apenas uma forma de participação. O facto de a lei portuguesa ter definido o conceito de instigação junto das formas de autoria<sup>59</sup>, tendo reunido tudo no mesmo preceito, tal argumento tem, no entanto, que ser necessariamente desmentido uma vez que a única afirmação feita pela norma do art.º 26.º do CP é a de que aquele que determina outrem à prática do facto é punido como autor, deixando de afirmar categoricamente que “é autor” como fazia o art.20.º do CP de 1886. Também não é sólido dizer-se que a punição com pena aplicável ao autor aponta para a qualificação como autor, pois, também no CP alemão, o instigador se encontra sujeito a pena idêntica e reveste visivelmente o estatuto de participante.<sup>60</sup>

Por outro lado, o facto de se exigir “desde que haja execução ou começo da execução” para o instigado, ser um argumento ponderante, para se qualificar a instigação como participação, visto ser uma exigência que não se reclama na autoria mediata, nem na autoria imediata ou coautoria, comprova a dependência do ato instigador relativamente a um facto que é dominado por outrem e revela, assim, a natureza acessória do instituto e a sua aproximação clara ao princípio da acessoriedade da participação em face da autoria, previsto no modelo legal germânico.<sup>61</sup>

---

<sup>59</sup> Inversamente, o legislador alemão, num título intitulado autoria e participação, regulou todas as formas de autoria no 25§, relegando o instituto da instigação, bem como o da cumplicidade, para um preceito autónomo, o 26§, evidenciando que tudo o que não conste do 25§ será então um modo de participação no facto.

<sup>60</sup> Helena Mourão (2006) «Instigação em Cadeia», ob.cit. p. 30.

<sup>61</sup> Helena Mourão (2006) «Instigação em Cadeia», ob.cit. p. 32.

Os autores que partilham esta posição entendem, na esteira do Autor Roxin, que o instigador não possui o domínio do facto praticado pelo homem da frente. Este afirma que «nem todo aquele que exerce influência mais ou menos intensa sobre a resolução daquele que executa domina o facto». Há que limitá-lo aos casos em que a decisão determinante e última sobre o que deve ocorrer pertence ao homem de trás. Sempre que o executor direto tenha liberdade de decidir, a influência do homem de trás não pode constituir o “domínio” cuja existência, de acordo com a teoria do domínio do facto, deve ser um requisito de autoria.<sup>62</sup>

Assim, para os autores que entendem que a instigação não é verdadeira autoria, deve-se, depois do instigador criar a resolução criminosa no executor, é a decisão deste último, e não a do instigador que se projeta no facto: é o homem da frente, ou seja, o autor imediato, que decide a evolução do facto e modo de execução, e é ainda nele que reside o poder de interromper a realização do facto.

Quanto ao fundamento material da punição do participante, o instigador é punido pela contribuição que presta ao facto principal. Uma vez que é pressuposto necessário à punição dos comportamentos de instigação e cumplicidade que o facto principal atinja pelo menos o limiar da tentativa e que as respetivas molduras penais sejam delimitadas em função daquela que corresponde ao facto tentado ou consumado do autor, há que reconhecer, no nosso sistema penal, uma dependência jurídica e não puramente fáctica do instituto de participação em face de autoria. Efetivamente, o comportamento de participante reveste, entre nós, uma natureza acessória, isto é, o seu conteúdo de ilícito é determinado e deriva essencialmente do facto praticado pelo autor principal, pelo que representa, um conceito subordinado ao de autoria<sup>63</sup>.

No entanto, esta ideia não justifica ainda plenamente o fundamento do ilícito do participante no Direito Penal Português, pois existem alguns elementos respeitantes ao

---

<sup>62</sup> Claus Roxin (2000) «Autoría y dominio del hecho en derecho penal», ob.cit. p. 168.

<sup>63</sup> Repare-se que se o autor se ficar pelo mero estágio de tentativa, o participante também será apenas punido com a pena prevista para o facto tentado, apesar de se poder afirmar que a cumplicidade ou instigação se encontram, em si, consumadas. Desta forma, não parece correto vislumbrar a exigência legal de início de execução como mero pressuposto de punibilidade.

conteúdo de ilicitude do comportamento do participante que se revelam perfeitamente autónomos e que não se deixam explicar através do princípio da acessoriedade, por não poderem derivar do facto principal. São os casos em que o bem jurídico lesado pertence ao próprio participante. Quer isto dizer, quem determina outrem a destruir um objeto aparentemente alheio, mas que se encontra afinal na esfera da propriedade do próprio incitador, não pode ser punido por instigação, ainda que o facto praticado pelo autor seja típico e ilícito, pois a ofensa da própria propriedade não constitui qualquer lesão jurídico penalmente relevante. Evidencia-se, assim, que para que o comportamento do participante possa ser punido, o bem jurídico atacado também tem que se encontrar protegido diante dos ataques que este lhe possa dirigir, pelo que o seu ato consubstancia, no fundo, um ataque independente ao bem jurídico tutelado, ainda que realizado através do facto do autor.

Nestes termos, o fundamento material da pena prevista para a participação reside assim na circunstância de o participante, ao contribuir para a prática do facto principal, atacar mediamente o bem jurídico protegido pelo tipo incriminador da Parte Especial. Solução esta, que além de ultrapassar as incompatibilidades com o sistema reveladas pela teoria pura da causação, que defende a total autonomia do ilícito do participante, e pela teoria da causação orientada para a acessoriedade, que entende que o ilícito do participante é exclusivamente determinado pelo facto do autor, respeita na sua plenitude o princípio da culpa, uma vez que o participante não responde assim pelo facto de outrem, mas pela realização do próprio ilícito.<sup>64</sup>

Assim, o instigador, assume, no nosso sistema jurídico penal, neste ponto de vista, o estatuto de um participante de matriz germânica e não o de um autor moral como na anterior legislação penal portuguesa, contribuindo para esta conclusão a proximidade do recorte conceptual do instituto em face da previsão normativa do 26§ do *StGB*<sup>65</sup>, a autonomização legal das figuras da instigação e da autoria mediata e a referência à ideia de acessoriedade, que simultaneamente sugere a possibilidade de soluções diversas em sede de tentativa de autoria mediata e de instigação, na parte final do art. 26.º do CP.

---

<sup>64</sup> Helena Mourão (2006) «Instigação em Cadeia», ob.cit. pp. 36 a 38.

<sup>65</sup> O § 26, sob a epígrafe “Instigação (*Anstiftung*)”, prescreve: “É punido, como instigador, do mesmo modo que um autor, quem dolosamente determinou outrem ao facto ilícito cometido, dolosamente, por este.” (*Als Gehilfe wird bestraft, wer vorsätzlich einen anderen zu dessen vorsätzlich begangener rechtswidriger Tat bestimmt hat.*)”.

Nas palavras da Doutora Conceição Valdágua, a aparência de uniformidade de tratamento das duas figuras no direito penal português, nomeadamente, a autoria mediata e instigação, é enganadora, pois no art.º. 26.º do CP, a instigação e a autoria mediata estão estruturadas em termos diversos. Segundo este preceito, a punição de quem “determinar outra pessoa à prática do facto” depende de existir “execução ou começo de execução”, mas para a punição de quem executar o facto (...) por intermédio de outrem”, não se exige esse requisito, nem qualquer outro equivalente. Esta diversidade de estrutura de autoria mediata e de instigação é particularmente relevante numa ordem jurídica que, como a nossa, não incrimina a tentativa de instigação, pois daí decorre que o agente mediato, se o seu comportamento for tratado como instigação, ficará impune sempre que não chegar a haver execução ou começo de execução, por parte do instigado. Diferentemente, nos casos de autoria mediata, o regime resultante do artigo 26.º do CP não exige para a responsabilidade do autor mediato o início da execução pelo autor imediato<sup>66</sup>, não excluindo, assim, a possibilidade do “homem de trás” ser punido por tentativa a partir de um momento anterior àquele em que o autor imediato começa a praticar atos de execução do tipo legal de crime<sup>67</sup>.

Saber se esse momento, anterior à prática de atos de execução pelo autor imediato, coincide com o início ou com o fim do autor mediato sobre o executor, ou com momento em que o autor mediato larga das mãos o curso dos acontecimentos, ou com a verificação do perigo imediato para o bem jurídico, não é questão que tem de ser decidida aqui. Em qualquer caso, parece-nos correto afirmar que, também no direito penal português vigente, quando o autor imediato não chega a praticar atos de execução do facto tipicamente ilícito, o âmbito da punição do autor mediato pode ser mais amplo (pode começar mais cedo) do que a punição do instigador. A Doutora Conceição Valdágua, acrescenta ainda, que não sendo a

---

<sup>66</sup> O mesmo supomos valer em face do 25, 1, do *StGB*, apesar de uma parte da Doutrina Alemã, defensora da “solução global”, sustentou que a tentativa só começa para o autor mediato a partir do momento em que o instrumento inicia a execução.

<sup>67</sup> Cremos que a 2ª proposição do art.26.º, por si só, não torna inviável a defesa, em face do nosso direito, da chamada “solução individual” (segundo a qual a tentativa do autor mediato se inicia sempre com a atuação deste sobre o instrumento), nem da “solução global”(que- vendo os comportamentos do autor mediato e do autor imediato como uma unidade, uma “ação global”- entende que a tentativa para o autor mediato, em regra, só se inicia quando o autor imediato começa a execução) para a determinação do início da tentativa do autor mediato. Esta é, no entanto, uma questão que, em nosso entender, não pode ser decidida a partir, apenas, da interpretação do art. 26.º; a solução terá de passar pela conjugação do disposto neste último normativo com o previsto no art. 22.º para a tentativa.

instigação à instigação, ou instigação em cadeia punível no nosso direito, se o “homem de trás” for considerado instigador ele ficará impune, sempre que, para a realização do seu plano criminoso, determinar alguém a contratar outra(s) pessoa(s) para a execução daquele plano.<sup>68</sup> Se, pelo contrário, o “homem de trás” for considerado autor mediato, nada obstará à sua punição como autor do crime.<sup>69</sup>

Embora o art. 26.º do CP português, na sua 4.ª proposição, mande punir como autor também o instigador, o comportamento deste é aí descrito como o de alguém que determina outrem à prática (execução do facto). Quanto aos outros agentes puníveis como autores, diz a lei que eles executam (por si mesmo- autor imediato, por intermédio de outrem- autor mediato, ou juntamente com outro ou outros- coautor) o facto, no todo ou em parte. Esta diferença entre executar o facto, total ou parcialmente, e determinar outrem a praticá-lo não é produto do acaso ou de menor rigor terminológico como, de resto, mostra a circunstância de se exigir para a punição do instigador, e só para a dele, “a execução ou começo de execução”. Tal exigência surge como pressuposto adicional da punição do instigador, precisamente porque a execução do facto tipicamente ilícito é algo que acresce à sua conduta e terá de ser levado a cabo por outrem, nomeadamente, o instigado. Por isso, entendemos que a 4ª proposição do art.26.º do CP regula a instigação como forma de participação acessória.<sup>70</sup>

De acordo com o Doutor Paulo Pinto de Albuquerque, a instigação consiste na determinação de outra pessoa à prática de um facto ilícito típico concreto quando esta pessoa não tivesse anteriormente dolo desse facto ilícito típico. O instigador tem um dolo duplo, reportado, por um lado, à determinação do instigado e, por outro lado, ao facto concreto (consumado ou tentado) cometido pelo instigado, devendo verificar-se no instigador todos os elementos típicos subjetivos, mas sendo irrelevante o erro sobre a identidade da vítima sempre que essa identidade não constitua elemento do tipo. Menciona ainda, que o instigado tem liberdade de determinação da sua vontade e dolo do tipo. E o instigador não tem o domínio do facto nem o “domínio da vontade” do instigado. Defende-o com o argumento de

---

<sup>68</sup> Em nosso entender não existe instigação à instigação, ou instigação em cadeia, mas sim verdadeira instigação à autoria, quando o agente intermédio se limita a atuar, junto do executor, como simples transmissor do plano e da vontade do “homem de trás”.

<sup>69</sup> Conceição Valdágua (2001) em «Figura Central, aliciamento e autoria mediata», ob.cit. pp. 932-935.

<sup>70</sup> Conceição Valdágua (2001) em «Figura central, aliciamento e autoria mediata», ob.cit. p. 919.

que o instigador só chega a ser punido caso o instigado efetivamente dê início à execução do facto, sendo a tentativa (frustrada) impune. Por isso, a instigação do ponto de vista deste Autor, é uma forma de participação, colocando-se em relação a ela o problema da acessoriedade do facto do instigador em relação ao facto principal (doloso) do instigado.

Assim, de acordo com este Autor, o argumento sistemático da arrumação da instigação entre as figuras da “autoria” no art.º 26 do CP, por contraposição ao 26 § do *StGB* alemão, não é, pois, definitivo, sendo antes decisiva a circunstância de a lei ter autonomizado a figura do instigador em relação ao autor mediato e ter condicionado a punibilidade do instigador ao início da execução do facto principal, ao invés do Projeto do CP de 1963, mas à semelhança do que prevê o dito 26.º do *StGB*.<sup>71</sup>

Em suma, o instigador enquanto participante, não sendo detentor do domínio do facto, é punido pela colaboração que presta ao facto ilícito do autor principal. O conteúdo de ilicitude do seu contributo reveste a natureza acessória, ou seja, é essencialmente determinado pelo facto do autor, mas revela igualmente traços autónomos, concretizando assim um ataque independente (ainda que mediato) ao bem jurídico.<sup>72</sup>

Por outro lado, de um extremo oposto, alguma doutrina portuguesa, na qual destaco o Doutor Figueiredo Dias, vê a instigação não como uma forma de participação, mas como uma quarta modalidade de autoria. Analisaremos de seguida os argumentos usados para defender esta posição.

Começaremos por depreciar o argumento de o art. 26.º do CP, não configurar diretamente o instigador como autor, mas apenas que ele “é punível como autor”. Este preceito diz exatamente o mesmo a respeito do autor imediato, do autor mediato e do coautor, que integram indubitavelmente a categoria de autoria. O nosso legislador português conhecia segura e exatamente as formulações da lei alemã sobre o problema, e em particular, a menção tripartida dedicada pelo 25§ à autoria, pelo 26§ à instigação e pelo 27§ ao auxílio. Efetivamente, conhecia também a consequência doutrinal a que conduz uma tal conceção de

---

<sup>71</sup> Paulo Pinto de Albuquerque (2015) «Comentário do Código Penal à luz da CRP, CEDH», ob.cit. pp. 202-203.

<sup>72</sup> Helena Mourão (2006) «Instigação em Cadeia», ob.cit. p. 217.



excluir a instigação da autoria e imputá-la, juntamente com o auxílio, à “participação”. Indica assim, que não foi por confusão ou ligeireza, que o legislador português colocou a instigação ao lado da autoria, imediata e mediata, e da coautoria, mandando em qualquer dos casos punir os agentes como autores. Assim, para o Doutor Figueiredo Dias, qualquer discussão sobre a natureza jurídica da instigação, deve ser feita no plano do direito a constituir, pois, no plano do direito constituído, ela é, por força da lei, autoria.<sup>73</sup>

Sendo instigador, no sentido do art.26.º do CP, quem produz ou cria de forma cabal no executor a decisão de atentar contra um certo bem jurídico penal através da comissão de um concreto ilícito típico. O instigador possui deste modo, o domínio do facto, neste caso, o domínio da decisão. Assim, temos um verdadeiro senhor, dono ou dominador se não do ilícito típico como tal, pelo menos da decisão do instigado de o cometer. De um ilícito que, acrescente-se, que embora sendo obra pessoal do homem da frente, faz parecer o acontecimento como obra do instigador e dá o seu contributo para o facto o carácter da corealização de um ilícito de não de mera participação.<sup>74</sup>

Existem, no entanto, comportamentos que não cabem nesta aceção ampla do termo “instigação”, que será o caso em que o homem de trás, com a sua conduta, influencia a motivação do homem da frente, sem verdadeiramente o “determinar”. Tal conduta, não cabe, no conceito jurídico penal de “instigação”, antes constitui “auxílio” ao facto de outrem, e, por conseguinte, “cumplicidade” para o efeito do art.27.º do CP. Deste modo, temos os atos de “instigação determinação” que são autoria a que corresponde o art.26.º do CP, 4ª alternativa e outro tipo de atos, os denominados “instigação auxílio moral”, a que diz respeito o art.27.º, 2ª alternativa, que são cumplicidade.<sup>75</sup>

O Doutor Figueiredo Dias refuta o argumento daqueles que integram a instigação na participação pelo facto de estar sujeita ao princípio da acessoriedade. Todavia, como referimos anteriormente, entendemos que a punição de instigação estar dependente da execução ou começo da execução do facto por parte do agente imediato nada tem a ver com o princípio da acessoriedade, mas sim de uma exigência político criminal, ligado a uma ideia

---

<sup>73</sup> Figueiredo Dias (2007) «Direito Penal- Parte Geral», ob.cit. p. 798.

<sup>74</sup> Figueiredo Dias (2007) «Direito Penal- Parte Geral», ob.cit. pp. 799-800.

<sup>75</sup> Figueiredo Dias (2007) «Direito Penal- Parte Geral», ob.cit. pp. 800-801.

de que sendo o processo de determinação essencialmente interno ou psicológico, a lei entendeu de forma expressa que a determinação só pode considerar-se verificada quando conduza à prática pelo instigado de atos que a revelem ou executem ou exteriorizem.<sup>76</sup>

De acordo com o princípio da autorresponsabilidade, devem ser incluídas na autoria mediata, todas aquelas situações em que, por força da atuação do homem de trás, o homem da frente, o denominado instrumento, leva a cabo o facto de forma não totalmente responsável e este não lhe pode ser imputado a título de dolo. Deste modo, se aquela condição básica se não verifica, se o homem da frente, atuou de forma plenamente responsável do ponto de vista jurídico penal, então a ele não deve caber a qualidade de autor mediato, mas de instigador, ou porventura, cúmplice. Assim, o princípio da autorresponsabilidade não é critério de toda a autoria, em qualquer situação em que intervenha um homem da frente e um homem de trás, mas sim critério da autoria mediata e apenas desta. Para que não ocorram lacunas de punibilidade, como por exemplo, punir como autor aquele a quem cabe a menor fatia de responsabilidade jurídico penal e como mero participante aquele que no fundo foi o autêntico centro pessoal do ilícito, isto é, em princípio uma culpa mais pesada. Cremos, todavia, que a solução das dificuldades se não encontrará num alargamento desmesurado do conceito de autoria mediata, que lhe faz perder os contornos precisos impostos pela fidelidade a um conceito restritivo de autor, mas em colocar ao lado da autoria mediata, uma outra forma de verdadeira autoria, a instigação.<sup>77</sup>

Concluindo, uma vez que entre o instigador e o facto criminoso, ocorre uma atuação dolosa e atendendo a que a determinação é um processo psicológico, justifica-se que, como regra geral, se faça depender a punição do instigador do início da execução do facto pelo instigado. Esta exigência fundamenta-se não na ideia de que se esteja, na instigação, perante uma forma de participação, mas antes em duas razões principais, de natureza dogmática e de ordem político criminal ligadas à própria essência da instigação: se o executante atua de forma plenamente responsável, a conduta do instigador só é perigosa para o bem jurídico penal quando o instigado inicie a execução uma vez que só nesse momento se poderá afirmar a existência de um perigo imediato e iminente para o interesse protegido.<sup>78</sup>

---

<sup>76</sup> Figueiredo Dias (2007) «Direito Penal- Parte Geral», ob.cit. p. 809.

<sup>77</sup> Figueiredo Dias (2007) «Direito Penal- Parte Geral», ob.cit. p. 804.

<sup>78</sup> Susana Aires de Sousa (2017) «contratado para matar...», ob.cit. p. 219.

A nosso ver, enquadrar a instigação no seio da autoria tem ainda uma vantagem importante, em que permite incluir muitas situações, em que o homem de trás é o verdadeiro senhor do facto, detendo por isso, o domínio do mesmo, mas que não são verdadeiros casos de autoria mediata, pois, aquele, não se serve do homem da frente como instrumento.

## **4.2. Teorias de Distinção entre Autoria e Participação**

Vamos referir-nos, ainda que de modo breve, às diversas teorias para a determinação do conceito de autor. O excursus é importante para perceber a valoração da ação do autor no direito penal, e, também, para mais facilmente se acompanhar a doutrina que distingue os autores dos participantes.

### **4.2.1. Teoria Formal Objetiva**

Para ter em conta o tema de distinção entre autoria e participação, teremos de mencionar as várias teorias que surgiram ao longo do tempo. Como ponto de partida histórico e lógico, temos a teoria formal objetiva, em que autor é todo aquele que executa, total ou parcialmente, a conduta que realiza o tipo de ilícito. Esta, assume uma ligação indissolúvel entre a figura de autor e a realização do tipo de ilícito, conferindo-lhe o sentido dogmático, o princípio do *nullum crimen sine lege*. No entanto, em desfavor dela, não é suficientemente explícita quanto à definição dos critérios práticos normativos da autoria, importando procurar atrás das palavras da lei com o que se exprime o tipo de ilícito, ou seja, o que significa “executar o facto”, por isso se torna fulcral determinar que elementos do comportamento assumem relevo para a distinção, e porquê.<sup>79</sup>

### **4.2.2. Teoria Material Objetiva**

Posteriormente, seguiu-se a teoria material objetiva assente na causalidade que se encontra na chamada teoria unitária da autoria. Visa, no princípio e no limite, tratar

---

<sup>79</sup> Figueiredo Dias (2007) «Direito Penal- Parte Geral», ob.cit. pp.759-760.

unitariamente e igual todos os participantes e no mesmo facto ilícito típico, e na verdade, tratá-los como autores. Nesta perspectiva, autor é aquele que de uma qualquer forma executa o facto na aceção de que oferece uma contribuição causal para a realização típica, seja qual for a sua importância ou significado. As diferenças entre os diversos contributos causais só podem relevar para efeito de medida concreta da pena, mas não devem assumir significado dogmático. Este modelo, encontrou acolhimento no Projeto da Parte Geral do Doutor Eduardo Correia<sup>80</sup>. No entanto, esta conceção, não se compagina com a nossa lei atual. Pois, a modificação que interveio no trânsito do art.27.º do Projeto da Parte Geral para os arts. 26.º e 27.º do CP vigente não pode imputar-se a mera alteração da redação, antes significa o abandono da teoria em que aquele preceito assentava e a adoção de teoria diferente. Indiscutível, para nós, é que a cumplicidade não constitui uma forma de autoria a par de outras formas de autoria: ela é, coisa diversa, como logo indica a circunstância de constar de preceito diferente (27.º), daquele em que se quis definir de forma esgotante a autoria e as suas formas possíveis.<sup>81</sup>

Em definitivo, nos termos do art.26.º do CP, autor não é quem causa o dano, mas quem o executa, direta ou indiretamente, sendo que isto corresponde à exigência própria do Estado de Direito de que a punição se vincule e refira à realização do tipo. A “causalidade” não revela em si mesma capacidade nem para fundar as diversas formas de autoria, nem para as distinguir. Acresce, assim, o seguinte, decisivo, para nós: se autor é quem realiza o facto típico e se todo o tipo é tipo de ilícito, então a essência de autoria tem de decorrer da essência do ilícito. Deste modo, só pode ser correto um conceito restritivo de autor segundo o qual a autoria está vinculada ao sentido pessoal do ilícito vazado no tipo e, por aqui, à conduta ilícita típica. Concluindo, uma conceção correta de autoria terá por força de radicar na realização pessoal de um ilícito típico, não na sua “causação”.<sup>82</sup>

---

<sup>80</sup> Art. 27.º: “É punível como autor ou agente de um crime quem tiver dado à causa realização sob as formas seguintes: 1.º Executando-o singular e imediatamente; 2.º Executando-o imediatamente, por acordo e conjuntamente em outro ou outros; 3.º. Determinando- quer singular, quer por acordo e conjuntamente com outro ou outros- direta e dolosamente alguém à prática de um facto ilícito, sempre que este, ao menos em começo de execução, se tenha praticado e não houvesse sido cometido sem aquela determinação; 4.º Determinado direta e dolosamente alguém à prática de um facto ilícito ou auxiliando-o dolosamente na sua execução, sempre que, tendo embora sem aquela determinação ou auxílio a execução sido levada a cabo, ela o fosse, todavia, por modo, tempo, lugar ou em circunstâncias diferentes. Esta última forma de participação constitui a cumplicidade.”

<sup>81</sup> Figueiredo Dias (2007) «Direito Penal- Parte Geral», ob.cit. p. 761.

<sup>82</sup> Figueiredo Dias (2007) «Direito Penal- Parte Geral», ob.cit. p. 763.

### 4.2.3. Teorias Subjetivas

Perante a falência da teoria da causalidade, defensoras, por isso, de um conceito extensivo de autor, procurou-se atender no lado subjetivo do crime o fundamento da autoria. Surgem, assim, as teorias subjetivas, em que atendem a realidades puramente internas ou psíquicas, sejam elas a vontade, a intenção, os motivos, os sentimentos ou as atitudes interiores do agente. Segundo esta perspectiva, é autor quem realiza o facto com vontade de autor (com *animus auctoris*), participante quem colabora no facto de outrem com vontade de participante (com *animus socii*).

Por outras palavras, o autor quer o facto como próprio, o participante quer o facto como alheio. Apesar de poder dizer-se que a sua conceção persistiu e constituiu um estágio essencial de elaboração, as teorias subjetivas não podem ser aceites. Desde logo, porque o sentimento pessoal do agente não pode, em si mesmo, constituir critério da autoria, não é porque alguém se sente autor que uma tal qualidade lhe deve passar a caber. Mas não só, radicando as teorias subjetivas em elementos constitutivos como a vontade, a intenção e os motivos, na conceção clássica durante muito tempo imperante, eram imputados em exclusivo à culpa, a autoria não só se divorciava mais uma vez da realização típica de um ilícito, como ficava próxima a ideia de distinguir a autoria da participação consoante o facto surgisse, relativamente a um e outro agente, como mais ou menos censurável, ou seja, o agente podia ser considerado como autor não porque tivesse realizado o facto, mas porque, não o tendo executado mas só nele colaborado, a sua posição aparecia mais censurável do que a do verdadeiro autor; e inversamente.<sup>83</sup>

Assim, a principal crítica a esta teoria consiste na violação do princípio da legalidade pois que os tipos penais incriminadores descrevem o comportamento do autor objetivamente não podendo ser ultrapassados ou corrigidos pelo *animus* do agente interveniente.<sup>84</sup>

---

<sup>83</sup> Figueiredo Dias (2007) «Direito Penal- Parte Geral», ob.cit. pp. 764-765.

<sup>84</sup> Germano Marques da Silva «Direito penal português: teoria do crime», ob.cit. p. 360.

#### 4.2.4. Teoria do Domínio do Facto

Por fim, e em face de uma síntese de momentos objetivos e subjetivos, surgiu a teoria do domínio do facto. Autor é, segunda esta conceção de forma sintética e conclusiva, quem domina o facto, quem dele é “senhor”, quem toma a execução “nas suas próprias mãos” de tal modo que dele depende o se e o como da realização típica<sup>85</sup>, podendo afirmar-se que o autor é a figura central do acontecimento. Nos casos de comparticipação, importa distinguir quem é autor da realização ilícita típica e quem dela apenas participa. O critério maioritariamente seguido pela doutrina assenta hoje na teoria do domínio do facto,<sup>86</sup> em parte surgida como reação perante as indesejáveis consequências quer de uma teoria puramente subjetiva, segundo a qual o autor do facto criminoso seria aquele que atua com *animus auctoris*, quer de uma teoria objetiva causal conducente a um conceito extensivo de autoria, pois este seria todo aquele que oferecesse uma contribuição causal para o facto.

De acordo com a teoria do domínio do facto, no seguimento da proposta do Autor Roxin, autor é somente aquele que está no “centro do acontecimento”, é o senhor do facto que domina a realização do delito. Trata-se de um conceito restritivo de autor que coincide com o agente que toma a execução “nas suas próprias mãos” de tal modo que dele depende decisivamente o se e o como da realização típica. Assim, o autor não só tem o domínio objetivo do facto, como tem também vontade em dominar numa unidade sentido objetiva subjetiva: o facto aparece «numa sua vertente como obra de uma vontade que dirige o acontecimento, noutra vertente como fruto de uma contribuição para o acontecimento dotada de um determinado peso e significado. Sem prejuízo do seu conteúdo material unitário, o domínio do facto pode, segundo este Autor, exercer-se de diferentes formas e fundar, por conseguinte, diferentes modalidades de autoria: o domínio da ação está presente na autoria imediata na medida em que o agente realiza ele próprio a ação típica, quem leva a cabo o comportamento com o seu próprio corpo. Pode também dominar o facto e a realização típica

---

<sup>85</sup> Distinguindo-se aqui por vezes um domínio positivo do facto (a capacidade de o fazer prosseguir até à consumação) e um domínio negativo (a capacidade de o fazer gorar).

<sup>86</sup> «Embora tenha sido Hegler, o primeiro autor a empregar a expressão “domínio do facto” no âmbito da autoria, não o fez com o sentido que hoje se atribui àquele conceito. Nas origens dogmáticas deste critério de autoria aparecem autores como Welzel, Maurach ou Gallas. Mas foi Roxin que realizou um estudo sistemático e aprofundado desta problemática na sua obra de referência *Taterschaft und Tatherrschaft*, cuja primeira edição data de 1963, tendo vindo a ser sucessivamente reeditada e acrescentada.» Susana, Aires de Sousa (2005), «A autoria nos crimes específicos: algumas considerações...», ob.cit. p. 345.

mesmo sem nela fisicamente participar, quando domina o executante através da coação, de erro ou de um aparelho organizado de poder, ou seja, quando possui o domínio da vontade do executante de quem o agente se serve para a realização típica firma a autoria mediata. Como pode ainda dominar o facto através de uma divisão de tarefas com outros agentes, desde que, durante a execução, possua uma função relevante para a realização típica, isto é, o domínio funcional do facto que constitui o signo distintivo da coautoria.<sup>87</sup>

A autoria pressupõe uma relação de pertença. Esta pertença corresponde, em primeiro lugar, ao executor material individual; em segundo lugar, ao autor mediato, a quem se pode imputar o facto por ser o agente que lhe dá causa, dominando a vontade do executor. Finalmente, nos casos de coautoria verifica-se o domínio funcional, é um domínio condicionado ao agir dos outros, mas em que cada um depende do outro para a realização do plano global.<sup>88</sup> Assim se revela e concretiza a procurada síntese, que faz surgir o facto como unidade de sentido objetiva subjetiva: ele aparece, numa sua vertente como fruto de uma contribuição para o acontecimento dotado de um determinado peso e significado objetivo. A ideia terá sido preconizada pela primeira vez pelo Autor Lobe, o qual partindo embora de teorias subjetivas, acentua que não basta à autoria uma vontade de realização do tipo (elemento subjetivo) mas é preciso (elemento objetivo) “que a vontade também domine e dirija a execução que serve a sua realização”. O passo seguinte foi dado pelo Autor Welzel, defende que “o domínio do facto cabe àquele que leva à execução a decisão volitiva consciente da finalidade; ao mesmo tempo que acentua vivamente que esta conceção constitui apenas decorrência “das determinações fundamentais do conceito final de ação e do conceito pessoal do ilícito na ação dolosa”. É, todavia, com o Autor Roxin e a sua monumental investigação dogmática, justamente intitulada *Autoria e Domínio do facto*, que o conceito é largamente desenvolvido e precisado.<sup>89</sup>

Parece-nos, que apesar de ainda muitas dúvidas e incertezas que subsistem ainda na teoria do domínio do facto como doutrina geral da essência da autoria e do seu critério, do anteriormente exposto já poderem ser retiradas algumas conclusões gerais. A primeira, é a

---

<sup>87</sup> Susana Aires de Sousa (2005) «A autoria nos crimes específicos: algumas considerações...», ob.cit. pp. 345-346.

<sup>88</sup> Germano Marques da Silva (2015) «Direito penal português: teoria do crime», ob.cit. p. 360.

<sup>89</sup> Figueiredo Dias (2007) «Direito Penal- Parte Geral», ob.cit. pp. 765-766.

de que, uma concepção unitária de autoria e um conceito extensivo de autor não estão de acordo com a nossa lei vigente, nem devem doutrinariamente ser aceites relativamente aos delitos dolosos de ação. Por outro lado, um conceito restritivo de autor, não pode apresentar-se como um conceito fixo e, muito menos, imediatamente apto à subsunção, mas aceitar-se como aberto e multifacetado, consoante a espécie de autoria a que se aplica. Fundamental nesta matéria, é que a autoria mais que uma decorrência, é verdadeiramente, um elemento essencial do ilícito típico. Por isso, a unidade de sentido de autoria, por um lado, participa da natureza do ilícito pessoal, do ilícito que é “obra de uma pessoa”; por outro lado, liga-se indissociavelmente à realização do tipo como exigência primária do princípio da legalidade. Tendo em conta esta ideia, deve concordar-se com todos aqueles autores que tratam a questão da autoria (e da participação) como um capítulo ainda do estudo do tipo de ilícito e não como uma “forma especial do crime”.<sup>90</sup>

Todavia, como refere, o Doutor Figueiredo Dias, a doutrina do domínio do facto, é de todas as expostas anteriormente, a que melhor se casa com o que temos evidenciado. Deve asseverar-se que com o “domínio do facto” se ganhou o essencial, exatamente, um princípio normativo ligado à realização do ilícito típico e, por isso, decisivo para a compreensão e a descoberta do sentido que está em causa na autoria. Ponto é, pelo que nos parece, que o domínio do facto não constitui apenas um composto de elementos objetivos e subjetivos do ilícito, mas se traduz numa síntese de elementos psicológicos e normativos. Por isso, o conceito básico pode e deve ser aperfeiçoado e precisado segundo as circunstâncias do caso e, nomeadamente, à luz da análise das diversas espécies de autoria e mesmo dos resultados que devem ser alcançados em tema de doutrina da participação.<sup>91</sup>

Se autor é o que executa o facto típico, e se todo o tipo é tipo de ilícito, então a essência de autoria tem de resultar da essência do ilícito. Hoje é doutrina dominante, como demonstra o Autor Welzel, surge no direito penal como ilícito pessoal, e não como ilícito causal. Correto parece ser um conceito restritivo de autor segundo a qual a autoria está vinculada ao sentido pessoal do ilícito baseado no tipo, e por conduta ilícita típica. Desta

---

<sup>90</sup> Figueiredo Dias (2007) «Direito Penal- Parte Geral», ob.cit. pp. 768-769.

<sup>91</sup> Figueiredo Dias (2007) «Direito Penal- Parte Geral», ob.cit. pp. 768-769.



forma, uma concepção correta de autoria tem de radicar na realização pessoal de um ilícito típico, não na sua causa.<sup>92</sup>

Por tudo o que foi exposto até aqui, denotamos que a instigação não é uma questão consensual na doutrina portuguesa. Temos autores a considerarem-na uma quarta modalidade de autoria, outros que defendem que a mesma deve ser integrada na categoria da participação, juntamente com a cumplicidade. Apesar de o instigador ser sempre punido como autor, a classificação da instigação numa destas categorias de participação tem muita importância prática, visto que caracterizar a instigação como modalidade de participação leva não só a que surjam lacunas de punibilidade como que sejam considerados meros participantes agentes, que tiveram uma importância e responsabilidade por vezes muito maior do que o próprio executor.

---

<sup>92</sup> Figueiredo Dias, (2005) «*la instigación como autoria, un requien por la participación*» como categoria de la dogmática jurídico penal portuguesa, ob.cit. p. 347.

## **5. A Instigação na Jurisprudência Portuguesa**

### **5.1. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18-06-2009<sup>93</sup>**

A propósito da instigação e autoria mediata, na Jurisprudência, evidenciámos não existir uma orientação uniforme no sentido de considerar a instigação autoria ou participação, mas também denotámos que os tribunais tendem a confundir a autoria mediata com a instigação, como analisaremos adiante. No Acórdão de 18-06-2009, o STJ julgou o caso em que o arguido encomendou a morte de uma pessoa a outrem, que definiu o montante monetário a receber do mandante pela prestação do facto, que o mandante aceitou, vindo a pagar-lhe parte daquele valor, e, dando-lhe indicações relacionadas com a prática do facto, devendo a restante parte da quantia ser paga depois da execução do mesmo, tendo ficado convicto e na expectativa de que o facto seria praticado pelo executor. O arguido ao delinear o plano criminoso contactando outrem para o realizar, ao entregar-lhe parte do montante estabelecido pelo pagamento do serviço letal e, dando indicações relacionadas com a prática do facto, tinha plena intenção de causar a morte da pessoa visada, por intermédio de outrem, agindo de forma voluntária e consciente, bem sabendo que a sua conduta é reprovável e censurável. Só não tendo conseguido a concretização do facto, por circunstâncias completamente alheias à sua própria vontade, pois que o executor não veio a praticar o facto, nem praticou qualquer ato de execução, outrossim tendo denunciado a situação à entidade policial, que veio a deter o arguido. A pessoa contactada para providenciar pela concretização do facto, no comportamento assumido para com o arguido, sempre objetivamente revelou efetiva adesão à proposta do arguido alimentando a convicção e confiança deste na relação sinalagmática assim estabelecida.

Neste acórdão n.º 11/2009, do STJ de 18-06-2009, muito controverso, pois, a decisão judicial foi de condenar como autor mediato de homicídio na forma tentada o agente que tendo aliciado outrem para a formação de um pacto para matar uma terceira pessoa, sua mulher, viu gorados os seus propósitos pela circunstância de os destinatários da sua proposta criminosa o terem denunciado à Polícia Judiciária. O caso é apreciado na perspetiva das teorias da comparticipação e da tentativa e, integra-se no quadro da figura da instigação.

---

<sup>93</sup> Disponível e consultado em *www.dgsi.pt*, Processo n.º 09P0305.

Neste acórdão foi fixada a seguinte jurisprudência: “é autor de crime de homicídio na forma tentada, previsto e punido pelas disposições conjugadas, dos arts. 22.º, n.ºs. 1 e 2, al.c), 23.º, 26.º e 131.º, 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.” Considerando, sinteticamente, que o “arguido ao delinear o plano criminoso contactando outrem para o realizar, ao entregar-lhe parte do montante estabelecido pelo pagamento do serviço letal, e, dando indicações relacionadas com a prática do facto, tinha plena intenção de causar a morte da pessoa visada, por intermédio de outrem (...). E que, “se o homem de trás” mudar de ideias e comunicar ao aliciado que não pagará a prestação inicialmente proposta, ou que, afinal, já não pretende a execução do facto, o aliciado não cometerá o facto punível.” Pelo que, quem tem nas mãos a última decisão sobre a execução do facto possui, do mesmo passo, aquele poder de supradeterminação do processo causal, conducente à realização do tipo legal de crime, que é a quinta essência do domínio do facto”.<sup>94</sup>

Foi precisamente esta decisão que foi objeto de um exaustivo comentário pelo Doutor Nuno Brandão. Este Autor, considera, além do mais, que “mesmo nos casos de autêntica autoria mediata, em que o homem da frente, é efetivamente instrumentalizado pelo homem de trás, a regra deverá ser a de que o facto só se inicia para o homem de trás quando o homem da frente dá começo à execução. Não só porque, apesar de o executor atuar como instrumento às mãos do agente mediato, até aquele lhe dar início ninguém poderá garantir que a execução irá ser realmente levada a cabo, como também e essencialmente porque a conduta do autor mediato e do executor devem ser vistas como uma unidade, uma ação global. Acrescentando que “não reconhecer a instigação como uma modalidade de autoria, consiste em ampliar a categoria da autoria mediata para nela fazer entrar as situações de subordinação voluntária do executor à decisão do agente mediato, que, porém, reduzidas as coisas à sua forma mais simples, afinal se traduzem numa ação de determinação de um homem de trás sobre um homem da frente responsável e se identificam, numa perspetiva substancial, com a instigação.

---

<sup>94</sup> Nuno Brandão (2008) «pacto para matar: autoria e início da execução», ob.cit. pp. 531-605.

E, concluindo que, mesmo que assim não fosse, “só porque a regulação legal da autoria mediata não contém qualquer especificação quanto a essa matéria do início da execução pelo homem da frente, o procedimento interpretativo que se impunha seria o de indagar se a situação objeto de decisão- a de um agente mediato que contratou outrem, plenamente responsável, para matar uma terceira pessoa, mediante uma contrapartida, não se mostrando provado que este tenha chegado a ser efetivamente colocado em perigo.”<sup>95</sup>

A nosso ver, a melhor posição é a de este ser um caso que integra a figura da instigação e não de autoria mediata, e que este não era de punir, porque não se constatou qualquer ato de execução ou começo de execução. É enganadora a aparência de pretensa uniformidade de tratamento entre as duas figuras. É que no art. 26.º do CP, a instigação e a autoria mediata estão estruturadas em termos diversos. Segundo este preceito, a punição de quem “determinar outra pessoa à prática do facto” depende de existir “execução ou começo de execução”, mas para a punição de quem “executar o facto (...) por intermédio de outrem” não se exige esse requisito, nem qualquer outro equivalente. Esta diversidade de estrutura de autoria mediata e de instigação é particularmente relevante numa ordem jurídica que, como a nossa, não pune a tentativa de instigação, pois daí decorre que o agente mediato, se o seu comportamento for tratado como instigação, ficará impune sempre que não chegar a haver execução ou começo da execução, por parte do instigado. Diferentemente, nos casos de autoria mediata, o regime resultante do art. 26.º do CP não se exige para responsabilidade do autor mediato, o início da execução pelo autor imediato, não excluindo, assim, a possibilidade de o “homem de trás” ser punido por tentativa a partir de um momento anterior àquele em que o autor imediato começa a praticar atos de execução do tipo legal de crime. Parece-nos correto afirmar, que também no direito penal português vigente, quando o autor imediato não chega a praticar atos de execução do facto tipicamente ilícito, o âmbito de punição do autor mediato pode ser mais amplo, pode começar mais cedo, do que a punição do instigador.<sup>96</sup> Em todo o caso, mesmo a admitir-se a figura da autoria mediata, nunca se poderia concluir pela punibilidade da conduta em causa (um crime cometido sob a forma de tentativa), uma vez que não houve início da execução.

---

<sup>95</sup> Paulo Duarte Teixeira (2017) «A revolução silenciosa do sistema penal português», *Julgar* – n.º33, ob.cit. pp. 184-186.

<sup>96</sup> M. C. Valdágua (2001) «Figura central, aliciamento e autoria mediata», ob.cit. pp. 932-934.

## **5.2. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 10-02-2016<sup>97</sup>**

Em causa está fundamentalmente a responsabilização penal da arguida B que 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 intenção de executar a tarefa que lhe havia sido encomendada, procurando apenas enriquecerem-se à custa da arguida, extorquindo-lhe contrapartidas monetárias. Acrescenta-se, na factualidade tida como provada, que os executores nunca chegaram a praticar atos de execução ou tiveram vontade de os praticar. O tribunal de primeira instância condenou a primeira arguida como autora do crime de homicídio simples na forma tentada, nos termos dos artigos 22.º, 23.º, 131.º, n.º 1 do CP, na pena de 5 anos de prisão, substituída por pena de suspensão de execução da pena de prisão pelo mesmo período, subordinada ao regime de prova. A segunda arguida foi igualmente condenada pela 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 com regime de prova, nos termos dos artigos 10.º, 22.º, 23.º, 131.º, n.º 1, todos do CP.

A decisão do Tribunal da Relação do Porto foi no sentido de revogar o acórdão condenatório e absolver as arguidas por se entender que tais condutas não eram puníveis pela lei penal portuguesa, que a nosso ver, é o mais acertado. As situações em que a contrapartida, o sinalágma constitui o meio de determinar outrem à prática do facto têm vindo a ser designadas, na doutrina portuguesa, por aliciamento. Todavia, a sua integração nas modalidades de autoria participada têm sido causa de divergência doutrinal, sendo reconduzidas por alguma doutrina aos quadros da autoria mediata e por outras vezes doutrinárias à figura da instigação autoria. A relevância desta distinção dá-se essencialmente nas situações em que não houve consumação do crime, atendendo às diferentes soluções propostas quanto ao início da tentativa por parte do autor mediato e por parte do instigador. Se quanto ao início do facto tentado pelo autor mediato vale o silêncio legal, o mesmo não sucede quanto ao início da tentativa na instigação, condicionando o artigo 26.º do CP, na sua

---

<sup>97</sup> Disponível e consultado em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), processo 1898/09.2JAPRT.P1.

parte final, a relevância criminal da determinação dolosa à execução ou início de execução do facto pelo instigado.

A divergência, no caso concreto, entre as decisões proferidas pelas duas instâncias e, em geral, entre as posições assumidas pela doutrina na interpretação do artigo 26.º do CP delimitam a questão central deste acórdão: qual o enquadramento jurídico penal que cabe à conduta daquele que, através de uma contrapartida, encomenda a morte de alguém a outra pessoa, não realizando esta última qualquer ato de execução? Esta é a resposta que se procura nos pontos seguintes, percorrendo sumariamente a lei, em particular o conceito de autoria criminosa previsto no artigo 26.º do CP, a doutrina e a jurisprudência.<sup>98</sup>

Há que distinguir as situações sob pena de degradação do próprio conceito de autoria mediata e de desvalorização das situações que podem e devem encarar-se como instigação. A situação em causa, nestes autos, demonstra bem a irrazoabilidade de um entendimento demasiado extensivo da figura da autoria mediata, no seio das figuras da coautoria e da comparticipação, e até dos conceitos de tentativa e de início de execução.

Segundo o art.º 26º do CP, última parte, é autor quem "dolosamente determinar outra pessoa à prática do facto, desde que haja execução ou começo de execução ". A lei prevê, neste segmento, as situações em que alguém comete um crime, e por ele é inteiramente responsável, certo que, no entanto, nunca o teria cometido se não fosse a influência psicológica de outrem. Determinar outrem é criar noutra a decisão de cometer o crime, assumindo-se o último como executante, autor material ou "homem da frente". O instigador é na nossa lei autor porque sem ele não havia crime. É figura central, deu um contributo decisivo para que o crime ocorresse, ou, se quisermos abandonar uma conceção causal de autoria, para o legislador, o instigador ascende à categoria de autor, porque domina o facto, sob a forma de domínio da vontade (do executante).

Claro que, para que o crime tenha lugar, não basta a ação do instigador, importando ainda que haja quem o execute. E o executante também será autor, quer porque se entenda que o seu contributo é decisivo, quer porque se considera que domina o facto, sob a forma

---

<sup>98</sup> Susana Aires de Sousa (2017) «contratado para matar...», ob.cit. pp. 201-202.

de domínio da ação. Dois autores (ou mais), portanto, e daí ser a instigação um afloramento de autoria plural, como se disse. Ao contrário do que acontece na autoria mediata, em que o legislador começou logo por se referir a "quem executar o facto" (não tendo que falar mais em execução ou atos de execução), na instigação, o legislador fez depender a sua relevância de haver "execução ou começo de execução"<sup>99</sup>.

Do que resulta, em primeiro lugar, é que a atividade dirigida a determinar alguém ao cometimento do crime não é vista, sem mais, como execução ou começo de execução do crime. Se a determinação por parte do instigador, fosse o começo de execução do crime, não faria sentido dizer que tem de haver começo de execução. Daí que o começo de execução só possa reportar-se à atuação do(s) instigado(s). Como nos diz a Doutora M. C. Valdágua, "no caso da instigação, a execução do facto ilícito típico é algo que acresce à conduta do participante em causa (instigador), algo, em suma, que terá que ser levado a cabo por outrem -o instigado- para que aquele seja punível."<sup>100</sup>

Depois, mesmo que se concedesse que a ação finalisticamente ordenada à determinação, protagonizada pelo instigador, era o modo próprio de ele executar o crime, sempre importaria saber se determinou, ou não, de facto, outrem. E o legislador entendeu, como "exigência de política criminal"<sup>101</sup>, que o sinal, o sintoma, a revelação de que tinha ocorrido determinação, só podia ser dado, convincentemente, pelo menos com o começo de execução. Assim, com o começo de execução por parte do "homem da frente" revelar-se-á, retrospectivamente, a execução própria do "homem de trás".<sup>102</sup>

Quer no Código Penal português, quer no *Strafgesetzbuch* alemão vigentes, respetivamente no art. 26.º e no § 25, o autor mediato é descrito como aquele que executa o

---

<sup>99</sup> "É particularmente significativo que a exigência de "execução ou começo da execução "seja feita no art. 26.º a propósito do instigador (4ª proposição), mas já não o seja a respeito do autor mediato, que executa o facto "por intermédio de outrem" (2ª proposição). Seja qual for o âmbito que se entenda ter no Direito Penal português a autoria mediata, não pode deixar de reconhecer-se que, em relação ao delito tentado, o legislador de 1982 ou rejeitou, como pressuposto da punição do autor mediato, a exigência de que o agente imediato tenha iniciado o comportamento (típico) para que aquele o impeliu, ou, pelo menos, deixou a questão de se saber se deve ou não ser feita essa exigência, confiando à doutrina e jurisprudência, a tarefa de encontrar solução adequada." M. C. Valdágua (1993) «Início da tentativa do Coautor», ob.cit. p. 105.

<sup>100</sup> Maria C. Valdágua (1993) «Início da Tentativa do Coautor», ob.cit. p. 121.

<sup>101</sup> Figueiredo Dias (2007) «Direito Penal- Parte Geral», ob.cit. p. 809.

<sup>102</sup> Nuno Brandão (2008) «pacto para matar», ob.cit. p. 19.

facto tipicamente ilícito “por intermédio de outrem” (*durch einen anderen*). Para quem, como o Autor Roxin, interpreta esta expressão no sentido da doutrina do domínio do facto (*Tatherrschaft*) e encara o autor, ao contrário do instigador ou do cúmplice, como a figura central do acontecimento criminoso, parece que seria coerente admitir, ao lado da autoria mediata por erro do executor e da autoria mediata por coação exercida sobre o executor, uma terceira forma de autoria mediata, que abrangesse os casos em que, por um lado, o homem de trás, ao determinar, direta ou indiretamente, o homem da frente (Vondermann) ao cometimento do crime, se arrogou, expressamente ou de modo concludente, a competência, para, se assim o entendesse, “travar” o homem da frente, dissuadindo-o do seu propósito criminoso, e por outro lado, o homem da frente, também de modo expreso ou de forma concludente, reconheceu ou atribuiu ao homem de trás uma tal competência.

É isto que acontece nos casos de realização de um tipo legal de crime no cumprimento de uma ordem, porquanto, se o homem da frente decide cometer o crime por isso lhe ter sido ordenado, direta ou indiretamente, pelo homem de trás, reconhece a este, forçosamente, a competência para lhe dar, em qualquer momento anterior à sua execução, uma contra ordem. E o mesmo se verifica *mutatis mutandi*, nos casos em que o homem da frente toma a resolução de realizar o tipo legal de crime determinado por uma promessa feita pelo homem da retaguarda ou por a tal se ter comprometido através de acordo celebrado com este, visto que, nesses casos, se o homem de trás retirar a promessa ou denunciar o acordo, o homem da frente não executará o crime(a não ser, claro, que entretanto se tenha resolvido a cometê-lo por outra ou outras razões, distintas da promessa feita pelo homem de trás ou de ajuste feito com este, situação em que estará excluída a autoria mediata do homem de trás, quanto a um eventual crime consumado). Diferente é o que se passa quando o homem de trás determina a resolução criminosa do homem da frente, em termos dos quais resulta que a decisão final sobre a execução ou não execução do facto tipicamente ilícito é da competência exclusiva do homem da frente. Pense-se, por exemplo, em todas aquelas situações em que o homem de trás nada ordena ou promete ao homem da frente, nem tenta obter dele compromisso algum quanto à execução do crime, limitando-se a convencê-lo a



praticar o facto. Aqui, não se vislumbra no homem de trás qualquer espécie de domínio do facto (nem, portanto, qualquer forma de autoria mediata), trata-se de casos de instigação.<sup>103</sup>

Na autoria mediata<sup>104</sup>, em princípio, não é necessário que o autor execute o feito em todas as suas fases pela própria mão. Pode para isso utilizar meios mecânicos, como pode, também, usar a terceiros para seus propósitos, desde que este mantenha o controlo total do fato, ao contrário do terceiro. O terceiro é como um "instrumento", enquanto faltando uma das características da autoria (o domínio do facto). Autoria mediata, como resultado da falta de domínio finalista do fato pelo terceiro, em dois casos: no falta de ação direcionada (com vistas ao resultado do crime) e na ausência da decisão em si, quando o assunto é usado como um instrumento.

O critério distintivo entre autoria mediata e instigação é o princípio da autorresponsabilidade. Na autoria mediata,<sup>105</sup> o responsável criminal é o autor mediato, enquanto na instigação, quer o instigador quer o instigado, são responsáveis. Os factos que conduziram às condenações em 1.<sup>a</sup> instância, nesta situação, deviam naturalmente integrar-se na instigação, mas por via do entendimento jurisprudencial uniformizado foram dela subtraídos e subsumidos à autoria mediata, a fim de, por essa via, se alcançar a condenação das mandantes. É inexplicável como se poderá negar a aplicação de uma pena a um agente se lhe chamarmos instigador e aplicar-lha, denominando-o de autor mediato.

Naqueles 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 de o crime decidido cometer seria punível, sem o início da execução por parte do(s) destinatário(s) da ordem de matar. Por outro lado, afigura-se evidente que não se passa da autoria mediata singular para uma

---

<sup>103</sup> Maria C. Valdágua (2005) - Observações suscitadas pela conferência do professor Claus Roxin «Autoria mediata através do domínio da organização», ob.cit. pp. 153-154.

<sup>104</sup> Autoria mediata é aquela em que o agente pratica o facto por intermédio de outrem, isto é, deixando-o executar materialmente por outra pessoa, sem, todavia, perder com isso o domínio do mesmo. Autor mediato é, assim, o que comanda o facto. Manuel Limas Santos (2009) «Noções elementares de direito penal», ob.cit. p. 140.

<sup>105</sup> O homem da frente é instrumentalizado pelo homem de trás ou, dito de outro modo, o homem de trás tem o domínio da vontade do homem da frente. A punição do homem de trás não depende do início da execução do facto pelo homem da frente, ao contrário da punição do instigador. Paulo Pinto de Albuquerque (2015) «Comentário do Código Penal à luz da CRP e CEDH», ob.cit. p. 198.

comparticipação/instigação em função do crime ser tentado ou consumado. Face a esta constatação, pode-se argumentar, do mesmo modo, que a responsabilidade por tentativa de homicídio do autor mediato, nas decisões condenatórias, revela uma antecipação e um alargamento contra *legem*, do início da tentativa do autor mediato, já que os atos descritos são ainda preparatórios, não integráveis na alínea c) do n.º 2, do Art.º 22.º do CP, pois não se verifica a “conexão de perigo” nem a “conexão temporal” para a vida da vítima, exigida na expressão legal “que se sigam atos das espécies indicadas nas alíneas anteriores” (Art.º 22.º, alíneas a) e b), e 26.º, todos do CP). Acresce que irreleva a existência ou não de acordo entre mandante e executor para a prática do homicídio, a que não se sigam ato ou atos idóneos a produzir o resultado típico, a morte. Em face do exposto, inexistindo, como verificámos, execução ou início da execução por parte dos executores (aliás, ao considerar inexistir determinação, estaria afastada a instigação) e não sendo punida a instigação na forma tentada, as aqui mandantes do crime não podem ser punidas como instigadoras.<sup>106</sup>

Em todo o caso, mesmo a admitir-se a figura da autoria mediata, nunca se poderia concluir pela punibilidade da conduta em causa (um crime cometido sob a forma de tentativa), uma vez que não houve início da execução. Tal como advoga a Doutora Conceição Valdágua “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 n.º 2 do artigo 22.º [do CP]”.<sup>107</sup>

Ora, é certo e seguro que nenhum ato executivo, nem sequer um dos referidos nessa alínea, foi praticado pelos pretensos executores, que nunca tiveram a intenção de praticar o crime «encomendado» (e também não pela «autora mediata», que se limitou, depois de fornecer uma “proposta criminoso”, a ficar na “expectativa da execução do facto”). Assim, mesmo de acordo com a conceção teórica adotada, a conclusão é insustentável. Face ao nível de perigosidade que encerram estas situações e do bem jurídico vida aqui protegido faria com certeza todo o sentido a previsão tipológica criminal da “proposta de homicídio”, podendo dizer-se que nos deparamos com uma grave omissão legislativa de punibilidade.<sup>108</sup>

---

<sup>106</sup> Susana Aires de Sousa (2017) «contratado para matar...», ob.cit. p. 193.

<sup>107</sup> M. C. Valdágua (2001) «Figura central, aliciamento e autoria mediata», ob. cit. p. 934, nota 42).

<sup>108</sup> Susana Aires de Sousa (2017) «contratado para matar...», ob.cit. p. 194.

Certo é que a nossa lei não prevê como tentativa a perigosidade do agente revelada pela análise do seu plano criminoso, pelo que, forçoso será concluir que os atos por aquele praticados não podem ser já considerados como atos de execução do crime que este decidiu cometer, uma vez que são inidóneos de “per si” para fazer desencadear os atos de execução do crime decidido cometer, pois são atos preparatórios impunes (cf.. Art.º 21.º do CP).<sup>109</sup>

Desta forma, só poderíamos concluir pela proibição de uma interpretação extensiva ou aplicação analógica destas situações, em obediência ao princípio da legalidade e o disposto nos arts. 1.º, n.º 3, do CP, e 29.º, n.ºs 1 e 3, da Constituição da República Portuguesa. Note-se que a previsão da nossa lei penal (art.º. 26.º do CP), parte sempre do clássico princípio segundo o qual a determinação de alguém, plenamente responsável penalmente, à prática de um facto ilícito deve ser integrada em regra, na instigação (parte final do artigo), e não na autoria mediata, que exige a instrumentalização do autor imediato, ou seja, à partida a sua irresponsabilidade penal. Na jurisprudência uniformizada pelo Supremo, cometeu-se o erro, quanto a nós e salvo o respeito pelo entendimento contrário, de generalizar demasiado, de não distinguir bem as situações de aliciamento e de assumir essa qualificação para algumas situações de aliciamento, como aquela que se apresenta nos nossos autos, que apenas desvirtuam a figura da autoria mediata onde foram incluídas.

Assim, podemos adiantar que não iremos seguir o entendimento da decisão recorrida de que a conduta do agente, na situação aqui consubstanciada, integra o conceito de aliciamento, devendo ser punido como autor de um crime de homicídio voluntário sob a forma tentada. Por tudo o exposto, visto a conduta das arguidas (por comissão e por omissão), não ser punível, impunha-se a sua não responsabilização criminal e a absolvição dos ilícitos criminais pelas quais vinham pronunciadas, procedendo na totalidade estes fundamentos dos recursos das arguidas.<sup>110</sup>

O enquadramento jurídico penal de casos semelhantes ao decidido pelo Tribunal da Relação do Porto tem sido causa, ao longo dos últimos anos, de posições doutrinárias divergentes e de soluções jurisprudenciais diversas. Este comentário tem por fim, a partir

---

<sup>109</sup> Susana Aires de Sousa (2017) «contratado para matar...», ob.cit. p. 195.

<sup>110</sup> Susana Aires de Sousa (2017) «contratado para matar...», ob.cit. pp. 196-197.

daquela decisão judicial, dar conta destas divergências, em jeito de síntese à evolução doutrinal e jurisprudencial ocorrida nos últimos anos no contexto do nosso ordenamento jurídico. Em um segundo momento, pretende-se ainda contextualizar e tomar posição sobre a solução acolhida na lei penal, seguida pelo acórdão.<sup>111</sup>

Em suma, por tudo o que foi dito, a lei portuguesa não pune a tentativa de instigação. Por outro lado, na autoria mediata o “homem da frente” é um mero instrumento não responsabilizável sem domínio moral ou material do facto. Por fim, se estendermos a autoria mediata como faz o acórdão nem sequer teria sido necessário prever a instigação. Deste modo, no Acórdão do TRP de 10 de fevereiro de 2016, na nossa opinião prefiguraria a figura da instigação.

---

<sup>111</sup> Susana Aires de Sousa (2017) «contratado para matar...», ob.cit. pp. 198-199.

## 6. Análise e Conclusões

O artigo 26.º do CP refere quatro modalidades de autoria: autoria imediata, autoria mediata, coautoria e instigação, incidindo sobre esta última o nosso estudo. No nosso ordenamento jurídico, a instigação é tida como verdadeira autoria, contrariamente ao que sucede no ordenamento jurídico alemão, que integra a instigação na mera participação. Embora não seja unânime no nosso ordenamento tal entendimento, este decorre da letra da lei que autonomizou a instigação da cumplicidade (artigos 26.º e 27.º CP respetivamente), colocando, no entanto, para este tipo de autoria uma exigência, haver início de execução. Na instigação, o domínio do facto manifesta-se no domínio da decisão, o instigador deve criar no instigado a decisão de cometer um ilícito típico.

O art.º 26º do CP distingue uma autoria em que o agente executa por intermédio de outrem, e, outra, em que o agente executa o facto punível através da determinação de outrem, não se alcançando fundamento para, nos casos de subordinação voluntária do executor à decisão do mandante, se dever subsumir o caso à autoria mediata e não à instigação. Nos termos da lei, a execução do facto por intermédio de outrem exige a instrumentalização do executor, que não atua com culpa, e só esta é autoria mediata, a qual termina quando começa a instigação, categoria onde prevalece o princípio da autorresponsabilidade dos agentes. Na autoria mediata, o agente reúne em si todas as características para ser responsabilizado penalmente, já que o executor é um instrumento irresponsável ou com a vontade tão limitada, que em concreto não lhe seria de exigir outro comportamento.

A teoria do domínio do facto é, entre a doutrina e a jurisprudência nacional, aquela que melhor se conforma com o quadro legal do art.º 26º do CP. Relativamente à autoria, adotamos a teoria do domínio do facto (de Roxin) segundo a qual autor é aquele que domina o facto sendo a figura central do acontecimento. O autor é “senhor” do facto, dele dependendo tanto a iniciativa como a interrupção, a continuação e a consumação do ilícito típico, intervindo de forma decisiva a sua vontade. Efetivamente, depois do percurso efetuado até aqui, a nosso ver, não há dúvidas de que o comportamento de alguém que determina dolosamente outrem à prática de um crime de homicídio integra a autoria, sob a

forma de instigação (cf. art.º 26.º do CP), exigindo-se, para a responsabilização penal do instigador, que o instigado pratique atos de execução do crime que o instigador determinou.

De outro ponto de vista, que não o nosso, e confrontando com o direito penal alemão e para alguns autores portugueses, influenciados pelas categorias germânicas, o domínio do facto pertence à “figura central” do facto criminoso, isto é, ao autor imediato, ao autor mediato e ao coautor, ficando a instigação relegada para a participação, a par da cumplicidade. É a partir do entendimento de que a instigação não é autoria e de que o mandante é a figura central no “mandato criminoso”, que este é deslocado (da instigação, onde pertence) para a autoria mediata, na categoria do aliciamento. Esta categoria quer-se ver reconhecida e caracteriza-se por o homem de trás levar o executor a praticar o facto ilícito, em contrapartida de uma prestação, de coisa ou de facto, na forma de ajuste ou dádiva e, assim, inicia, impulsiona, controla ou põe termo ao facto punível, mercê de “uma subordinação voluntária do executor à decisão do autor mediato”, que domina o facto.

Quanto às Ordenações, como analisamos, não se encontra um tratamento sistemático e geral no âmbito da comparticipação criminosa. As Ordenações não têm se não normas particulares e confusas. Pelo que se evidencia que o tratamento da comparticipação no direito português apenas surge no CP de 1852.

É no CP de 1852 que, pela primeira vez, se faz o tratamento sistemático da comparticipação, nos art.ºs 24º a 26º, mas “assumindo uma conceitualização declarativa e casuística das categorias de agentes, por contraposição à cumplicidade”. O Código de 1886 descrevia essa figura no artigo 20.º, números 2, 3 e 4 designava como autores morais, aqueles que “constrangiam, determinavam, aconselhavam, ou instigavam” outro a cometer o crime, sem autonomizar o conceito de instigação. A integração destas duas modalidades de autoria na mesma categoria de autoria moral ou intelectual entendia-se, no âmbito de um conceito extensivo de autoria, porque em ambas há um homem de trás que usa, motiva ou determina o homem da frente a cometer um ilícito típico, sendo, portanto, aquela causa (essencial) do crime. A instigação só foi autonomizada no CP de 1982, fazendo antes parte de um conceito amplo de autoria moral ou intelectual, onde também se incluía a autoria mediata. O CP de 1982, e as suas revisões, mantiveram a instigação como uma verdadeira forma de autoria,

embora sujeita ao princípio da acessoriedade, continuando, desta forma, a manter-se a diferença entre o CP português e o alemão, no facto de, no primeiro, a instigação constituir uma forma de autoria e, no segundo, uma forma de participação. A redação final do art.º 26º do CP resultou do embate entre a conceção causal da autoria do Doutor Eduardo Correia e a teoria do domínio do facto, o que possibilitou alcançar soluções razoáveis e justas para os problemas concretos da comparticipação. Assim, redefiniram-se as diversas formas de autoria. Aceitou-se um conceito restritivo de autor, nos crimes dolosos de ação; considerou-se a instigação entre as formas de autoria e não como participação a par da cumplicidade.

A questão da natureza jurídica na Doutrina Portuguesa, não é consensual, porque temos autores que consideram a figura da instigação como autoria, e outros entendem que a mesma deve ser classificada como participação, juntamente com a cumplicidade. Analisando o artigo 26.º do CP, denotamos que o instigador será sempre punido como autor, o que por si só é um argumento fulcral. Por outro lado, enquadrar a instigação no seio da autoria, permite incluir aquelas situações em que o homem de trás é o verdadeiro senhor do facto, detendo por isso, o domínio do mesmo, mas que não são verdadeiros casos de autoria mediata, porque aquele não se serve do homem da frente como instrumento. Desta forma, a nossa humilde opinião é a de que a melhor solução seria enquadrar a instigação como autoria para evitar punições injustas e excessivas.

A regra da responsabilização do autor mediato verifica-se quando, “o autor mediato executa o facto através do intermediário e, portanto, não antes deste”. Por maioria de razão, quando ambos os participantes são responsáveis, não se pode antecipar o início da responsabilização penal do mandante para momento anterior ao início da execução pelo homem da frente, pois o homem de trás, ao contratá-lo para matar, inquestionavelmente não o quer fazer, por suas próprias mãos.

As situações de “contratado para matar” ou “pacto para matar” são designadas de autoria na categoria da instigação, conforme o art. 26º do CP, e não uma forma de autoria mediata. O critério distintivo entre autoria mediata e instigação é o princípio da autorresponsabilidade. Na autoria mediata, o responsável criminal é o autor mediato, enquanto na instigação, quer o instigador quer o instigado, são responsáveis. Quando ambos

os participantes são responsáveis, não se pode antecipar o início da responsabilização penal do mandante para momento anterior ao início da execução pelo homem da frente, pois o homem de trás, ao contratá-lo para matar, inquestionavelmente não o quer fazer por suas próprias mãos.<sup>112</sup>

A análise dos Acórdãos 18-06-2009 do STJ e o 10-02-2016 do TRP não foi feita ao acaso, pelo desfasamento temporal um do outro, permite concluir que a Jurisprudência recorrentemente tem qualificado como casos de autoria mediata, os casos que são de pura instigação. É inexplicável como se poderá negar a aplicação de uma pena a um agente se lhe chamamos instigador e aplicar-lha, denominando-o de autor mediato, sendo, por isso, essencial, saber quando estamos perante um caso de instigação e perante um caso de autoria mediata. Por outro lado, afigura-se evidente que não se passa da autoria mediata singular para uma comparticipação/instigação em função do crime ser tentado ou consumado.

Os penalistas falam em '*iter criminis*' (percurso criminoso), para explicar que entre a decisão e a consumação do crime há momentos não puníveis. A mera decisão não é punível e a própria preparação. Tal perspetiva pretende evitar que o Direito Penal intervenha de forma prematura e excessiva, perseguindo pessoas que nada fizeram de objetivamente lesivo ou perigoso. Porém, certos atos preparatórios são punidos, a título excecional, em nome da sua perigosidade.

A função do direito penal, e aquilo que o legitima, é a tutela dos bens jurídicos. A realidade social mudou, fruto da globalização, do fim das fronteiras e da livre circulação de pessoas e com ela a ordem valorativa, mas a tutela do bem jurídico vida, atenta a sua essencialidade, não carece, sob o ponto de vista Constitucional, de comprovação da sua carência de tutela penal, sendo esta uma evidência, atento o perigo do seu ataque revelada em atos concretos exteriorizados do instigador.

---

<sup>112</sup> Isabel Maria Trocado Monteiro, "Proposta de homicídio" - da punibilidade da tentativa do autor mediato e do instigador, na criminalidade e no âmbito dos delitos de domínio", dissertação de mestrado, Universidade Católica do Porto, Maio de 2014, acessível em <http://repositorio.ucp.pt/bitstream/>.



## **Bibliografia**

ALBUQUERQUE, PAULO PINTO (2015) “Comentário do Código Penal à luz da CRP, CEDH”, 3ª edição, Universidade Católica, pp. 196-206.

BRANDÃO, NUNO (2008) “Pacto para matar: autoria e início de execução”, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 18, N. 4 (outubro-dezembro), pp. 531-605.

CORREIA, EDUARDO (1948/1949) “Problemas fundamentais da comparticipação criminosa”, Revista de direito e de estudos sociais, pp. 42-57, 194-203.

CORREIA, EDUARDO (1950/1951) “Problemas fundamentais da comparticipação criminosa”, Revista de direito e de estudos sociais, Ano VI, (abril-junho), pp. 1-46.

CORREIA, EDUARDO (1953) “Problemas fundamentais da comparticipação criminosa”, Arménio Armado, Coimbra, pp. 87-171.

CORREIA, EDUARDO (2014) “Direito Criminal, vol. II”, Almedina, pp. 245-261.

CORREIA, EDUARDO (2015) “A evolução do direito criminal português”, Direito Criminal, pp. 100-127.

COSTA, ANTÓNIO MANUEL TAVARES DE ALMEIDA (2014) “Ilícito pessoal, imputação objetiva e comparticipação em direito penal”, pp. 1-1208.

COSTA, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA (1984) “Ordenações Afonsinas, livro V”, p. 142.

COSTA, JOSÉ DE FARIA (1995) “Relações entre a parte geral e a parte especial do Código Penal”, Boletim da faculdade de direito, pp. 177-214.

DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO (2007) “Direito Penal- Parte Geral”, 2ª edição, Coimbra Editora, pp. 757-772, 797-816.

DIAS, JORGE FIGUEIREDO (2005) “*La instigación como autoría, un requiem por la participación, como categoria de la dogmática jurídico penal portuguesa*”, pp. 343-360.

FERREIRA, MANUEL CAVALEIRO DE (1992) “A lei penal e a teoria do crime no Código Penal de 1982”, 4ª edição, pp. 443-497.

GONÇAVES, MANUEL MAIA (1997) “Código Penal Anotado e Comentado”, 11ª edição, pp. 141-149.

GONÇALVES, MANUEL LOPES MAIA (2005) “Código Penal Português, anotado e comentado, legislação complementar”, 17ª edição Coimbra, Almedina, pp. 132-145.

MACHADO, JOÃO BATISTA (1983) “Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador”, Coimbra: Almedina, p. 103.

MONTEIRO, ISABEL MARIA TROCADO (2014) “Proposta de homicídio -da punibilidade da tentativa do autor mediato e do instigador, na criminalidade e no âmbito dos delitos de domínio”, dissertação de mestrado, Universidade católica do Porto.

MOURÃO, HELENA (2006) “Instigação em Cadeia”, Editora: Coimbra, pp. 13-229.

MOURÃO, HELENA (2014) “Autoria e execução comparticipadas”, pp. 35-113.

MONTEIRO, HENRIQUE SALINAS (1999) “A comparticipação nos crimes especiais no Código Penal”, Editora: Lisboa, pp. 11-29, 30-64.

NEGREIROS, JOÃO TOMÁS (1754) “A primeira «parte geral» na história do direito penal português: a introdução ao livro V das Ordenações de João Tomás de Negreiros.”, RPCC 22 (2012), pp. 551-579.

PEDROSA, MIGUEL MACHADO (1996) “O dolo e a pena do cúmplice”, Revista jurídica da associação académica da faculdade de lisboa nº20 da nova série, pp. 219-221.

PEDROSA, MIGUEL MACHADO (1998) “Formas de crime, textos diversos”, Cascais, pp. 44-51.

PINTO, FREDERICO DE LACERDA COSTA (2012) “Revista Portuguesa de Ciência criminal”, Ano 22, nº4 (outubro-dezembro). pp. 551-579.

RAPOSO, JOÃO ANTÓNIO (2001) “A punibilidade nas situações de «instigação em Cadeia»”, Lisboa, pp. 907-958.

ROXIN, CLAUS (2000) “*Autoría y dominio del hecho en derecho penal*”, Madrid: Marcial Pons. p. 168.

SANTOS, MANUEL SIMAS (2009) “Noções elementares de Direito Penal”, 3ª edição, Editora, Coimbra, pp. 139-147.

SILVA, GERMANO MARQUES (2015) “Direito penal português: teoria do crime”, 2ª edição, pp. 341-377.

SOUSA, SUSANA AIRES DE (2005) “A autoria nos crimes específicos: algumas considerações sobre o artigo 28.º do Código Penal”, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 15, pp. 343-368.

SOUSA, SUSANA AIRES DE (2017) “Contratado para matar: o início da tentativa em situações de aliciamento, comentário ao Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 10 de fevereiro de 2016”, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 27, nº1, pp. 182-220.

TEIXEIRA, PAULO DUARTE (2017) “A revolução silenciosa do sistema penal português”, Revista Julgar nº33, pp. 163-197.

VALDÁGUA, MARIA DE CONCEIÇÃO (1993) “Início da tentativa do coautor”, 2ª edição, Lisboa, pp. 103-191.

VALDÁGUA, MARIA DE CONCEIÇÃO (2001) “Figura central, aliciamento e autoria mediata”, Editora: Coimbra, pp. 917-939.

VALDÁGUA, MARIA CONCEIÇÃO (2005) “Observações suscitadas pela conferência do professor Claus Roxin, autoria mediata através do domínio da organização”, Lusíada, Lisboa, nº3, pp. 151-154.

WELZEL, HANS (1956) “*Derecho penal, parte general*”, Roque Depalma, Editor: Buenos Aires, pp. 1-292.

### **Jurisprudência:**

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18-06-2009: Disponível e consultado em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), processo n.º09P0305.

Acórdão Tribunal da Relação do Porto de 10-02-2016: Disponível e consultado em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), processo n.º1898/09.2JAPRT.P1.