



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Luana Alice dos Santos Sineiro

**IMPUTABILIDADE DIMINUÍDA:
AUTORIA MEDIATA OU INSTIGAÇÃO?**

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

Janeiro de 2024

1 2



9 0

FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE
COIMBRA

Luana Alice dos Santos Sineiro

IMPUTABILIDADE DIMINUÍDA:
AUTORIA MEDITA OU INSTIGAÇÃO?

DIMINISHED CAPACITY:
INDIRECT PERPETRATION OR INCITEMENT?

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

Coimbra,
2024

AGRADECIMENTOS

A presente dissertação contou com o apoio e auxílio de um conjunto de pessoas sem as quais este trabalho não se teria concretizado nestes moldes, e às quais estou e sempre estarei eternamente grata.

Como nunca poderia deixar de ser, um primeiro agradecimento é devido à minha Mãe: aquela que nunca duvidou das minhas capacidades e sempre acreditou nos meus triunfos e conquistas. À minha Mãe, que tanto docemente me lembrava daquilo que eu já havia alcançado, dando-me as necessárias forças e ânimo para continuar, como me inculcia os valores da responsabilidade e da disciplina, quando a ocasião o requeria. À minha Mãe, que é o meu pilar, o meu porto seguro e a origem da minha força e ambição.

À Sanches, cuja companhia durante as longas sessões de investigação e pesquisa sempre contribuiu para um aumento do foco e da qualidade do trabalho, cuja amizade e capacidade de escutar sempre me acalmaram os medos e receios, e cuja inigualável inteligência e conhecimentos médicos me auxiliaram verdadeiramente na criação de um trabalho que tantas conexões estabelece com a área da psiquiatria.

Ao Guilherme, que nunca deixou de querer partilhar comigo os conhecimentos e *know-how* obtidos ao longo do percurso de semelhante trajeto, e que sempre ouviu os meus desabafos nos momentos de dúvida inarredável, oferecendo soluções objetivas temperadas com uma compreensão acolhedora de quem sabe o que é estar nesta posição.

Ao Excelentíssimo Senhor Doutor Vasques Osório, por quem tenho enorme admiração e apreço, que sempre me surpreende com a humildade que veste ao ouvir atentamente questões de uma mera iniciante de Direito, procurando genuinamente auxiliar e contribuir para a discussão e resolução da questão que lhe seja apresentada.

Por fim, um especial agradecimento à Professora Doutora Susana Aires de Sousa, cuja orientação e constante preocupação em destacar certos detalhes e assinalar determinadas imprecisões no meu raciocínio foram absolutamente fulcrais para a conclusão deste projeto.

“Sic itur ad astra”

- Virgílio, *Eneida*, IX, 641

RESUMO

A presente dissertação, realizada no âmbito do Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses, a apresentar à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, incide sobre a controversa figura designada por “imputabilidade diminuída”, cujo regime se encontra manifesto nos números 2 e 3 do artigo 20º do nosso atual Código Penal, em conjugação com a temática da comparticipação, mais especificamente, com as figuras da autoria mediata e da instigação, presentes, respetivamente, na segunda e na quarta modalidades do artigo 26º do mencionado Código.

Com este trabalho, almejamos firmar qual a figura de autoria que está em causa aquando da prática de um facto ilícito-típico por parte de um homem-da-frente (o autor imediato, ou executor) cuja imputabilidade é diminuída, sob influência de um homem-de-trás, e em que medida a opção – concedida pelo legislador ao aplicador da lei, constante do número 2 do artigo 20º do nosso Código Penal – pela declaração de imputabilidade ou de inimputabilidade àquele primeiro agente terá influência sobre este juízo. Ou seja, estaremos nós perante dois autores de um facto ilícito-típico, cuja relação se traduz na figura da autoria mediata ou, ao invés, perante uma dinâmica entre duas partes que consubstancia uma relação de instigação? Ou, ainda, pelo contrário, poderemos nós estar perante um autor imediato que perpetra um crime com o auxílio de um mero cúmplice? Neste domínio, atenderemos à controvérsia que subjaz à figura da instigação no domínio da comparticipação, referenciando as distintas posições doutrinárias que se destacam neste contexto e adotando, enfim, a visão sufragada por Figueiredo Dias.

Por fim, no concernente a esta vasta temática, procederemos à apologia da decisão pela declaração de imputabilidade do autor imputável diminuído, aliada à convocação e aplicação do nosso atual sistema jurídico-penal, afastando o modelo optativo, consagrado na nossa lei penal.

PALAVRAS-CHAVE: inimputabilidade; imputabilidade diminuída; imputabilidade; autoria mediata; culpa; instigação.

ABSTRACT

The present dissertation, conducted in the context of the Masters in Forensic Science, to be submitted to the Faculty of Law of the University of Coimbra, focuses on the controversial concept known as “diminished capacity”, whose regime is outlined in the numbers second and third of the article 20º of our current Penal Code, in conjunction with figures which can be translated as indirect perpetration and incitement, regarding joint participation in the commitment of crimes, found, respectively, in the 2nd and 4th modalities of article 26 of said Code.

The impetus of this work consists of establishing which type of authorship exists when a crime is committed by a “front-man” whose capacity is diminished, under the influence of a “backstage figure”, as well as to what extent the option – given by the legislator to the law applicator, according to the second number of article 20º of our Penal Code - of declaring the imputability or the non-imputability of that first agent will influence this consideration. In other words, are we being faced with two authors of a criminal act, whose relationship is manifested in the form of indirect perpetration, or conversely, are we dealing with a dynamic between two parties that embodies a relationship of incitement? Or, on the contrary, are we being confronted with an immediate perpetrator who commits a crime with the assistance of a mere accomplice? In this domain, we will consider the controversy underlying the concept of incitement, referencing the distinct doctrinal positions that stand out in this context, and ultimately aligning with the perspective endorsed by Figueiredo Dias.

Finally, regarding this substantial and extensive theme, we will advocate for the decision to declare the imputability of the author with diminished responsibility or accountability, in tandem with the invocation and application of our current penal system, rejecting the selective model embedded in our current penal law.

KEY-WORDS: non-imputability; diminished capacity; imputability; indirect perpetration; guilt; incitement.

ÍNDICE

RESUMO	4
PALAVRAS-CHAVE	5
ABSTRACT	6
KEY-WORDS	6
ÍNDICE	7
LISTA DE SIGLAS E ABREVIACÕES	8
INTRODUÇÃO	9
Capítulo I: Entre a Imputabilidade Diminuída e a Comparticipação	9
1) Imputabilidade Diminuída	10
1.1) Inimputabilidade de acordo com o art. 20º, nº1	12
1.2) Inimputabilidade de acordo com o art. 20º, nº2	14
2) Comparticipação	17
Capítulo II: A ponte que conecta e separa a Autoria Mediata da Instigação	18
Capítulo III: Exposição prática da problemática-objeto de análise	24
Capítulo IV: Imputabilidade diminuída ou Inimputabilidade “quimérica”?	31
1) Declaração de imputabilidade: instigação ou autoria mediata?	32
1.1. Autoria Mediata?	32
1.2 Instigação?	34
2) Declaração de inimputabilidade “quimérica”	41
CONCLUSÃO	57
BIBLIOGRAFIA	59
JURISPRUDÊNCIA	61

LISTA DE SIGLAS E ABREVIACÕES

Ac. - acórdão

Art. - artigo

Arts. - Artigos

BFD – Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

CP - Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

CRP - Constituição da República Portuguesa

CUP – Cambridge University Press

DL - Decreto-Lei

P. - página

Pp. – páginas

Rel. – Relator(a)

RPCC – Revista Portuguesa de Ciência Criminal

Ss. - seguintes

StGB - Strafgesetzbuch

STJ - Supremo Tribunal de Justiça

TRC - Tribunal da Relação de Coimbra

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

TRP - Tribunal da Relação do Porto

INTRODUÇÃO

A, agente criminoso, pratica um facto ilícito-típico, intensamente influenciado pelas palavras de B, pelo plano traçado e delineado por este, e pelas ferramentas que o mesmo lhe cedeu, em prol da prática do crime. Ao longo da fase de produção de prova, em particular da realização de perícias, bem como da fase de julgamento, conclui-se que A apresentava um quadro de diminuída imputabilidade aquando da prática do crime. Como se traduzirá a relação que liga A a B, neste enquadramento criminoso? Serão ambos autores do crime ou, pelo contrário, apenas A o será, e B corporizará um participante? Ao invés, considerando que ambos se constituem autores, estaremos perante uma relação de autoria mediata, ou de instigação, e até que ponto esta última figura constituirá uma verdadeira forma de autoria? Quais as diferenças e consequências ao nível de aplicação de sanções a ambos os (possíveis) agentes, dado o nível diminuído de imputabilidade de que padecia A no momento da realização criminosa?

Na verdade, com este cenário hipotético e abrangente, almejou-se demonstrar, de forma direta e concisa, a problemática-objeto da presente dissertação, revelando um conjunto de importantes questões jurídicas que são levantadas e que merecem as devidas respostas. Deste modo, iniciaremos esta excursão introduzindo ambos os temas-pilares deste trabalho, ou seja, o instituto da imputabilidade diminuída (art. 20º, nºs 2 e 3 do CP) e, posteriormente, o da autoria, com enfoque, primeiramente, na autoria mediata (art. 26º/2ª modalidade) e, seguidamente, na instigação (art. 26º/4ª modalidade). Em seguida, entraremos no busílis da presente dissertação, através da exposição de um conjunto de hipóteses práticas, criadas para o efeito de compreensão integral do objeto do trabalho em causa, bem como da sua relevância na vida prática e jurisprudencial. Fundando-nos nestes exemplos, iremos ter em consideração os dois caminhos suscetíveis de seguimento por parte do aplicador da lei, de acordo com o nº2 do art. 20º do CP, isto é, em primeiro lugar, a opção pela declaração de imputabilidade e, em segundo lugar, pela declaração de inimputabilidade, exibindo os múltiplos imbróglis jurídico-teóricos e jurídico-práticos inerentes a esta temática, em conjunção com possíveis soluções para os mesmos. Por fim, terá lugar a condigna e mandatária pronúncia sobre a posição que adotamos quanto à problemática em apreço.

Capítulo I: Entre a Imputabilidade Diminuída e a Comparticipação

1) Imputabilidade Diminuída

A imputabilidade diminuída personifica um instituto jurídico cujo fim consiste em responder aos casos em que o agente praticante de um facto ilícito-típico, no âmbito da culpa, ainda que não sendo inimputável, apresenta uma diminuição da capacidade de avaliação da ilicitude do facto, ou da capacidade de se determinar de acordo com essa avaliação. De facto, está em causa um tópico de elevada densidade, cujo aprofundamento exigiria uma dissertação de maiores dimensões do que a presente, pelo que não será possível desenvolver excessivamente o tópico, principalmente considerando que o mesmo se irá entrelaçar com o tema da comparticipação. Dito isto, todavia, não deixa de ser primordial proceder a uma introdução (mais superficial) do tema *sub judice*.

Neste contexto, atendendo à doutrina geral do crime e aos respetivos patamares de construção deste último, versamos sobre o terceiro patamar da referida doutrina: a culpa. Ou seja, além de ilícito e típico, deve igualmente o facto ser culposos, isto é, deve ao agente ser imputável um juízo de censura jurídico-penal. Com efeito, com a existência da culpa, procura-se proteger o cidadão contra o poder punitivo estatal, devendo, para tal, na esteira de Figueiredo Dias, a dita culpa ser de natureza ética, “*como violação pela pessoa do dever originário e essencial de realização e desenvolvimento do ser-livre*”¹. É no seio deste expressivo patamar que se encontra a imputabilidade, consistente numa consideração antecedente do próprio juízo de culpa, na medida em que se traduz na capacidade da pessoa

¹ Dias, Jorge Figueiredo, (2019). *Direito Penal - Parte Geral - Tomo I- Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime* (3rd ed.). Gestlegal., Pp. 603 e ss. Sabemos que a culpa é um conceito alvo de inúmeras interpretações e evoluções, destacando-se concepções de natureza positivista, normativa e finalista. Adicionalmente, vários foram os meios de a conceber: culpa como “livre-arbítrio”, culpa como “poder agir de outra maneira”, “culpa pelo caráter”. Contudo, sem embargo de as mesmas irem ser objeto de algum foco infra, concentrar-nos-emos na concepção de culpa preconizada por Figueiredo Dias e Pedro Caeiro, isto é, numa culpa ética cujo substrato traduz-se na liberdade - “*A liberdade é o íntimo pressuposto comum a toda a consideração de culpa em sentido moderno*”. Deste modo, sufragamos a tese da liberdade pessoal e da culpa da pessoa, pessoa essa que não é abstrata e isolada, mas sim uma “*pessoa concreta e situada, homem socializado, que vive num mundo e (...) que é, assim, aquilo que através da ação objetiva no mundo e que o mundo subjetiva nele.*”

de ser alvo de um juízo de censura² - diga-se, um juízo de culpa³. Em oposição, a inimputabilidade configura um obstáculo à realização do juízo de culpa - de mencionar aqui as palavras de Figueiredo Dias, para quem, na imputabilidade, a personalidade do agente “*se fecha à compreensão contemplativa do juiz*” (momento que o autor considerava essencial para entendimento, pelo juiz, da personalidade do arguido), sendo esta “*antes que (...) uma causa de exclusão da culpa (...), um verdadeiro obstáculo à efetivação do juízo sobre a culpa*”.⁴ O nosso ordenamento jurídico prevê que o juízo de inimputabilidade (juízo de incapacidade, “*no momento da prática do facto, de avaliar a ilicitude deste ou de se determinar de acordo com essa avaliação*”, nos termos do art. 20º/1 do CP) pode ocorrer em razão da anomalia psíquica (20º CP), ou da idade (19º CP), sendo que para o trabalho em análise, é de relevância o primeiro ponto.

Novamente, estamos num domínio meramente introdutório, pelo que iremos enfatizar a posição que seguimos, mais do que aprofundar toda e cada posição existente quanto ao tópico em apreço. Neste contexto, tendo sufragado a visão de Figueiredo Dias quanto à culpa, só fará agora sentido seguir igualmente as considerações do autor relativamente ao paradigma a preconizar quanto ao conceito de inimputabilidade em razão da anomalia psíquica. Assim, seguimos o chamado paradigma compreensivo⁵, de acordo com o qual “*a*

² Mezger, Edmund (1955), *Derecho Penal, Libro de Estudio, TOMO I: Parte General*. Pp 201 e ss. O autor determina que “*imputabilidad significa la capacidad de cometer culpablemente hechos punibles*”, e, pelo contrário “*no significa ‘capacidad de acción’ como entienden, por ejemplo, Binding, Hippel, Gerland (...) no significa tampoco ‘capacidad jurídica de deber’ como afirman los que sustentan una antijuridicidad subjetiva, como, entre otros, Merkel, Hold v. Ferneck y Kohlrausch*”. Neste sentido, Maria João Antunes também dá “*como irremediavelmente ultrapassada a teoria subjetiva da ilicitude de Merkel e de Hold. V Ferneck*”, in Antunes, Maria João (2002), *Medida de Segurança de Internamento e Facto Inimputável em Razão de Anomalia Psíquica*, Coimbra: Coimbra Editora. P.224.

³ Antunes, M. J., 2002, pp. 210 e ss. A autora referencia autores que colocam o problema da imputabilidade a montante do problema da culpa, sublinhando Moro, autor que proclama que a imputabilidade e a culpa “*são institutos bem distintos do Direito Penal*”, pois a imputabilidade “*tem a ver com a condição psíquica do agente, extrínseca ao crime, revelando para a capacidade jurídica penal*”; “*da independência dos dois conceitos decorrendo que o ‘problema da avaliação da culpa pressupõe a resolução prévia da averiguação da imputabilidade*”. Sem embargo, Leone já não estabelece esta coincidência entre imputabilidade e capacidade jurídica, reconhecendo “*ao lado da imputabilidade uma outra situação subjetiva de natureza penal, conceptível como um status e denominada perigosidade, a dar origem a um outro conceito de capacidade jurídico-penal: a capacidade de ser sujeito de relações que conduzem à aplicação de uma medida de segurança*”.

⁴ Dias, J. F., 2019, pp.666 e ss.

⁵ Esta criação doutrinária de Figueiredo Dias não se confunde com o paradigma compreensivo de doença mental preconizado por autores como Karl Jaspers. Este advogava um modelo psiquiátrico baseado na terapia empática, onde o doente era ouvido e se procurava compreender o próprio, estabelecendo conexões de sentido entre os factos praticados pelos agentes, e estes mesmos. Assim, Jaspers destacou-se como sendo um psiquiatra de veras humanista “*Psychopathology is concerned with the ill person as a whole, in so far as he suffers from psychic phenomena or those that are psychically determined*” - Oyebode, F. (2013) “*Karl Jaspers: 100 years of General Psychopathology – reflection*”, *The British Journal of Psychiatry*. CUP, 203(6), pp. 405 e ss.

culpa jurídico-penal surge como o ter que responder pela atitude pessoal, ético-juridicamente censurável, documentada num facto ilícito-típico e que o fundamenta". Neste sentido, a culpa é um juízo que recairá sobre a personalidade do agente demonstrada no facto ilícito-típico por ele praticado (diga-se, uma culpa existencial), e não sobre a forma como o agente atuou quando doutro modo poderia ter atuado (culpa da vontade).

De mencionar que ao ser "compreensivo", não significa que este paradigma propugne por um entendimento ou desculpa do facto praticado pelo agente, mas, ao invés, significa que o juiz deverá conseguir estabelecer uma conexão de sentido tal que permita considerar o agente o "senhor do facto" praticado, à luz de parâmetros de normalidade⁶. Ou seja, deve o juiz observar o facto como obra da personalidade do agente⁷, estando nós aqui perante o elemento normativo da inimputabilidade, cuja última palavra cabe ao juiz. Pelo contrário, já o elemento biopsicológico, atinente à "enfermidade mental" propriamente dita, é da competência do perito, sendo praticamente subtraído à do juiz.

1.1) Inimputabilidade de acordo com o art. 20º, nº1

É, neste contexto, crucial atender aos mencionados elementos da inimputabilidade, plasmados no nº1 do art. 20º do CP, pois estes terão influência na própria imputabilidade diminuída. Com efeito, o elemento ou "conexão" biopsicológica incide sobre a anomalia psíquica de que padece o agente, devendo nos casos de inimputabilidade as patologias ser de gravidade tal que se possam equiparar a verdadeiras psicoses⁸. Já o elemento normativo

⁶ Roxin, Claus (1983). "Acerca da Problemática do Direito Penal da Culpa", BFD, 59, HeinOnline. Pp. 1-30. No discurso de Roxin, em 1983, o autor critica esta visão de Figueiredo Dias: "Mas receio que, ao tornar-se deste modo a verificação da culpa dependente de um ato de compreensão do juiz, se esteja, por um lado, a exigir demasiado e, por outro, a exigir de menos. Demasiado, porque uma comunicação pessoal, porventura necessária para a censura da culpa num plano ético, muito dificilmente terá lugar entre juiz e réu numa audiência e, por isso, não pode ser pressuposto da prova da culpa. O réu tem o direito de se furtar liminarmente a uma tal comunicação, calando-se ou negando, sem que apesar disso possa impedir que se prove a sua culpa. E o fazer-se ou não a prova da culpa e da sua medida não pode ficar dependente da maior ou menor capacidade de compreensão dos juizes. Por outro lado, não se poderá dizer que em todos os casos de inimputabilidade a personalidade do agente se fecha completamente à compreensão do juiz". Figueiredo Dias responde a estas críticas, frisando que "é a categoria normativa (...) da incompreensibilidade do facto como facto do agente (...) que constitui (...) o critério da inimputabilidade. É esta categoria, e não (...) o 'ato de comunicação' a levar a cabo pelo juiz", até porque o "ato comunicativo" entre o juiz e o arguido "não se esgota na audiência ou num interrogatório" – in Dias, J. F., 2019, p.668.

⁷ Dias, J. F., 2019, pp. 664 e ss. Seguimos este paradigma, sem prejuízo da existência do consensualmente ultrapassado paradigma biopsicológico, e ainda do atualmente seguido, em geral, paradigma normativo.

⁸ Silva, Germano Marques (2015), *Direito Penal Português: Teoria do Crime*, Universidade Católica Portuguesa. P. 268: O autor distingue os elementos biológico do psicológico, enquanto pressupostos da determinação da inimputabilidade, do seguinte modo: "(...) biológico (anomalia psíquica), psicológico o outro (incapacidade para avaliar a ilicitude do facto ou de se determinar de harmonia com essa avaliação). Com a

(ou “normativo-compreensivo”, se adotarmos a concreta visão de Figueiredo Dias⁹) traduz-se num processo realizado conjuntamente por juiz e por perito de estabelecimento retrospectivo de umnexo entre o facto praticado e o agente, de forma a “compreender” aquele facto como obra pessoal do agente¹⁰. Se tal tarefa não for alcançada, teremos, de facto, um agente inimputável (naturalmente, uma vez verificados os demais elementos).¹¹ Por fim, destaca-se a conexão típica ou fática, que se traduz na existência do elemento biopsicológico aquando da prática do facto que tem impreterivelmente de ser ilícito-típico.

Na verdade, a compreensibilidade do facto como sendo obra pessoal do agente que apologizamos é de natureza objetiva, recaindo sobre um agente cuja pessoa, na sua essência, se mantém, mas que é ocultada pela anomalia psíquica, pois esta “*impede o seu dar-se à contemplação compreensiva do outro*”. De facto, neste domínio, não estamos a adotar uma visão subjetiva de compreensibilidade, a qual se traduz na capacidade do juiz de “*revivenciar intuitivamente’ (...) o facto do agente*” e compreendê-lo, realidade que sempre será possível, subjetiva e intuitivamente¹². Com efeito, como aponta Mezger, mesmo nesta compreensão subjetiva do juiz, “*há sempre uma interrupção do nexo ético-jurídico de sentido e, assim, uma destruição do sentido objetivo do facto*”¹³.

exigência dos dois pressupostos afasta-se a visão causalística que reduzia o facto ilícito à consequência da anomalia psíquica, por um lado, e limita-se o amplo arbítrio judicial com o reconhecimento de uma base biológica no reconhecimento da inimputabilidade”. Neste contexto, estabelece que “*avaliar a ilicitude do facto significa ter capacidade de avaliação do significado valorativo do facto e a capacidade de autodeterminação significa que, embora o agente tenha consciência do carácter criminoso do facto, não possui domínio da vontade para determinar o seu comportamento de acordo com essa avaliação*”.

⁹ Dias, J. F., 2019, p. 677.

¹⁰ Bruno Moura estabelece que o elemento normativo se prende “*com a questão de saber se e em que medida o defeito psíquico tem um efeito de anulação da capacidade de compreensão e motivação do agente*”, in Moura, Bruno de Oliveira (2022), *A conduta prévia e a culpa na comparticipação* (1ª ed.). P. 394.

¹¹ Destacam-se as palavras do Juiz Rel. António João Latas, no Processo N° 457/12.7PBBJA.E1, do TRE, dia 13/05/2014: “*(...) não só não compete à perícia psiquiátrica decidir do internamento do arguido enquanto medida de segurança criminal (...) como não lhe compete pronunciar-se com o valor de prova pericial (art. 163º do C.P.P.) sobre a perigosidade (grosso modo) do arguido enquanto pressuposto da aplicação daquela medida de segurança (art. 91º n° 1) ou sobre a desnecessidade de o arguido ser efetivamente internado, por ser suficiente a suspensão do internamento para alcançar a finalidade da medida de internamento determinada (art. 98º n°1). É ao tribunal de julgamento que compete decidir qualquer destas questões, embora com o relevante contributo do saber psiquiátrico e psicológico presente na perícia sobre as questões médicas e científicas suscitadas pela inimputabilidade em razão de anomalia psíquica*”.

¹² Antunes, M. J, 2002, p. 414 - É a “*categoria normativa da incompreensibilidade do facto como facto do agente, traduzida na impossibilidade de apreensão das conexões reais e objetivas de sentido que ligam o facto à pessoa, que constitui o verdadeiro critério de inimputabilidade: aquela incompreensibilidade não afeta a qualificação do facto como ilícito-típico, mas impede em definitivo a sua qualificação como culposos - sobretudo à luz de uma culpa como o ter que responder pelas qualidades desvaliosas da personalidade que no facto se exprimem e o fundamentam*”.

¹³ Dias, Jorge de Figueiredo (1995), *Liberdade, Culpa, Direito Penal* (3ª ed.), Coimbra Editora. Pp. 185 e ss.

Dito isto, passamos à imputabilidade diminuída, a qual se traduz num estado do agente perpetrador do facto ilícito-típico de capacidade reduzida (mas existente) de avaliação da ilicitude do indicado facto, ou, antes, de uma incapacidade de se determinar de acordo com essa avaliação. Deste modo, os agentes nesta posição, ainda que sendo capazes, têm um poder para atuarem nos termos legalmente previstos mais limitado, podendo - e assim sendo, normalmente - esta sua natureza derivar de condições psicológicas ou psiquiátricas concretas, como alcoolismo, toxicodependência, determinadas psicopatias e demais distúrbios. Na verdade, na esteira de Jescheck, “*os pressupostos biológicos da imputabilidade diminuída são os mesmos que o artigo 20.º do CP prevê para a inimputabilidade. A diferença reside no efeito psicológico ou normativo: a capacidade de compreensão da acção não resulta excluída em consequência da perturbação psíquica mas, antes, notavelmente diminuída*”.¹⁴

1.2) Inimputabilidade de acordo com o art. 20º, nº2

Assim, há-que fazer alusão à resposta dada pelo nosso ordenamento jurídico a esta temática, ou seja, aos pressupostos previstos nos números 2 e 3 do art. 20º do CP. Efetivamente, quanto à imputabilidade “*sensivelmente diminuída*” (20º/2 CP), Figueiredo Dias advoga que os casos que se inserem no referido nº2 se traduzem em agentes cuja imputabilidade é duvidosa, ou seja, casos em que é “*pouco clara a compreensibilidade das conexões objetivas de sentido que ligam o facto à pessoa do agente*”¹⁵, sem embargo de “*ao próprio existir psiquicamente enfermo ou anómalo [presidir] (...) sempre o ser-livre*”¹⁶. Consequentemente, o legislador estabeleceu esta norma como um veículo para o juiz decidir, caso a caso, se declara o agente imputável, ou se ficciona a sua inimputabilidade, consoante as conexões objetivas de sentido que permitem determinar (compreender) aquele facto como sendo um facto do agente estejam comprovadas, ou não. Deste modo, para que possa o juiz declarar a inimputabilidade de um agente cuja capacidade de avaliação da ilicitude ou determinação de acordo com esta é reduzida, têm que estar preenchidos um conjunto de requisitos.

¹⁴ Jescheck, Hans-Heinrich (1981), *Tratado de Derecho Penal, Parte Geral, Volume Primeiro*, Bosch, Barcelona: Casa Editorial, p. 607. Assim consagra o Juiz Rel. Gabriel Catarino, no Ac. do STJ de 25/10/2017, onde remete para a doutrina deste autor. Nº Processo: 292/14.8GACCOV.L1.S1.

¹⁵Dias, J. F., 2019, p. 684.

¹⁶ Dias, J. F., 1995, p. 185.

Por um lado, deve a anomalia psíquica de que o agente sofre ser “grave”. Neste contexto, Faria Costa¹⁷, ao analisar este tópico jurídico-penal, defende uma abordagem de natureza não integralmente quantitativa “*em torno do impacto ou repercussão que a anomalia psíquica grave produz sobre as capacidades jurídico-penalmente relevantes*”, no sentido de o “*raio analítico*” desta temática abranger não apenas os casos em que “*a capacidade de compreensão e motivação do agente subsiste, embora com uma intensidade consideravelmente diminuída*”, mas “*também as situações de borderline, ou seja, os casos em que existem ou podem existir sérias e fundadas dúvidas a respeito da efetiva projeção do defeito biopsicológico sobre a capacidade de avaliação e direção no caso concreto*”¹⁸. Na verdade, não parece descabido considerar este segundo grupo de casos como sendo dotado uma “imputabilidade duvidosa”, tal como preconizado por Figueiredo Dias relativamente ao art. 20º, no seu nº2, número que Faria Costa concebe como um “*elemento normativo do critério misto de definição da inimputabilidade*”.

Por outro lado, deve, igualmente, a anomalia psíquica ser “não acidental” (art. 20º/2), ou seja, deve tratar-se de uma situação “*em que a prática do facto se revela já uma espécie de forma adquirida do existir psiquicamente anómalo*”¹⁹. Por exemplo, o indivíduo que, em termos quotidianos, não consome álcool, ou apenas o ingere moderadamente, e que um dia ingere uma quantidade superior ao normal e comete um crime nesse estado, não poderá ser considerado inimputável para efeitos do nº2 do art. 20º, pois falta aqui o pressuposto da não acidentalidade.

Adicionalmente, o não domínio dos efeitos da anomalia psíquica por parte do agente não deve ser censurável. Autores que defendem o conceito de culpa da vontade, no sentido de “o poder agir de outra maneira”, preconizam um juízo de censurabilidade face ao agente que podia ter agido de forma conforme ao Direito, e não o fez, optando por entrar em conflito com os “*valores ou bens jurídico-criminais*” que “*o direito criminal protege*”²⁰. Contudo, não apologizamos esta doutrina da culpa, pelo facto (entre outras razões) de, primeiro, o

¹⁷ Costa, José de Faria (2017), *Direito Penal* (1ª ed.). Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda.

¹⁸ Neste sentido também Bruno de Oliveira Moura: “*a temática da imputabilidade diminuída não tem por que se quedar nesta dimensão quantitativa, devendo ampliar o seu raio analítico para abranger as situações de borderline, ou seja, os casos em que existem ou podem existir sérias e fundadas dúvidas a respeito da efetiva projeção do defeito biopsicológico sobre a capacidade de avaliação e de direção no caso concreto*”, in Moura, B. O. (2022), p. 396.

¹⁹ Dias, J. F., 2019, p. 686.

²⁰ Correia, Eduardo (1971), *Direito Criminal I*, Coimbra: Livraria Almedina. P. 63.

poder de uma pessoa para agir de outro modo - no fundo, o seu livre-arbítrio - ser insuscetível de demonstração ou concretização e de, segundo, tal produzir consequências político-criminais insustentáveis - refira-se, a absolvição do arguido nos casos de incapacidade de prova da possibilidade de o agente poder ter agido conforme ao direito²¹.

Já autores apologistas da teoria da culpa pelo carácter censuram a opção do arguido de não conformar a sua personalidade com as exigências da ordem jurídica em que se insere, sendo que esta tese, apesar de colocar a tónica na personalidade do agente e não na sua vontade, não deixa de ter na sua base o mencionado livre-arbítrio. Neste âmbito, Eduardo Correia inculca a tese da culpa na “não formação conveniente da personalidade”, a qual, como o nome indica, propugna por um dever dos agentes de conformarem a sua personalidade de acordo com o direito, sendo que quanto maior a inclinação para o crime, maior o dever. Assim, corresponde “*o comportamento que torna o agente censurável pela sua personalidade a uma omissão - e a uma omissão permanente da vida do delinquente - do cumprimento do dever de orientar a formação ou a preparação da sua personalidade de modo a torná-la apta a respeitar os valores jurídico-criminais*”²². Porém, esta doutrina também peca por perfilhar um Direito que impõe um modo de ser sobre os cidadãos, quando, na verdade, o que se pretende num Estado de Direito é uma ordem jurídico-penal que proíba condutas violadoras de bens jurídico-penais (e não modos de ser) sobre os seus cidadãos.

Destarte, há-que adotar um conceito de culpa - para que, desta forma, determinemos em que medida a conduta do agente é censurável - que recaia sobre um homem em concreto, ao invés de em geral e abstrato. É neste domínio que remetemos para a conceção de culpa sufragada por Figueiredo Dias, que já abordámos supra: como o homem, no seu concreto existir, é livre para tomar as suas decisões, de entre um conjunto de possibilidades de ação, também quanto a elas tem de responder e responsabilizar-se, quando tais decisões tenham como consequência a prática de um facto ilícito-típico²³ e, igual e naturalmente, a violação de um bem jurídico-penal. Assim, de forma sintética, há que compreender o sentido do facto praticado pelo agente (não esqueçamos a nossa apologia do paradigma compreensivo) e, se tal feito não for possível, ou seja, se o juiz não lograr reconstituir aquele facto como obra

²¹ Dias, J. F., 2019, pp. 607 e ss.

²² Correia, E. (1971), pp. 322 e ss. O autor descreve a personalidade como sendo “*a verdadeira substância ético-jurídica do crime*”, no âmbito de um Direito Penal que “*todo ele é sempre um direito penal do facto*”.

²³ Dias, J. F., 2019, pp. 617 e ss. - “*O substrato derivado da decisão do homem sobre si mesmo chama-se personalidade*”.

pessoal do agente, à luz de padrões de normalidade, então tal “*impossibilita a censura típica da pena*”²⁴.

Conquanto esta extensibilidade de doutrinas fosse um passo necessário para compreender o requisito da não censurabilidade da anomalia psíquica verificada no agente, consagrado no art. 20º/2 do CP, não deixa de surgir uma crítica a este processo, crítica essa inevitável, dada a construção desta norma pelo legislador: é que o juízo de censurabilidade que é exigido reporta-se à culpa do agente (face à verificação da anomalia psíquica na sua pessoa, aquando da prática do facto), com o objetivo de se proceder à realização de um juízo sobre a imputabilidade daquele. Ora, este encadeamento segue uma ordem ilógica pois que, à partida, deve o juiz avaliar a capacidade do agente para ser alvo de um juízo de culpa (de censurabilidade), e só depois a dita culpa - aliás, verificada a inimputabilidade do agente, o juízo de censura jurídico-penal nem sequer tem lugar. Logo, a lógica subjacente ao nº2 deste artigo não deixa de parecer invertida.

Em síntese, o juiz poderá optar por uma ficção de inimputabilidade (diga-se, uma inimputabilidade “quimérica”), se os citados pressupostos se preencherem no caso que tiver em mãos, ou, antes, declarar o agente imputável, sendo que, ao seguir esta última via, entrarão em ação as normas relativas à escolha e determinação da medida da pena (arts. 71º, nº1, 70º e ss., 40º, nº2, *ex vi* 70º do CP).

2) Comparticipação

No âmbito da prática criminosa com pluralidade de agentes, há que distinguir o designado autor do mero participante, tarefa que várias teorias procuraram levar a cabo. Na presente dissertação, adotaremos a Teoria do Domínio do Facto, preconizada por Claus Roxin²⁵, nos termos da qual será autor do crime aquele que for “senhor do facto”, isto é, aquele que, simultaneamente, apresenta uma vontade dirigida à prática do facto (elemento subjetivo), bem como contribui para o facto e sua execução (elemento objetivo)²⁶.

²⁴ Dias, J. F., 2019, pp. 664 e ss.

²⁵ Roxin, Claus (1998), *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal* (1ª ed.). Madrid: Marcial Pons.

²⁶ Roxin, C., 1998, p.149: “*no puede dominarse un hecho de manera más clara que cuando lo realiza uno mismo; no se puede mantener en las propias manos de modo más firme que cuando se actúa de propia mano*” - referência de Roxin a autores imediatos, cujo domínio recai sobre a própria ação, executando o facto por si mesmos, pelas suas próprias mãos. Através da teoria do domínio do facto, Roxin logra conjugar pressupostos das teorias objetivas (material e formal) e subjetiva.

Efetivamente, Roxin integra na categoria da autoria as figuras da autoria imediata, da autoria mediata e da coautoria, já considerando configurarem formas de participação a cumplicidade e a instigação. Todavia, apoiar-nos-emos, ao invés, na visão de Figueiredo Dias, que preconiza a instigação como verdadeira forma de autoria, sem prejuízo de na base deste pensamento se encontrar a mencionada Teoria do Domínio do Facto²⁷.

Na verdade, se observarmos o art. 26º do nosso CP, é facilmente compreensível que não fora intenção do legislador excluir da autoria a figura da instigação - pelo contrário -, pois a 4ª modalidade do dito art. expressamente estabelece a punição “*como autor*” daquele que “*dolosamente, determinar outra pessoa à prática do facto, desde que haja execução ou começo de execução*”. Neste sentido, a única forma de participação que subscrevemos na nossa ordem jurídico-penal é a cumplicidade, a qual tem lugar quando, existindo um facto principal cometido pelo(s) autor(es), uma pessoa não “senhora do facto” auxilia o autor (senhor do facto) na prática do facto ilícito típico, seja em termos materiais ou em termos morais (indução)²⁸.

Capítulo II: A ponte que conecta e separa a Autoria Mediata da Instigação

Efetivamente, a autoria mediata e a instigação possuem um elemento em comum, gerador de toda a controvérsia em volta de ambas as figuras: a sua estrutura. Na verdade, em ambos os casos temos o homem-de-trás, agente que atua com dolo, que adota determinado comportamento que leva outra pessoa, o homem-da-frente, a praticar um facto ilícito-típico - ainda que seja ponto assente a essencialidade do controlo do acontecimento por parte do homem de trás, isto é, de o facto criminoso consubstanciar uma obra deste, usando a pessoa da frente para executar o mesmo.

²⁷ Dias, J. F., 2019, pp. 930 e ss: “(...)a doutrina alemã entende (...) ser impossível contabilizar os instigadores entre os autores, e impor-se pelo contrário subsumi-los, juntamente com os auxiliares, aos conceitos (...) de participantes e de participação”. Contudo, “No plano das realidades psicológicas aceitar-se-á muito bem que também seja compatível com a ‘liberdade’ do agente imediato uma sua atuação num estado de dependência psicológica traduzida em que ele execute voluntariamente uma decisão todavia criada ou produzida no seu espírito pelo homem-da-retaguarda”.

²⁸ Roxin, C., 1998, p. 514: “la participación es una cooperación fuera de la autoría”.

Na autoria mediata, “o homem-de-trás possui sobre o homem-da-frente o domínio da vontade”²⁹, domínio este que “paradigmaticamente” tem lugar por meio de coação³⁰ ou de erro³¹. Neste sentido, releva o princípio da autorresponsabilidade, o qual concretiza a autoria mediata (e, igualmente, afasta a instigação), na medida em que significa que somente haverá lugar à autoria mediata quando o homem-da-frente for desprovido de plena responsabilidade³², ou seja, quando não atuar com culpa dolosa, estando antes sob o domínio do homem-de-trás, homem esse que, realmente, executou o facto, ainda que “‘por intermédio de outrem’ ou, como se exprime unanimemente na doutrina, servindo-se do homem-da-frente ‘como instrumento’”³³. Por outras palavras, a responsabilidade pela conduta criminosa levada a cabo pelo homem-da-frente será do homem-de-trás, o qual será, pois, autorresponsável por ela.

Neste âmbito, Figueiredo Dias apresenta um conjunto de casos que, extravasando a mera coação e erro, corporizam identicamente situações suscetíveis de constituir autoria mediata: casos de atuação atípica do instrumento (por este não praticar a ação, por ser ele mesmo a própria vítima, ou por haver lugar a uma causa de exclusão da tipicidade, ou, ainda, por atuar sem dolo do tipo); casos de atuação lícita do instrumento; e, igualmente, casos de atuação sem culpa do instrumento, destacando-se aqui os casos de inimputabilidade do homem-da-frente, seja em razão da idade ou - e aqui, sim, com particular relevância - de anomalia psíquica³⁴.

²⁹ Dias, J. F., 2019, p. 906.

³⁰ Roxin, C., 1998, p.191: “una coacción que presta al sujeto de detrás el dominio de la voluntad, convirtiéndolo en autor mediato, se da siempre que (pero sólo cuando) el ordenamiento jurídico exonera al agente de responsabilidad penal por su actuación, merced a la situación creada por el sujeto de detrás”.

³¹ Roxin, C., 1998, pp. 172 e 192 e ss: “(...) a quien influye en otro de manera que éste de iure se ve exonerado de responsabilidad, ha de considerársele titular del dominio de la voluntad. Así pues, en el estado de necesidad coactivo el sujeto detrás (...) ha de ser considerado (...) señor del hecho y autor mediato”. Neste âmbito, Roxin apresenta seis grupos de erros suscetíveis de produzirem um domínio da vontade:

- i. El error excluyente del dolo, inculpable o con imprudencia inconsciente
- ii. El que yerra actúa con imprudencia consciente
- iii. El que yerra actúa dolosamente, pero sin consciencia de la antijuridicidad
- iv. Erro con suposición errónea de un hecho que excluye la culpabilidad
- v. El que yerra obra, a pesar de su error, típica, antijurídica y culpablemente
- vi. El ejecutor realiza un suceso que en su persona es atípico o lícito

³² Morão, Helena (2014), *Autoria e Execução Comparticipadas* (1ª Ed.), Edições Almedina. P. 249: “(...) mostra-se imprescindível que o autor mediato crie ou se aproveite de uma situação de irresponsabilidade jurídico-penal de outrem e que a execução material deste agente irresponsável possa ser normativamente atribuída àquela atuação instrumentalizadora”.

³³ Dias, J. F., 2019, p. 907.

³⁴ Dias, J. F., 2019, pp. 908 e ss.

Exemplificando jurisprudencialmente, atendamos ao Ac. do TRP, de 24-11-2004, que incidiu sobre o caso de um pai que permitiu e até incitou o seu filho menor, de doze anos, a conduzir na via pública o automóvel do pai³⁵. Neste caso, temos um menor a praticar um facto ilícito-típico - condução sem habilitação legal -, por determinação do homem-de-trás - especificamente, o seu pai -, o qual seria punido pela prática deste crime por meio da aplicação conjugada dos artigos 26º na sua 1ª alternativa e 28º do CP, alusivo à comunicabilidade de circunstâncias (pois, na verdade, o pai do menor tinha habilitação para conduzir o referido automóvel, razão pela qual, não se aplicando o art. 28º, não lhe seria imputável o crime em apreço, já que o mesmo não poderia praticar o crime de condução sem habilitação sendo portador da dita habilitação, nos termos do art. 3º, números 1 e 2, do DL nº 2/98, de 03/01). Assim sendo, uma vez que estava em causa um (menor) inimputável, logo, insuscetível de imputação de um juízo de culpa, teríamos necessariamente de estar diante de um caso de autoria mediata. Contudo, tal não impediu o tribunal de decidir no sentido da existência de instigação, coisa que, pura e simplesmente, não é defensável, atendendo a tudo o que já viemos a sustentar sobre esta figura e sobre a autoria mediata.

Neste contexto, constrói-se a ponte que liga os polos separados da autoria mediata e da instigação por meio do supramencionado princípio da autorresponsabilidade, destacando-se aqui as palavras de Susana Aires de Sousa: “*na autoria mediata um executante não atua com culpa dolosa, não sendo, como tal, responsável pela prática do crime (doloso); por sua vez, o instigado atua sempre dolosamente, representando e querendo o facto criminoso. Substancialmente estas duas modalidades de autoria distinguem-se porque o executante atua num caso — na autoria mediata — sem dolo, e, no outro — na instigação — dolosamente*”³⁶. Há-que enfatizar que o princípio da autorresponsabilidade é caracterizador da autoria mediata somente, e já não de qualquer outra figura cuja dinâmica passe, igualmente, por um homem-de-trás e um homem-da-frente.

De notar que, ao prever no art. 26º que o homem-de-trás “*determina[r] outra pessoa à prática do facto*”, o legislador não queria, com isto, confundir a instigação com a figura da indução, pertencente ao domínio do artigo 27º. Com efeito, esta última apenas de uma forma de cumplicidade se trata, consistindo no ato de auxiliar o agente do crime a libertar-se das

³⁵ Ac. TRP, de 24/11/2004. Nº Processo: 0443152. Juiz Rel: Pinto Monteiro.

³⁶ Sousa, Susana Aires de (2017). “*Contratado para matar*”: o início da tentativa em situações de aliciamento” (comentário ao Ac. do Tribunal da Relação do Porto de 10 de fevereiro de 2016)”, RPCC, pp. 217 e 218.

resistências últimas que ainda possa ter quanto à perpetração do mesmo, de modo que, enfim, o agente o pratique efetivamente. Já a instigação impõe um verdadeiro domínio, por parte do homem-de-trás, da decisão sobre o homem-da-frente, pelo que ainda que este último execute o facto com plena responsabilidade, não deixa o “senhor” do facto de ser (também) o primeiro, o qual criou deliberadamente a ideia da prática do crime na mente do outro, eventualmente até indicando modos de execução do mesmo, vantagens na sua perpetração, razões para a sua prática, argumentos contra a sua não realização.

Em síntese, o ilícito-típico é executado pelo instigado, mas mantém aquele a natureza de verdadeira obra do instigador, concretizando-se “o carácter de corealização de um ilícito e não de mera ‘participação (...) no ilícito de outrem’”³⁷.

A título exemplificativo, destaca-se o recente Ac. do STJ, de 13/07/2022, no qual a própria Juíza Rel., Teresa de Almeida, faz luz ao controverso tópico da autoria mediata *versus* instigação - enquanto verdadeira autoria -, apresentando e aceitando como solução para o caso em concreto tanto a figura da instigação, na esteira de Figueiredo Dias, como a da autoria mediata, de acordo com Conceição Valdágua e com o próprio Ac. de Fixação de Jurisprudência n.º 11/2009, de 21 de julho³⁸. Na verdade, estava em causa a prática de um crime de incêndio consumado (art. 272, n.º 1, al. a)), de homicídio qualificado consumado (arts. 131º, 132º, n.º 1 e 2, al. h) do CP), e de três crimes de homicídio qualificado na forma tentada (arts. 131º, 132º, n.º 1, e n.º 2, al. h)). No caso, o arguido, AA, determinou um conjunto de indivíduos a deflagrar um incêndio num imóvel, prédio que se tornou recente propriedade de AA, com o objetivo de retirar uma família de inquilinos de um apartamento no dito prédio, o qual estava arrendado à mãe dessa família há cerca de cinquenta anos. Os indivíduos entraram no prédio graças à chave que fora entregue por AA, seguindo o plano deste último, e “atuando sob as ordens e orientações daquele” - logo, é certo que o domínio da decisão recaía sobre AA. Aliás, também a mando de AA, três outros arguidos, em momento anterior ao do referido incêndio, se haviam dirigido ao apartamento, com a chave fornecida por AA,

³⁷Dias, J. F., 2019, p. 933.

³⁸ Ac. do STJ, de 13/07/2022. N.º Processo: 921/19.7JAPRT.P1.S1. Juíza Rel.: Teresa de Almeida. A Juíza Rel. menciona, quanto à instigação, que “*Sendo esta a forma de autoria, das definidas no art. 26.º do CP, que mais adequadamente parece desvelar a natureza da intervenção do arguido e integra os factos quanto a ela provados. Todavia, o outro entendimento possível, na interpretação mais ampla da autoria mediata, segundo a qual o homem da frente pode não ser um mero instrumento, tem, na aplicação ao caso, a mesma exata consequência de definir a intervenção do arguido como autoria*”. Assim, a Rel. opta por ter em conta as duas visões doutrinárias, para solucionar o caso, ao invés de adotar uma concreta posição no âmbito de toda esta controvérsia.

e ameaçado mãe e filhos inquilinos, com o fim de neles criar medo, de forma a que estes cessassem o contrato de arrendamento, e sempre mantendo informado AA do avanço da execução do plano.

A título de comentário final deste desenvolvimento introdutório, cabe referenciar um conjunto de casos paradigmáticos que consideramos consubstanciarem instigação, ainda que parte da doutrina defenda a existência de autoria mediata. Neste enquadramento, um dos argumentos utilizados por parte da doutrina portuguesa³⁹ para afastar como autoria a instigação, é o facto de o artigo 26º do CP indicar que o instigador “*é punível como autor*”, o que significaria que não estaríamos perante um verdadeiro autor, mas sim perante uma punição em termos idênticos aos de um verdadeiro autor (imediate, mediato ou coautor). Porém, este argumento é facilmente refutável pelo simples facto de que esta expressão, que dá início ao art. 26º, elenca todas as figuras que consubstanciam autoria, incluindo - *mas não só* - a instigação.

Adicionalmente, muita da exposta doutrina portuguesa que rejeita a natureza de autoria na instigação, apoia-se em doutrina germânica (frise-se, Claus Roxin) para suportar a sua tese, coisa que deve ser feita com alguma cautela porquanto as legislações jurídico-penais alemã e portuguesa nesta matéria apresentam diferenças relevantes. De facto, enquanto no CP alemão - o StGB -, surge o §25, dedicado à autoria, o §26 dedicado à instigação e o §27 dedicado ao auxílio, no nosso CP, o legislador optou por integrar a instigação no art. 26º, que consagra a autoria, estabelecendo separadamente no art. 27º a cumplicidade, e só por autoproclamada ingenuidade é que poderíamos julgar dever-se esta decisão a um lapso do legislador, e não a uma escolha consciente.⁴⁰

Dito isto, os casos de “*erro sobre o ‘sentido concreto da ação’*” configuram situações em que a doutrina germânica e alguma portuguesa defendem a existência de autoria mediata, ainda que o homem da frente atue de forma plenamente responsável, preterindo toda a essência do princípio da autorresponsabilidade, o qual, numa tentativa de salvação, é “temperado” pela denominada teoria limitada da autorresponsabilidade, nomeada por

³⁹ Destacam-se Helena Mourão e Conceição Valdágua. Mourão, H., 2014, p. 298: “(...) *criar vontade criminosa no autor imediato não equivale a dominar o facto: o instigador não domina a decisão do instigado, pois é o próprio executor quem, como autor responsável, detém a liberdade de a adotar ou recusar e possui, portanto, esse domínio*”. Ora, ainda que possamos concordar que o homem-da-frente é livre para se decidir quanto à prática do crime, não deixa de ser, igualmente, certo que a pronúncia do homem-de-trás pelo já não cometimento do crime terá a consequência da rejeição da sua perpetração por parte do homem-da-frente.

⁴⁰ Neste sentido, Dias, J. F., 2019, p. 931.

Hillenkamp⁴¹. Nestes casos, o executor tem conhecimento dos factos necessários à perpetração do facto ilícito-típico, o qual pretende praticar, todavia, falta-lhe conhecer outros factos essenciais e juridicamente relevantes. Neste sentido, Figueiredo Dias elenca um conjunto de erros passíveis de verificação neste âmbito: erro sobre a quantificação do ilícito ou da culpa (por exemplo, A oferece uma bebida a C, depois de a primeira ser determinada à prática do ato por B, com uma substância que provoca fortes dores de barriga, e A almeja esse fim, contudo, na verdade, a substância é diversa e é fatal, facto que só B sabe); erro sobre as circunstâncias qualificativas do facto (por exemplo, A paga uma quantia a B para que este fure uma bugiganga, mas na verdade, trata-se de um colar de diamantes de valor elevadíssimo); e, por fim, erro sobre a identidade da vítima (por exemplo, A incita B a disparar sobre um vulto que diz ser D, mas que sabe ser C, e A dispara, desconhecendo tal realidade)⁴².

Por fim, não podemos deixar de fazer menção a outro tema controverso e fonte de grande escrita doutrinária, que consiste nos denominados “aparelhos organizados de poder”, onde Roxin defende a existência de autoria mediata por “domínio da organização”, em casos de organizações “sem lei” de forte hierarquia, verificado um conjunto de pressupostos. Novamente, o agente subordinado que mata uma pessoa a mando do seu superior atua, salvo exceções verdadeiramente raras, de forma dolosa - diga-se, de modo plenamente responsável -, pelo que estaremos, ao invés, perante casos de instigação⁴³.

⁴¹ O Juiz Rel. Pires da Graça refere como “*uma parte da doutrina alemã tem-se sentido na necessidade de atenuar progressivamente, a vários títulos e com diversos fundamentos, a condição básica referida e admitir em certos casos especiais a figura de ‘autor (mediato) atrás do autor’*”, o que leva ainda à criação “*de uma teoria limitada da auto-responsabilidade – pela circunstância de aquela doutrina [a doutrina alemã] continuar fiel ao dogma segundo o qual, de acordo com a teoria do domínio do facto, o instigador não seria nunca autor, mas mero participante; ficando deste modo, sujeito aos princípios limitadores da punibilidade da participação (nomeadamente o princípio da acessoriedade) e da sua menor punição*”. Ac. fixador de jurisprudência, de 18/06/2008. Nº Processo: 09P0305.

⁴² Dias, J. F., 2019, pp. 918 e ss.

⁴³ Roxin, C., 1998, pp. 270 e ss. Roxin apresenta “*Los fundamentos estructurales del dominio de la organización*”. Destaca-se a “*fungibilidad del ejecutor*” pois o homem-da-frente é “*substituible en cualquier momento*”, bem como a rigidez de um sistema que “*funciona ‘automáticamente’, sin que importe la persona individual del ejecutor*”. Por fim, trata-se de uma organização que atua fora da ordem jurídico-penal - “*una autoridad superior competente para organizar el exterminio masivo de los judíos o la dirección de un servicio secreto encargada de perpetrar atentados políticos*”.

Capítulo III: Exposição prática da problemática-objeto de análise

Para, agora, compreendermos o objetivo (o objeto) da presente tese, olhemos para as seguintes hipóteses práticas, com as quais ambicionamos demonstrar a relevância jurídico-prática da temática objeto do presente estudo:

- **Caso 1:** A, diagnosticado com alcoolismo, sofre de uma dificuldade, clinicamente identificada, de reduzir ou eliminar o consumo de bebidas alcoólicas, cuja ingestão abusiva já é habitual na sua vida há mais de vinte anos. Conseqüentemente, A necessita gradualmente mais de consumir álcool, padecendo gravemente de síndrome de abstinência, o qual produz sintomas como tremores, fraqueza, cefaleia e sudorese, entre outros. Mais, no limite, provoca mesmo, num primeiro momento, alucinose alcoólica (alucinações normalmente visuais) e, num segundo momento, “*delirium tremens*”, o qual pode originar “ataques de ansiedade, confusão crescente, sono prejudicado (com sonhos assustadores ou ilusões noturnas), sudorese acentuada e depressão grave”⁴⁴. Por conseguinte, o arguido sofre de “*Deficiência Moral (que, segundo o item 301.7 da 9.a Revisão de Classificação Internacional das Doenças se caracteriza por ‘inobservância dos deveres sociais, indiferença pelos outros, violência impulsiva e frieza afetiva. O comportamento é pouco modificável pela experiência, incluindo as sanções eventualmente sofridas... suportam mal as frustrações, culpam sempre os outros pelo que lhes sucede ou fornecem explicações especiosas para os atos que os põem em conflito com a sociedade’)* e *Toxifilia Alcoólica*”⁴⁵. Neste contexto, B, conhecendo a condição de A e desejando “ver-se livre” de C, amigo de ambos e devedor de dinheiro ao próprio, conversa com A. Nesta conversa, B insiste em como C “não merece” viver, pois se recusa a saldar as suas dívidas consigo, tendo até já devido dinheiro a A também (dinheiro esse depois devolvido). B também faz questão de referir que C já havia várias vezes comentado que A deveria ser internado pelo seu sério problema de alcoolismo, observação que B sabia ir afetar profundamente A. Ora, apresentando-se este, de facto, afetado, B prossegue com a explanação de um plano de como terminar com a vida de C, plano esse que passa por uma execução criminosa na pessoa de A. Enquanto B partilha este plano criminoso com A, este último vai ingerindo uma quantia elevadíssima de

⁴⁴ MSD Manuals. (2022). “*Síndrome de abstinência alcoólica leve*”.

⁴⁵ Exemplo de sintomas sofridos por um doente alcoólico - arguido no processo -, presentes no relatório do perito no Ac. do STJ de 21/05/2008. Nº processo: 08P577. Juiz Rel.: Arménio Sottomayor.

álcool. No final, deveras embriagado e abalado pela história de B, A perpetra o plano deste último: dirige-se ao parque onde C se encontrava, coisa que B sabia pois já dominava as suas rotinas, e desfere fortes golpes com a faca que B havia sugerido que A utilizasse, provocando, enfim, a morte de C.

- **Caso 2:** G foi diagnosticada com um transtorno de nome “erotomania”, um tipo de delírio, conhecido por “delírio do amor”, no qual “*o objeto* [no caso sub judice, H, objeto do delírio de G] *não pode ser feliz sem ele* [diga-se, ela: G], *o objeto não pode ter um valor completo sem ele (...), o estabelecimento de uma vigilância ou de uma protecção contínuas do objeto, conversação indireta com o objeto, ausência de impedimentos de qualquer ordem para o relacionamento, pelo contrário, consentimento universal do romance*”⁴⁶. Neste sentido, G crê estar apaixonada por H, ator e celebridade, desenvolvendo uma obsessão pelo mesmo de ordem tal que começa a enviar cartas para o mesmo, consegue obter o seu contacto, telefonando-lhe e enviando-lhe mensagens, e aparecendo em todos os locais onde sabe que H se encontrará. A certo ponto, H obtém uma providência cautelar contra G, ato que, contudo, não impede as ações perseguidoras e obsessivas desta, as quais G acredita serem feitas “em nome do amor”, pois a mesma não duvida que ela e H estão destinados a ficar juntos. Neste âmbito, H pretende obter um papel num filme de um famoso realizador, o qual implicará um ganho de milhões de euros, contudo, H receia não obter o papel por causa de I, a única verdadeira competição do próprio. Assim sendo, obtendo conhecimento da rotina e hábitos de I - em particular onde ele se encontrará em determinado momento e como aceder ao local respetivo -, H espera pela próxima tentativa de G de contacto consigo, pois o ator sabe que ela ocorrerá. Quando tal acontece, H permite que G se aproxime - contrariamente a todas as anteriores vezes, em que chamava o segurança -, e confessa que também a ama e deseja estar com ela, todavia, ainda não tinha admitido os seus sentimentos porque queria ter a certeza, primeiro, de que conseguiria o papel para o qual competia com I, pois somente assim iria obter uma grande soma de dinheiro, a qual permitiria dar a G a vida que ela merecia. Em seguida, G diz que tudo fará para que possam ficar juntos, e que não admitirá que I o impeça, ao que H avança indiferentemente com um plano que, na verdade, já vinha

⁴⁶ Sintomas sofridos por pessoas que padecem deste síndrome, de acordo com Calejo Jorge, Joana, & Cerqueira, Ana Maria (2012). *Erotomania: Revisão bibliográfica a propósito de um caso clínico*.

preparando ao longo de semanas: indica a G onde ir, como ir, que objetos levar, e como desferir o golpe final. Assim, G dirige-se ao local onde se encontrava I, dando um tiro ao ator, o qual põe termo à sua vida.

- **Caso 3:** J, ex-veterano de guerra, sofre de stress-pós traumático, transtorno com o qual foi clinicamente diagnosticado. Esta condição provoca em J forte irritabilidade, ansiedade, surtos de raiva, e até agressão física, em determinadas situações. Por exemplo, um dos objetivos que o psiquiatra que acompanha J procura atingir é que o paciente seja capaz de ouvir sons que se assemelham a balas a serem disparadas sem que, com isso, adote comportamentos agressivos, típicos de um soldado na guerra, em modo de autodefesa e ataque face a quem se encontrar ao seu redor. L, seu colega de trabalho, tem perfeito conhecimento da sua condição, bem como deste gatilho (“*trigger*”) em específico. Assim, num dia em que todos se encontram no escritório, L, reparando que na zona da cozinha se encontra apenas J e M, colega de trabalho de quem L desgosta particularmente, o mesmo aciona um som de armas a serem disparadas, e fecha a porta da cozinha. Uma vez acionado o “gatilho”, J agride violentamente M, acabando este por ter de ser levado para o hospital, vítima de ofensas à sua integridade física.

Ora, todos os exemplos expostos exibem um elemento em comum: um homem-da-frente que pratica um facto ilícito-típico por determinação de um homem-de-trás. Agora, vamos aprofundar a natureza da imputabilidade dos executores em todas estas hipóteses, pese embora, mais uma vez, de forma relativamente superficial, por impossibilidade de caracteres para mais. Ainda assim, há-que não olvidar que o tema da imputabilidade e a discussão sobre se estes agentes apresentam imputabilidade diminuída, excluída, ou até mesmo se está em causa um autor e um participante, são temáticas que, em si mesmas, configuram objeto de toda uma dissertação, pelo que margem para discussão sobre este tópico existirá, indubitavelmente, sempre.

Assim sendo, no primeiro exemplo o homem-da-frente sofre de alcoolismo, e não de um mero estado de embriaguez pontual e accidental, levando a que o mesmo também padeça de síndrome de abstinência. Aliás, A foi consumindo enormes quantias de álcool, até para os seus padrões - pois trata-se de uma pessoa cujo sistema já ganhou bastante habituação ao consumo de bebida -, o que pode mesmo culminar com alucinações - normalmente

concretizadas em vislumbres -, e perdas completas de memória. Adicionalmente, A encontrava-se num estado de elevada ansiedade e descompensação, demonstrada fisicamente por intensa sudorese, taquicardia e alterações respiratórias. Neste contexto de desespero, B apresenta o seu plano, aproveitando para referir o facto de que C era apologista do internamento de A, coisa que sabia perfeitamente ser deveras impactante para este último.

Já no segundo exemplo, G sofre de erotomania, e é importante frisar que esta condição consubstancia um delírio, o que significa que a pessoa sofre de “*crenças delirantes*” que “*permanecem inalteradas em face de evidências claras e razoáveis do contrário*”⁴⁷, sendo que, neste caso, G acreditava que H estava apaixonado por si, e que iriam ficar juntos, pois tal estava destinado. Tais crenças são vistas como dogmas inderrubáveis pelo paciente, levando-o a adotar comportamentos muitas vezes configuráveis no transtorno obsessivo-compulsivo, facto que aconteceu no nosso cenário, porquanto G adotou tendências perseguidoras, sendo mesmo alvo de uma providência cautelar - em muitos casos, a obsessão é tal que põe em causa toda a vida pessoal e profissional do doente, destruindo as suas relações interpessoais. Deste modo, uma vez comunicando com H, G nada mais viu senão o desejo da execução da vontade de H, para que assim ambos pudessem ficar juntos.

Finalmente, o último exemplo apresenta J, que sofria de stress pós-traumático. Com efeito, esta condição leva J a alterar a forma como vê e se comporta no mundo, pois, enquanto antigamente o mundo era uma realidade relativamente previsível e segura, salvo as exceções que todas as pessoas de são entendimento conhecem, agora o mundo torna-se incontrolável, imprevisível e perigoso, provocando problemas sérios de ansiedade e constante hipervigilância no indivíduo. Uma das consequências suscetíveis de ocorrerem por força desta síndrome são os denominados *flashbacks*, que foi exatamente o que J sofreu no nosso caso: J revivia os momentos de trauma que sofreu na guerra quando sons que o seu cérebro associava a esse período difícil da sua vida eram produzidos. Por isso, o seu corpo adotava o mecanismo de “*fight or flight*”, que conduzia J a reagir de forma automática, não pensada ou praticamente consciencializada, espoletando um comportamento típico de um efetivo cenário de guerra.

⁴⁷ MSD Manuals (2022). “*Transtorno Delirante*”.

Todas estas hipóteses expõem condições clínicas que, na esmagadora maioria dos casos, são afastadas pelos tribunais como sendo situações de possível inimputabilidade⁴⁸ pois, conquanto estejamos em território que tem de ser discutido caso a caso, os respetivos agentes não perdem totalmente a capacidade de avaliar a ilicitude do facto. Pelo contrário, esta ora pode ser meramente diminuída, ora pode até se manter-se intacta, havendo, ao invés, uma diminuição da capacidade de se determinarem de acordo com essa mesma avaliação - nesta última opção já parece que podemos incluir os nossos três casos – pese embora não ser

⁴⁸Observem-se aqui alguns exemplos jurisprudenciais que comprovam a tendência dos tribunais para afastarem a inimputabilidade em casos semelhantes aos expostos nas nossas hipóteses práticas.

Destaca-se o Ac. do STJ, de 17/10/2007, onde se afastou tanto a inimputabilidade como a imputabilidade diminuída da arguida, a qual matou um idoso de oitenta e três anos através de um “*meio cruel (...), bárbaro, martirizante, que brutalmente aumenta o sofrimento da vítima*” - o atropelamento -, posteriormente a ter desferido várias bofetadas no senhor. Assim, o STJ enfatizou “*a forte intensidade da vontade criminosa da arguida, o seu dolo, direto, em nada atenuado mesmo considerando que ingeriu, antes, bebidas alcoólicas, quais, quantas vezes e em que quantidade se ignorando, sendo que mesmo em quantidades excessivas e com regularidade se vem entendendo não deixar de retirar esse consumo a voluntariedade do ato e a avaliação das suas consequências, como do antecedente consta*”. Deste modo, o STJ consagrou “*a necessidade de emenda cívica de que a arguida carece em elevado grau, a pena por que se optou [de 18 anos de prisão] carece de uma muito ligeira redução ajustada à consideração da sua instabilidade emocional, a sua humilde condição económica e o facto de ser mãe de um filho com 11 anos de idade, julgando-se, por isso, mais ajustada a pena de 17 anos de prisão*”. Nº Processo: 07P3395. Juiz Rel.: Armindo Monteiro.

Igualmente, o TRC afirma que “*a mera referência à circunstância de o arguido estar sujeito ao tratamento da sua dependência desde pelo menos o ano de 2009 e ter sido encaminhado para consulta de psicologia, por haver notícia de que teria reiniciado o consumo de álcool nos últimos meses e, nas palavras da sua companheira, manifestar um comportamento depressivo, de modo algum é, só por si, motivo para determinar fundadas dúvidas acerca da sua capacidade penal*.” Ac. do TRC, de 07/02/2018, Nº Processo: 166/17.0GBLSA.C1. Juiz Rel: Jorge França.

Já o TRL determina, neste sentido também, apesar de se estar “*perante um caso de imputabilidade diminuída*”, a aplicação de uma pena ao arguido, o qual cometeu um crime de detenção de arma proibida (art. 2º, nº5, alínea f) da Lei 5/2006, de 23 de fevereiro) em estado alcoolizado, o que “*terá afectado de alguma forma a sua capacidade de autodeterminação*” - logo, o tribunal afasta a via da declaração da inimputabilidade do arguido (art. 20º/2 do CP). Ademais, o tribunal estipula que “*ponderado o facto de o arguido (i) se revelar uma pessoa resistente a uma convivência social de acordo com as regras do direito, (ii) não ter conseguido refrear os seus ímpetos, (iii) não se ter mostrado arrependido, (iv) ter negado os factos que vieram a ser dados como provados, com exceção aos elementos relativos às suas condições pessoais, e (v) ter mostrado indiferença perante as penas anteriormente impostas, (...) só pode concluir pela impossibilidade de formular um juízo de prognose favorável, e portanto, pela impossibilidade de suspensão da pena*”. Ac. do TRL, de 25/11/2020, Nº Processo: 101/18.9PEALM.L1-3. Juiz Rel.: Alfredo Costa.

Veja-se, ainda, o Ac. do TRC, no qual o arguido, que conduzia um camião, ultrapassou o carro em que seguiam os ofendidos, transpondo dupla linha contínua, o que poderia perfeitamente ter implicado a vida dos ofendidos, se não fosse a prontidão com que o ofendido-condutor agiu. Posteriormente, o arguido saiu do carro com um ferro, com o qual agrediu ambos os ofendidos, bem como “*atingiu com o mesmo o veículo do ofendido, na zona do tejadilho e na porta do condutor, provocando várias amolgadelas, vidros partidos e outros estragos*”. Deste modo, os ofendidos sofreram lesões à sua integridade física. Dá-se como provado que o arguido sofre de “*uma perturbação psicológica crónica resultante da exposição a factores traumáticos de stress durante a vida militar, conhecido como distúrbio de stress pós-traumático, devido à experiência na guerra colonial*”, levando a que o mesmo reaja “*mal perante situações de stress*”, pois “*a patologia detectada ao arguido, face aos factos provados em que se envolveu, não permite sustentar um qualquer juízo de imputabilidade diminuída que levasse, quer a uma diminuição da culpa, quer porventura a uma agravação*”. Ac. do TRC, de 23/11/2010. Nº Processo: 339/08.7GCLRA.C1. Juiz Rel: Mouraz Lopes.

descabida a inserção do terceiro caso naquela primeira dimensão da imputabilidade diminuída. Ainda assim, frisemos novamente, dependerá sempre o juízo de imputabilidade do caso concreto - aliás, como indica Gabriel Catarino no Ac. já supracitado: “*Menos ainda [se aceita] que o agente possa, abstratamente, ter desenvolvido, por virtude de uma ingestão exagerada e desmedida de bebidas alcoólicas, um estado de imputabilidade diminuída*”⁴⁹.

Ora, concretizando este capítulo de forma técnico-juridicamente rigorosa, consideremos, por um lado, o elemento biopsicológico, cuja competência recai mormente sobre os peritos: nestes casos, quanto ao elemento biológico, não estamos perante patologias de tal modo graves que sejam comparáveis a uma verdadeira psicose - ou seja, a um processo corporal ou orgânico falhado⁵⁰, como a esquizofrenia -, ou a condições análogas, como um agente com idiotia (isto é, adultos cujo desenvolvimento mental não supera o de uma criança de seis anos), a qual se inclui na oligofrenia, como se sucede com a inimputabilidade. Todavia, isto não significa afirmar que, neste domínio, não há algum tipo de patologia de que o agente sofre, pois podemos perfeitamente ter um autor que não padece de psicoses ou de condições análogas a estas mas que, ainda assim, sofre de patologias do foro psiquiátrico: deste modo, quanto ao elemento psicológico, há uma falha, pelo menos, parcial - falha essa que será a chave para que o julgador possa considerar a diminuição da imputabilidade do homem-da-frente - visível no estado alcoolizado profundo de A, no delírio de G e no episódio pós-traumático de J.

Por outro lado, atendamos ao elemento normativo(-compreensivo): nestes casos, quando o juiz procede a um juízo retrospectivo, para estabelecer umnexo entre o agente e o ilícito-típico, de forma a verificar se é possível “compreender” aquele facto como sendo obra pessoal do agente, não encontramos aqui um elemento intermédio que quebre integralmente esta conexão - como poderia acontecer, por exemplo, com um esquizofrénico a ter um episódio psicótico - pelo que, salvo diferente visão jurisprudencial ou doutrinal, os factos das várias hipóteses parecem ser compreensíveis como obras dos seus respetivos agentes. Apesar disto, se os dois primeiros casos são mais claros quanto a este vínculo compreensivo, o último já apresenta margem para dúvida, na medida em que os atos praticados por J ocorrem pelo facto de este, na sua mente e em virtude do seu transtorno, acreditar encontrar-se num cenário bélico, pelo que cogitar sobre a inimputabilidade do agente, ainda que mais

⁴⁹ STJ, 25/10/2017.

⁵⁰ Dias, J. F., 2019, pp. 673 e ss.

improvável, já não é impertinente, dada a suscetibilidade de incompreensibilidade das conexões de sentido.

Por fim, a conexão fática aqui passa por os agentes dos nossos casos terem praticado os ilícitos-típicos sob o “efeito” das suas condições psiquiátricas (alcoolismo, erotomania e stress pós-traumático). Neste âmbito, é de referir as palavras do Juiz Rel. Manuel Augusto de Matos, no Ac. do STJ de 22/11/2017, relativamente ao levantamento da questão da imputabilidade diminuída por problema de alcoolismo do agente da prática do crime: “*a questão da alegada imputabilidade diminuída em resultado da ingestão de uma quantidade considerável de bebidas alcoólicas não assume aqui qualquer relevo, uma vez que interessa é apurar se, em determinada atuação criminosa se verifica uma situação que, afetando o agente, possa interferir na sua capacidade para avaliar a ilicitude do facto ou de se determinar de acordo com essa avaliação sensivelmente diminuída*”⁵¹. Ou seja, mais do que se provar que o agente estava sob efeito de determinada condição psiquiátrica, é necessário, ainda, demonstrar que essa afetação teve influência sob a capacidade de avaliação da ilicitude do facto, ou da determinação do agente de acordo com a mesma.

Ora, em particular nos dois primeiros exemplos, os agentes (da frente) praticaram os crimes, respetivamente, sob influência de intoxicação por álcool e sob um estado de confirmação externa das suas ideias delirantes, e embora estes estados psicológicos não devam toldar a capacidade dos agentes de avaliarem a ilicitude do ato que praticaram - diga-se, o crime de homicídio (a questão da natureza simples ou qualificada do mesmo não é agora aqui convocada) -, o facto é que a sua capacidade para se determinarem de acordo com a avaliação que eventualmente tenham conseguido fazer é reduzida: por um lado, temos um agente num estado tal de intoxicação que até sofre alucinações, perdendo uma boa porção do contacto com a realidade; por outro lado, temos um agente cujo delírio é dirigido ao “amor” que tem por uma celebridade, pelo que, pese embora a ilicitude da prática de um homicídio não seja posta em causa, a não execução deste ilícito-típico torna-se quase impossível, sendo a agente compelida à sua prática, dada a intensa obsessão que sente pela celebridade. Por fim, temos o agente sob efeito de um *flashback*, diretamente conexionado com o stress pós-traumático⁵², caso em que já parece mais plausível discutir até que ponto o

⁵¹ Processo N°980/15.1PRPRT.P1.S1, STJ 22/11/2017, Juiz Rel.: Manuel Augusto de Matos.

⁵² Com efeito, a existência de uma destas patologias psiquiátricas não implica automaticamente a existência de uma imputabilidade diminuída, tal como um doente, por exemplo, esquizofrénico que pratica um crime não implica com automaticidade a inimputabilidade, pois poderia o mesmo não estar sob o efeito da doença no

mesmo sequer conseguiu avaliar na totalidade a ilicitude do facto - ofensa à integridade física - que praticou, na medida em que o mesmo experienciou com automaticidade um cenário fictício - a guerra, onde a sua atuação não seria ilícita, mas antes um ato de legítima defesa -, não correspondente à realidade em que se encontrava, por força do seu transtorno. Ainda assim, mesmo que cogitássemos que o autor conseguiu avaliar a ilicitude do facto, dificilmente poderíamos aquilatar a sua capacidade para se determinar de acordo com essa ilicitude como integral.

Capítulo IV: Imputabilidade diminuída ou Inimputabilidade “quimérica”?

Como já supra-introduzido, o art. 20º, nº2 do CP, relativo à imputabilidade diminuída, estabelece um regime dual, permissor da escolha, por parte do juiz, entre a declaração do agente que se insira neste número como imputável ou, ao invés, como inimputável. Nas palavras de Germano Marques da Silva, *“ou o juiz vem a considerar o agente imputável, caso em que a imputabilidade diminuída há-se ser tomada em conta na determinação da medida da pena (art. 71º) e eventualmente nas condições da sua execução (104º) ou inimputável, aplicando-lhe uma medida de segurança, conforme ao disposto no art. 91º”*⁵³. Atentaremos, seguidamente, a ambos os caminhos, bem como às possíveis consequências derivadas da escolha de cada um deles.

momento da prática do ilícito-típico. De referir o Ac. do TRC, nas palavras do Juiz Rel. Vasques Osório no Processo 269/16.9PCCBR.C1, de 13/12/2017 - *“o diagnóstico de Alteração de Personalidade Borderline, associada a Síndrome de Dependência Alcoólica e de Medicação não significa uma necessária imputabilidade diminuída, mas apenas um distúrbio de personalidade associado a frequentes e repentinas alterações de humor, passando de um estado de angústia, irritação e apatia a um estado de energia e euforia, associado a dependência de álcool e de calmantes”*.

Neste sentido, estipula Roxin: *“porque, por regra geral a inimputabilidade não se pode constatar em abstracto em razão de determinado estado ou diagnóstico, mas tão só em atenção ao facto concreto. Nem sequer os transtornos psíquicos patológicos devem excluir a capacidade de culpabilidade ou imputabilidade relativamente a qualquer conduta: A mesma pessoa pode ser imputável em determinados momentos relativamente a determinados factos, e sem embargo não o ser em outros momentos relativamente a outros factos.”* Roxin, Claus (2007), *Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos. La Estructura de la Teoria del Delito*, Madrid: Editorial Civitas. Pp.825-826.

⁵³ Silva, G.M., 2015, p. 269.

1) Declaração de imputabilidade: instigação ou autoria mediata?

1.1. Autoria Mediata?

Em todos os exemplos anteriormente expostos, concluímos que existe um homem-da-frente - aquele que executa o facto ilícito-típico - cuja imputabilidade é diminuída, bem como um homem-de-trás com cabal imputabilidade. Sabendo que concebemos a figura da instigação como verdadeira autoria, como poderemos caracterizar estes exemplos, do ponto de vista da participação?

Ora, a autoria mediata é norteada pelo princípio da autorresponsabilidade, nos termos do qual o executor, ou seja, o homem-da-frente, pratica um facto ilícito-típico sem culpa dolosa, sendo que já abordámos anteriormente situações que se inserem neste esquema. Todavia, o que realmente releva neste âmbito são os casos de agentes inimputáveis em razão de anomalia psíquica, os quais não são suscetíveis da imputação de um juízo de culpa, porquanto a anomalia psíquica de que sofrem impede-os de compreender o sentido do seu facto, não obstante manterem-se livres -, incompreensão essa que também se estende ao juiz, o qual não logra, aquando de uma racionalização retrospectiva, estabelecer uma conexão entre o facto praticado e a personalidade do agente (não se verifica a personalidade do agente realizada/expressada no facto ilícito-típico), o que consubstancia o elemento normativo. Neste sentido, o agente sofre de “*transtornos devidos a causas orgânico-corporais*”⁵⁴ - o que afeta o elemento biológico -, e/ou de transtornos que contendem com o seu âmbito intelectual - o que afeta, pois, o elemento psicológico -, desde que estes sejam análogos a verdadeiras psicoses, sendo que estas alterações psíquicas estão presentes aquando da prática do facto ilícito-típico, compelindo o agente a uma prática criminosa cuja ilicitude ele próprio não consegue avaliar ou se determinar de acordo com ela.

Pois bem, este quadro de inimputabilidade não se observa quando nos debruçamos sobre os agentes de imputabilidade diminuída (presentes nas nossas hipóteses práticas), visto que estes não deixam de ser responsáveis. De facto, se as conexões objetivas de sentido entre o facto ilícito-típico e o agente ainda são alvo de compreensão, então este último será ainda imputável, e sobre ele recairá um juízo de censura - diga-se, de culpa -, o qual poderá ser agravado ou atenuado, consoante o desvalor da personalidade do agente expresso no facto

⁵⁴ Dias, J. F., 2019, p. 673.

perpetrado seja especial, ou mais tolerável⁵⁵. Dessarte, o agente será ainda responsável. Mais, não parece que possamos dizer que, nestes casos, o homem-de-trás detenha um verdadeiro domínio da vontade sobre o homem-da-frente, pois que tal pressupõe a instrumentalização de uma pessoa (*instrumento*) para cometimento do crime que não aja com culpa - destaque-se, uma pessoa que age sob coação, ou num estado de erro, ou com inimputabilidade. Em oposição, nos nossos casos, o homem-da-frente age culposamente, com uma vontade dirigida à prática do facto.

Assim sendo, parece que, para abrangermos as hipóteses práticas *sub judice* no âmbito da autoria mediata, teremos necessariamente de preterir o princípio da autorresponsabilidade, como Roxin e demais autores empreendem em diversos casos (enunciados supra), de forma a suprirem as lacunas resultantes da sua rejeição da figura da instigação como sendo verdadeira autoria, pelo facto de não conceberam a figura de um autor atrás de outro autor.

Neste sede, poder-se-ia eventualmente discutir o Caso 2: temos um agente com erotomania, que, em virtude da sua condição psiquiátrica, encontra-se “sob o feitiço” de H, celebridade (ou seja, o homem-de-trás), perpetrando o homicídio de um modo semelhante a um transe, tendo em vista apenas e só um fim: “ficar com o seu ‘amor’”. Portanto, poderíamos cogitar até que ponto a dependência psicológica que o homem-de-trás (H) tem sobre G não é uma tal que permita inserir este caso ainda na autoria mediata. Na verdade, há-que referir o denominado “domínio da organização”⁵⁶, termo utilizado por Roxin (e supra retratado) para os crimes praticados por agentes no âmbito de uma organização criminosa de que fazem parte, na qual os “homens-da-frente” são - na tese roxiniana - absolutamente fungíveis (descartáveis), atuando numa estrutura hierárquica deveras rigorosa. A

⁵⁵ Demonstra a subjetividade e divergência jurisprudencial inerente ao presente tema o juízo feito no seguinte Ac. do STJ, quanto à atenuação especial da pena de agente declarado imputável diminuído: “*O estado psíquico que afetava o recorrente no momento da prática do facto (“delírio crónico passional de ciúme”) não era adequado, na compreensão conjugada com os restantes factos provados, a conformar uma imagem global do facto especialmente atenuada, motivo pelo qual é de arredar a atenuação especial da pena, nos termos do art. 72.º do CP.*”; “*O delírio crónico passional de ciúme que afetava o recorrente, diminuindo-lhe a capacidade de dominar a vontade e atenuando a consciência do carácter proibido da sua conduta, releva num sentido atenuativo da sua culpa, mas num grau que não se pode ter por excepcional. Tanto mais quanto, na atuação do recorrente se surpreendem características de insensibilidade da sua personalidade: o aproveitamento da circunstância de a vítima se encontrar desprevenida (no quarto do casal, onde se dirigiu, regressada a casa, para despir o casaco), a indiferença perante o temor demonstrado pela vítima, o modo cruel e sanguinário escolhido para causar a morte (à facada).*”. Ac. do STJ, de 21/06/2012, Nº Processo 525/11.2PBFAR.S1, Juíza Rel.: Isabel Pais Martins.

⁵⁶Roxin, C., 1998, p.271: “*El ejecutor, si bien no puede ser desbancado de su dominio de la acción, sin embargo es al mismo tiempo un engranaje - sustituible en cualquier momento - en la maquinaria del poder, y esta doble perspectiva impulsa al sujeto de detrás, junto con él, al centro del acontecer.*”.

dependência psicológica sofrida pelos executores, neste contexto, é tal (*por exemplo, neste cenário, é perfeitamente concebível o assassinato de um agente que se recuse a cumprir a tarefa que lhe é atribuída*) que levou Roxin a estabelecer um tipo de domínio distinto, no seio da autoria mediata. Poderemos, no caso 2., ter uma situação semelhante, onde o domínio sobre o executor é tal que justifica a autonomização daquele face às demais hipóteses?

A resposta parece simples: seguindo nós a visão doutrinária de Figueiredo Dias, a situação em apreço não pode consubstanciar um caso de autoria mediata, tal como os casos de “domínio de organização” mais não são do que hipóteses integrantes da figura da instigação. De facto, agindo G com responsabilidade, estamos perante a figura de “autor sobre autor”, e não perante um caso de autoria mediata. Como refere Figueiredo Dias, para que esta última figura fosse aqui configurável, teria aquela dependência de ser “*uma tal que não [deixasse] aparecer o homem-da-frente como participante plenamente responsável, v.g., por intervenção de uma causa de justificação ou de exclusão da culpa*”⁵⁷. Em oposição, seguindo uma doutrina roxiniana, seria aqui inteligível, por um lado, um caso excepcional de autoria mediata, onde o homem-da-frente age com culpa (preterindo o princípio da autorresponsabilidade), eventualmente invocando a designada teoria limitada da autorresponsabilidade; ou até, por outro lado, um caso de autor imediato (G) com seu respetivo participante (H).

Assim sendo, é, por demais, evidente, que as hipóteses expostas no presente estudo não consubstanciam casos de autoria mediata.

1.2 Instigação?

Atendendo a toda a apologia empreendida sobre a instigação enquanto autoria, poder-se-ia assumir que a resposta agora seria simples, isto é, que os casos em apreço integram a figura da instigação, todavia, é necessário atender a algumas nuances.

Efetivamente, a instigação consiste numa forma de autoria através da qual alguém (o homem-de-trás) determina “*outra pessoa [o homem-da-frente] à prática do facto, desde que haja execução ou começo de execução*” (art. 26º, 4ª modalidade do CP), não se confundindo com o mero cúmplice, como explanado em anterior momento (art. 27º do CP). Desta forma, instigador é aquele que, mais do que somente auxiliar de algum modo o agente, cria neste a ideia da realização criminosa, demonstra as razões que a justificam e as vantagens desse ato

⁵⁷Dias, J. F., 2019, p. 922.

concreto, apresenta meios de praticar o ato, e, principalmente, acompanha de forma próxima e constante a atuação do homem-da-frente, reiterando as ideias inerentes à execução criminosa e, enfim, assegurando o “domínio da decisão”. Desta forma, observamos o que muitos autores cognominam de “duplo dolo” na instigação: por um lado, o homem-de-trás atua dolosamente na determinação à prática criminosa do homem-da-frente, por outro, atua igualmente com vontade - dolo - intencionada a levar este último a praticar um facto ilícito-típico.

Havíamos cogitado no anterior ponto sobre a possibilidade de a intensa dependência psicológica de G sobre H permitir integrar o caso na figura da autoria mediata, e concluímos que, não sendo G desprovida de responsabilidade, tal não era possível. Por ora, podemos renovar esse pensamento: a poderosa dependência psicológica de que possa padecer o homem-da-frente face ao homem-de-trás é “*compatível com a ‘liberdade’ do agente imediato*”⁵⁸. É certo, que as hipóteses práticas apresentadas refletem uma relação onde temos um homem-de-trás (B, H, L) que apresenta um plano, uma motivação, um modo de execução, e um encorajamento intenso, que leva o homem-da-frente (A, G, J) a praticar o facto ilícito-típico, ressaltando a particular influência psicológica sentida por G face a H. Por outras palavras, temos um agente imediato de um crime cuja ideia e estratégia foram criadas e delineadas por outrem e inculcadas naquele, levando-o conscientemente a desejar e avançar com a prática criminosa, nos termos e de acordo com os desígnios do homem-de-trás, o qual sempre domina a decisão do executor. Quanto ao Caso 3, onde nem há qualquer diálogo entre o homem-de-trás e o homem-da-frente, nem por isso afastamos a verificação desta relação, na medida em que não tem de existir verdadeira colaboração objetiva (“fáctica”) do homem-de-trás na execução⁵⁹.

Ora, Figueiredo Dias estabelece de forma expressa que nos casos em discussão - onde o agente atua com culpa diminuída, nomeadamente por ser imputável diminuído, “*não deve (...) afirmar-se a autoria mediata face ao princípio da autorresponsabilidade*”, fazendo a apologia, ao invés, da “*afirmação de uma autoria sob a forma de instigação*”⁶⁰. Ainda assim, até que ponto não contradiz este pensamento, em certa medida, a afirmação de que a instigação pressupõe que o agente imediato - ou seja, o instigado -, “seja plenamente

⁵⁸ Dias, J. F., 2019, p. 932.

⁵⁹ Dias, J. F., 2019, p. 951.

⁶⁰ Dias, J. F., 2019, p. 938.

responsável”⁶¹ - tal como a autoria mediata pressupõe sempre que o executor não seja responsável -, considerando que o imputável diminuído não há-de agir com plena responsabilidade?

Na verdade, atendendo à temática da responsabilidade propriamente dita, Claus Roxin, face ao StGB, propugna consubstanciarem “*pressupostos da responsabilidade penal, entre outros, a capacidade de culpa (§§19 e 20), a possibilidade de conhecimento da ilicitude (§17) e a normalidade da situação em que a ação foi praticada, a qual falta quando se verificam determinadas formas de perigo (§35) e de excesso de legítima defesa (§33)*”⁶², sendo que dois dados essenciais para que haja aplicação de uma sanção penal pela prática de um facto ilícito são a existência de “*culpa do agente e a necessidade preventiva de uma sanção penal, necessidade esta que deve ser extraída da lei*”. Neste contexto, também Maurach consagra a doutrina da “responsabilidade pelo facto”, a qual “*intercala entre a ilicitude e a culpa a ‘responsabilidade pelo facto’ como categoria adicional própria*”, e considera que existem, além das causas de exclusão da ilicitude e da culpa, causas de exclusão da responsabilidade”⁶³. Com efeito, no domínio da autoria mediata, o homem-da-frente pratica o facto ilícito-típico sem responsabilidade, sendo (auto)responsável por este o homem-de-trás, e esta responsabilidade que não incide sobre o primeiro corporaliza um espectro que vai para lá da mera falta de culpa do agente imediato, porquanto pode abranger, igualmente (como suprarreferido), situações onde a falta de responsabilidade deste sujeito decorre da atipicidade ou falta de ilicitude da sua conduta. Por exemplo, pode o homem-da-frente atuar em legítima defesa, em virtude de ter sido “*ameaçado ou enganado sobre a verdadeira situação*”⁶⁴ em que se encontrava, conduzindo este facto à falta de “*normalidade da situação em que a ação foi praticada*”, em consonância com um daqueles que serão os elementos integrantes do instituto da responsabilidade, na ótica de Roxin.

Posto isto, sendo o homem-da-frente um agente cuja imputabilidade é diminuída, sabemos que a sua responsabilidade também o será, na medida em que um dos elementos abrangidos por esta categoria é, precisamente, a capacidade de culpa - capacidade essa diminuída, em razão da reduzida suscetibilidade de imputação deste juízo de censura sobre

⁶¹ Dias, J. F., 2019, p. 958.

⁶² Roxin, Claus. (1991). “*Culpa e responsabilidade*”. RPCC.

⁶³ Roxin, C. (1991).

⁶⁴ Dias, J. F. (2019), p. 912.

o agente, como já explorado ao longo da presente tese -, logo, não será este agente “plenamente responsável”, como se determinaria que fosse, para efeitos de afirmação da existência de instigação, não obstante a sua atuação dolosa. Pois bem, significará isto que a imputabilidade diminuída do homem-da-frente impõe que o sistema jurídico-penal proceda à criação de uma terceira via, a par da autoria mediata e da instigação, no domínio da comparticipação, para albergar estes casos? Diremos que não. Ainda que, de um ponto de vista puramente teórico-técnico, possa a diminuição da imputabilidade do autor imediato colidir, em certa medida, com ambas aquelas figuras constituintes do art. 26º do CP, certo é que o Direito constitui uma área cujo pensamento e teorização servem, entre outros, um propósito de aplicação prática. Consequentemente, não só não choca ao pragmatismo jurídico e jurisprudencial a assimilação do caso do agente imediato imputável diminuído no seio da instigação, como também a inquirida opção por uma nova via seria, até de uma perspectiva teórica, uma abordagem possivelmente infecunda e certamente descabida e escusada. Em síntese, defendemos a integração das hipóteses práticas em apreço na figura da instigação.

Deste modo, aceitando que a figura que está em causa e é alvo de aplicação é a instigação, aceitamos, então, que haverá responsabilidade tanto do homem-de-trás como do homem-da-frente, pelo que ambos poderão ser alvo da aplicação de uma pena (recordemos que o presente subcapítulo incide sobre a opção do juiz pela declaração de imputabilidade). Porém, será necessariamente a pena do primeiro atenuada, dada a sua reduzida imputabilidade face ao segundo?

Citando o Ac. TRC de 22/10/2022, é de ter em conta que *“existe uma diferença clara entre a perícia psiquiátrica médico-legal, prevista no art.º 159.º n.º 6 CPP – que serve o propósito de avaliar da existência de alguma causa patológica de imputabilidade (art.º 20º n.º 1 CP) ou imputabilidade diminuída (art.º 20.º n.º 2 CP), quer para averiguar da passibilidade de culpa, quer relevando na determinação da medida da pena – e a perícia de personalidade, prevista no art.º 160.º CPP – que tem como fim avaliar as ‘características psíquicas independentes de causa patológica, bem como o grau de socialização’”*⁶⁵.

De facto, a concretização do raciocínio em análise - ou seja, de existir uma coincidência entre culpa diminuída e pena reduzida - implicaria resultados político-criminais inaceitáveis, porquanto permitiria que agentes cuja perigosidade é elevada (mas cuja culpa é diminuta)

⁶⁵ Ac. do TRC, de 22/10/2020, Juíza Rel.: Maria José Nogueira. Nº Processo: 31/18.4PCCBR.C1.

sofressem menor punição, o que é incompatível com as exigências de prevenção geral e defesa social⁶⁶ - seria, nas palavras de Eduardo Correia, “*verdadeiramente catastrófico na luta contra a criminalidade*”⁶⁷. Aliás, Figueiredo Dias assinala que o agente “*especialmente perigoso para a comunidade (...) em nome da legítima proteção desta, [deve sofrer] uma reação criminal mais forte e em regra mais longa*”, principalmente considerando “*que uma percentagem importante da mais significativa criminalidade (aquela que assume uma maior probabilidade de reincidência) tem na sua base uma imputabilidade diminuída, pelo que não se pode suportar uma sensível e geral atenuação da pena aplicável a tais delinquentes*”⁶⁸. Neste sentido, Bockelmann determina que poderá não se reduzir a pena “*quando a diminuição da culpa resultante da imputabilidade diminuída é compensada por outros motivos de agravamento da culpa presentes na pessoa do agente ou nas circunstâncias do facto (v.g., especial gravidade do facto)*”⁶⁹.

Ora, não tendo nós em Portugal um sistema dualista, não cabendo aplicar uma “*pena atenuada referida à culpa do facto, mas acompanhada de uma medida de segurança que obviasse à (...) especial perigosidade*” do agente, poderá lançar-se mão da aplicação de uma pena relativamente indeterminada (art. 83º do CP), ou ainda considerar os nºs 2 e 3 do art. 20º, nos termos do qual (como já mencionado) o juiz poderá ter em conta a “*incapacidade do agente para ser influenciado pelas penas*” para determinar o agente imputável ou inimputável - diga-se, a melhor opção para efeitos de socialização (prevenção especial), sem que se olvide a defesa social (prevenção geral), opção alvo de apontamento no ponto subsequente -, bem como até mesmo atender ao estipulado no art. 104º. A solução deste último art., “*tributária do princípio político-criminal da humanização da pena*” e ecoando o “*25º, nº2 da CRP*”⁷⁰, configura uma espécie de válvula de escape para agentes imputáveis que apresentam uma anomalia psíquica já presente anteriormente à prática do facto ilícito-típico, permitindo, assim, que o arguido seja punido com uma pena de prisão a cumprir, ao invés de no estabelecimento prisional, “*em estabelecimento destinado a inimputáveis pelo*

⁶⁶ Quanto à questão do fim das penas, rejeitamos as teorias absolutas, apologizando as teorias relativas, em concreto, a tese da pena como um instrumento de prevenção geral e especial positivas, posição esta prescrita também pelo nosso CP, nos termos, em particular, dos arts. 40º/1, 74º/1/c) e 72º/2/d), bem como no art. 18º da CRP.

⁶⁷ Correia, Eduardo (1993), *Direito Criminal I*, Coimbra: Almedina. P. 357.

⁶⁸ Dias, J. F., 1995, p. 72.

⁶⁹ Bockelmann, Paul (2007), *Direito Penal, Parte Geral*, Editora BH. Pp. 145 e 146.

⁷⁰ Antunes, Maria João (1993), *O internamento de imputáveis em estabelecimento destinado a inimputáveis*, Coimbra: Coimbra Editora. P. 18.

tempo correspondente à duração da pena”, desde que se demonstre que “o regime dos estabelecimentos comuns lhe será prejudicial, ou que ele perturbará seriamente esse regime”.

Ademais, não existe uma correspondência perfeita entre uma diminuída imputabilidade e uma diminuída culpa (nem entre esta e uma pena reduzida). Eduardo Correia, como supra-desenvolvido, preconizava a tese da culpa na não formação da personalidade de acordo com o Direito e, conseqüentemente, neste âmbito, o autor defendia que, em certos casos, onde se denotasse uma pluri-reincidência e/ou uma especial tendência para as práticas criminosas, poderia a culpa não ser reduzida, ou até ser mais elevada, pois aquele não havia “formatado” a sua personalidade de acordo com o que lhe era expectado pela ordem jurídica.

Bockelmann, quanto ao art. 20º do StGB - artigo que estabelece a redução facultativa da pena prevista no art. 21º em virtude da existência de imputabilidade diminuída -, expõe que *“se, com efeito, o agente, não obstante a capacidade de entendimento, reconhece, in concreto, a ilicitude do seu ato, o tribunal não pode aplicar a redução facultativa (...) pois, na realidade, essa diminuição não o impediu de reconhecer a ilicitude de seu ato”.*

Dito isto, Figueiredo Dias, cuja doutrina temos, em geral, sufragado, estipula que o juízo de culpa é fundamentado na personalidade jurídico-penalmente desvaliosa, *“censurável, atualizada no facto praticado (...) e é a medida da desconformação entre o (des)valor da personalidade do agente e o valor da personalidade jurídico-penalmente conformada que constitui a medida de censura pessoal que lhe deve ser feita”.* Neste sentido, não tem relevância para efeitos de culpa a perigosidade, pois esta *“não tem relevo ético”, sendo “uma característica meramente ‘natural’”, à qual “não cabe um juízo ético-jurídico de culpa”*⁷¹. Deste modo, o autor conclui que *“sempre que as qualidades de carácter do imputável diminuído, para além da perigosidade naturalística que porventura contenham, sejam traduzíveis em termos ético-jurídicos e acentuem a desconformação entre a personalidade do agente e a suposta pela ordem jurídica, elas agravam a sua culpa, e, por conseguinte, também a sua pena”,* pelo que, de facto, compreende-se que a culpa do imputável diminuído não é fundamento da sua eventual superior medida de perigosidade⁷². Logo, poderemos ter um agente cuja imputabilidade é reduzida, conquanto a sua

⁷¹ Dias, J.F., 1995, pp. 199 e ss.

⁷² Dias, J.F., 1995, p. 176.

personalidade apresente características especialmente desvaliosas, o que demanda uma pena mais elevada.

Neste domínio, é de fazer referência a alguma jurisprudência que ponha em prática esta não necessária coincidência entre diminuída imputabilidade e reduzida pena. Destaca-se o Ac. do TRC de 31/08/2022, onde o Juiz Rel., Paulo Guerra, assenta que *“À imputabilidade diminuída não corresponde necessariamente uma culpa diminuída - ela tanto pode conduzir a uma culpa agravada, como a uma culpa atenuada, tudo dependendo das características da personalidade do agente refletidas no facto”*. Deste modo, Paulo Guerra avança sintetizando quais são, afinal, os caminhos que o juiz, em teoria, pode seguir quando está perante um agente com imputabilidade diminuída: este *“pode ser sancionado com uma medida de segurança quando seja declarado como inimputável e perigoso; (...) em pena a executar em estabelecimento prisional comum, não verificados os pressupostos do artigo 104º do CP; (...) em estabelecimento destinado a inimputáveis, verificados os pressupostos do artigo 104º do CP; (...) em pena relativamente indeterminada, quando seja declarado imputável e a sua anomalia psíquica coincida com uma tendência para o crime (artigo 83º do CP); (...) em pena atenuada quando seja declarado imputável e não perigoso”*⁷³.

Igualmente, este Tribunal consagra, em relação à *“situação concreta em avaliação”* que, *“sendo a imagem global dos factos muito grave e revelando o arguido qualidades altamente desvaliosas face ao direito, de todo não se justifica a atenuação especial da pena. A imputabilidade diminuída de que o arguido era portador só deverá ser ponderada para mitigar o (elevado) grau de culpa em sede de determinação da pena concreta”*⁷⁴.

⁷³ Ac. do TRC, de 31/08/2022, Juiz Rel.: Paulo Guerra. Nº Processo: 441/20.7PBLRA.C1. Estão em causa dois crimes de violência doméstica, perpetrados por um jovem de cerca de vinte anos contra ambos os pais. Vários foram os episódios dados como provados onde o jovem tinha comportamentos agressivos e violentos para com os dois progenitores (em particular quando os mesmos não lhe facultavam dinheiro), entre os quais pontapear, empurrar, e até atacar com uma tesoura de poda os seus pais. Determinou-se que *“Em virtude da referida deficiência mental ligeira de que o arguido sofria, agravada pelo consumo regular e dependência de carabinóides e de abuso de álcool, à data da prática dos factos”*, o arguido apresentava *“capacidade sensivelmente diminuída para avaliar a ilicitude dos seus atos e para se determinar de acordo com essa avaliação.”* Consequentemente, nos termos do art. 20º/2 do CP, o juiz decidiu-se pela declaração de imputabilidade do agente, aplicando-lhe uma pena de prisão de 3 anos e 9 meses. Todavia, foi igualmente alvo de aplicação o art. 104º, o qual permite o *“internamento em estabelecimento destinado a inimputáveis pelo tempo correspondente à duração da pena: vamos entender que tudo converge no sentido de considerar que este rapaz, hoje homem, necessita de um contexto de reclusão diferenciado relativamente ao sistema prisional tradicional, já que a sua debilidade mental, preexistente ao tempo do crime, revela que o regime dos estabelecimentos comuns lhe será prejudicial”*.

⁷⁴ Ac. do TRC, de 18/09/2019, Juíza Rel.: Ana Carolina Cardoso. Nº Processo: 118/18.3JALRA.C1. No caso, o arguido comete um crime de homicídio na escola que frequentava o filho que tinha em comum com a ex-mulher, à qual o arguido se dirigiu à procura deste, pois sentia *“desespero pela impossibilidade em ver o filho e a sensação de estar em risco caso o fizesse ou tentasse fazê-lo.”* À escola, devido à chegada do arguido,

Por fim, no Ac. do STJ de 27/05/2010, “quanto à atenuação especial da pena”, “tem de recolher fundamento em circunstâncias que diminuam por forma acentuada a ilicitude ou a culpa (cf. art. 72.º, n.º 1, do CP).” Neste sentido, o Juiz Rel. Maia Costa procede a uma redução da culpa, devido a um conjunto de fatores, entre eles o facto de o arguido ser primário. “No entanto, subsiste, por outra parte, a ilicitude, que é muito elevada”, por razões como o facto de a vítima ser companheira do arguido, e ambos viverem em união de facto há anos. Assim sendo, é decidido que, “numa valoração global dos factos e ponderação dos fins das penas, (as exigências retributivas e de prevenção geral são grandes, já as de prevenção especial são diminutas, atendendo à idade e à primariedade do recorrente) e considerando a moldura penal em causa (oito a dezasseis anos de prisão), mostra-se adequada a aplicação de uma pena de 10 anos de prisão, que não ultrapassa a medida da culpa, e salvaguarda, em contrapartida, as exigências da prevenção geral e especial”⁷⁵.

2) Declaração de inimputabilidade “quimérica”

Como introduzido supra, pode o juiz optar pelo rumo da declaração da inimputabilidade, nos termos do art. 20º/2 e 3. Para tal, tem o agente que, “por força de uma anomalia psíquica grave, não acidental e cujos efeitos não domina, sem que por isso possa ser censurado, [ter] no momento da prática do facto, a capacidade para avaliar a ilicitude deste ou para se determinar de acordo com essa avaliação sensivelmente diminuída”. Ou seja, nas palavras de Germano Marques da Silva, temos que estar perante “agentes em que a personalidade é de tal modo anómala que a capacidade para avaliar a ilicitude e se determinar por ela está muito diminuída”⁷⁶.

De facto, defendemos que a culpa consubstancia não só o limite, como também o pressuposto da pena a aplicar ao agente⁷⁷. Consequentemente, um agente inimputável - logo,

dirigiram-se a sua ex-mulher e o pai desta, sendo que o arguido, após discussões com a primeira, acabou por desferir um golpe com uma navalha no ex-sogro, bem como um total de quatro tiros com uma arma, matando-o. Deu-se como provado que “À data dos factos o arguido era capaz de avaliar a ilicitude das suas condutas, todavia, a sua capacidade de se determinar de acordo com essa avaliação encontrava-se sensivelmente diminuída.” No final, “Conclui[u]-se, pois, que o estado psíquico que afetava o arguido no momento da prática dos factos não era adequado (...) a conformar uma imagem global do facto especialmente atenuada, motivo pelo qual [foi] de arredar a atenuação especial da pena, nos termos do art. 72.º do CP.”

⁷⁵ Ac. do STJ, de 27/05/2010, Juiz Rel.: Maia Costa. Nº Processo: 6/09.4JAGR.D.C1.S1.

⁷⁶ Silva, G.M., p.269.

⁷⁷ Rodrigues, Anabela Miranda (2002), “O modelo de prevenção da determinação da medida concreta da pena privativa da liberdade”, in Problemas Fundamentais do Direito Penal: Homenagem a Claus Roxin (2002). A autora estipula a necessidade de existir “para a culpa uma conceção autónoma, estranha ou, pelo menos, não assimilável à ótica preventiva, pois que só assim ela será capaz de servir como limite efetivo da medida da

um executor face ao qual não recai um juízo de censura jurídico-penal -, não pode ser alvo deste tipo de sanção, sob pena de violação do princípio da culpa (*nulla poena sine culpa*)⁷⁸. Por conseguinte, este apenas poderá ver-se sujeito ao cumprimento de uma medida de segurança, esteja em causa um executor ao abrigo do nº1 do art. 20º, ou do nº2. Contudo, certo é que estes respetivos números se distinguem a vários níveis, pelo que poderem conduzir ao mesmo resultado não deixa de suscitar alguma reflexão. Figueiredo Dias considera que este nº3 não consubstancia um novo conceito de imputabilidade para o CP, porém, autores há que observam o número doutro modo, como Carlota Pizarro de Almeida, que o caracteriza como um “*corpo estranho, inspirado em princípios diversos dos que preponderam no conceito-base de inimputabilidade adotado*”⁷⁹. Assim sendo, façamos uma análise deste tópico.

O nº1 do art. 20º conforma casos de agentes que sofrem de anomalia psíquica ou outro transtorno análogo a uma verdadeira psicose, que os torna totalmente incapacitados para compreenderem a ilicitude dos atos ilícitos-típicos que praticam, ou para se determinarem de acordo com essa avaliação. Esta inimputabilidade trata-se de uma categoria normativa “traduzida na impossibilidade de apreensão das conexões reais e objetivas de sentido que ligam o facto à pessoa”, uma “*incompreensibilidade [que] não afeta a qualificação do facto como ilícito-típico, mas impede em definitivo a sua qualificação como culposos - sobretudo à luz de uma culpa como o ter que responder pelas qualidades desvaliosas da personalidade que no facto se exprimem e o fundamentam*”⁸⁰. Ou seja, como já amplamente instituído, está em causa a quebra com as conexões de sentido que permitem ao juiz compreender aquele facto como obra individual e pessoal do agente.

pena. Que não faz esquecer, todavia, que a função garantística da culpa coexiste com a sua finalidade preventiva”.

⁷⁸ Almeida, Carlota Pizarro de (2000), *Modelos de inimputabilidade: da teoria à prática*, Coimbra: Almedina. Pp. 31 e ss. A autora estabelece que este princípio “*tem acolhimento constitucional, na medida em que será uma decorrência da dignidade da pessoa humana, consagrada no artigo 1º da Constituição*”, sendo que no art. 13º do CP, é rejeitada “*liminarmente a punição de qualquer facto não culposos*”. Em concreto, o art. 40º/2 “*estipula que a pena não poderá nunca ultrapassar a medida da culpa*”, funcionando “*como um limite que garante o indivíduo contra qualquer instrumentalização ou abuso atentatório dos seus direitos e dignidade*”.

⁷⁹ Almeida, C. P., 2000, pp. 100 e ss. Na verdade, a autora considera que na base do nº3 do art. 20º está a “*corrigibilidade do delinquentes*”, a “*insuscetibilidade de ser influenciado por uma pena*” e a “*defesa social*”; ademais, defende que, enquanto no art. 20º, nº1 o juízo de inimputabilidade se reporta “*ao momento da prática do facto*”, no art. 20º/3 a inimputabilidade reporta-se “*ao momento da execução da pena*”.

⁸⁰ Antunes, M. J., 2002, pp. 413 e ss. A autora estabelece que “*o facto poderá ser expressão documentada da consciência psicológica do agente, mas não expressão documentada da sua consciência ética*”.

A questão que, por ora, se coloca, é se esta caracterização é aplicável, no todo ou em parte, aos agentes cuja declaração de inimizabilidade é concretizada nos termos do art. 20º/2 e 3. Na verdade, estamos perante agentes cuja responsabilidade não é totalmente afastada, como já extensivamente discutido, o que logo se opõe, em certa medida, aos agentes integrantes do nº1 do art. 20º, pois no art. 20º/2 e 3, as conexões de sentido que ligam os factos praticados ao seu autor não são totalmente perdidas, sendo ainda ao juiz compreensível o facto como pertencendo pessoalmente ao seu respetivo perpetrador.

Ademais, o art. 20º/1 impõe uma declaração de inimizabilidade devido a esta “incompreensibilidade” já exposta, o que, em consequência, impõe ao juiz a decisão de aplicar uma medida de segurança, ao contrário de uma pena. Já no caso do art. 20º/2 e 3, o juiz depara-se com um autor cuja avaliação da ilicitude e/ou determinação de acordo com essa avaliação é reduzida, mas não nula, levando à consideração de que, por isso, a sua inimizabilidade é diminuída. E, neste sentido, o juiz compreende que terá de decidir-se pela declaração de inimizabilidade ou inimizabilidade do agente, sendo que, ao adotar a última via, um dos “índices” que pode ter em conta é a *“comprovada incapacidade do agente para ser influenciado pelas penas”*. Logo, o juiz estará a operar um raciocínio inverso: enquanto que, no nº1, o agente é declarado inimizável e, em razão disso, alvo da imposição de uma medida de segurança, no art. 20º/2 e 3, o juiz pondera qual a melhor opção sancionatória para efeitos de socialização do agente e, consoante o resultado dessa reflexão, declara (ou não) o agente inimizável. Assim sendo, não deixa de ser estranho que o juiz vá encetar o raciocínio por aquilo que deveria ser o fim, ou seja, pela sanção suscetível de aplicação mais eficaz, e só em momento ulterior vá fazer o juízo de (in)inimizabilidade, posteriormente a ter estabelecido que a inimizabilidade era diminuída.

Desta forma, retira-se que o art. 20º/1 *“está intimamente ligado à ideia de prevenção geral delimitada pelo princípio da culpa”*, uma vez que estamos perante agentes cuja capacidade para serem sujeitos a um juízo de culpa é inexistente, o que leva a que, do ponto de vista da prevenção geral, a comunidade não se reveja nos seus atos - diga-se, não fique alertada, não sinta a necessidade de uma reafirmação contrafática da norma violada por meio de uma pena. Já no caso dos autores de crimes ao abrigo do art. 20º/2 e 3, *“a comunidade ressentida, e fortemente, o abalo causado pelos seus crimes, reagindo de molde a requerer*

medidas de reintegração”, pois “*não há motivo para os isentar de culpa*”, ainda que esta seja reduzida (sem prejuízo de uma eventual ilicitude agravada)⁸¹.

Logo, o art. 20º/2 e 3⁸², em oposição, está intimamente ligado à corrigibilidade do agente⁸³. Ora, ainda que o nº3 estipule que “*a incapacidade do agente para ser influenciado pelas penas*” é um mero índice passível de ser utilizado pelo juiz aquando da eventual declaração de inimputabilidade, o facto é que mais critérios não são, verdadeiramente, apresentados no nº2. É certo que este prevê pressupostos que devem estar preenchidos, para que o juiz possa lançar mão deste número, contudo, analisando bem cada um, depreende-se que dificilmente o nosso Direito Penal seria compatível com uma declaração ficcionada de inimputabilidade onde os “critérios” do nº2 não estivessem verificados. Na verdade, parece que a não acidentalidade da anomalia psíquica conforma o único requisito cuja natureza não é necessária, independentemente da sua previsão legal - tanto mais que um agente poderá, efetivamente, ser declarado inimputável por força de uma anomalia psíquica acidental que sofreu durante a prática de um crime, pela convocação do art. 20º/1. Assim, foquemo-nos, por ora, nos demais pressupostos.

Por um lado, deve a anomalia psíquica ser grave. Ora, é, por demais, evidente que, se temos em conta, para efeitos do conceito de inimputabilidade, uma perspectiva que aquilata a inimputabilidade numa base de verdadeiro defeito corporal ou orgânico, ou intelectual no âmbito do art. 20º/1, onde as exigências preventivas gerais são deveras mais reduzidas, dificilmente faria sentido optar por uma conceção mais ampla no art. 20º/2, o qual permite a declaração de inimputabilidade a um agente imputável (diminuído), sobre o qual recaem maiores exigências preventivas de integração. Logo, faz todo o sentido que a anomalia psíquica em causa no nº2 do art. 20º seja, também, grave.

⁸¹ Almeida, C. P., 2000, p. 97.

⁸² Neste âmbito, separamos o art. 20º/1 dos números 2 e 3, em oposição a Carlota Pizarro Almeida, que, em oposição, estipula que “*enquanto no artigo 20º/1 e 2 não se aplica uma pena porque não há culpa (...), no artigo 20º/3 trata-se de defesa social*”, porquanto consideramos que o nº3 representa um complemento ao nº2 do art. 20º, e não que é um número isolado dos restantes deste artigo, representativo de uma nova forma de inimputabilidade. Quando muito, seria de ponderar essa nomenclatura para os números 2 e 3, em conjunto. Assim, a autora acrescenta: “*(...) no nº2, em que há uma capacidade diminuída ou atenuada - enquanto o nº3 se alicerça na insuscetibilidade de ser influenciado por uma pena.*” - Almeida, C. P., 2000, pp. 100 e ss.

⁸³ Neste sentido vai Paulo Guerra no suprarreferido Ac. do TRC de 31/08/2022: “*No caso da imputabilidade diminuída (há quem lhe chame atenuada), o agente pode, assim, ser declarado imputável e condenado em pena se esta sanção puder ainda satisfazer as exigências de prevenção especial que se façam sentir no caso concreto. Mas já é declarado inimputável, sendo-lhe aplicável uma medida de segurança, se as exigências de prevenção especial puderem ser satisfeitas de forma mais eficaz e adequada através da aplicação desta sanção, desde logo porque mais vocacionada para o necessário tratamento psiquiátrico.*”

Por outro lado, deve ainda ser uma anomalia cujos efeitos produzidos não são dominados pelo agente, realidade que também é impregnada de toda a lógica, porquanto se o agente tivesse domínio sobre os ditos efeitos, e optasse por não o exercer, tal seria, evidentemente, censurável. Neste sentido, não deve recair sobre este não domínio um juízo de censurabilidade, requisito que também é notoriamente inerente, visto que nunca a ordem jurídica permitiria a declaração de inimputabilidade em virtude de uma redução do estado de imputabilidade do agente criada, potenciada ou não evitada por este quando tal era objetivamente possível (por exemplo, seria alvo de censura o ilícito-típico praticado por um indivíduo num estado de imputabilidade diminuída originado pelo não cumprimento do tratamento médico ou psicológico que houvesse àquele sido prescrito) - sem embargo de a insuscetibilidade de corrigibilidade do agente, derivada da anomalia psíquica por ele sofrida, poder originar a aplicação do art. 104º do CP. Assim sendo, a não censurabilidade da diminuição de imputabilidade parece um natural substrato deste juízo, efetuado de acordo com a tese da culpa preconizada por Figueiredo Dias, como sufragada no Capítulo I da presente dissertação.

Assim, os critérios apresentados no art. 20º/2, relativo à imputabilidade diminuída, onde um agente apresenta uma “*capacidade para avaliar a ilicitude deste ou para se determinar de acordo com essa avaliação sensivelmente diminuída*”, mais não são do que uma natural decorrência deste próprio juízo ficcionado de inimputabilidade, o qual é feito com base na influência que a pena aplicável terá sobre o agente (20º/3). Neste contexto, Germano Marques da Silva refere que se deve proceder a um juízo de perigosidade, “*que vai conduzir à aplicação de uma medida de segurança*”, em substituição do juízo de censura do agente, o qual o autor descreve como sendo “*particularmente perigoso*”⁸⁴. Todavia, até que ponto esta determinação não tem inerente uma confusão conceitual entre “*influência do agente pela(s) pena(s)*” aplicada(s) e “*perigosidade*”? Com efeito, podem estes dois conceitos coincidir, visto que é realidade comum o agente cuja pena aplicada não o influencia no sentido do não cometimento de crimes também ser perigoso. Porém, é perfeitamente concebível termos um agente que decide não mais praticar crimes, afastando-se dele o juízo de perigosidade, conquanto a razão de ser da sua decisão não coincidir, de todo, com a pena que sofreu. Ainda assim, compreende-se este raciocínio, na medida em que, não demonstrando perigosidade, ao agente imputável diminuído bastará a aplicação de uma pena

⁸⁴ Silva, G. M., 2015, p. 269.

– provavelmente, atenuada -, bem como, sabemos, a imposição de uma medida de segurança encontra-se sempre dependente de um juízo de perigosidade existente aquando da decisão de aplicação da mesma.

Ora, até que ponto será válida a previsão unicamente deste critério, tendo em conta que, muitas vezes, os juízes se deparam com agentes imputáveis (totalmente) aos quais é aplicada uma pena, sabendo, de antemão, que o mais provável é a pena não surtir o efeito almejado, isto é, a pena não influenciar o agente de modo que este se decida pelo não futuro cometimento de crimes? Como pode a diminuída imputabilidade do agente permitir que ao autor de um facto ilícito-típico seja aplicada uma medida de segurança, por força de um juízo prognóstico de ineficácia da sujeição a uma pena, e ao autor totalmente imputável - sobre o qual se ajuíza previamente a não influência da pena nas suas futuras condutas criminosas -, uma pena? Qual a diferença entre ambos os casos senão a previsão legal (diga-se, o nível de imputabilidade aquando da prática do crime)? Na verdade, *“o artigo 40º do CP refere que a aplicação da pena visa (também) a reintegração do agente na sociedade, [mas] tal pressão deve ser entendida como reportando-se ao fim visado durante a execução da pena, não como fundamento ou fim último da mesma”*.⁸⁵ Ou seja, a prevenção especial é um fim que se pretende obter com a aplicação da pena, mas a sua eficácia deverá ser concretizada em sede de execução da mesma, e não de reflexão prognóstica pelo juiz.

Destarte, podemos intuir que, através do nº3, conjugado com o nº2 do art. 20º do CP, o legislador pretendeu que o julgador atendesse igual e simultaneamente à suscetibilidade de socialização do agente, e em que termos a medida de (re)integração que apresente o mesmo será compatível com a aplicação de uma pena, ou antes suscite o recurso a uma medida de segurança. Neste âmbito, o nº2 do art. 20º deve também ser contemplado sob uma outra lente, algo considerada, em particular, na prática jurisprudencial: trata-se de um artigo aplicável àqueles agentes que sofrem, em geral, de uma condição clínica que lhes atribui um estado semipermanente de inimputabilidade, no entanto, no momento da prática do facto, esta inimputabilidade não esteve presente, pelo que, à partida, não constituiriam alvo de aplicação de uma medida de segurança, apesar de esta ser a sanção mais eficaz, para efeitos ressocializadores. Assim, o art. 20º/2 consente na *“aplicação de sanções em função da inim-*

⁸⁵ Almeida, C. P., 2000, p. 100.

ou imputabilidade, em que não deixará de intervir a ideia do efeito que elas podem ter sobre o agente de um facto criminoso”, nas palavras de Eduardo Correia⁸⁶.

Neste contexto, poder-se-ia criticar que, ao afastar a aplicação destas normas, levantar-se-ia um problema de maior: estaríamos a permitir que agentes de elevada perigosidade fossem alvo, apenas, da aplicação de uma pena, e não de uma medida de segurança; e, sendo a sua culpa normalmente reduzida, a pena também só poderia ser aplicada até ao limite que esta admitisse, de modo a não preterir o princípio da culpa. Todavia, este limite permitido pela culpa poderia não ser compatível com as necessidades de natureza preventivo-geral, dada a perigosidade do agente. Ora, a verdade é que este receio é ultrapassável, como já avançado precedentemente, por mera convocação do nosso sistema jurídico-penal, o qual prevê uma pena exatamente para estes tipos de casos, sem com isso postergar o nosso sistema (tendencialmente) monista: a pena relativamente indeterminada (art. 83º do CP).

Aliás, atendamos ao agente reincidente cujos pretéritos crimes praticados o foram sob efeito de anomalia psíquica, e que agora procede a outra realização criminosa, desta vez, atuando sem estar sob tal efeito, situação concretizadora da interpretação também suscetível de ser realizada aos n.ºs 2 e 3 do art. 20º, nos termos agora avançados. Tendo a anomalia psíquica de se reportar ao momento da prática do facto, certo é que este agente, por este crime, poderá apenas ser punido por uma pena, salvo se puder o juiz atuar ao abrigo do n.º2 do art. 20º - contudo, esta opção está nublada pelas considerações que já traçámos -, ou aplicar o art. 104º, dada a já existência de anomalia psíquica na pessoa do agente “ao tempo do crime”, desde que se conclua que “*o regime dos estabelecimentos comuns lhe será prejudicial, ou que ele perturbará seriamente esse regime*”, ou recorrer ao dito art. 83º do CP (uma vez preenchidos os respetivos pressupostos).

Efetivamente, o facto de a culpa existir não significa que a pena tenha que ser aplicada até ao limite da mesma, ou de todo, mas sim que aquela só pode ter lugar até ao limite da culpa, no máximo. Portanto, é certo que a existência de culpa no homem-da-frente não é impeditiva da não aplicação de uma pena, em teoria. Todavia, é certo também que um dos fins das penas consiste na prevenção geral, ou seja, num reforço da confiança da comunidade nas normas existentes violadas por determinados indivíduos. Assim, o facto de a existência de culpa não impor a aplicação de uma pena não significa que a mesma não tenha que ter lugar em nome da estabilização contrafática das normas, realidade que já vimos dever

⁸⁶Correia, Eduardo (1970), *A influência de Franz V. Liszt sobre a Reforma Penal Portuguesa*, BFD. P. 30.

acontecer no âmbito da declaração de inimputabilidade ao abrigo do nº2 do art. 20º do CP, em oposição ao nº1. Logo, parece que a comunidade requer que seja aplicada uma pena ao agente que pratica um crime com responsabilidade, ainda que este possa dispor de uma capacidade para compreender a ilicitude ou se determinar de acordo com essa avaliação mais reduzida. Ora, ao permitir que o juiz ficcione a inimputabilidade do agente e lhe aplique, em contrário, uma medida de segurança, serão as exigências preventivo-gerais satisfeitas? Isto porque não estamos perante um agente que praticou o facto sem culpa, devido a incapacidade do ponto vista intelectual e/ou volitivo que lhe atribuíram a declaração de inimputabilidade - perante um indivíduo cujas conexões objetivas de sentido entre o facto e o próprio são, puramente, incompreensíveis. Antes, trata-se de um sujeito cujos factos praticados se conectam com aquele de um modo que é compreensível pelo juiz no âmbito da realização de um juízo retrospectivo, pela comunidade - por força de um sentimento comum não jurídico-técnico de ineficácia da norma - e, em geral, do sistema.

Na verdade, no âmbito da prevenção especial positiva, Carlota Pizarro de Almeida estabelece que *“há que não esquecer o carácter puramente normativo da inimputabilidade. E, assim, é possível considerar que, independentemente de sofrer de qualquer patologia, o indivíduo seja declarado inimputável precisamente enquanto - e apenas - é insuscetível de ser influenciado pelas penas. Este entendimento é consentâneo com as ideias correcionalistas que atribuem à pena uma função ressocializadora”*⁸⁷. Assim, a autora parece respaldar-se, no âmbito do nº3 do art. 20º do CP, na natureza normativa da inimputabilidade - ou seja, na suscetibilidade de alteração pelo legislador deste instituto, de acordo com as necessidades jurídico-penais exibidas pela prática jurisprudencial -, para solucionar os (múltiplos) casos de indivíduos pluri-reincidentes sobre os quais a aplicação de uma pena não tem o efeito reintegrador pretendido, e sobre os quais não seria aplicada uma medida de segurança, pois não demonstram um estado de inimputabilidade (ou até de imputabilidade diminuída) aquando da prática do crime.

Com efeito, não nos podemos cingir, no domínio da pena, à prevenção especial (positiva), mas antes devemos atender às exigências preventivo-gerais, em maior medida até, pois *“primordialmente, a finalidade visada pela pena há-de ser a da tutela necessária dos bens jurídico-penais no caso concreto”*, tutela essa *“num sentido (...) prospetivo, corretamente traduzido pela necessidade de tutela da confiança (...) e das expectativas da comunidade na*

⁸⁷ Almeida, C. P., 2000, p. 28.

manutenção da vigência da norma violada”⁸⁸. Na verdade, a moldura da pena deve ser estabelecida com base na prevenção geral, com um limite máximo ditado pela medida ótima de tutela dos bens jurídicos (não esquecendo o limite intransponível imposto sempre pela culpa) e um limiar mínimo abaixo do qual a reafirmação da confiança da comunidade na validade da norma não ocorrerá. Por conseguinte, será dentro desta moldura que atuarão as exigências preventivo-especiais, destacando-se a medida de necessidade de socialização do agente, a qual poderá nem existir, ou poderá até ser uma tal que já se estabelece um juízo prospetivo de ineficácia da pena para estes efeitos, sobejando apenas a função de intimidação (prevenção especial negativa)⁸⁹.

Neste sentido, parece que existe um limiar mínimo abaixo do qual este restabelecimento de confiança pela comunidade na norma não seria satisfeito, pois esta foi, de facto, abalada com a atuação do imputável diminuído. Logo, em resposta à questão acima colocada, diríamos que não, as exigências preventivo-gerais não estão cumpridas. Porém, parece neste momento dever-se cogitar outro ponto: vimos que, em tom de crítica, o único verdadeiro critério para determinar a declaração ficcionada de imputabilidade consiste na capacidade do agente para ser influenciado pelas penas (e na não acidentalidade da anomalia), ou seja, na sua necessidade de reintegração social e na suscetibilidade de a aplicação de uma pena ser o meio para atingir esse fim. Considerando o juiz que a pena não será eficiente na reintegração do agente na sociedade, mas antes que a aplicação de uma medida de segurança (com subjacente declaração de inimputabilidade) atingirá esse objetivo, não serão, assim, cumpridas as exigências preventivo-gerais?

Ora, quanto à questão da escolha entre medida de segurança e pena, de acordo com o art. 20º/2 e 3, o juiz decidirá entre uma e outra consoante a eficácia de cada sanção sobre a socialização do agente de imputabilidade diminuída, logo, estamos num domínio respeitante à prevenção especial. Como concluímos, a prevenção de integração é prevalecente sobre a prevenção especial quanto à sanção da pena, contudo, já quanto às medidas de segurança, há uma inversão da prevenção preponderante (de facto, afastamo-nos da temática dos “fins das penas”), que leva a que “*o propósito socializador [deva], sempre que possível, prevalecer sobre a finalidade de segurança, como é imposto pelos princípios da socialidade*

⁸⁸ Dias, J. F., 2019, p. 90.

⁸⁹ Dias, J.F., 2019, pp. 90 e ss.

e da humanidade”⁹⁰. Ou seja, as finalidades preventivas prevalecentes nas penas e nas medidas de segurança contrapõem-se, tendo primazia, respetivamente, a prevenção geral e a prevenção especial - sem embargo de exceções existentes⁹¹. Porém, Figueiredo Dias não afasta a relevância a título principal da prevenção geral no âmbito da aplicação das medidas de segurança, enfatizando, para defesa da sua ótica, a exigência de permanência em internamento pelo período mínimo de três anos quando tal for exigido para efeitos de “*defesa da ordem jurídica e da paz social*”, de acordo com o nº2 do art. 91º do CP, desde que corresponda o ilícito típico a “*crime contra pessoas ou (...) de perigo comum puníveis com pena de prisão superior a cinco anos*”.

Portanto, o juiz, quando declara o agente imputável ou inimputável, decide depois a sua pena e medida de segurança, respetivamente, atendendo a estas preponderâncias. Todavia, o que estará a acontecer no caso do art. 20º/2 e 3 é que o juiz, preliminarmente, atenderá à finalidade preventivo-especial (ou seja, terá em conta qual a melhor solução para a socialização do agente), e não à prevenção geral, sendo que, em momento ulterior, se optar por declarar o agente imputável, então aí estabelecerá a moldura penal nos termos supraestabelecidos, e se o declarar inimputável, terá em conta uma vez mais o juízo que já havia feito quanto à reintegração social do agente. Portanto, pelo menos do ponto de vista da pena, o raciocínio feito sofrerá uma inversão metodológica, e do ponto de vista da medida de segurança, teremos uma comunidade que não vê repostas a sua crença numa norma violada.

Assim, a resposta à última questão seria, à partida, um “não”, pois as finalidades preventivo-gerais são cumpridas em virtude da aplicação de penas ao agente que pratica um facto ilícito-típico e, assim, transgredir uma norma penal - como acontece com o agente imputável diminuído. Realidade diferente consiste na aplicação de medidas de segurança a um agente inimputável [nos termos do art. 20º/1] pois aqui “*a comunidade compreende bem que a reação contra a perigosidade individual é ali fruto exclusivo de condições endógenas anómalas*”, compreensão essa não integralmente extensiva aos agentes abrangidos pelos nºs 2 e 3 do art. 20º⁹².

⁹⁰ Dias, F. D., 2019, p. 101.

⁹¹ Dias, F. D., 2019, p. 105. O autor destaca como exceção, na senda de Roxin, a medida de segurança de “*cassação de licença de condução de veículo motorizado (art. 101º)*”.

⁹² Dias, F. D., 2019, p. 105.

Neste domínio, sempre se deve referenciar Maria João Antunes, autora que estabelece que o art. 91º/2 (relativo à medida de segurança de internamento de inimputáveis) consagra “*uma (questionável) presunção de duração da perigosidade criminal do agente*”, e não se aplica ao “*agente declarado inimputável, nos termos do art. 20º/1*”, mas sim “*vale exclusivamente para o agente declarado inimputável nos termos do art. 20º/2 CP (...), para o agente de imputabilidade diminuída que, mercê da nossa opção por um sistema monista de reações criminais, pode ser declarado inimputável*”⁹³. Deste modo, “*a medida de segurança prossegue exclusivamente a finalidade de prevenção especial*”. Neste sentido, a existência de finalidades de prevenção geral autónomas justificam-se pelo facto de, na ótica da autora, o artigo ser de aplicação exclusiva aos agentes abrangidos pelo nº2 do art. 20º - cuja declaração de inimputabilidade é realizada “*por ser adequado o tratamento psiquiátrico do agente*” -, o que é “*perfeitamente compatível com a determinação legal no sentido de a duração mínima do internamento valer quando o agente seja criminalmente perigoso em razão de anomalia psíquica, pois é nesta hipótese que o tribunal é confrontado com a alternativa da pena ou medida de segurança, dada pelo art. 20º/2 do CP*”. Assim, a autora, afastando-se do dominante critério, preconizado por Figueiredo Dias, da transposição das características do facto do agente imputável para o facto do agente inimputável em virtude de anomalia psíquica, defende a “*coincidência entre o facto que é pressuposto da aplicabilidade de medida de segurança de internamento e o facto do agente declarado inimputável em razão de anomalia psíquica*”. Logo, o facto ilícito-típico tem a função político-criminal de “*ser facto comprovativo da perigosidade criminal fundada na anomalia psíquica*”, função essa que serve a “*coincidência (...) entre o facto que é pressuposto da condenação em medida de segurança de internamento e o facto do agente declarado inimputável em razão da anomalia psíquica*”.⁹⁴

Porém, não deixando de ser verdade que a comunidade não se vê abalada pela prática de ilícito-típico por inimputável, e sendo esta a doutrina dominante, não podemos olvidar a tese de Figueiredo Dias - em sentido distinto da visão de Maria João Antunes - quanto à medida de segurança de internamento (art. 91º do CP e ss), consagrando o autor que, quanto a esta -

⁹³ Aliás, é inegável que “*o carácter monista do nosso sistema é afirmado à custa do alargamento dos casos de inimputabilidade; alargamento que ocorre quer quando consideramos inimputável o delinquente de ‘imputabilidade diminuída’, quer quando também cai naquele grupo o imputável incorrigível (art. 20º, nºs 2 e 3)*” - Antunes, M. J., 1993, p. 157.

⁹⁴ Antunes, M. J., 2002, pp. 433 e ss.

cujo nº1 o autor aplica aos agentes inimputáveis, sem proceder a distinções -, “há razões político-criminalmente válidas (...) que induzem o convencimento de que uma finalidade de prevenção geral positiva deve estar ainda aqui presente de forma autónoma e não apenas de forma reflexa”, ainda que “meramente secundária”⁹⁵. De facto, o juiz pode determinar a medida de segurança de internamento, desde que, “por virtude da anomalia psíquica e da gravidade do facto praticado, [haja] fundado receio de que venha a cometer outros factos da mesma espécie” (nº1 do art. 91º), e nas hipóteses práticas em análise na presente dissertação, sendo os crimes em apreço puníveis com pena de prisão superior a cinco anos, o internamento tem a duração mínima de três anos, “salvo se a libertação se revelar compatível com a defesa da ordem jurídica e da paz social”. Esta última expressão denota como, além do juízo de perigosidade do agente, também é relevante para o legislador a “tranquilidade social” e “tutela da confiança comunitária nas normas” incumpridas⁹⁶, na medida em que, mesmo já não havendo perigosidade do agente, poderá este continuar internado em nome da necessidade de estabilização contrafática da norma⁹⁷.

Progredindo no encadeamento lógico-jurídico, a questão que surge, então, agora, é a seguinte: permitirá este limite de três anos de internamento assegurar as exigências preventivo-gerais da comunidade? Com efeito, mesmo que acompanhem a visão de Figueiredo Dias, certo é que Maria João Antunes defende a existência de exigências preventivo-gerais autónomas no âmbito do nº2 do art. 91º, por força da apologia da inclusão neste artigo tão-só de agentes cuja declaração de inimputabilidade é realizada com base no art. 20º/2. E, de facto, a nossa dissertação incide justamente sobre estes mesmos, pelo que também esta perspetiva doutrinária se ajusta neste contexto.

Ora, salvo a hipótese prática 3, cuja moldura penal poderá ter como limite máximo o período de três anos de prisão (crime de ofensa à integridade física simples, consagrado no art. 143º/1 do CP, bem como qualificada nos termos do art. 145º/1/a) e, eventualmente, b))

⁹⁵ Dias, F. D., 2019, pp. 105 e 107.

⁹⁶ Dias, F. D., 2019, p. 107.

⁹⁷ Assim, para Figueiredo Dias, não há distinção no plano das finalidades das reações criminais, prosseguindo, tanto a pena como a medida de segurança, finalidades preventivas gerais e especiais, a título autónomo. Já Maria João Antunes preconiza uma prossecução autónoma de finalidades somente preventivo-especiais da medida de segurança - sem prejuízo do art. 91º/2, cuja finalidade preventivo-geral inerente tem aplicação, na sua perspetiva, apenas face a agentes cuja declaração de inimputabilidade é jurídica, e não natural (de acordo com o art. 20º/2 do CP) -, sem embargo da sua relevância “ainda que de forma não autónoma, na função de tutela de bens jurídicos”, quanto às medidas de segurança, em geral. Desta forma, a autora salienta que a medida de segurança apresenta “a dupla função de elemento indiciador da perigosidade e de co-fundamento e limite de aplicação da sanção” - Antunes, M. J., 2002, pp. 476 e ss.; p. 484.

ambas as demais hipóteses incidem sobre crime de homicídio, pelo que a pena aplicável ao agente praticante deste crime nunca será inferior a oito anos de prisão (art. 132º consagra crime de homicídio simples). Portanto, o próprio legislador estabeleceu que o limiar mínimo de restabelecimento da crença na norma violada passaria por uma moldura penal cuja medida da pena mínima seria de oito anos. Sendo, pois, o nosso agente imputável diminuído, mas com uma declaração de inimputabilidade ficcionada, ao mesmo será aplicada uma medida de segurança de internamento, e este ficará internado seguramente pelo período de três anos, pois sabemos que outra opção é incompatível “*com a defesa da ordem jurídica e da paz social*” - considerando que o facto praticado importaria sempre uma pena mínima de oito anos, bem como consubstancia um “*crime contra as pessoas*”.

Todavia, decorridos esses três anos, poderá a medida de segurança ser levantada se o juízo de perigosidade que recai sobre o agente não subsistir. Deste modo, como poderemos considerar satisfeitas as exigências preventivo-sociais da comunidade face a este agente que, realmente, é imputável? Como poderá a comunidade, ressentida com a violação da norma, ver a sua confiança na validade daquela norma restabelecida perante uma libertação (do internamento) de um indivíduo num período inferior a cinco anos da medida mínima de pena para o facto praticado (naturalmente, no caso de findar o internamento após o período de três anos, sem prejuízo de tal sempre depender da perigosidade do agente).

Neste contexto, poder-se-ia apontar o facto de, ao proceder a todas estas reflexões, se estar a desvalorizar, na prática, a *ratio* da existência do art. 20º, no seu nº2, que equivale à atribuição ao juiz de flexibilidade na determinação da sanção a aplicar ao agente cuja imputabilidade é diminuída, com base na maior ou menor eficiência da pena ou da medida de segurança no agente - repita-se, com base na sua capacidade “*para ser influenciado pelas penas*”. Ou seja, no “*conjunto de qualidades pessoais que permitam a concretização do sentido da pena - o delinquente há-de sentir a pena nessa qualidade, como um mal que lhe é infligido em consequência do crime - e, conseqüentemente, a concretização das finalidades desta*”, “*com palavras de Welzel, a 'impressão da pena': a vivência da pena, enquanto esta se concretiza, no plano do condenado, na sensibilidade à pena e na suscetibilidade de ser por ela influenciado*”⁹⁸.

De facto, a eventual rigidez com que nos afastamos da aplicação da medida de segurança a um agente cuja imputabilidade não deixa de existir, facilmente pode ser examinada como

⁹⁸ Antunes, M. J., 1993., pp. 40 e ss.

uma perspectiva obtusa e provida de desconsideração pelas exigências de prevenção especial, especialmente a positiva. Poder-se-ia até criticar que este raciocínio tem implícita uma indiferença pelo facto de o instituto da inimputabilidade consistir numa construção fabricada pelo legislador, o qual poderá perfeitamente estabelecer diferentes “vertentes” ou dimensões de inimputabilidade (e contidas no espectro desta) através de variadas normas. Com efeito, estamos perante um domínio não escrito na natureza das coisas, mas, antes, de índole normativa. Todavia, não sendo isto falso, verdade é, também, que são base de qualquer sistema jurídico(-penal) a coerência normativa e a justiça material, e atendendo a todas as observações espelhadas na presente tese até agora e, igualmente, infra, dúbio é que estes pilares se encontram fixos e equilibrados no solo que é a ordem jurídico-penal portuguesa.

Porém, como já foi sendo adiantado supra, existem alternativas na nossa lei penal para os agentes retratados na presente dissertação que não preterem, de todo em todo, finalidades de prevenção geral positiva, contribuindo para um tratamento materialmente mais justo entre autores de um mesmo crime –instigador e instigado. Por um lado, temos a pena relativamente indeterminada. Por outro lado, há-que não olvidar o regime do artigo 104º.

Concluída a presente análise dos nºs 2 e 3 do art. 20º, atendamos à pronunciada questão da justiça material. Efetivamente, iremos ter dois agentes punidos pela prática de igual crime, sendo ambos responsáveis pelo mesmo - ainda que em medida diferente -, contudo, no final, a um é aplicada uma pena no seguimento de uma declaração de imputabilidade, e a outro uma medida de segurança, como consequência de uma declaração ficcionada de inimputabilidade.

Na verdade, ao criarmos este juízo de justiça entre uma decisão e outra, não evocamos rigorosamente uma superioridade benéfica da medida de segurança face a uma pena. Efetivamente, é inegável que a sujeição a uma medida de segurança pode, como já concluímos e depreciamos, permitir que o agente seja liberto num período bem mais curto do que poderia, em teoria, se a sanção aplicada tivesse sido a pena. Justamente, a alusão ao tópico em apreço concerne a justiça material de um prisma direta e puramente relacionado com o período de duração da sanção, e não da perspectiva da eficácia da sanção na socialização do agente em virtude desta.

Aliás, o internamento aplicado ao declarado inimputável já *“não pode exceder o limite máximo da pena correspondente ao tipo do crime cometido pelo inimputável”*, nos termos do nº2 do art. 92º do nosso CP, norma atualizada, devidamente, pelo legislador, com a Lei

35/2023, de 21 de julho⁹⁹. Portanto, é certo que o agente, seja declarado imputável ou seja declarado inimputável, poderá contar com um limite máximo da medida da pena ou da medida de segurança, respetivamente, idêntico. Em oposição, anteriormente à referida Lei, podíamos deparar-nos com o caso de o homem-de-trás, imputável e sujeito a uma pena, ser libertado depois de um período máximo de doze anos (ou vinte-e-cinco, nos termos do art. 132º do CP, relativo ao homicídio qualificado), e o homem-da-frente, ficcionadamente inimputável, sofrer um internamento de período ainda superior, em virtude das prorrogações sucessivas justificadas pelo seu continuado estado de perigosidade¹⁰⁰.

De facto, ao declararmos inimputável o homem-da-frente, o único autor responsável pela prática do crime será, pois, o homem-de-trás, pois apenas este terá, de acordo com um juízo jurídico, agido com culpa, tornando-se o segundo um instrumento do primeiro, tal como seria se fosse inimputável ao abrigo do art. 20º/1. Portanto, passamos a ter um caso de autoria mediata, atendendo ao facto que o homem-da-frente é declarado inimputável, tendo sido determinado por um homem-de-trás à prática do crime. Contudo, sabendo nós que, na verdade, o homem-da-frente agiu com responsabilidade, poderá uma ficção de inimputabilidade respeitar integralmente o princípio da autorresponsabilidade? Isto é, poderá o princípio que impõe que, numa relação de autoria mediata, o autor imediato aja sem responsabilidade, suportar no seu núcleo um agente declarado inimputável, mas que, verdadeiramente, atuou com responsabilidade (e culpa)?

Na realidade, por um lado, há-que ter em conta que a declaração de inimputabilidade, conforme o art. 20º/2, não elimina a existência de culpa dolosa, naturalisticamente verificada aquando da prática do facto ilícito-típico, na pessoa do autor imediato. Deste modo, parece,

⁹⁹ Neste contexto, o Governo estipulou que, “*Ao revogar o n.º 3 do artigo 92.º do Código Penal, a nova Lei elimina a possibilidade de prorrogação indefinida da medida de segurança de internamento de inimputáveis. Ou seja, a lei passa a impedir que as medidas de internamento tenham, na prática, uma duração ilimitada ou mesmo perpétua, prevalecendo o entendimento de que nenhum cidadão – imputável e inimputável – pode ser privado de liberdade com carácter perpétuo ou de duração ilimitada ou indefinida*”.

¹⁰⁰ Com efeito, tal como existe para as penas o princípio político-criminal da proibição de penas de carácter privativo de natureza perpétua ou de duração ilimitada ou indefinida, também existe esse princípio para as medidas de segurança. Porém, a nossa Constituição prevê uma norma que permite afastar esta máxima - o art. 30º, nº2 -, nos termos da qual “*Em caso de perigosidade baseada em grave anomalia psíquica, e na impossibilidade de terapêutica em meio aberto, poderão as medidas de segurança privativas ou restritivas da liberdade ser prorrogadas sucessivamente enquanto tal estado se mantiver, mas sempre mediante decisão judicial.*”, não obstante a atual Lei da Saúde Mental, que limita o internamento nos termos do nº2 do art. 92º do CP (aprofundado supra). Antunes, Maria João (2020), *Penas e Medidas de Segurança*, Coimbra: Almedina. P. 17.

à primeira vista, ser de rejeitar a figura da autoria mediata, em nome do cumprimento do princípio da autorresponsabilidade.

Consequentemente, dir-se-ia que o caminho a seguir seria o da afirmação da existência de instigação. Todavia, advogar esta figura da autoria, em virtude da presença de culpa dolosa no “instigado” seria, no mínimo, inusitado, dado que tal significaria perfilhar a rejeição da autoria mediata face a um homem-da-frente declarado, efetivamente, inimputável. Ou seja, pese embora o autor imediato tenha agido com culpa dolosa aquando da perpetração criminosa, certo é que o legislador abriu portas, através da criação da norma constante no n.º 2 do art. 20º, à possibilidade de declaração de inimputabilidade do mesmo, por parte do julgador.

Por conseguinte, levando em consideração que, com a declaração de inimputabilidade ao abrigo dos n.ºs 2 e 3 do art. 20º - a qual consubstancia um juízo de natureza jurídico-normativa -, o legislador procurou acautelar exigências preventivo-especiais do autor do crime, mostra-se consentâneo com este pensamento a apologia da autoria mediata face ao agente declarado inimputável nestes termos, atendendo ao facto de também esta escolha ser um juízo de natureza teórica, mais do que natural. Com efeito, a criação de uma norma concessória da declaração de inimputabilidade, dirigida a um agente imputável no momento da prática do ilícito-típico, tem como decorrência lógico-indutiva a afirmação da existência de autoria mediata nas hipóteses em apreço. Ou seja, tal como se sucedeu no âmbito da declaração de inimputabilidade, opta-se, igualmente, por uma ficção jurídica de inexistência de culpa dolosa no domínio da autoria, de forma a, neste sentido, haver lugar ao acompanhamento daqueloutra ficção jurídica. Assim sendo, mais do que duas “quimeras” jurídicas, isto é, mais do que a ficção de inimputabilidade, e a ficção de autoria mediata, temos a verificação da primeira, da qual decorre, em consonância com este juízo de inimputabilidade (logo, de negação de culpa), a asseveração da figura da autoria mediata.

Em contrapartida, já se elegêssemos o caminho que temos vindo a advogar ao longo da presente dissertação, faríamos, então, a apologia pela declaração de imputabilidade do autor de imputabilidade diminuída, com a consequente aplicação de uma pena relativamente indeterminada (arts. 83º e ss do CP), ou ainda a aplicação do art. 104º do CP, se verificados os requisitos do mesmo na pessoa do homem-da-frente, o que teria como corolário, no âmbito da comparticipação, a afirmação da figura da instigação - visto que o homem-da-frente será responsável, ainda que não na totalidade. Deste modo, seria aqui de atender,

igualmente, ao raciocínio feito supra quanto ao facto de a inexistência de plena responsabilidade não dever afastar a existência da instigação.

CONCLUSÃO

Chegados ao “epílogo” da presente excursão, cabe, por ora, referenciar os tópicos discutidos ao longo deste trabalho de maior relevância nesta lata temática, nunca olvidando o facto de o tema em apreço ser dotado de substancial amplitude, pelo que, a ser exequível, sempre seria possível aprofundar-se esta problemática em superiores dimensões.

De facto, a tónica desta dissertação recaiu sobre a prática de um facto ilícito-típico por parte de um agente cuja imputabilidade é diminuída, conjuntamente com o apelidado “homem-de-trás”. Em primeiro lugar, foi necessário tomar posição quanto ao modo de conceber a culpa, já que muitas são as teses doutrinárias nesta sede, tendo nós adotado a perspetiva de Figueiredo Dias, fundada numa ideia de liberdade pessoal da pessoa humana alicerçada num existir humano, e nos termos da qual a culpa, materialmente, consiste num juízo operado sobre o agente, que tem de responder pelas qualidades desvaliosas da sua personalidade demonstradas no momento da perpetração do ilícito-típico e que o fundamentaram. Neste patamar da construção dogmática do crime – ou seja, a culpa -, insere-se a imputabilidade, enquanto obstáculo à realização deste juízo de censura.

Concluimos, outrossim, que os elementos inerentes à inimputabilidade, isto é, os elementos biopsicológico, normativo e típico, são também transponíveis aos agentes com imputabilidade diminuída, com as devidas nuances a relevar, dada a existência de responsabilidade que permanece sobre estes últimos.

Desta forma, procedemos a uma análise extensiva dos números 2 e 3 do art. 20º do CP - os quais estabelecem o regime da imputabilidade diminuída, se bem que não recorrendo diretamente a esta terminologia -, números esses que corporizam um trilho bifurcado, no qual o juiz pode optar por seguir o primeiro caminho, que o conduzirá à declaração de imputabilidade do agente inimputável, ou o segundo, o qual, ao invés, o encaminhará para a declaração quimérica de inimputabilidade daquele. Quanto a esta possibilidade de escolha traçada pelo legislador para o aplicador da lei, várias foram as observações explicitadas, tendo nós apologizado a decisão de declaração de imputabilidade daquele que, efetivamente, é imputável, ainda que diminuído, com legítimo recurso à aplicação da pena relativamente

indeterminada (art.83º do CP), à execução da pena em estabelecimento para inimputáveis (104º do CP), ou meramente à imposição de uma pena, se a perigosidade do agente não se verificar – obviamente, desde que preenchidos os pressupostos, nos casos *sub judice*, consagrados na lei.

Adicionalmente, almejámos averiguar qual a natureza da atuação, em sede de participação, de ambos os homens da frente e de trás, no âmbito das hipóteses práticas apresentadas. Primeiramente, afastámos a possibilidade de o homem-de-trás configurar um mero cúmplice, dado o seu intenso envolvimento na cena criminosa. Seguidamente, afirmando a autoria dos dois agentes, a questão passou por compreender se estaria em causa uma relação de autoria mediata ou de instigação, tendo, invariavelmente, por base, a defesa da instigação como verdadeira autoria, na senda de Figueiredo Dias. Para tal, foi operado este juízo consoante o juiz optasse pelo primeiro ou pelo segundo dos caminhos passíveis de escolher, de acordo com o art. 20º, no seu nº2. Ora, se quanto à opção pela declaração de imputabilidade, declarámos a existência de instigação, já quanto à declaração de inimputabilidade firmámos por uma relação de autoria mediata, pese embora não tenhamos deixado de mencionar que, seguindo a nossa perspetiva (no sentido do afastamento da inimputabilidade quimérica), sempre teríamos uma relação de instigação.

Em conclusão, se a imputabilidade diminuída consubstancia um instituto que, só por si, se mostra negligenciado pela prática jurisprudencial, já quando o conjugamos com a temática da participação (mais especificamente, com as modalidades da autoria mediata e da instigação), é conspícua a verdadeira nulidade de produção doutrinal e jurisprudencial. Contudo, ensejamos que, com toda esta excursão, se tenha espelhado a relevância e o mérito, tanto teóricos quanto práticos, do tema em apreço, aspirando, no futuro, um maior aprofundamento do mesmo em sede doutrinal.

BIBLIOGRAFIA

Almeida, Carlota Pizarro de (2000), *Modelos de inimputabilidade: da teoria à prática*. Coimbra: Almedina. ISBN: 9789724012674

Antunes, Maria João (1993), *O internamento de imputáveis em estabelecimento destinado a inimputáveis*. Coimbra: Coimbra Editora. ISBN: 972-32-0631-5.

Antunes, Maria João (2002), *Medida de Segurança de Internamento e Facto Inimputável em Razão de Anomalia Psíquica*. Coimbra: Coimbra Editora. ISBN: 9789723211405.

Antunes, Maria João (2020), *Penas e Medidas de Segurança*. Coimbra: Almedina. ISBN: 9789724072272.

Bockelmann, Paul (2007), *Direito Penal, Parte Geral*. Editora BH. ISBN: 8573088931

Calejo Jorge, Joana, & Cerqueira, Ana Maria (2012). *Erotomania: Revisão bibliográfica a propósito de um caso clínico*. Disponível: [URL] (Acedido em: 17 de outubro de 2023).

Correia, Eduardo (1970), “*A influência de Franz V. Liszt sobre a Reforma Penal Portuguesa*”, Boletim da Faculdade de Direito. Pp 1-34.

Correia, Eduardo (1993), *Direito Criminal I*. Coimbra: Almedina. REF: 948d43f3c0ff

Correia, Eduardo (1971), *Direito Criminal I*, Coimbra: Livraria Almedina.

Costa, José de Faria (2017), *Direito Penal (1ª ed.)*. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda. ISBN: 978-972-27-2605-4

Dias, Jorge Figueiredo (1995), *Liberdade, Culpa, Direito Penal (3ª ed.)*. Coimbra Editora. ISBN: 972-32-0670-6

Dias, Jorge Figueiredo (2019), *Direito Penal - Parte Geral - Tomo I- Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime (3rd ed.)*. Gestlegal. ISBN: 9789898951243, pp

Lei da Saúde Mental. Disponível em: <https://www.portugal.gov.pt/pt/gc23/comunicacao/noticia?i=nova-lei-de-saude-mental>

Jescheck, Hans-Heinrich (1981), *Tratado de Derecho Penal, Parte Geral, Volume Primeiro*, Bosch, Barcelona: Casa Editorial. ISBN: 978-847-16-2852-7

Mezger, Edmund (1955), *Derecho Penal, Libro de Estudio, TOMO I: Parte General*. ISBN: 950-826-044-0

Morão, Helena (2014), *Autoria e Execução Comparticipadas (1ª Ed.)*. Edições Almedina. ISBN: 978-972-40-5439-1

Moura, Bruno de Oliveira (2022), *A conduta prévia e a culpa na comparticipação (1ª ed.)*. ISBN: 9789727808014.

MSD Manuals. (2022). "*Síndrome de abstinência alcoólica leve*". Disponível em: <https://www.msmanuals.com/pt/profissional/t%C3%B3picos-especiais/drogas-il%C3%ADcitas-e-intoxicantes/intoxica%C3%A7%C3%A3o-e-abstin%C3%Aancia-de-%C3%A1cool> .(Acedido no dia 17 de outubro de 2023).

MSD Manuals (2022). "*Transtorno Delirante*". Disponível em: <https://www.msmanuals.com/pt-pt/profissional/transtornos-psi%C3%A1tricos/esquizofrenia-e-transtornos-relacionados/transtorno-delirante#:~:text=Del%C3%ADrios%20s%C3%A3o%20distinguidos%20de%20cren%C3%A7as,que%20um%20c%C3%B4njuge%20%C3%A9%20infiel>). (Acedido no dia 18 de outubro de 2023).

Oyebode, F. (2013) "*Karl Jaspers: 100 years of General Psychopathology – reflection*", The British Journal of Psychiatry. Cambridge University Press, 203(6). DOI: 10.1192/bjp.bp.113.135202.

Rodrigues, Anabela Miranda (2002), "*O modelo de prevenção da determinação da medida concreta da pena privativa da liberdade*", in Problemas Fundamentais do Direito Penal, Homenagem a Claus Roxin. ISBN: 9728397429.

Roxin, Claus (1983). "*Acerca da Problemática do Direito Penal da Culpa*", Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 59. HeinOnline.

Roxin, Claus (1991). "*Culpa e responsabilidade*", Revista Portuguesa de Ciência Criminal, 1(4), outubro-novembro-dezembro.

Roxin, Claus (1998), *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal (1ª ed.)*. Madrid: Marcial Pons. ISBN: 84-7248-617-6.

Roxin, Claus (2007), *Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*; Madrid: Editorial Civitas. ISBN: 9788447050352.

Roxin, Claus. (2007), *Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*. ISBN: 9788447050352.

Silva, Germano Marques (2015), *Direito Penal Português: Teoria do Crime*, Universidade Católica Portuguesa. ISBN: 9789725404584.

Sousa, Suana Aires de (2017): "*Contratado para matar*": o início da tentativa em situações de aliciamento (comentário ao Ac. do Tribunal da Relação do Porto de 10 de fevereiro de 2016)", Revista Portuguesa de Ciência Criminal.

JURISPRUDÊNCIA

Acórdão do TRC, de 07/02/2018, N° Processo: 166/17.0GBLSA.C1. Juiz Rel: Jorge França. Disponível em: www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/3fb812cc66ac95d88025822f004216fe?OpenDocument

Acórdão do TRC, de 18/09/2019, Juíza Rel.: Ana Carolina Cardoso. N° Processo: 118/18.3JALRA.C1. Disponível em: www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/c44db253d1f843e1802584e4003bf8cc?OpenDocument

Acórdão do TRC, de 22/10/2020, Juíza Rel.: Maria José Nogueira. N° Processo: 31/18.4PCCBR.C1. Disponível em: www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/07566031cad2406b802584f90041818a?OpenDocument&Highlight=0,ciúme

Acórdão do TRC, de 23/11/2010, Juiz Rel.: Mouraz Lopes. N° Processo: 339/08.7GCLRA.C1. Disponível em: www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/d446ad0ed1e276ea802577fa0035c366?OpenDocument

Acórdão do TRC, de 31/08/2022, Juiz Rel.: Paulo Guerra. N° Processo: 441/20.7PBLRA.C1. Disponível em: www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/cd4a2ef9830a7618802588da00508cd5?OpenDocument

Acórdão do TRC, de 13/12/2017. Juiz Rel.: Vasques Osório. Processo 269/16.9PCCBR.C1. Disponível em: www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/a56438301c7769b780258209003e23a7?OpenDocument

Acórdão do TRL, de 25/11/2020, Juiz Rel.: Alfredo Costa. N° Processo: 101/18.9PEALM.L1-3. Disponível em:

www.gde.mj.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/44a9255a4630637b8025865500428374?OpenDocument

Acórdão TRP, de 24/11/2004. Juiz Rel.: Pinto Monteiro. Nº Processo: 0443152.
Disponível em:

www.gde.mj.pt/jtrp.nsf/0/2cffe3251176bf6b80256f5b0054ccb6?OpenDocument

Acórdão do STJ, de 13/07/2022. Nº Processo: 921/19.7JAPRT.P1.S1. Juíza Rel.:
Teresa de Almeida. Disponível em:

www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/3e92cc97c4386586802588850046d72b?OpenDocument

Acórdão do STJ, de 18/06/2008. Juiz Rel.: Pires da Graça. Nº Processo: 09P0305.
Disponível em:

www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/9c79877ed27fce8d802575f60038702b

Acórdão do STJ, de 21/05/2008. Nº processo: 08P577. Juiz Rel.: Arménio
Sottomayor. Disponível em:

www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/9d3d8fd2822737688025745d0050c3dc?OpenDocument

Acórdão do STJ, de 21/06/2012, Nº Processo 525/11.2PBFAR.S1, Juíza Rel.: Isabel
Pais Martins. Disponível em:

www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/440d4f41e0079e1480257aa0004ca3b1?OpenDocument

Acórdão do STJ, de 25/10/2017. Nº Processo: 292/14.8GACCOV.L1.S1. Juiz Rel.:
Gabriel Catarino.

Disponível em:

www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/75a7d209a914b1a7802581cc004dc14e?OpenDocument

Acórdão do STJ, de 27/05/2010, Juiz Rel.: Maia Costa. Nº Processo:
6/09.4JAGRD.C1.S1. Disponível em:

www.dgsi.pt/jstj.nsf/-/12C870C179F5F34D802577580048984B