

MESTRADO EM DIREITO
CIÊNCIAS JURÍDICO-CRIMINAIS

O regime de comunicabilidade das circunstâncias no código Penal: crítica e proposta de solução

João Pedro Senra Pimenta da Gama

Sob Orientação do Professor Doutor António Manuel Tavares
de Almeida Costa

M

2025



Lista de Siglas e Abreviaturas

CJ	Coletânea de Jurisprudência
CP	Código Penal
CPP	Código Processo Penal
CRP	Constituição da República Portuguesa
RPCC	Revista Portuguesa de Ciência Criminal
TC	Tribunal Constitucional
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRP	Tribunal da Relação do Porto
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
Al./Als.	Alínea/Alíneas
Ac./Acs.	Acórdão/Acórdãos
Cf.	Conforme
ed.	edição
Op. cit.	Obra citada
p. e. p.	Previsto e punido
p./pp.	Página/páginas
ss.	Seguintes
Vol.	Volume

Índice

Introdução.....	9
Capítulo 1 - História da dogmática da comparticipação.....	11
1.1. A teoria formal-objetiva – breve referência à doutrina de Beling	11
1.2. As teorias subjetivas da comparticipação	13
1.3. A teoria material-objetiva	16
1.4. A teoria do domínio-do-facto - referência às doutrinas de Gallas e Roxin.....	18
Capítulo 2. Formas de cometimento do facto – algumas questões pertinentes	23
2.1. A autoria no ordenamento jurídico português.....	23
2.2. Autoria imediata.....	24
2.3. Autoria mediata.....	24
2.4. Co-autoria	30
2.5. Instigação	34
2.6. Cumplicidade	37
Capítulo 3 – A comparticipação e o ilícito pessoal – conceção adotada	40
3.1. Considerações gerais acerca da conceção de ilícito pessoal adotada	40
3.2. O domínio concomitante, próximo ou imediato do facto como critério de autoria dolosa.....	42
3.3. O domínio não-concomitante, remoto ou mediato do facto como critério de autoria dolosa.....	43
3.3.1. O domínio não-concomitante, remoto ou mediato do facto como critério de autoria dolosa na esfera da autoria mediata.....	44
3.3.2. O domínio não-concomitante, remoto ou mediato do facto como critério de autoria dolosa na esfera da co-autoria	50
3.4. A cumplicidade como um autónomo delito de perigo abstrato. Reflexos da atribuição de um sentido pessoal-individual à conduta do participante e afastamento da doutrina da acessoriedade (“quantitativa” e “qualitativa”).....	53
3.5. A postergação da figura da instigação	57

Capítulo 4 - Os crimes específicos enquanto expressão de qualidades ou relações especiais: âmbito e fundamentação	59
4.1. Desenho formal do tipo	59
4.2. Fundamentação dos delitos específicos – excursão pelas doutrinas dominantes e apresentação da posição adotada	63
Capítulo 5 – A autoria nos crimes específicos.....	67
5.1. A doutrina alemã e a questão dos crimes específicos	67
5.2. A doutrina dos delitos-de-dever: alusão ao caráter “pessoalíssimo” do dever no âmbito da doutrina de Roxin	69
Capítulo 6 – A comunicabilidade das circunstâncias no Código Penal Português – posição adotada.....	75
6.1. Considerações gerais acerca dos crimes específicos no contexto do direito penal do “facto” e crítica à doutrina de Roxin	75
6.2. Novo desdobramento dos delitos específicos: proposta de uma distinção entre “delitos-de-posição” e “delitos-de-relação pessoal”	79
6.2.1. Os “delitos-de-posição” (com a subespécie dos “delitos-de-função”)	79
6.2.2. Os “delitos de relação pessoal”	86
6.2.2.1. Reflexos da conceção de participação adotada no âmbito dos delitos de relação-pessoal.....	90
6.3. Síntese conclusiva da posição adotada: alusão aos chamados delitos de mão-própria e referência à ressalva final do artigo 28.º como expressão dos “delitos de relação-pessoal”	92
6.3.1. Rejeição da categoria dogmática dos delitos de mão-própria: breve referência à doutrina de Roxin e afastamento dos delitos de mão-própria do âmbito da ressalva final do artigo 28.º	92
6.3.2. Síntese conclusiva: os delitos de relação-pessoal como expressão da ressalva final do artigo 28.º do Código Penal.....	97
Bibliografia.....	98
Jurisprudência.....	104

Resumo

A Dissertação assenta na interpretação do regime da comunicabilidade das circunstâncias do Código Penal.

Na parte I, arrancando de uma doutrina de ilícito pessoal que rejeita os figurinos da autoria imediata, mediata e co-autoria, tidos como momentos dogmáticos supérfluos que apenas sintetizam, *a posteriori*, a combinação de diferentes processos pessoais-individuais de imputação objetiva, erige-se o domínio-da-não-impossibilidade do facto e a violação do dever objetivo de cuidado como critérios de imputação objetiva e de autoria. No que toca ao domínio da-não-impossibilidade, aplicável ao ilícito doloso, procede-se à sua divisão em domínio concomitante, próximo ou imediato e domínio não concomitante, remoto ou mediato. Estabelece-se o domínio não concomitante, por contraposição com o domínio concomitante, como expressão das situações em que entre a conduta do agente e o facto intervém outra pessoa que retira ao agente a experiência imediato do facto (=dolo em ato). Assume-se a cumplicidade como um delito autónomo de perigo abstrato, concretizando o delito do autor como exterior à própria unidade subjetivo-objetiva do participante. Procede-se à rejeição do duplo dolo, representando o início de execução um elemento exterior ao conteúdo de ilícito pessoal do participante e, portanto, uma verdadeira “condição objetiva de punibilidade” que determina o afastamento da doutrina da acessoriedade. Rejeita-se, por manifesta inutilidade, a figura de instigação.

Na parte II, circunda-se o âmbito dos delitos específicos, excluindo-se (i) os casos em que as “qualidades” ou “relações especiais” se esgotam na realização do delito, (ii) os elementos subjetivos especiais, (iii) as omissões puras, (iv) as omissões impuras e (v) todas as circunstâncias que remetem para o plano da culpa. Reconduz-se os delitos específicos à existência de um “ilícito especial”, compreendendo cada crime específico como violação de um dever geral não confinado a uma classe de agentes. Rejeita-se o teor “pessoalíssimo” da doutrina dos delitos-de-dever de ROXIN, cujos contornos implicam a inacessibilidade da autoria aos *extranei*. Agrupa-se os crimes específicos em delitos de posição (com a subespécie de delitos-de-posição) e delitos de relação pessoal. Aos delitos de posição associa-se a existência de um determinado papel ou função cuja relevância fático-objetiva surge como materialização do particular *iter criminis*. Estabelece-se, para estes, o domínio-da-posição como critério de autoria. Para os delitos de posição advoga-se, sem restrições, o regime da comunicabilidade das circunstâncias previsto no artigo 28.º do CP. Aos delitos de relação-pessoal associa-se um determinado vínculo “pessoal”

(v.g. parentesco, tutela, curatutela), condensação de um concreto sentido de ilicitude da conduta do *intraneus* que, pela circunstância de se revelar umbilicalmente associado à particular identidade do sujeito, assume uma natureza “pessoalíssima” e, como tal, insuscetível de ser partilhado pelo *extraneus*. Definem-se as desimplicações da concepção de participação aventada no que toca à comunicabilidade das circunstâncias do artigo 28.º. Por último, afasta-se a categoria dos delitos de mão própria da construção geral do crime, com base, entre outras considerações, na violação do princípio da igualdade consagrado no artigo 13.º da CRP.

Abstract

The Dissertation is based on the interpretation of the communicability regime of circumstances in the Penal Code.

Part I begins with a theory of personal unlawfulness that rejects the traditional frameworks of direct perpetration, indirect perpetration, and co-perpetration, viewing them as superfluous dogmatic categories that merely summarize, *a posteriori*, the combination of different personal-individual processes of objective attribution. It establishes the "domain of non-impossibility" of the act and the violation of the objective duty of care as criteria for objective attribution and authorship. Regarding the domain of non-impossibility, applicable to intentional offenses, a distinction is drawn between concomitant (proximate or immediate) and non-concomitant (remote or mediated) domains. The non-concomitant domain, in contrast to the concomitant one, is defined as encompassing situations in which another person intervenes between the agent's conduct and the act, thereby removing the agent's immediate experience of the act (=intent-in-action). Complicity is assumed to be an autonomous offense of abstract endangerment, rendering the perpetrator's offense external to the subjective-objective unity of the participant. The notion of "double intent" is rejected, with the commencement of execution considered external to the participant's personal unlawful conduct and, therefore, a true *objective condition of punishability*, which leads to the rejection of the doctrine of accessory liability. The figure of instigation is discarded due to its manifest uselessness.

Part II explores the scope of specific offenses, excluding: (i) cases where the "qualities" or "special relationships" are exhausted in the commission of the offense, (ii) special subjective elements, (iii) pure omissions, (iv) impure omissions, and (v) all circumstances pertaining to culpability. Specific offenses are reframed as the existence of a "special unlawfulness," with each specific crime understood as a violation of a general duty not confined to a particular class of agents. The personal nature of ROXIN's doctrine on *duty offenses* is rejected, as its contours render authorship inaccessible to *extranei* (outsiders). Specific offenses are grouped into position offenses (with the subspecies of *position-duties*) and personal-relationship offenses. Position offenses involve a certain role or function, whose factual-objective relevance materializes the specific *iter criminis*. For these, the *domain-of-position* is established as the criterion of authorship. For position offenses, the communicability regime of circumstances under Article 28 of the Penal

Code is fully endorsed. Personal-relationship offenses involve a particular “personal” bond (e.g., kinship, guardianship, custodianship), representing a concrete sense of the *intraneus*’ conduct’s unlawfulness, which, due to being intimately linked to the subject’s personal identity, takes on a “strictly personal” nature and, as such, cannot be shared by the *extraneus*. The implications of the proposed participation concept are outlined concerning the communicability of circumstances under Article 28. Finally, the category of personal-hand offenses is excluded from the general structure of crime, based, among other considerations, on the violation of the principle of equality enshrined in Article 13 of the Portuguese Constitution.

Introdução

A dissertação debruça-se sobre o regime da comunicabilidade das circunstâncias previsto no artigo 28.º do Código Penal. A escolha do objeto de estudo deve-se à deficiente arrumação sistemática dos crimes específicos na literatura. Impõe-se, portanto, clarificar a dogmática dos crimes específicos, partindo de uma conceção de ilícito pessoal que privilegia o sentido individual-objetivo da conduta.

A abordagem será feita em duas partes. À Parte I (Capítulos I, II e III) caberá a tarefa, eminentemente expositiva, de lançar os alicerces dogmáticos que servirão de base à interpretação do regime da comunicabilidade das circunstâncias proposta na Parte II (Capítulos IV, V e VI).

No Capítulo I procederemos a um excuro pela dogmática da comparticipação. Neste ponto, serão abordadas, criticamente e de forma sucinta, as teorias formal-objetiva (ponto 1.1.), subjetivas (ponto 1.2.), material-objetiva (ponto 1.3.) e as doutrinas de GALLAS e ROXIN (ponto 1.4.). A estas últimas conferirá o presente estudo atenção redobrada, em virtude das considerações tecidas nos Capítulos V e VI.

No Capítulo II procederemos a um breve levantamento das questões mais relevantes na doutrina da comparticipação suscitadas na doutrina nacional e estrangeira. A análise partirá de uma abordagem inicial da autoria no ordenamento jurídico português (ponto 2.1.), à qual se seguirá um tratamento diferenciado das figuras da autoria imediata (ponto 2.2.), autoria mediata (ponto 2.3.), co-autoria (ponto 2.4.), instigação (ponto 2.5) e cumplicidade (ponto 2.6).

No capítulo III lançaremos as bases da conceção de ilícito pessoal que servirá a posição adotada nos Capítulos V e VI. Rejeitaremos os figurinos da autoria imediata, mediata e co-autoria, elegendo o domínio-da-não-impossibilidade do facto e a violação do dever objetivo de cuidado como critério de autoria e de imputação objetiva (ponto 3.1.). Desenvolveremos, nos pontos 3.2. e 3.3., o domínio-da-não-impossibilidade-do-facto, nas vestes de domínio concomitante, próximo ou imediato e domínio não-concomitante, remoto ou mediato do facto. De seguida, refletiremos as desimplicações da conceção proposta no ponto 3.1. na figura da cumplicidade (ponto 3.4.), finalizando o capítulo com o afastamento da figura da instigação (ponto 3.5).

No capítulo IV procederemos, num primeiro momento, à delimitação do âmbito dos crimes específicos, escalpelizando o que se deverá entender por “qualidades” ou relações especiais” no quadro do regime previsto do artigo 28.º do Código Penal (ponto 4.1.). De

seguida (ponto 4.2.), passaremos à exposição das diferentes propostas de fundamentação dos delitos específicos, com especial enfoque na tese de ROXIN, em virtude da centralidade que a mesma assumirá no capítulo subsequente. Finalizaremos com a apresentação da conceção adotada acerca da fundamentação dos delitos específicos, assente na noção de “ilícito especial”, que servirá a proposta de interpretação do artigo 28.º avançada no capítulo VI.

No capítulo V abordaremos a autoria nos crimes específicos. No ponto 5.1. far-se-á uma breve passagem pelo direito positivo alemão, sumariando as doutrinas alemãs de GALLAS, WELZEL e JESCHEK e as críticas a estas. O capítulo finalizará com uma breve alusão à doutrina dos delitos-de-dever introduzida por ROXIN (ponto 5.2.), que já se deu nota na Parte I (ponto 1.4.), esmiuçando criticamente os diferentes reflexos da proposta de ROXIN nas hipóteses de co-autoria e autoria mediata.

No capítulo VI desenvolveremos o regime do artigo 28.º do Código Penal, objeto central da dissertação. Para tal, avançaremos, numa fase inicial (ponto 6.1.), com a refutação da doutrina de ROXIN, tendo por base a doutrina do ilícito pessoal exposta no Capítulo III. É, pois, sob o signo da crítica à doutrina dos delitos-de-dever que serão lançados os alicerces da posição adotada no ponto 6.2. Aí será proposta a arrumação sistemática dos delitos específicos em “delitos-de-posição” (ponto 6.2.1.) e “delitos-de-relação-pessoal” (ponto 6.2.2.) e desenvolvidos os reflexos práticos da mesma no regime da participação do artigo 28.º do Código Penal. No desenvolvimento dos delitos-de-relação-pessoal impor-se-á uma breve referência à doutrina da Participação avançada na Parte I, Capítulo III, ponto 3.4. bem como aos reflexos da posição adotada no regime da comunicabilidade das circunstâncias. No ponto final (6.3.), proceder-se-á a uma breve alusão a dogmática dos delitos de mão própria (ponto 6.3.1.), em ordem à sua refutação, finalizando a dissertação, em tom de síntese final (6.3.2.), com a proposta de interpretação da ressalva final do artigo 28.º assente no binómio delitos-de-posição/delitos-de-relação-pessoal.

Capítulo 1 - História da dogmática da comparticipação

1.1. A teoria formal-objetiva – breve referência à doutrina de Beling

A doutrina formal-objetiva construía a noção de autor tendo por base as condutas descritas na *fattispecie*. A noção de autor integrava apenas as condutas que constituíssem um ato típico (=ato de execução), sendo consideradas de participação as condutas que não integravam o tipo incriminador ¹.

Para BELING, figura chave da doutrina formal-objetiva, o tipo constituía a violação de um dever jurídico, implicando um juízo “provisório” de ilicitude cuja definitividade resultava na negação, num momento dogmático subsequente, da inexistência de fundamentos de exclusão da ilicitude. Em oposição à construção do “tipo total” ², BELING procurava acentuar a autonomia dogmática do momento de tipicidade em relação às categorias da ilicitude e da culpa, assimilando o critério interpretativo dos tipos legais a uma direta remissão às representações ético-sociais vigentes ³.

A ponderação de um concreto sentido de ilicitude, limitada a um desvalor objetivo da conduta – expurgado dos momentos de subjetividade do próprio agente que configuram o dolo e a negligência – era especialmente visível nos chamados delitos- de-intenção, em que a configuração da especial animosidade do agente assumia um cariz meramente “hipotético” ou “potencial” no momento de afirmação do ilícito-típico, sendo integrada posteriormente pelo A. no plano estrito da culpa ⁴.

Dito isto, e contrariando o exposto a propósito da sua doutrina geral, BELING identifica a noção de autoria à prática, pelo agente, de atos de execução descritos no tipo ⁵. Desta forma, identifica os tipos-de-ilícito com tipos-de-autoria, consubstanciando uma noção restritiva de autoria onde não se incluíam o instigador e o cúmplice. Para BELING, a

¹ Ver neste sentido, cf. ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *Ilícito Pessoal, Imputação Objetiva e Comparticipação em Direito Penal, Tomo I*, Coimbra, Almedina, 2014, páginas 216 e seguintes, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Parte Geral, Tomo I*, 3.ª edição, Coimbra, Gestlegal, 2019, página 887, TERESA PIZARRO BELEZA, *Direito Penal, Vol. II*, AAFDL, página 385, GUILLERMO JULIO FIERRO, *Teoría de la participación criminal*, 2.ª edición, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo Y Ricardo Depalma, 2004, página 315 e SANTIAGO MIR PUIG, *Derecho Penal -Parte General*, 10.ª edición, Barcelona, Editorial Reppertor, 2016, página 382 ,

² Para uma referência à noção de “tipo total”, cf. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal*, 2.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, página 266.

³ ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 226.

⁴ ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 226 e ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *Elementos subjetivos especiais do ilícito-típico*, Coimbra, Almedina, 2023, página 24.

⁵ SANTIAGO MIR PUIG, *Derecho Penal -Parte General*, 10.ª edición, Barcelona, Editorial Reppertor, 2016, página 382.

figura da participação surge como um alargamento excecional da punição, apenas admissível em virtude da existência de normas expressas da Parte Geral, consagradas como verdadeiras normas de extensão da tipicidade.

A dificuldade da conceção formal-objetiva, no ponto em que assimila a autoria ao preenchimento do concreto comportamento descrito na *fattispecie*, é patente nos chamados “delitos de execução livre”, para os quais o legislador não refere expressamente as condutas típicas que preenchem o tipo incriminador. Neste ponto, a doutrina de BELING apela ao chamado conceito de “ação principal”. Afirma o A. que apenas as condutas que “conduzissem, de forma direta, à verificação do evento” serão aptas a ser assemelhadas de autoria, remetendo para a esfera da participação as restantes ⁶.

A doutrina formal-objetiva de BELING, como aponta HELENA MORÃO ⁷, apresenta-se, na sua formulação tradicional, insuficiente para explicar os casos em que o agente imediato, não obstante realizar o comportamento descrito no tipo, atua como mero “instrumento” ao serviço do homem-de-trás ⁸. Para estes casos, BELING advoga que o comportamento do homem-da-frente representa uma “projeção” ou “elemento integrante” do comportamento do homem-de-trás, pelo que apenas este será considerado como único autor do delito ⁹.

A doutrina de BELLING comporta, na construção da punição na órbita da autoria mediata, uma incoerência em face da aceção objetivista proposta. Ao passo que na autoria singular a realização não dolosa de um ato descrito na norma constitui uma forma de autoria, no caso de pluralidade de agentes a conduta de quem atua sem culpa dolosa (como “instrumento” do homem-de-trás) não configura um ato de execução. Do exposto resulta que, para os casos de comparticipação enquadráveis na órbita da autoria mediata, o A.

⁶ ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *Ilícito Pessoal, Imputação Objetiva e Comparticipação em Direito Penal, Tomo I*, Coimbra, Almedina, 2014, página 229. Referenciando o problema da teoria formal-objetiva no âmbito dos delitos de execução livre, em que a norma não descreve literalmente um ato típico de execução, afirmando que a doutrina em questão redundaria num conceito extensivo de autor, cf. SANTIAGO MIR PUIG, *Derecho Penal -Parte General*, *op. cit.*, página 382.

⁷ Para uma referência crítica à teoria formal-objetiva, apontando a sua insuficiência para explicar os casos de autoria mediata pela circunstância de o comparticipante não realizar o verbo típico por si mesmo, cf. HELENA MORÃO, *Autoria e Execução Comparticipadas*, Coimbra, Almedina, 2014, página 78 e CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, *Derecho Penal – Parte General, Tomo I*, 2.ª edición, Barcelona, Editorial Bosch, 2001, página 387. Afirmando que a conceção de BELING resulta, no rigor dos termos, numa eliminação da categoria da autoria mediata, cf. ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 229.

⁸ Cf. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Parte Geral, Tomo I*, 3.ª edição, Coimbra, Gestlegal, 2019, páginas 905 a 919 ;

⁹ ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 229.

consagra uma conceção da tipicidade que engloba um juízo atinente à esfera da culpa, contrariando, assim, a doutrina objetivista do ilícito *supra* referida ¹⁰.

Bem vistas as coisas, a conceção do autor imediato assimila, na sua materialidade subjacente, a ideia de ato de execução à velha noção de causa eficiente, identificando a noção de autoria com o comportamento que constituísse o fator determinante do “se” e do “como” da ocorrência do delito ¹¹.

A doutrina exposta assume resultados insatisfatórios na esfera da co-autoria, apontados na doutrina por HELENA MORÃO ¹² e ALMEIDA COSTA ¹³. No exemplo de escola em que A e B combinam o homicídio de C, cabendo a A segurar na vítima para que B a estrangule, para BELING a conduta de A somente poderia configurar um ato de cumplicidade, dado que não se verificou, por parte deste, a realização de nenhum ato de execução descrito no tipo. Como bem nota ROXIN, no plano da co-autoria, a doutrina formal-objetiva acaba por desintegrar o chamado *facto global* em atos individualmente considerados, com a consequência de conduzir a resultados insatisfatórios do ponto de vista da valoração penal ¹⁴.

Em suma, a conceção formal-objetiva implicava a eleição do tipo incriminador como vértice fundamental da qualificação do agente como autor, ancorada num critério interpretativo assente nas representações ético-sociais vigentes da comunidade que se revela incompatível com razões de certeza e segurança jurídica.

1.2. As teorias subjetivas da comparticipação

Em traços largos, a teoria subjetiva postula, no plano da comparticipação, a distinção entre autor e participante na diferente atitude interna do indivíduo perante o delito. No plano dogmático, a teoria subjetivista reposiciona o problema do concurso de agentes como um problema de culpa, equivalendo cada modalidade comparticipativa a um distinto “tipo de culpa” ¹⁵.

¹⁰ ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 231.

¹¹ ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 232.

¹² HELENA MORÃO, *op. cit.*, página 78.

¹³ ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 237, nota 85.

¹⁴ CLAUS ROXIN, *Autoría y Dominio Del Hecho En Derecho Penal*, 7.^a edición, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas Y Sociales, 1999, página 57 e 58. Como bem nota o A., a doutrina formal-objetiva acaba por impregnar a fronteira entre autoria e cumplicidade da mera aleatoriedade de, no plano conjunto, caber ao agente a realização de um ato descrito na norma. Em sentido semelhante, ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 237, nota de rodapé 85.

¹⁵ ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 240.

Os adeptos da presente doutrina podem dividir-se em duas grandes orientações.

Por um lado, as doutrinas subjetivistas adeptas da chamada “teoria do interesse”. Para os partidários da mesma, participação e autoria distinguem-se no ponto em que aquela visava a satisfação de um interesse alheio, ao passo que esta a satisfação de um interesse próprio. Tratando-se o interesse próprio ou alheio como um mero indício da atuação com *animus auctoris* ou com *animus socii*, a autonomização da teoria do interesse em face da “teoria do dolo” perde grande relevância¹⁶. Por isso mesmo, a exposição assentará o seu foco nos desenvolvimentos da teoria do dolo.

Os adeptos da “teoria do dolo” distinguem autor de participante consoante o agente atue, respetivamente, com *animus auctoris* ou com *animus socii*¹⁷. Importa notar, como observa FIGUEIREDO DIAS¹⁸, que, em muitas situações de fronteira entre a autoria e a cumplicidade, a referência ao *animus* do agente continua, ainda hoje, a intervir como critério auxiliador na distinção entre autor e participante¹⁹.

A assunção do projeto delituoso como próprio ou alheio, residindo numa mera atitude interna do sujeito, não empresta à teoria a segurança e certeza capaz de fornecer um critério seguro do ponto de vista jurídico-penal. Pode mesmo afirmar-se que a doutrina subjetivista introduz formulas dogmáticas como “querer o facto como próprio/alheio” que acabam por permitir ao julgador ajuizar de forma intuitiva, funcionando como uma fundamentação *a posteriori* de uma decisão puramente casuística²⁰. A sua operacionalização redundante, em muitos casos, na qualificação como cúmplice daquele que

¹⁶ Referenciando criticamente o interesse próprio como indício do *animus auctoris* a propósito da sua aplicação jurisprudencial, REINHART MAURACH/KARL HEINZ GOSSEL/HEINZ ZIPF, *Derecho Penal – Parte General, Tomo II*, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo Y Ricardo Depalma, 1995, página 304 e 305.

¹⁷ Ver neste sentido, TERESA PIZARRO BELEZA, *Direito Penal, Vol. II*, AAFDL, página 386 e REINHART MAURACH/KARL HEINZ GOSSEL/HEINZ ZIPF, *Derecho Penal – Parte General, Tomo II*, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo Y Ricardo Depalma, 1995, página 302.

¹⁸ Ver JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Parte Geral, Tomo I*, 3.ª edição, Coimbra, Gestlegal, 2019, página 900 e seguintes.

¹⁹ O célebre “caso Stachinskij” revela-se exemplo paradigmático da aplicação da doutrina subjetivista. Tratava-se de um agente secreto da URSS que matou em Munique, por ordem da polícia secreta soviética, dois refugiados opositores do regime. O tribunal considerou que a posição jurídica mais censurável não cabia ao executor, qualificando-o como mero cúmplice. Para uma referência ao caso como exemplo da doutrina subjetivista da comparticipação, cf. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal*, 2.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, página 765 e ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 242, nota 101. Referenciando o “caso Stachinskij” e a superação, no direito alemão, da teoria subjetivista, com a entrada em vigor do art. 25 primeiro parágrafo do StGB, CLAUS ROXIN, *La teoría del Delito en la discusión actual, Tomo I*, Grijley Editora, página 438. Pronunciando-se criticamente a respeito da aplicação ao caso em apreço da doutrina subjetivista, afirmando que redundou numa determinação arbitrária da autoria, REINHART MAURACH/KARL HEINZ GOSSEL/HEINZ ZIPF, *op. cit.*, página 303. Em sentido coincidente, afirmando que as fórmulas aplicadas pela doutrina subjetivista se tratam de conceitos vazios de conteúdo, cf. GUNTHER JAKOBS, *Derecho Penal : Parte Geral – Fundamentos y Teoría de la Imputación*, 2.ª edição, Madrid, Marcial Pons, 1997, página 737.

²⁰ REINHART MAURACH/KARL HEINZ GOSSEL/HEINZ ZIPF, *op. cit.*, página 304.

detém o controlo do “se” e do “como” da infração, com o fundamento de que o agente, apesar de intervir diretamente no facto, não o realiza com *animus auctoris*.

O resultado insatisfatório de muitas das soluções apontadas pela doutrina subjetivista deve-se, sobretudo, à consideração das diversas modalidades participativas como “tipos de culpa” que em nada se relacionam com a configuração externa da conduta. Como bem salienta ALMEIDA COSTA ²¹, a configuração de um direito penal do “facto” afigura-se incompatível com a afirmação de uma doutrina subjetivista baseada na dicotomia *animus auctoris/animus socii*. Acrescenta o A. que inúmeros tipos legais constroem o tipo de autoria tendo por base a prossecução de um interesse alheio ²², razão pela qual a doutrina subjetivista não se compatibiliza com o direito positivo vigente.

A consagração de tipos de autoria como distintos níveis de culpa conduziu a que, historicamente, a teoria subjetiva fosse assimilada ao “modo” como o agente queria o delito. Bem vistas as coisas, tal asserção implicava que a distinção entre autoria e participação redundasse numa distinção de diferentes graus de “perversidade” ou “censurabilidade” (=tipos de culpa) ²³.

Tal como se afirmou, a consagração no plano interno do agente da distinção entre autoria e participação implica que, no plano do tipo, a conduta apenas tenha de assimilar-se à simples verificação de um processo causal-naturalístico de produção de um certo evento. Desta forma, verificado que fosse o requisito da conduta integrar um *conditio sine qua non* da verificação do crime, a distinção entre autor e participante deixaria de relacionar-se com a configuração externa da conduta, isto é, o seu contributo objetivo para a verificação do delito, para passar a integrar uma diferença de culpa. O momento

²¹ ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 240

²² Pense-se por exemplo no crime de furto, em que a formulação do tipo incriminador permite que a subtração seja em benefício de terceiro e não do próprio agente. Nestes casos, é legítimo interrogar se a categoria subjetivista de *animus auctoris/animus socii*, mais concretamente na sua vertente de prossecução de um interesse próprio/prossecução de um interesse alheio, não relegaria a atuação do agente para a esfera da cumplicidade. Assim sendo, a doutrina subjetivista redundaria numa insustentável lacuna de punibilidade nos casos em que não existe um autor principal (=agente que atua para prossecução de interesse próprio), pois que a conduta do cúmplice careceria, nos moldes tradicionais da acessoriedade, de um facto principal do “autor”. Apontando à teoria subjetiva a aporia de em muitos dos casos resultar na ideia de um crime sem autor, CLAUS ROXIN, *Autoría y Dominio Del Hecho En Derecho Penal*, 7.ª edición, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas Y Sociales, 1999, página 78. Ver ainda REINHART MAURACH/KARL HEINZ GOSSEL/HEINZ ZIPF, *op. cit.*, página 305 para uma refutação da doutrina subjetivista com o argumento de que muitos tipos incriminadores admitem expressamente a prossecução de um interesse alheio. Em sentido coincidente, GUILLERMO JULIO FIERRO, *Teoría de la participación criminal*, 2.ª edición, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo Y Ricardo Depalma, 2004 página 309 e 310 e CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, *Derecho Penal – Parte General*, Tomo I, 2.ª edición, Barcelona, Editorial Bosch, 2001, 386. Para uma caracterização do crime de furto, cf. JOSÉ DE FARIA COSTA, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo II, 2.ª edição, Coimbra, Gestlegal, 2022, página 57.

²³ ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 244.

da definição do agente como autor ou participante integrava critérios que mais se confundem com aqueles que devem presidir à determinação da medida concreta da pena. Com isto, a distinção entre autor e participante pela doutrina subjetiva deixava de se traduzir num juízo qualitativo da intervenção – que fazia do agente autor ou participante – para passar a implicar um juízo de pendor eminentemente quantitativo, isto é, de “energia criminal” posta em execução ²⁴

1.3. A teoria material-objetiva

Em primeiro lugar importa afirmar que a doutrina material-objetiva, na asserção que para nós assume, implica a destrição entre autoria e participação com base em aspetos que relacionam a configuração objetiva da conduta do agente na órbita do concreto *iter criminis*. Por isso mesmo, reitera-se a exclusão do seu âmbito das chamadas teorias da “concomitância”, da contraposição “causa física/causa psíquica” e da “prevalência” ou “preponderância” ²⁵.

A conceção material-objetiva contrapõe a distinção entre autor e participante com base na menor “perigosidade” da conduta do participante, aferida nos termos da teoria da adequação, qualificando como autor todo aquele cuja atuação materialize uma condição necessária ou indispensável da verificação do crime (*causam dans*); ao invés, remete para a esfera da participação os casos em que a atuação se limita a influenciar o “modo”, “tempo” ou “lugar” da prática criminosa (*causam non dans*) ²⁶.

Quanto ao tratamento da instigação, a doutrina material-objetiva congregou duas correntes distintas de análise.

Numa primeira, emergem os defensores da chamada autoria moral ou intelectual enquanto síntese categorial da autoria mediata e da instigação, integrando esta na órbita da autoria, equiparando-a, portanto, no seu “grau” de perigosidade, à autoria imediata. Na doutrina portuguesa, EDUARDO CORREIA defendia a noção de autoria intelectual afirmando que a mesma deverá incluir “todas aquelas hipóteses em que alguém causa a

²⁴ ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 245 e seguintes.

²⁵ Incluindo as três teorias no quadro da doutrina material-objetiva, cf. CLAUS ROXIN, *op. cit.*, páginas 58 a 70. Excluindo as mesmas das teorias material-objetiva, cf. ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 261.

²⁶ ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 269. Ver também, EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal II*, Coimbra, Almedina, 1968, página 251. O Autor adota uma conceção de cumplicidade ancorada na exigência de se traduzir num auxílio “*causam non dans*”, criticando a insuficiência da doutrina subjetivista para, sem apelo ao binómio *causam non dans/causam dans*, fornecer um critério seguro para a doutrina da participação.

realização de um crime utilizando ou fazendo actuar outrem por si”²⁷. O Autor integra na mesma figura da “autoria moral ou intelectual”, sob égide da causalidade, modos de atuação tão díspares tais como a determinação por via de conselho ou de uma ordem ou mesmo a determinação de um executor material que se afigure inimputável²⁸.

Numa segunda via, os defensores da inclusão da instigação no plano da participação²⁹. Para esta segunda via, sempre que entre o agente e o facto se insere a atuação livre e consciente de outra pessoa – as chamadas situações de autor-atrás-do-autor – a conduta não se pode afirmar como condição necessária para a prática do delito e, por conseguinte, *causam dans*³⁰

Em resumo, para os partidários da conceção material-objetiva a autoria permanece vinculada ao critério positivo de se estar perante um comportamento que consubstancie um *causam dans* do resultado. Deste modo, a dicotomia *causam dans/causam non dans* implica que, sempre que o agente pratique atos identificados com “atos de cumplicidade” mas ao executor material não possa ser imputada uma culpa dolosa, a conduta do agente deve ser qualificada de autoria como decorrência da medida da perigosidade da conduta. Tal perigosidade traduz-se na capacidade que o comportamento tem, com base num juízo de prognose póstuma, de se mostrar idóneo para influir na configuração do crime³¹.

Para a doutrina material-objetiva, a afirmação de que estamos perante “atos de autoria” ou “atos de cumplicidade” implica uma operação de “imputação jurídica” que se traduz na exigência cumulativa de um “nexo de causalidade” e de um “nexo de perigosidade” entre a conduta e o evento, aferido este último nos termos da teoria da adequação³². A referência ao “nexo de perigosidade” para explicar a diferença entre autoria e participação traz consigo uma hierarquização de dois conteúdos objetivos de contrariedade a um imperativo ou norma de determinação que, enquanto expressões do binómio *causam dans/causam non dans*, traduzem dois referentes de desvalor de ação³³.

Segundo a doutrina material-objetiva, e como foi dito *supra*, a qualificação como autor ou participante implica averiguar se a conduta integra um requisito necessário ou indispensável da ocorrência do delito. O apelo para a ideia de necessidade implica a

²⁷ EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal II*, Coimbra, Almedina, 1968, página 252.

²⁸ EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal II*, Coimbra, Almedina, 1968, página 252. Ver também, CAVALEIRO DE FERREIRA, *Direito Penal Português*, Viseu, Verbo, 1982, páginas 100 a 109.

²⁹ ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 270.

³⁰ ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 271.

³¹ ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 281.

³² ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 276.

³³ ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 276.

difficuldade de, na prática, distinguir a autoria mediata da instigação, proposta por alguns defensores da doutrina material-objetiva, bem como consagrar respostas satisfatórias no plano da co-autoria. Quanto a este último caso, dificuldades se colocariam caso se considerasse que qualquer dos agentes, na falta de atuação do restante, sempre atuaria; nesse caso, a lógica ditaria que nenhum dos comportamentos se pudesse considerar “necessário” relegando ambos para a esfera da participação ³⁴. Como bem nota ROXIN, em críticas ao critério avançado pela doutrina material-objetiva, se A e B furtam uma coisa não será possível negar a co-autoria de ambos com o argumento de que na falta de um deles sempre o outro furtaria ³⁵.

A averiguação da existência de uma causalidade necessária implica que a classificação como autor ou participante se subordine a um juízo causal hipotético. Ora, qualquer auxílio material à execução do delito seria qualificado de autoria sempre que se verificasse a inexistência de um processo causal hipotético que se mostrasse igualmente idóneo à produção do resultado; isto é, se A fornece os meios a B para a prática do crime, a sua qualificação como autor ou cúmplice dependeria de saber se B sempre teria obtido os meios não fora o auxílio de A.

Bem vistas as coisas, a materialização do critério e, consequentemente, da classificação como autor ou cúmplice desliga-se de estritos juízos de cariz jurídico-penal que contendem com o genuíno desvalor da ação, para passarem a exprimir os contornos da situação de facto. No exemplo fornecido no parágrafo anterior, restaria apenas a classificação como autor para os casos em que A detém o “monopólio dos meios idóneos à produção do resultado”, situação essa de difícil de averiguação por parte do tribunal e sempre sujeita a um casuísmo não compatível com a necessidade de erigir um critério seguro de distinção. Dir-se-ia até que a afirmação do “monopólio dos meios” sempre se afiguraria como o um juízo altamente complexo, resultado da combinação de inúmeras variáveis de difícil apuramento que, operacionalizadas sob o prisma do princípio do *in dubio pro reo*, implicariam, na maioria dos casos, a afirmação de que a conduta constitui uma *causam non dans* do delito.

1.4. A teoria do domínio-do-facto - referência às doutrinas de Gallas e Roxin

³⁴ Ver CLAUS ROXIN, *Autoría y Dominio Del Hecho En Derecho Penal*, 7.ª edición, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas Y Sociales, 1999, páginas 60 e 61 e ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 280.

³⁵ CLAUS ROXIN, *Autoría y Dominio Del Hecho En Derecho Penal*, 7.ª edición, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas Y Sociales, 1999, página 60.

A doutrina do domínio do facto, aplicável na sua formulação dita clássica ou tradicional, pode reconduzir-se à ideia de efetivo controlo do “se” e do “como” do delito³⁶. Sintetizando, existe domínio do facto quando o acontecimento é obra do autor³⁷.

Na formulação dita clássica do domínio-do-facto, os respetivos defensores agrupam as suas diversas modalidades nas figuras da autoria imediata, autoria mediata e co-autoria, relegando para a esfera da participação os agentes que não detenham o referido controlo sobre o “se” e o “como” do acontecimento.

Sublinhe-se que, para a dita conceção tradicional do domínio-do-facto, a relação que se estabelece entre o agente e o facto não admite a intervenção de permeio de um agente que atue de forma livre e consciente. Assim, no universo da chamada autoria-mediata, expressão do “domínio da vontade” do homem-de-trás face ao executor material, a consideração daquele como autor implica a atuação de forma não responsável deste³⁸. A exclusão do autor-atrás-do-autor (*a-a-a*) a que chegam os partidários da tese tradicional do domínio-do-facto expressava a consideração do domínio-do-facto como o “domínio de um processo causal-naturalístico”³⁹. Assim entendida, a aceção tradicional implica a resposta insatisfatória a alguns dos casos paradigmáticos de autoria mediata⁴⁰.

Por isso mesmo, a aceção do domínio do facto como domínio de um processo causal-naturalístico, presente na conceção tradicional, viria a ser substituída por uma conceção

³⁶ Ver, entre muitos, MARIA DA CONCEIÇÃO VALDÁGUA, *Início da tentativa do Co-autor*, 2.ª edição, Lisboa, Lex Edições Jurídicas, 1993, páginas 68 e 69, MARIA DA CONCEIÇÃO VALDÁGUA, *Figura central, aliciamento e autoria mediata*, em *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues, Vol.I*, 2001, páginas 917 e seguintes, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, página 765, NUNO BRANDÃO, *Pacto para matar: autoria e início de execução*, RPCC, Ano 18, 2008, página 583, ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 325, HELENA MORÃO, *op. cit.*, página 100, GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Penal Português – Parte Geral, Tomo II*, 2.ª edição, Lisboa, Verbo, 2002, página 307. Na doutrina estrangeira, SANTIAGO MIR PUIG, *Derecho Penal -Parte General*, 10.ª edição, Barcelona, Editorial Reppertor, 2016, páginas 383 e seguintes, GUNTHER KAKOBS, *Derecho Penal : Parte Geral – Fundamentos y Teoría de la Imputación*, 2.ª edição, Madrid, Marcial Pons, 1997, página 740 e seguintes, CLAUS ROXIN, *Derecho Penal – Parte General, Tomo II*, Aranzi, 2014, página 75 e CLAUS ROXIN, *op. cit.*, páginas 703 e seguintes. .

³⁷ HELENA MORÃO, *op. cit.*, página 99.

³⁸ Ver neste sentido, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.* página 786. Em sentido diverso, HELENA MORÃO, *op. cit.*, página 250. Para a Autora não existe qualquer contradição normativa na admissão de uma instrumentalização por parte do homem de trás em simultâneo com uma atuação livre do homem da frente, admitindo, de princípio, a figura do autor detrás de autor responsável. Neste sentido, refere HELENA MORÃO que “a delimitação do conceito de autoria mediata não deve ser identificada com uma questão de domínio, mas com um problema de imputação político-criminalmente fundada e, nesta perspetiva, não é raro que o ordenamento atribua o mesmo facto a mais do que um autor responsável, como na autoria paralela ou na co-autoria, sem que se registe, por essa razão, qualquer contradição normativa”

³⁹ ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 330.

⁴⁰ Apontando a dificuldade de afirmar o “domínio de um processo causal naturalístico” nas situações de erro sobre a factualidade típica e estado de necessidade desculpante, cf. ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 330 e seguintes,

que alinhava o domínio-do-facto numa ponderação “globalizante” ou “compreensiva” dos aspetos subjetivos e objetivos da atuação do agente enquanto manifestação do “preponderante” desvalor jurídico-criminal da intervenção do agente no contexto participativo ⁴¹. Trata-se, em suma, de um processo de “normativização” do domínio-do-facto, cujo desenvolvimento remete para as construções de ROXIN e GALLAS.

GALLAS parte do conceito de domínio-do-facto como critério delimitador da autoria imediata para, através de um “juízo analógico”, proceder ao alargamento da autoria às situações de autoria mediata e co-autoria. Como referido *supra*, o A. compreende o referido domínio-do-facto no plano “normativo”, e não meramente empírico, assimilando a autoria às situações em que, à luz de uma ponderação dos aspetos objetivos e subjetivos da conduta, se poderia afirmar que o agente se assume como “figura central” do delito ⁴². GALLAS consagra a autoria imediata como paradigma do desvalor do tipo, revelando as outras formas de participação à luz do citado “juízo analógico”; isto é, as situações em que ao agente serão imputadas as restantes formas de participação (co-autoria ⁴³ e autoria mediata ⁴⁴) implicam a verificação de um juízo de desvalor análogo ao juízo efetuado para a autoria imediata.

Como melhor desenvolveremos *infra* a propósito da autoria nos crimes específicos, a aludida “normativização” do domínio-do-facto implica a consideração do agente *intraneus* como autor sempre que o executor material não detenha as qualidades específicas descritas na norma (= *extraneus*) ⁴⁵.

A consideração do agente *intraneus* como autor apenas devido ao facto do executor material ser um *extraneus* não é de aceitar. Tal asserção encontra-se envolta num casuísmo

⁴¹ CLAUS ROXIN, *op. cit.*, página 145 a 149.

⁴² ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 338.

⁴³ A teoria proposta por GALLAS admite a qualificação como co-autor do indivíduo que se limite a coordenar a atividade dos demais sem, contudo, praticar qualquer ato de execução. Cf. a este propósito ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 344. Em sentido inverso, na doutrina nacional, HELENA MORÃO, *op. cit.*, página 346, reforça a exigência de que na co-autoria se verifique uma execução conjunta por parte do co-autor, sob pena de punir como co-autor aquele que apenas fortalece a resolução criminosa dos restantes.

⁴⁴ A tal “juízo analógico” se deve a afirmação da autoria mediata do homem-de-trás nas constelações típicas de “coação”, “inimputabilidade”, “erro” ou “negligência”, e não a um qualquer “domínio de um processo causal-naturalista” que assinala o homem-da-frente como puro “instrumento” cego. Cf. a este propósito ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 345.

⁴⁵ Por exemplo, caso o agente *intraneus* instigue um *extraneus* à prática de um delito específico, GALLAS afirma a existência de autoria mediata por parte daquele, com base na ideia de que os “atos de instigação” do *intraneus* assumem um desvalor análogo aos “atos de execução” da autoria imediata. A este propósito, consagra a autoria do *intraneus* com base no que apelida de “domínio-normativo-do-facto”. Ver neste sentido, ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 346. Cf. também CAROLINA BOLEA BARDON, *Autoria Mediata en Derecho Penal*, Valencia, Tirant Monografias, 2000, páginas 410 a 415. Para maiores desenvolvimentos, cf. *infra*, Parte II, Cap. V, ponto 5.1.

inaceitável, que faz derivar o sentido da conduta do homem de trás *intraneus* das qualidades do homem da frente ⁴⁶.

Quanto à doutrina de ROXIN, o Autor, na construção da figura da autoria, parte de um método de pendor indutivo, reflexo do entrecruzar do momento de construção dos conceitos (“de baixo para cima”) com o momento de fundamentação (“de cima para baixo”). Desta forma, a elaboração dos conceitos jurídicos traduz-se no resultado da combinação de uma específica intenção normativa com uma estrutura ou unidade de sentido extraída a partir de critérios pré-jurídicos de natureza ontológica ou ético-social ⁴⁷.

A referida construção parte de um estudo das múltiplas formas de autoria detetáveis na realidade jurídica para, apenas numa fase posterior, proceder a uma “síntese” que conserve os seus contrários, por via da formulação de “conceitos abertos”, de pendor descritivo, que participam de um mesmo sentido normativo-legal ⁴⁸. Em harmonia com o método proposto, e tendo em conta os postulados do direito positivo, ROXIN condensa a imagem do autor no conceito aberto de “figura central” ou “figura-chave” do delito ⁴⁹.

Em resultado da via indutiva acima descrita, e tendo sempre como pano de fundo a equiparação do conceito de autoria ao teor das particulares disposições legais, ROXIN propõe três “tipos de tipicidade” a que faz corresponder outros tantos tipos de figuras centrais: em primeiro lugar, os delitos-de-domínio, nos quais apenas poderá ser A. quem detenha o controlo sobre a produção do resultado, isto é, o domínio do facto; em segundo, os delitos-de-mão-própria, em que a figura central do delito assenta na realização dolosa de “atos de execução”, o que implica a recondução da autoria à autoria imediata e o afastamento da autoria mediata e da co-autoria ⁵⁰; e, por fim, os delitos-de-dever, cujo

⁴⁶ ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, páginas 348 e 349. Como refere ALMEIDA COSTA, a proposta de GALLAS implica a criação por via doutrinal de um novo tipo de crime, cujo conteúdo se esgota na instigação de outrem à consumação da infração descrita na *fattispecie*. O Autor refere que, nestes casos, o que se verifica é a modificação do “facto” jurídico-penalmente relevante (=conteúdo de imputação), que passaria a residir na simples instigação do referido executor, mantendo-se como critério de imputação o domínio-do-facto tal como consagrados para os crimes de mera atividade.

⁴⁷ CLAUS ROXIN, *op. cit.*, páginas 145 a 149.

⁴⁸ ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 356.

⁴⁹ ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 357. Afirmando o domínio do facto como um conceito aberto, cf. HELENA MORÃO, *op. cit.*, página 99. Para uma referência à “figura central” na doutrina de ROXIN, cf. MARIA DA CONCEIÇÃO VALDÁGUA, *Figura central, aliciamento e autoria mediata*, em *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues, Vol.I*, 2001, páginas 917 e seguintes e NUNO BRANDÃO, *Pacto para matar: autoria e início de execução*, RPCC, Ano 18, 2008, página 583.

⁵⁰ Para um desdobramento dos delitos de mão-própria em “puros” e “impuros” bem como a sua postergação por violação do princípio da igualdade, cf. *infra*, Parte II, Cap. VI, ponto 6.3.

núcleo típico da autoria dolosa pressupõe a violação de um dever extrapenal apenas acessível a um conjunto restrito de agentes (*intranei*)⁵¹.

Em decorrência do exposto, o critério do domínio-do-facto deixa de ser aplicável a todos os crimes dolosos, passando apenas a configurar-se nos chamados delitos-de-domínio. No âmbito dos delitos-de-domínio ROXIN elabora o conceito de domínio-do-facto por via de um conjunto de hipóteses ou “situações-tipo” atribuindo ao mesmo o carácter de conceito aberto⁵². Assim, estabelece como modelos ou “situações-tipo” do domínio-do-facto os casos de “domínio-da-ação”, “domínio-da-vontade” e “domínio-funcional-do-facto”, categorias que condensam as figuras da autoria imediata, da autoria mediata e da co-autoria.

No universo da autoria mediata e da co-autoria a construção do domínio-do-facto de ROXIN, segundo ALMEIDA COSTA, assume um alcance “hipernormativizado”, por contraposição ao carácter “normatizado” que caracterizava a doutrina de GALLAS. Nestes dois casos, a qualificação do agente como autor deixa de exigir o efetivo controlo “fáctico-psicológico” do delito, para passar a transformar-se numa operação de pura valoração⁵³. Nas constelações da autoria mediata⁵⁴ e da co-autoria, apenas se exige, no plano ontico, que o comportamento assuma uma importância causal-naturalística para a produção do resultado. Verificado esse pressuposto, que em nada se relaciona com o “domínio de um processo causal-naturalístico”, a operação converte-se, reiteramos, numa pura operação ao valorativa, tendo por base a apreciação “totalizante” ou “compreensiva” dos vários elementos da intervenção do agente.

Pelas razões que exporemos *infra*, a doutrina de ROXIN será de afastar. A visão “compreensiva” da autoria não permite delinear um conjunto de critérios seguros das diferentes modalidades participativas, assente num juízo pessoal-individual do

⁵¹ ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 361. Ver também CLAUS ROXIN, *op. cit.*, página 388, GUNTHER KAKOBS, *Derecho Penal : Parte Geral – Fundamentos y Teoría de la Imputación*, 2.ª edição, Madrid, Marcial Pons, 1997, página 832. Na doutrina portuguesa, TERESA PIZARRO BELEZA, *Direito Penal, Vol. II, Tomo II*, Lisboa, AADFDL, 1980, páginas 824 e seguintes, TERESA PIZARRO BELEZA, *Ilícitamente participando – O âmbito de aplicação do artigo 28.º do Código Penal*, em *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Eduardo Correia, Vol. III*, Coimbra, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1984, páginas 589 a 658 e TERESA PIZARRO BELEZA, *A estrutura da autoria nos crimes de violação de dever- Titularidade versus domínio do facto*, em *RPCC 2*, 1992, páginas 337 a 351. Para maiores desenvolvimentos, cf., *infra*, Parte II, Cap. V, ponto 5.2.

⁵² CLAUS ROXIN, *op. cit.*, página 147.

⁵³ Ver a este propósito, ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 365 e 366

⁵⁴ ROXIN estabelece na órbita da autoria mediata e da co-autoria diferentes fundamentos do “desvalor global”. No caso da autoria mediata estes passam pela particular eficácia causal da conduta (=domínio da coação), por aspetos atinentes à intenção (=domínio do erro), pela “especial” previsibilidade da conduta (=domínio da organização) ou pela natureza essencial do contributo prestado (=domínio funcional do facto). ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 365 e 366.

sentido de antinormatividade que subjaz à atuação de cada um dos comparticipantes, tal como exporemos no capítulo III do presente estudo ⁵⁵.

Capítulo 2. Formas de cometimento do facto – algumas questões pertinentes

2.1. A autoria no ordenamento jurídico português

No Código Penal português o legislador estabelece no artigo 26.º diferentes formas de cometimento do facto, postulando um conceito restritivo de autoria assente na exclusão da cumplicidade do âmbito da autoria ⁵⁶. Pode-se afirmar que o conceito restritivo de autoria implica que as normas da Parte Geral atinentes à cumplicidade assumam a natureza de verdadeiras normas de extensão da tipicidade; isto é, caso inexistissem o facto do cúmplice seria considerado atípico ⁵⁷.

O artigo 26.º do Código Penal consagra, para a doutrina dominante, três formas de autoria, a saber, a autoria imediata, mediata e co-autoria ⁵⁸. No que toca à instigação, a sua integração como autoria ou a remissão da figura para a esfera da participação afigura-se de maior controvérsia ⁵⁹. Apesar do artigo 26.º formular que é punível como autor “quem, dolosamente, determinar outra pessoa à prática do facto”, a verdade é que a instigação, ao contrário das restantes formas de autoria do artigo 26.º, encontra-se sujeita à exigência de que exista execução ou começo de execução por parte da pessoa dolosamente determinada à prática do facto, o que equivale, para a doutrina dominante, a sujeitar a instigação a uma lógica de acessoriedade típica da participação ⁶⁰.

⁵⁵ Para maiores desenvolvimentos, cf., *infra*, Parte I, Cap. III.

⁵⁶ PAULA RIBEIRO DE FARIA, *Formas especiais do crime*, Porto, Universidade Católica Editora, 2017, página 295.

⁵⁷ Cf. HELENA MORÃO, *op. cit.*, página 77 e PAULA RIBEIRO DE FARIA, *op. cit.*, página 295.

⁵⁸ Como veremos *infra*, na Parte I, Cap. III, a “letra da lei” não impõe uma vinculação às categorias dogmáticas impostas pela doutrina dominante.

⁵⁹ Considerando a instigação participação e não autoria, cf. TERESA PIZARRO BELEZA, *Ilicitamente comparticipando – o âmbito de aplicação do artigo 28.º do Código Penal, III*, em BFDUC, 1984, páginas 957 e seguintes. Referenciando a divergência doutrinária, SUSANA AIRES DE SOUSA, “*Contratado para matar: o início da tentativa em situações de aliciamento*”, RPCC, n.º 27, 2017, páginas 206 a 213. Criticando a corrente que considera a instigação como “participação” mas admite a punição da mesma como autoria, sugerindo que se suscitam enormes reservas à luz do princípio da proporcionalidade (art. 18.º n.º 2 do CRP), cf. ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 1198. Considerando a instigação como uma forma de autoria, afirmando “ter sido deliberadamente (que não por inabilidade, confusão ou ligeireza) que o legislador português colocou a instigação ao lado da autoria imediata e mediata, e da coautoria, mandando em qualquer dos casos punir o(s) agente(s) como autor(es)”, cf. JORGE FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, página 931.

⁶⁰ Para um afastamento da doutrina da acessoriedade no âmbito da cumplicidade bem como a postergação da categoria da instigação, cf., *infra*, Parte I, Cap. III, pontos 3.4. e 3.5.

Apesar do Código Penal referir-se simplesmente aos autores, a doutrina usualmente dividia os autores em materiais e morais ⁶¹. Na órbita dos primeiros incluía os autores imediatos e os co-autores, ao passo que como autores materiais distinguia os autores mediatos e os instigadores ⁶².

2.2. Autoria imediata

A primeira das formas de autoria é a autoria imediata. Nas palavras de FIGUEIREDO DIAS, “autor imediato é aquele que executa o facto por suas próprias mãos, em termos de preencher na sua pessoa a totalidade dos elementos objetivos e subjetivos do ilícito típico e deter, por isso, na expressão de ROXIN, o domínio da ação” ⁶³. Trata-se da forma de aparecimento do facto delituoso paradigmática e cujos contornos menos divergência suscitam na doutrina maioritária.

2.3. Autoria mediata

A autoria mediata pressupõe, segundo a doutrina dominante, o domínio-do-facto do homem-de-trás, configurando-se o homem-da-frente como um “instrumento” da execução do delito ⁶⁴. As hipóteses mais comuns de autoria mediata do homem-de-trás surgem nos casos em que o homem-da-frente atua atipicamente, atua licitamente ou atua sem culpa, refletindo um conjunto de constelações fático-jurídicas que expressam o “domínio-da-vontade” do homem-de-trás. Em suma, para ROXIN, penalista que mais proficuamente escreveu sobre o tema, as hipóteses enquadradas na autoria mediata podem agrupar-se em “domínio da vontade em virtude de erro”, “domínio da vontade em virtude de coação” e “domínio da vontade em virtude de aparelhos organizados de poder”. Em

⁶¹ Cf a este propósito, MANUEL SIMAS SANTOS/MANUEL LEAL-HENRIQUES, *Noções de Direito Penal*, 7.^a edição, Letras e Conceitos, 2020, página 161 e GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Penal Português – Parte Geral, Tomo II*, 2.^a edição, Lisboa, Verbo, 2002, páginas 304 a 306.

⁶² Cremos que a formulação se deve essencialmente à doutrina estabelecida ainda na vigência do artigo 20.º Código Penal de 1886. Para um tratamento indistinto da autoria mediata e da instigação, integrando ambas as figuras na autoria moral, cf. CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições de Direito Penal – Parte Geral, Vol. I*, Lisboa, Editorial Verbo, páginas 480 e seguintes.

⁶³ JORGE FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, páginas 900 e seguintes.

⁶⁴ Para uma enunciação das diferentes situações em que o agente atua como “instrumento” do homem-de-trás, cf. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal à Luz da Constituição de República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4.^a edição atualizada, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2021, página 216.

todos esses casos pode afirmar-se o homem-da-trás enquanto “figura central” do delito, aspeto que permitirá a sua punição na esfera da autoria ⁶⁵.

As questões mais controvertidas no âmbito da autoria mediata surgem nos casos em que a atuação do homem-da-frente se insere no contexto de uma organização criminosa de estrutura hierarquizada ou como resultado de um pacto entre homem-da-frente e homem-de-trás que confere a este último o controlo total acerca do “se” e do “como da infração”. Nas duas situações enunciadas, a verificação da “culpa dolosa” do homem-da-frente impede, para boa parte da doutrina, a afirmação do carácter instrumental da conduta do homem-da-frente, particularidade que restringe a sua punição à esfera da participação. Trataremos, nas linhas que se seguem, de expor os aspetos mais relevantes da problemática em questão, enquanto situação paradigmática que permite descortinar o real significado atribuído pela doutrina maioritária à autoria mediata.

Nos casos de domínio da vontade em virtude de pertença a uma estrutura de poder organizada, a elaboração dogmática do critério material que deve presidir à afirmação da autoria do homem-de-trás deve-se a ROXIN ⁶⁶. Na perspetiva do A., a qualificação do homem-de-trás dirigente da estrutura como autor mediato, por via do “domínio-da-organização”, depende (i) da existência de um aparelho organizado de poder com estrutura hierárquica rígida (ii) da fungibilidade, sem restrições, do executor material da

⁶⁵ Cf. *supra*, Parte I, Cap. I, ponto 1.4.

⁶⁶ CLAUS ROXIN, *Autoria y Dominio Del Hecho En Derecho Penal*, 7.^a edición, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas Y Sociales, 1999, página 729 e CLAUS ROXIN, *La teoría del Delito en la discusión actual*, Tomo I, Grijley Editora, página 265

ordem⁶⁷ e (iii) que o aparelho organizado de poder, como um todo, se tenha desvinculado do direito, com funcionamento à margem do ordenamento jurídico^{68,69}.

As críticas dirigidas a ROXIN reconduzem-se essencialmente a dois grupos.

Num primeiro, de entre os quais se destaca JAKOBS⁷⁰, surge a orientação que integra o “domínio de organização” avançado por ROXIN na órbita da co-autoria, em virtude do acordo conjunto entre executor e decisor que se verifica nas estruturas organizadas de poder. A corrente enunciada suscita a rejeição de alguns penalistas, dos quais se destaca HELENA MORÃO. A A. argumenta que a intervenção do homem de trás não integra a fase de execução do delito, particularidade que, em virtude da exigência de execução conjunta plasmada no art. 26.º do CP, impede a afirmação da co-autoria. Na perspetiva de HELENA MORÃO, a ordem ou ação por parte do decisor não assume a perigosidade *ex ante* que

⁶⁷ No caso do domínio de organização assente nos aparelhos organizados de poder, as considerações de ROXIN, no sentido de admitir a autoria mediata do homem de trás dirigente, reconduzem-se à ideia da fungibilidade do instrumento responsável. Nestes casos, como afirma o A., poderá afirmar-se o automatismo do aparelho em que o mesmo se insere, emergindo o homem-da-frente como mero instrumento ao serviço do autor mediato. Em sentido crítico, HELENA MORÃO afirma que a suscetibilidade de permutar executores acaba por relacionar-se mais com um desvalor da ação firmada em raciocínios hipotéticos do que com o desvalor efetivamente realizado. Refere a Autora, em resposta à ideia de ROXIN de que a fungibilidade do executor (=homem-da-frente) confere uma maior segurança na realização do facto, que o grau de certeza para a verificação do resultado não poderá servir como critério para distinção entre autoria mediata e instigação, sob pena de opção por uma diferenciação eminentemente quantitativa entre autoria e participação, incompatível com a opção do legislador por um sistema dual assente em critérios de natureza eminentemente normativa. Ver neste sentido, HELENA MORÃO, *op. cit.*, página 263. Ver ainda SÉRGIO MASCARENHAS DE ALMEIDA, *Participação criminosa e comportamento organizacional*, em *Participação, Pessoas Coletivas e Responsabilidade* (coord. Teresa Beleza e Frederico Costa Pinto), Coimbra, Almedina, 2015, página 335.

⁶⁸ Na doutrina nacional, em resposta à proposta dogmática de ROXIN, refere CONCEIÇÃO VALDÁGUA que apenas o requisito da fungibilidade se afigura admissível no recorte da autoria mediata. No que toca à exigência de existência de um aparelho organizado de estrutura rígida e o funcionamento desse mesmo aparelho à margem do ordenamento jurídico, requisitos avançados por ROXIN, a A. afirma que estes apenas se revelam como condicionantes necessários para a verificação da fungibilidade do executor, em termos suficientemente amplos para fundamentar a autoria mediata do agente da retaguarda Cf. a este propósito MARIA DA CONCEIÇÃO VALDÁGUA, *Autoria mediata em virtude do domínio da organização ou autoria mediata em virtude da subordinação voluntária do executor à decisão do agente imediato*, em *Liber Discipulorum*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, página 652.

⁶⁹ CLAUS ROXIN, *Autoria y Dominio Del Hecho En Derecho Penal*, 7.ª edición, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas Y Sociales, 1999, página 729 e CLAUS ROXIN, *La teoría del Delito en la discusión actual*, Tomo I, Grijley Editora, página 265. Refere o A. nesta última obra que quando se verifica um desapego da organização em face do Direito verifica-se uma desinibição fática do executante, reconduzindo assim os requisitos da autoria mediata com base no domínio da organização a existência de um maior ou menor risco para o bem jurídico. Nesse sentido, sempre que a ordem é proferida num contexto em que se afigura altamente provável a sua execução, deve o Direito Penal intervir antecipadamente, não condicionando a punição do homem-da-frente ao princípio da acessoriedade quantitativa (próprio da instigação). Pode com isto afirmar-se, cremos, que os requisitos elaborados por ROXIN têm como pressuposto uma ideia de maior ou menor ofensividade, configurando assim a autoria mediata uma situação em que o bem jurídico é colocado imediatamente em perigo, ao passo que a participação implica uma colocação indireta em perigo do bem jurídico, apenas possível por intermédio do autor. Para uma distinção entre autoria e participação com base no grau de ofensividade, cf. HELENA MORÃO, *op. cit.*, página 97 e 98.

⁷⁰ GUNTHER KAKOBS, *Derecho Penal : Parte Geral – Fundamentos y Teoría de la Imputación*, 2.ª edición, Madrid, Marcial Pons, 1997, página 784.

permite afirmar que já estaremos perante um verdadeiro ato de execução nos termos da alínea c) do n.º 2 do art. 22.^o ⁷¹, sendo assim de excluir a integração da hipótese como co-autoria.

Num segundo grupo de críticas à doutrina de ROXIN destaca-se a corrente que integra as situações de “domínio-de-organização” na figura da instigação. Na doutrina nacional, a solução da instigação é defendida por HELENA MORÃO. A Autora sustenta que à hipótese descrita por ROXIN nunca poderá associar-se a figura da autoria mediata, pois que ao “domínio-da-organização” subjaz, em qualquer das hipóteses avançadas, a exigência da prática de atos de execução por parte do “instrumento” para que se possa afirmar a punibilidade do homem-de-trás. Com efeito, a proposta de ROXIN resulta, para HELENA MORÃO, na subordinação da autoria mediata a uma lógica de “acessoriedade quantitativa” típica da categoria da participação. Por conseguinte, na ótica da A., a sujeição da punição do homem-de-trás à exigência de um início de execução por parte do “instrumento” (=acessoriedade quantitativa) implica uma diluição das fronteiras entre a autoria e a participação, solução incompatível com o desenho formal do artigo 26.^o do CP. O correto enquadramento da situação descrita por ROXIN, segundo HELENA MORÃO, passará pelo tratamento da questão nos quadros da “instigação em cadeia”, figura essa que permite, no domínio das organizações, a punição do decisor hierarquicamente superior como instigador e dos meros intermediários como cúmplices, consoante a maior ou menor relevância que assumem na cadeia de comando ⁷².

Quanto aos dois grupos de soluções avançadas para a atuação no âmbito de uma estrutura organizada de poder, a saber, a sua integração na esfera da co-autoria ou da instigação, a posição por nós avançada neste estudo revela-se radicalmente distinta. Como

⁷¹ Cf. HELENA MORÃO, *op. cit.*, página 290.

⁷² HELENA MORÃO, *op. cit.*, página 293 a 295. Admitindo a instigação em cadeia, afirmando tratar-se de um caso de “sucessividade do domínio do facto”, cf. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, 949. Afirma o A., no que toca à instigação em cadeia, que a sua existência implica afirmar, quanto a cada um dos elos da cadeia, “que ele determinou – ainda que só de forma mediata – o executor à prática do facto ilícito-típico, tendo este dado início à execução. Em sentido coincidente, admitindo a instigação em cadeia, ANA CATARINA SÁ GOMES, *Comparticipação: Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27 de janeiro de 1999*, em *Casos e Materiais de Direito Penal*, Coimbra, Almedina, 2000, página 331 e seguintes e JOÃO ANTÓNIO RAPOSO, *A punibilidade nas situações de instigação em cadeia*, em *O Direito* 133, páginas 907 a 958. Afirma este último A., em concordância com HELENA MORÃO, que deve o intermediário da cadeia, que se limita a comunicar a mensagem, ser punido como cúmplice. Reitera ainda que “a resposta para o problema da instigação em cadeia não passa por arrumar os acontecimentos em função do seu curso causal, mas em valorar até que ponto cada um dos comportamentos anteriores excitou ou alimentou os motivos em função dos quais o autor finalmente se decidiu a praticar o facto”. Em sentido contrário, afirmando a inadmissibilidade da instigação no direito penal português, MARIA DA CONCEIÇÃO VALDÁGUA, *Autoria mediata em virtude do domínio da organização ou autoria mediata em virtude da subordinação voluntária do executor à decisão do agente imediato*, em *Liber Discipulorum*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, página 659.

teremos ocasião de afirmar no próximo capítulo, o tratamento da questão impõe a afirmação do binómio domínio concomitante/domínio não concomitante bem como o recurso ao tipo legal do artigo 299.º do CP como expressão do controlo não-concomitante do facto nos casos referidos por ROXIN como domínio-da-organização ⁷³.

A segunda constelação de factos que na órbita da autoria mediata mais questões suscita diz respeito aos casos comumente conhecidos como “pacto criminoso”. Na doutrina nacional, o tratamento pormenorizado da questão deve-se a CONCEIÇÃO VALDÁGUA cuja proposta doutrinal assume contornos dogmáticos distintos dos propostos por ROXIN. Ao passo que este Autor integra a situação na órbita do “domínio-da-organização”, a penalista condiciona a qualificação do homem-de-trás como autor mediato a um critério material assente na submissão do executor material aos intentos do agente da retaguarda ⁷⁴. Com efeito, a Autora distingue consoante *i*) da atuação do agente mediato sobre o agente imediato decorra, expressa ou concludentemente, que, ao tomar a resolução criminosa, que foi determinada ou co-determinada por aquela atuação, o agente imediato aceitou não executar o facto punível no caso de o homem-de-trás vir, posteriormente, a comunicar que já não pretende a pretende que esse facto seja praticado e *ii*) da atuação do homem-de-trás sobre o agente imediato não decorra que, ao tomar a resolução criminosa, que foi determinada ou co-determinada por aquela atuação, o agente imediato aceitou fazer depender a execução do facto da inexistência de uma posterior mudança de desígnio do homem-de-trás ⁷⁵.

Na primeira das situações, segundo CONCEIÇÃO VALDÁGUA, verifica-se a autoria mediata em virtude do que a A. apelida de “subordinação voluntária do agente imediato a uma eventual decisão posterior do agente mediato”⁷⁶ Partindo da distinção referida *supra*, na situação de subordinação expressa em *i*) o homem-de-trás, nos termos da doutrina proposta por CONCEIÇÃO VALDÁGUA, detém o domínio do facto sob o signo de “domínio da vontade” do homem-da-frente. Pelo contrário, nas situações contempladas em *ii*) verifica-se uma situação em que o homem-de-trás apenas determina dolosamente outrem à prática do facto, configurando, portanto, uma situação de mera instigação.

⁷³ Cf., *infra*, Parte I, Cap. III, ponto 3.3.1.

⁷⁴ MARIA DA CONCEIÇÃO VALDÁGUA, *Autoria mediata em virtude do domínio da organização ou autoria mediata em virtude da subordinação voluntária do executor à decisão do agente imediato*, em *Liber Discipulorum*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, página 662.

⁷⁵ MARIA DA CONCEIÇÃO VALDÁGUA, *op. cit.*, página 663.

⁷⁶ Para estas situações, afirma a A. que existem situações de aliciamento em que o agente mediato é, nitidamente, “figura central”, e não mera figura secundária do acontecimento criminoso, razão que impedirá a sua qualificação como mero instigador Cf. MARIA DA CONCEIÇÃO VALDÁGUA, *Figura central, aliciamento e autoria mediata*, em *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues, Vol.I*, 2001, página 930.

Cumpra afirmar que, na ótica da doutrina em apreço, o critério da “subordinação voluntária do executor à decisão do homem-de-trás” recobre, portanto, todas as situações que ROXIN identifica com o “domínio da organização” já descritas nos parágrafos antecedentes⁷⁷. Do que foi dito resulta que o critério material da subordinação voluntária do homem-da-frente descrita em *i*) afigura-se, segundo a A., aquele que melhor expressa a execução do facto “por intermédio de outrem” no sentido do art. 26.º do Código Penal, sempre que se verifique uma situação de pacto criminoso ou atuação inserida numa estrutura organizada de poder⁷⁸.

De nossa monta, a posição adotada assume, tal como já aventado, recortes radicalmente distintos. Como teremos ocasião de afirmar, a compreensão das constelações fáticas enquadradas no signo de “pacto criminoso” impõe uma abordagem dogmática que assuma como ponto de partida a distinção entre domínio não-

⁷⁷ MARIA DA CONCEIÇÃO VALDÁGUA, *Autoria mediata em virtude do domínio da organização ou autoria mediata em virtude da subordinação voluntária do executor à decisão do agente imediato*, em *Liber Discipulorum*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, página 665 e MARIA DA CONCEIÇÃO VALDÁGUA, *Observações suscitadas pela conferência do Professor Claus Roxin sobre Autoria mediata através do domínio da organização*, em *Lusíada: Revista de Ciência e Cultura. Direito*, Série II, n.º 3, 2005, página 153.

⁷⁸ Em sentido oposto, refere NUNO BRANDÃO que nos casos de aliciamento referidos por CONCEIÇÃO VALDÁGUA, estamos “perante uma ação de determinação sobre outrem, com vista à realização de um ilícito-típico penal, e não de uma execução do facto por intermédio de outrem”. O A. apoia a sua crítica à conceção da autoria mediata no caso de subordinação voluntária na ideia de que “a autoria mediata termina – e começa eventualmente a instigação – em função daquilo que chamamos “princípio da (auto)responsabilidade”. Do referido princípio deriva a exclusão do âmbito da autoria mediata das situações em que entre a conduta do homem-de-trás e o delito se interponha a atuação de um homem-da-frente (ou executor) plenamente responsável, isto é, que atua a título de culpa dolosa. Conclui NUNO BRANDÃO que a consagração da autoria mediata nos casos de subordinação voluntária, proposta por CONCEIÇÃO VALDÁGUA, representa um alargamento da punibilidade do homem-de-trás ; isto é, ao contrário do que sucederia no caso de ser instigador, a doutrina proposta determina a desnecessidade de existência de início de execução por parte do homem-da-frente (=accessoriedade quantitativa), residindo nesse ponto o inadmissível alargamento de punibilidade sublinhado por NUNO BRANDÃO. Reitera o A. que “a existir, essa possibilidade de antecipação da punibilidade do autor mediato face ao início da execução do autor imediato deverá ter sempre carácter excecional e nunca poderá ser estendida às situações de subordinação voluntária do executor à decisão do agente mediato”. Cf. NUNO BRANDÃO, *op. cit.*, página 586 e seguintes. Podemos concluir que o debate crítico encetado por NUNO BRANDÃO em torno da construção doutrinal de CONCEIÇÃO VALDÁGUA assume dois vetores distintos que, em certa medida, confluem. Num primeiro, discute-se a qualificação como autor mediato ou instigador no caso das situações de subordinação voluntária do executor que atua com “culpa dolosa”. Neste primeiro vetor, o afastamento da qualificação como autor mediato deve-se, essencialmente, ao dogma da impossibilidade da figura do autor-atrás-do-autor – tal asserção parte da consideração de que ninguém pode ser “livre” (=culpa dolosa) e “instrumento” de outrem. Num segundo vetor, debate-se o grau de antecipação da tutela penal admitido sempre que o executor material atua de forma plenamente responsável, isto é, trata-se de saber quando podemos falar em início de execução por parte do agente da retaguarda. Neste segundo plano, a questão passa pelo grau de intervenção admitida pelo Direito Penal em função de se tratar de um direito penal de última *ratio* (art. 18.º da CRP). Quanto a este segundo vetor, remete-se para as diferentes teorias do início de execução na autoria mediata sumarizadas em JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, página 953 a 956. Para uma visão crítica das situações de aliciamento e da sua integração na autoria mediata ou na instigação bem como da jurisprudência fixada no Acórdão de FJ 11/09, cf. SUSANA AIRES DE SOUSA, “Contratado para matar: o início da tentativa em situações de aliciamento”, RPCC, n.º 27, 2017, páginas 214 e seguintes.

concomitante/domínio concomitante. Tal como já afirmado a propósito das situações de atuação inserida numa estrutura organizada de poder, também os casos de “pacto criminoso” implicam a compreensão da interação entre homem-de-trás e executor com recurso ao tipo legal do art. 299.º, figurino que melhor expressa o controlo não-concomitante do facto por parte do homem-de-trás que fundamenta a afirmação da sua autoria dolosa. Remetemos para momentos posteriores do presente estudo maiores desenvolvimentos ⁷⁹.

2.4. Co-autoria

A co-autoria, para a doutrina dominante, encontra expressão no ordenamento jurídico nacional na 3.ª alternativa do artigo 26.º n.º1, estabelecendo a doutrina dominante, ao contrário do que sucede no ordenamento jurídico alemão, a verificação do duplo requisito de decisão conjunta e execução conjunta. Como teremos ocasião de afirmar, a posição adotada no presente estudo enquadra as situações de co-autoria no universo do domínio não-concomitante do facto, cuja estrutura remete, no plano da co-autoria, para a dupla exigência de participação no *pactum sceleris* e na realização de atos que atingem o mínimo de dignidade penal, isto é, que se traduzam em, pelo menos, atos de cumplicidade. Com efeito, em oposição à doutrina dominante ⁸⁰, não se vislumbram razões suficientes para condicionar a punição do co-autor à necessidade de atuação na fase de execução do delito ⁸¹. A exposição que se segue tratará de avançar os contornos essenciais da co-autoria para a doutrina dominante, remetendo-se para fases mais avançadas do presente estudo o desenvolvimento da posição adotada.

No caso da decisão conjunta, segundo FIGUEIREDO DIAS, o acordo pode suceder-se antes ou durante a execução do facto, isto é, até à consumação formal do crime (coautoria sucessiva) ⁸². Nas situações em que existe uma adesão posterior ao acordo apenas poderá ser imputado ao aderente os factos realizados depois da sua adesão, sob pena da

⁷⁹ Para maiores desenvolvimentos, cf., *infra*, Parte I, Cap. III, ponto 3.3.1.

⁸⁰ HELENA MORÃO, *op. cit.*, página 409, MARIA DA CONCEIÇÃO VALDÁGUA, *Início da tentativa do Co-autor*, 2.ª edição, Lisboa, Lex Edições Jurídicas, 1993, página 122, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, página 927, PAULO PINTO ALBUQUERQUE, *op.cit.*, página 219, DUARTE NUNES, *op. cit.*, página 626, M. MIGUEZ GARCIA, *O risco de comer uma sopa e outros casos de Direito Penal*, Coimbra, Almedina, 2011, página 673.

⁸¹ Para maiores desenvolvimentos, cf., *infra*, Parte I, Cap. III, ponto 3.3.2.

⁸² JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, página 927. Em sentido divergente, afirmando ser possível co-autoria até à consumação material do crime, DUARTE RODRIGUES NUNES, *Curso de Direito Penal Parte Geral, Tomo I*, 2.ª edição, Coimbra, Gestlegal, 2023, página 626.

inadmissível punição do *dolo subsequens* ⁸³. A decisão conjunta, afirma-se, não se basta com a existência de um acordo entre os participantes, acordo esse que, para parte da doutrina, também poderá existir nos casos de cumplicidade ou até mesmo de instigação. Exige-se, portanto, para a afirmação da co-autoria, que a realização acordada se materialize numa distribuição de tarefas ou papéis, sem, contudo, condicionar a punição do co-autor à realização de todos os atos executivos descrito no tipo legal ⁸⁴.

O legislador no artigo 26.º do Código Penal refere-se ao co-autor como aquele que toma parte direta por acordo ou juntamente com outro ou outros. A expressão “por acordo ou juntamente com outro ou outros” com a disjuntiva “ou” não constava da redação inicial da norma ⁸⁵. Segundo a posição de CONCEIÇÃO VALDÁGUA, nenhum dos dois termos da relação, na lógica de alternatividade erigida pelo legislador, permite afirmar que se encontra consagrada uma visão atomística da co-autoria segundo a qual bastaria, para a sua afirmação, a mera adição de contributos executivos de diversas pessoas para a produção do resultado descrito na norma. A exigência de uma atuação conjunta deve ser interpretada, para CONCEIÇÃO VALDÁGUA, no sentido de uma consciência bilateral da atuação, isto é, não se admite que um dos co-autores atue conjuntamente com outro sem que este último tenha pleno conhecimento e intenção de atuar conjuntamente ⁸⁶⁻⁸⁷.

⁸³ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *op. cit.*, página 218.

⁸⁴ Na doutrina, apontando as insuficiências da teoria formal-objetiva no universo da co-autoria, cf., *supra*, Parte I, Cap. I, ponto 1.1. Na jurisprudência, afirmando a desnecessidade da prática de todos os atos descritos no tipo, cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, n.º do processo 26/09.9GTGRD.C1, de 11/05/2011, relatado por ORLANDO GONÇALVES.

⁸⁵ De referir que no artigo 27.º, n.º 2, do Projeto de EDUARDO CORREIA exigia-se que o co-autor executasse o crime “imediatamente, por acordo e conjuntamente com outro ou outros”, sendo que a Comissão Revisora aprovou, por unanimidade, para o artigo 27.º n.º 2, uma redação segundo a qual o co-autor devia “tomar parte imediata na...execução (do crime) por acordo e conjuntamente com outro ou outros”. A substituição da copulativa “e” pela disjuntiva “ou”, que consta do atual texto legal, surgiu da Proposta de Lei n.º 117/I, de 1977 e foi mantida na Proposta de Lei n.º 221/I, apresentada à Assembleia da República em 1979, bem como na Proposta de Lei n.º 100/II, de 1982 (que, nesta matéria, foi aprovada sem alterações). Para uma análise político-legislativa mais atenta do preceito cf. MARIA DA CONCEIÇÃO VALDÁGUA, *Início da tentativa do Co-autor*, 2.ª edição, Lisboa, Lex Edições Jurídicas, 1993, página 124.

⁸⁶ MARIA DA CONCEIÇÃO VALDÁGUA, *op. cit.*, página 125. Em sentido divergente pronunciou-se o conselheiro JOSÉ OSÓRIO na Comissão de Revisão, afirmando que os casos de co-autoria “não deviam ser limitados pela exigência de um acordo”. Reitera o A. que “pode um indivíduo colaborar dolosamente no plano de outro sem conhecimento deste, devendo neste caso ser punido como co-autor”. Cf. *Atas da Comissão Revisora – Parte Geral, Vol. I e II*, AAFDUL, página 197. Em sentido coincidente, refere JAKOBS, ilustrando com o caso em que alguém, tendo conhecimento de que outra pessoa prepara-se para matar um terceiro, administra um sonífero à vítima sem acordo prévio com o homicida, que, nesses casos, a punição como co-autor deve fundamentar-se numa “decisão unilateral de adaptação ou ajustamento do cooperador, através da qual o agente se vincula o seu contributo ao do executor”. Ver neste sentido, HELENA MORÃO, *op. cit.*, página 463.

⁸⁷ No caso de ambos os atuantes desconhecerem os intentos um do outro a hipótese será, para a doutrina dominante, de autorias paralelas, com a possibilidade de se configurar uma situação de causalidade cumulativa nos casos em que nenhuma das intervenções se afigura, por si, idónea à produção do resultado típico. Cf. M. MIGUEZ GARCIA/ J. M. CASTELA RIO, *Código Penal : Parte geral e especial*, Coimbra, Almedina, 2014, página 195.

A atuação conjunta em resultado de uma decisão conjunta revela-se o fundamento da imputação do “facto global” a cada um dos co-autores ⁸⁸. Dito de outro modo, tudo o que sai fora do acordo comum e, portanto, constitui um excesso em face do acordado, somente poderá ser imputado ao não excedente na medida em que tal parcela se encontre coberta pelo seu dolo (ao menos eventual), sem prejuízo da responsabilização por negligência, nos termos gerais ⁸⁹.

Quanto à imputação do facto a todos os co-autores, a figura da co-autoria permite dispensar, para HELENA MORÃO, a necessidade de verificação de uma relação de causalidade entre o contributo de cada co-autor, isoladamente considerado, e o resultado típico, para que este lhe possa ser objetivamente atribuível, ao contrário do que sucede no âmbito da autoria imediata ⁹⁰. Trata-se de um ponto para o qual a posição adotada no presente estudo conflui.

A co-autoria exige, para a doutrina maioritária, para lá de uma decisão conjunta, uma atuação conjunta por parte dos co-autores que supõe que cada co-autor “tome parte direta na execução do facto” ⁹¹. Na doutrina germânica trata-se de um ponto de ampla controvérsia que importará esclarecer ⁹².

Para MAURACH e ROXIN a atuação numa fase preparatória não permite afirmar o domínio do facto, razão pela qual se nega a imputação do “facto global” a título de co-autoria ⁹³. Não obstante, na ótica da doutrina em apreço, é controvertida a questão de

⁸⁸ Como se pode ler no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, n.º do processo 470/16.5JACBR.S1, de 14/12/2017, relatado por FRANCISCO CAETANO, “o acordo ou a decisão conjunta representa a componente subjectiva da co-autoria e é esse elemento que permite justificar que o agente que levou a cabo apenas uma parte da execução típica responda, afinal, pela totalidade do crime”.

⁸⁹ FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, página 925.

⁹⁰ Referenciando os casos de co-autoria aditiva em que a exigência de causalidade resultaria, por via do funcionamento do *in dubio pro reo*, na impunidade de ambos os intervenientes, HELENA MORÃO, *op. cit.*, página 330 a 332. Em sentido divergente, rejeitando a co-autoria aditiva nos exemplos consagrados por HELENA MORÃO, com o fundamento de que nos casos de não comprovação do nexo de causalidade entre a atuação do co-autor e o resultado a punição de cada um dos intervenientes a título de co-autor resultaria numa violação do princípio do *in dubio pro reo*, cf. JAKOBS, *op. cit.*, página 754. Em tais casos, refere o A, apenas se poderá falar em autórias individuais. Quanto à problemática em questão, reitera HELENA MORÃO que a co-autoria aditiva se trata de uma atuação conjunta que aumenta os riscos de lesão ou colocação em perigo do bem jurídico, sendo que o fundamento da imputação residirá na dimensão constitutiva-extensiva da norma de imputação contida na terceira proposição do artigo 26.º do CP. Cf a este propósito, HELENA MORÃO, *op. cit.*, página 333.

⁹¹ Criticando uma corrente jurisprudencial que vem prescindindo de tal requisito, cf. HELENA MORÃO, *Comparticipação e emoções: introdução*, em *Emoções e Crime – Filosofia, Ciência, Arte e Direito Penal* (coordenação de Maria Fernanda Palma et al.), Coimbra, Almedina, 2013, página 224.

⁹² Cf. MARIA DA CONCEIÇÃO VALDÁGUA, *Início da tentativa do Co-autor*, 2.ª edição, Lisboa, Lex Edições Jurídicas, 1993, página 121, CLAUD ROXIN, *La teoría del Delito en la discusión actual*, Tomo I, Grijley Editora, página 278,

⁹³ Afirmando que a “figura central” do delito não pode limitar-se a criar as condições prévias do mesmo, cf. CLAUD ROXIN, *Autoría y Dominio Del Hecho En Derecho Penal*, 7.ª edición, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas Y Sociales, 1999, página 324.

saber se a execução conjunta exige a intervenção presencial do agente, ou se na condução do plano conjunto na fase executiva admite-se uma mediação espaço-temporal ⁹⁴.

Em oposição, no horizonte jurídico-alemão, penalistas como WELZEL, BOCKELMANN e STRATENWERTH defendem a qualificação como co-autor daquele que atua apenas na fase preparatória. Para WELZEL aporta-se como co-autor todo aquele que é “co-titular da resolução conjunta do facto”, ao passo que para BOCKELMANN, casos de mera colaboração no delito (=cumplicidade), tais como o empregado de banco que acorda com o ladrão avisar o momento mais oportuno para proceder ao furto, devem ser considerados de co-autoria, pois que a atuação parte de uma resolução conjunta ⁹⁵. STRATENWERTH, por seu turno, coloca a tónica na essencialidade ⁹⁶ do contributo bem como na sua atualização na fase executiva, afirmando que a classificação como co-autor não deve depender do momento em que a contribuição é prestada, mas sim da forma como esta se repercute na execução do delito. Deste modo, a planificação e organização de um crime executado por diversos agentes sustentaria a co-autoria do organizador, mesmo que este não estivesse em contacto telefónico com os executores durante a execução, uma vez que o projeto criminoso pré-determina a conduta destes e conforma os seus papéis individuais nesta fase, e, por essa razão, fá-lo intervir no co-domínio do facto ⁹⁷.

Em sentido diametralmente oposto às posições suscitadas na doutrina alemã, verifica-se na literatura nacional ⁹⁸ uma corrente dominante que reconduz a co-autoria à exigência de atuação na fase de execução do delito, solução que se identifica com as posições de MAURACH e ROXIN descritas nos parágrafos precedentes. Para HELENA MORÃO a consideração de atos essenciais praticados na fase preparatória como atos de co-autoria redundaria na transmutação de atos de instigação em atos de co-autoria ⁹⁹.

⁹⁴ CLAUS ROXIN, *Autoría y Dominio Del Hecho En Derecho Penal*, 7.ª edición, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas Y Sociales, 1999, página 324. Para um tratamento da questão no âmbito do domínio não-concomitante, cf., *infra*, Parte I, Cap. III, ponto 3.3.2.

⁹⁵ Referenciando criticamente o exemplo, CLAUS ROXIN, *Autoría y Dominio Del Hecho En Derecho Penal*, 7.ª edición, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas Y Sociales, 1999, página 326.

⁹⁶ Referenciando a questão da essencialidade do contributo, cf. M. MIGUEZ GARCIA/ J. M. CASTELA RIO, *Código Penal : Parte geral e especial*, Coimbra, Almedina, 2014, página 194.

⁹⁷ HELENA MORÃO, *op. cit.*, página 408 e 409.

⁹⁸ Cf. MARIA DA CONCEIÇÃO VALDÁGUA, *Início da tentativa do Co-autor*, 2.ª edição, Lisboa, Lex Edições Jurídicas, 1993, página 122, HELENA MORÃO, *op. cit.*, página 408 e 409.

⁹⁹ Semelhante posição é assumida por CONCEIÇÃO VALDÁGUA, reiterando a A. que o alargamento da co-autoria à fase preparatória não tem na letra da lei o “mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso” (artigo 9.ª, n.º 2 do Código Civil), derivando numa aplicação analógica vedada pelo princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta* enquanto corolário do princípio da legalidade. Cf. MARIA DA CONCEIÇÃO VALDÁGUA, *Início da tentativa do Co-autor*, 2.ª edição, Lisboa, Lex Edições Jurídicas, 1993, página 122. Em sentido divergente, afirmando que “o artigo 26.º CP não contempla uma “sistematização” das formas de autoria admitidas e, por conseguinte, não vincula a um qualquer enquadramento dogmático, cf. ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 1179.

Como já tivemos ocasião de afirmar, a posição adotada identifica-se, no ponto de chegada, com a solução proposta pelos A. que enquadram no âmbito da co-autoria a prática de atos na fase preparatória do delito. Com efeito, exige-se apenas a intervenção especificada no *pactum sceleris*, emergindo a atuação na fase conjunta como uma simples comprovação da participação no plano comum delineado. Para mais desenvolvimentos sobre o tema remete-se para fases ulteriores do presente estudo ¹⁰⁰.

2.5. Instigação

Nos termos do artigo 26.º 4.ª alternativa é punível como autor quem “dolosamente determinar outra pessoa à prática do facto, desde que haja execução ou começo de execução”. Como já afirmámos *supra*, a proximidade entre a figura da instigação e a figura da autoria mediata determinou que, no código anterior, ambas as figuras fossem tratadas na categoria mais ampla da “autoria moral” ¹⁰¹. Não obstante a postergação da figura nos capítulos subsequentes, a referência quase unânime na doutrina à figura da instigação impõe o seu tratamento sumário nas linhas que se seguem ¹⁰².

O instigador, na perspectiva da doutrina dominante, atua em momento anterior ao facto, limitando-se, grosso modo, a inculcar no executor a vontade de cometimento do crime. Fala-se, a este propósito, de um domínio-do-facto sob a forma de domínio-da-decisão ¹⁰³. Para FIGUEIREDO DIAS ¹⁰⁴ é imperioso distinguir a conduta determinante para o cometimento do facto, inserida na categoria da instigação, da mera motivação do homem-da-frente enquanto expressão de um auxílio moral, punível a título de mera cumplicidade. Com efeito, distingue o A. os casos de “instigação-determinação” inseridos na autoria, das situações de “instigação-auxílio moral”(=indução) inseridas na esfera da cumplicidade.

¹⁰⁰ Cf. *infra*, Parte I, Cap. II, ponto 2.1.

¹⁰¹ M. MIGUEZ GARCIA/ J. M. CASTELA RIO, *Código Penal : Parte geral e especial*, Coimbra, Almedina, 2014, página 196. Ver também, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS/SUSANA AIRES DE SOUSA, *A autoria mediata na condução ilegal*, em *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n.º 3937, página 257 e seguintes. Cf. também, VICTOR DE SÁ PEREIRA/ALEXANDRE LAFAYETTE, *Código Penal anotado e comentado*, Lisboa, Quid Juris, 2014, página 145 e JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, página 936.

¹⁰² Para mais desenvolvimentos quanto ao afastamento da figura da instigação, cf. *infra*, Parte I, Cap. III, ponto 3.5.

¹⁰³ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, página 936. Em sentido divergente, afirmando que o instigador nunca poderá ter o domínio de decisão enquanto manifestação do domínio do facto, cf. DUARTE RODRIGUES NUNES, *Curso de Direito Penal Parte Geral, Tomo I*, 2.ª edição, Coimbra, Gestlegal, 2023, página 636 e 637. Afirma o A. que a admitir-se a figura do domínio de decisão, a mesma “existiria, não no instigador, mas no instigado, a quem cabe tomar a decisão acerca do como e do se da execução do facto”.

¹⁰⁴ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, páginas 934 e seguintes.

No que toca ao alcance da determinação ao cometimento do facto por parte do instigador, refere FIGUEIREDO DIAS que a prévia determinação ao cometimento de crimes de certo tipo não afasta, *a priori*, a possibilidade de enquadramento da conduta como “instigação-determinação”. A este propósito, refere o A. que a situação do homicida profissional cuja vontade se encontra pré-direcionada à prática genérica de delitos contra a vida não impede a qualificação do homem-de-trás como instigador ¹⁰⁵.

Ao contrário do que sucede com as restantes formas participativas, o legislador referiu expressamente no artigo 26.º 4.ª alternativa CP a exigência de que a determinação à prática do facto seja cometida dolosamente. Não será de excluir, cremos, na perspetiva da doutrina em apreço, a possibilidade de configuração de instigação a título de dolo eventual, sempre que o agente, com a sua atuação, representa e conforma-se com a possibilidade de determinar um terceiro à prática de um facto ilícito ¹⁰⁶.

Na instigação, estabelece a literatura dominante a exigência da verificação do chamado duplo dolo, assunção que comporta a afirmação de que a conduta do instigador deve estar associada não só uma vontade de realização dos atos materiais de instigação com também a realização do facto ilícito por parte do instigado ¹⁰⁷.

Trata-se de posição que, mesmo do estrito ângulo dos defensores da admissibilidade da instigação, reflete uma compreensão deficiente do alcance do dolo do tipo. Com efeito, o dolo do tipo exige que o “mencionado conhecimento e vontade se materialize num comportamento que consubstancie o efetivo elemento desencadeador (= *causa efficiens*, *causa sufficiens*) da verificação da situação prevista num tipo incriminador” o que, bem vista as coisas, exclui do âmbito do mesmo os meros desejos ou intenções do participante dirigidas ao delito do autor ¹⁰⁸. A discordância aplica-se igualmente à exigência do duplo

¹⁰⁵ A propósito das divergências nos casos retratados de aliciamento, cf., *infra*, Parte I, Cap. II, ponto 2.3.

¹⁰⁶ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, página 945. Para uma distinção entre dolo direto, necessário e eventual ver, MARIA FERNANDA PALMA, *Direito Penal – Parte Geral*, 5.ª edição, Lisboa, AAFDL, 2020, páginas 143 a 146. Para uma análise jurisprudencial da figura do dolo eventual, cf. MARIA FERNANDA PALMA, *O caso do “very-light”*, em *Casos e Materiais de Direito Penal*, Coimbra, Almedina, 2000, página 310 a 314.

¹⁰⁷ JUAN CARLOS FERRÉ OLIVÉ/MIGUEL ÁNGEL NÚÑEZ PAZ, *Direito Penal Brasileiro*, 2.ª edição, Saraiva Jur, 2017, página 561. Afirmam os autores que “dois resultados são caraterísticos da instigação, que o autor toma a decisão criminosa é o primeiro, que o realize o segundo. Justamente por isso é que o conteúdo do dolo do instigador tem maior alcance que o do autor: como este, refere-se ao resultado típico, mas ademais, que esse resultado seja realizado pelo destinatário, por meio da decisão convertida em fatos”. Na jurisprudência, pode ler-se, quanto à referência ao duplo dolo que “do ponto de vista subjectivo, a instigação há-de ser (duplamente) dolosa, no sentido de que o instigador tem de ser consciente da circunstância de que está a motivar outra pessoa a adoptar uma resolução criminosa e a realizar o correspondente facto, e pretender esta mesma comissão”. Cf. a este propósito, Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, n.º do processo 67/09.6GA/VZ.C1, de 23/05/2012, relatado por JOSÉ EDUARDO MARTINS.

¹⁰⁸ Cf. texto correspondente à nota 182 a propósito da rejeição do duplo dolo na esfera da cumplicidade.

dolo na esfera da participação (=cumplicidade), razão pela qual remetemos maiores desenvolvimento para fases subsequentes do presente estudo.

Para a doutrina partidária do duplo dolo, a sua formulação representa apenas uma fórmula sintética que condensa a ofensividade da conduta do instigador. No que toca ao facto instigado, como componente do referido duplo dolo, exige-se a representação dos concretos elementos e circunstâncias do ilícito-típico respetivo por parte do instigador, sem que lhe seja exigível a representação da espécie e modo de execução ¹⁰⁹.

Questão controvertida na doutrina da instigação é a dos chamados casos de alteração ou alargamento da determinação. Trata-se, em suma, de situações em que alguém já decidido à prática de um certo crime é instigado a adotar uma modalidade mais grave e mais ampla desse comportamento. Neste ponto, surgem duas conceções na doutrina. Para uns, partidários do chamado princípio analítico da separação ¹¹⁰, a responsabilidade do instigador cingir-se-á à “parte” do facto relativamente à qual funcionou a determinação, pelo que se essa “parte” não preenche, por si, um tipo incriminador, apenas existirá cumplicidade no que toca ao facto mais grave; do mesmo modo, se a alteração se der no sentido de uma determinação a um delito menos grave, apenas existirá cumplicidade quanto a este. Para outros ¹¹¹, partidários da orientação dita sintética, existirá instigação relativamente ao crime “modificado”. Pense-se por exemplo no caso em que o indivíduo já se encontra pré-determinado a cometer um furto e vem, posteriormente, a ser instigado a praticar o crime de roubo. Nesse caso, para a orientação dita sintética, o agente deve ser punido pelo crime “alargado” ou “modificado” que, no caso exemplificado, será o crime de roubo.

Quanto aos casos denominados de “excesso na instigação”, situação em que o instigado atua para lá do dolo do instigador, a solução proposta pela literatura assume o dolo do instigador como limite da imputação dolosa do facto, ficando ressalvada a punição do excesso a título negligente ¹¹². No caso inverso, em que o instigado fica aquém do dolo do instigador, a punição do instigador será pelo crime efetivamente cometido ¹¹³.

¹⁰⁹ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, página 945.

¹¹⁰ HANS JESCHEK/THOMAS WEIGEND, *Tratado de Derecho Parte General*, 5.ª edição, Granada, Comares Editorial, página 741 e 742. Ver também, DUARTE RODRIGUES NUNES, *op. cit.*, página 635 e JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, página 934.

¹¹¹ DUARTE RODRIGUES NUNES, *op. cit.*, página 635.

¹¹² JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, páginas 900 e seguintes.

¹¹³ Em sentido diverso, admitindo a punição pelo crime mais grave a título de instigação, PAULA RIBEIRO DE FARIA, *op. cit.*, página 334.

Por último, saliente-se que, para a doutrina dominante, a instigação está sujeita a um princípio de acessoriedade, razão pela qual alguns autores consideram que a mesma não poderá configurar uma verdadeira autoria ¹¹⁴. A exigência de um início de execução por parte do executor material traduz-se, para alguma doutrina, na consagração do princípio de acessoriedade quantitativa, cuja referência expressa no artigo 26.º marca uma clara intenção do legislador estatuir a dependência do instigador face ao executor material, aspeto que distingue a instigação da autoria mediata ¹¹⁵.

Quanto a este último ponto, a rejeição da doutrina da acessoriedade para a cumplicidade convoca, por razões de coerência, a mesma posição no que toca à figura da instigação. Como melhor veremos a propósito da cumplicidade, o correto enquadramento dogmático da exigência de início da execução (=acessoriedade quantitativa) implica a sua subsunção na categoria da “condição objetiva de punibilidade”. Não obstante, a rejeição em bloco da instigação exige que o tratamento da doutrina da acessoriedade se faça apenas a propósito da cumplicidade. Para lá remeteremos maiores desenvolvimentos ¹¹⁶.

2.6. Cumplicidade

No presente capítulo procede-se a uma breve exposição da doutrina da cumplicidade. Pretende-se, acima de tudo, sintetizar os contornos assumidos pela cumplicidade na ótica da doutrina maioritária, contornos esses que diferem da conceção adotada no presente estudo. Como melhor veremos no próximo capítulo, a cumplicidade deve ser vista como um autónomo delito de perigo abstrato, sendo o “início de execução” do autor um facto exterior ao “dolo do tipo” do participante (=condição objetiva de punibilidade). Na perspetiva assumida, a cumplicidade surge como um delito de intenção o que implica, como veremos, o afastamento do duplo dolo enquanto reflexo do sentido pessoal-individual atribuído à participação ¹¹⁷.

A cumplicidade é definida no artigo 27.º n.º 1 como o ato de “prestar auxílio material ou moral” à prática do crime. Pressupõe, para a doutrina dominante, a verificação de um

¹¹⁴ Salientando que nesse caso “estar-se-ia a abrir a porta a um tipo de autoria “acessória”, cf. DUARTE RODRIGUES NUNES, *op. cit.*, página 637.

¹¹⁵ Referenciando a distinção entre instigação e autoria mediata com base na acessoriedade quantitativa, cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, n.º do processo 702/06.8GBCNT-A.C1, de 12/09/2007, relatado por GABRIEL CATARINO.

¹¹⁶ Cf. *infra*, Parte I, Cap. III, ponto 3.4.

¹¹⁷ Cf. *infra*, Parte I, Cap. III, ponto 3.4.

facto principal doloso ao qual o cúmplice presta auxílio, o que implica afirmar que não se admite a cumplicidade dolosa quanto a factos negligentes ¹¹⁸.

A doutrina dominante submete a cumplicidade a uma lógica de acessoriedade ¹¹⁹, impondo-se que o facto do autor seja ilícito (teoria da acessoriedade limitada) e que se encontrem verificadas as condições objetivas de punibilidade (teoria da acessoriedade limitada modificada) ¹²⁰⁻¹²¹. Afastada está a chamada acessoriedade mínima, para a qual bastará um comportamento formalmente típico por parte do autor, bem como a dita hiper-acessoriedade, que impõe que o facto do autor, para além de tipicamente ilícito e culposo, seja ainda concretamente punível (acessoriedade extrema) ¹²². Afasta-se igualmente a acessoriedade rigorosa, doutrina que estabelece a exigência de que o comportamento do cúmplice se revele, para lá de ilícito, também culposo. Outra não poderia ser a solução em face do artigo 29.º, que impõe que cada participante é punido segundo a sua culpa. Por maioria de razão, a verificação das condições subjetivas de punibilidade ou as causas pessoais de exclusão da pena no autor não afetam a punibilidade do participante.

Apesar do silêncio da lei, a punição do cúmplice fica dependente do facto principal do autor atingir um certo grau de realização, a saber, a existência de “execução ou começo de execução” por parte do autor. Dúvidas não restam que assim seja, pelo menos de *iure*

¹¹⁸ Em sentido, cremos, divergente, afirma PAULA RIBEIRO DE FARIA que existem casos em que se poderá admitir a cumplicidade de factos negligentes. A A. dá o exemplo do crime de condução perigosa de veículo “que embora tenha sido preenchido negligentemente pelo autor, só o foi porque existiu um auxílio doloso por parte do cúmplice”. Ver neste sentido, PAULA RIBEIRO DE FARIA, *op. cit.*, página 487. Para uma solução de *iure condendo* que admite a cumplicidade mesmo que o facto do autor se revele atípico, cf., Cf., *infra*, Parte I, Cap. III, ponto 3.4 e Parte II, Cap. VI, ponto 6.3.

¹¹⁹ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, página 965

¹²⁰ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *op. cit.*, página 225 e FREDERICO COSTA PINTO, *A categoria da Punibilidade na Teoria do Crime*, Coimbra, Almedina, 2013, página 1107 e 1108. Não obstante, importa salientar, com ALMEIDA COSTA, que “não se retira da redação dos artigos 26.º, 4.ª alternativa, e 27.º CP (nem de considerações de política criminal) nenhum argumento que imponha ou, sequer, sugira a subordinação do participante à ocorrência de um comportamento “ilícito” do autor e, assim, capaz de sustentar a afirmação de que ao direito penal português subjaz a aludida acessoriedade *limitada*”. Cf. neste sentido ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 757. Questionando a validade, razoabilidade e vantagem político-criminal da teoria da “acessoriedade limitada”, cf. AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, *A Legítima Defesa*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, página 104 e 105. Partindo do pressuposto de que a doutrina da “acessoriedade limitada” foi preferida à doutrina “acessoriedade mínima” com a intenção de evitar a afirmação da ilicitude da colaboração num facto que, embora típico, se encontrasse a coberto de uma norma permissiva, argumenta TAIPA DE CARVALHO que o facto justificado não deve ser considerado um facto típico, questionando, por esta via, os méritos da “acessoriedade limitada” em comparação com a “acessoriedade mínima”.

¹²¹ Quanto à exigência de verificação das condições objetivas de punibilidade refere FREDERICO DA COSTA PINTO que se o facto do Autor não é, por si só, fundamento para legitimar a pretensão punitiva do Estado então, por maioria de razão, um facto menos grave e acessório deste não deverá ser punido, sob pena de violação do princípio da proporcionalidade FREDERICO COSTA PINTO, *op. cit.*, página 1108.

¹²² JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, página 965.

constituto, em face de semelhante exigência se encontrar contemplada para a instigação (art. 26.º parte final).

Quanto ao momento a partir do qual já não poderá a conduta ser qualificada de cumplicidade – não obstante a possível integração noutros tipos legais (tais como o favorecimento pessoal previsto no artigo 367.º do CP) – questiona a doutrina a admissibilidade de atos de cumplicidade após a consumação formal mas antes da consumação material, hipótese compaginável nos crimes de resultado cortado. Na literatura nacional, PAULA RIBEIRO DE FARIA apenas admite a cumplicidade até à consumação formal do crime, sendo o auxílio posterior punido por tipos legais autónomos¹²³. Trata-se de posição à qual não aderimos, pois que o momento de consumação material reflete um renovar do sentido de ilicitude ínsito ao tipo legal de crime o que implica a punição do auxílio nos quadros do tipo legal violado pelo autor.

A cumplicidade integra, para a doutrina dominante, o chamado “duplo dolo”; isto é, afirma-se a exigência de um auxílio doloso a um facto doloso¹²⁴, admitindo-se a punibilidade do cúmplice mesmo que o auxílio prestado vise apenas a tentativa do autor¹²⁵. Quanto ao “duplo dolo”, como teremos oportunidade de expor, afigura-se incompatível com a atribuição de um sentido de antinormatividade pessoal-individual à conduta do participante¹²⁶.

Questão controvertida na doutrina é a de saber se entre o auxílio do cúmplice e a realização do facto pelo autor deve interceder uma relação de causalidade. Isto é, se caso o autor não venha a recorrer ao auxílio prestado ainda assim poderemos falar em cumplicidade. Neste ponto, resgata FIGUEIREDO DIAS a temática da imputação objetiva, optando pela desnecessidade da relação causal entre o contributo do cúmplice e a ação do autor¹²⁷. A cumplicidade, para o Autor, exige apenas um incremento das hipóteses de realização típica, num critério paralelo ao da potenciação do risco, sendo que nos casos em que tal não acontece a situação configurará um caso de tentativa de cumplicidade não punível¹²⁸.

¹²³ PAULA RIBEIRO DE FARIA, *op. cit.*, página 358.

¹²⁴ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, página 970 e seguintes e PAULA RIBEIRO DE FARIA, *op. cit.*, página 356 e seguintes.

¹²⁵ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, página 972.

¹²⁶ Para mais desenvolvimentos, cf. *infra*, Parte I, Cap. III, ponto 3.3.4.

¹²⁷ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, página 973.

¹²⁸ Em sentido que nos parece convergente, cf. PAULA RIBEIRO DE FARIA, *op. cit.*, página 356 e M. MIGUEZ GARCIA, *O risco de comer uma sopa e outros casos de Direito Penal*, Coimbra, Almedina, 2011, página 695 e 696.

Capítulo 3 – A comparticipação e o ilícito pessoal – conceção adotada

3.1. Considerações gerais acerca da conceção de ilícito pessoal adotada

A doutrina do ilícito pessoal a que aderimos parte de uma contraposição entre “ilícito doloso” e “ilícito negligente”, estabelecendo critérios de imputação objetiva que sintetizam o sentido pessoal da conduta e que se afiguram, simultaneamente, como verdadeiros critérios de autoria ¹²⁹.

A doutrina dominante ¹³⁰ elege o ilícito doloso como ponto de referência da operação de imputação objetiva, relegando o ilícito negligente para um espaço “residual”, estabelecendo, por conseguinte, um “tipo objetivo” comum aos crimes dolosos e negligentes ¹³¹. Pelo contrário, a doutrina do ilícito pessoal a que aderimos propõe a configuração de dois critérios de imputação objetiva consoante se trate de um crime doloso ou negligente ¹³². Neste sentido, consagra o “domínio-do-facto” e a “violação do dever objetivo de cuidado” como verdadeiros princípios de imputação objetiva e, simultaneamente, “tipos de autoria”.

Estabelecendo o “domínio do facto” e a “violação do dever objetivo de cuidado” como manifestações do desvalor ínsito aos delitos dolosos e negligentes, os mesmos não se apresentam, à luz da doutrina proposta, como meras “estruturas fáctico-psicológicas”, mas sim expressões de dois graus de censurabilidade do agente enquanto presumível detentor das capacidades do homem médio ¹³³. Confirmam, pois, dois tipos de sentido de ilicitude, expressos na ideia de contrariedade/indiferença (ilícito doloso) ou descuido/leviandade (ilícito negligente) perante o dever-ser jurídico-penal.

¹²⁹ ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 1081.

¹³⁰ Para uma análise da doutrina dominante no âmbito da imputação objetiva, cf. AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, *Direito Penal PG*, 3.^a edição, Porto, Universidade Católica Editora, 2016, páginas 309 a 325.

¹³¹ A consagração de um tipo objetivo comum implica a atribuição ao tipo objetivo de um conteúdo *a se*, funcionando independentemente do indivíduo atuar com dolo ou com negligência. Neste sentido, os seus partidários elegem o ilícito doloso como elemento do ilícito, estabelecendo o tipo objetivo “como uma categoria “auto-subsistente”, estanque a quaisquer considerações relacionadas com a subjetividade do agente”. Desta forma, a distinção entre ilícito doloso e ilícito negligente apenas se equaciona no plano da subjetividade do agente, isto é, a esta apenas incumbe averiguar se o agente atuou com conhecimento e vontade de realização do tipo objetivo. Como fundamento da conceção em apreço, justificando a asserção do ilícito doloso como ponto de partida da operação de imputação objetiva, observa ROXIN que em todo o delito doloso encontra-se contido um delito negligente. Ver neste sentido ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 574 a 577.

¹³² Para a doutrina em análise, parte-se do ilícito-típico com uma unidade subjetivo-objetiva estabelecendo os critérios de imputação objetiva como sínteses que condensam o sentido pessoal-objetivo das antijuridicidades dolosa e negligente. Ver neste sentido, ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 580.

¹³³ ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 595.

Em contraste com o que afirma a doutrina dominante, as operações de imputação objetiva, funcionando simultaneamente como critérios de autoria, implicam a atribuição de um sentido de desvalor pessoal à conduta do agente que, como vimos, diverge consoante se trate de um ilícito doloso ou negligente. Representam, portanto, mais do que simples operações de atribuição do resultado à conduta, pelo que não confinam o seu âmbito de aplicação à órbita dos crimes materiais ¹³⁴.

No universo do ilícito doloso, a expressão do domínio-do-facto reconduz o critério da autoria dolosa a um simples “domínio-da-não impossibilidade-do-facto” que, de acordo com o sentido que lhe subjaz, não implica, ao contrário do que afirma boa parte da doutrina, a impossibilidade de configuração do chamado “autor-atrás-do-autor” ¹³⁵.

O domínio-da-não-impossibilidade-do-facto pretende, de um prisma da valoração penal, refletir todas as situações que permitem afirmar a factualidade típica como “realização” ou “obra” da vontade do agente. Como melhor explicaremos de seguida, as situações que contemplam o referido domínio-da-não-impossibilidade podem agrupar-se em dois tipos de casos: o “domínio concomitante, próximo ou imediato” e o “domínio não-concomitante, remoto ou mediato”. Ambos se convertem em modalidades do domínio-da-não-impossibilidade-do-facto, percorrendo, de forma transversal, as figuras da autoria imediata, mediata e co-autoria.

Bem vistas as coisas, tais figurinos (autoria imediata, autoria mediata e co-autoria) mais não representam do que momentos dogmáticos supérfluos que apenas sintetizam, *a posteriori*, a combinação de diferentes processos pessoais-individuais de imputação objetiva ¹³⁶. Dito isto, prescinde-se destes conceitos, que mais não fazem do que remeter para configurações “externo-objetivas” das condutas em troca de verdadeiros critérios materiais subjacentes à definição da antijuridicidade dos comportamentos.

¹³⁴ ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 576.

¹³⁵ Neste ponto importa fazer um parêntesis para afirmar que deve-se a autores como SCHROEDER o mérito de afastar os dogmas da impossibilidade da figura do autor-atrás-do-autor sempre que o executor material atue com culpa dolosa. O penalista divide as situações de autor-atrás-do-autor em três grupos de situações. Numa primeira ordem de situações, refere os casos em que o homem da frente atua numa situação próxima das causas de desculpa, como por exemplo nos casos em que este atua em erro sobre a ilicitude censurável, imputabilidade diminuída, excesso de legítima defesa ou coação que não atinge o nível do estado de necessidade desculpante. Numa segunda ordem de situações, os casos em que o executor material se encontra decidido à prática de um crime, consagrando as situações em que o homem de trás coloque a vítima à mercê de um executor seguramente decidido a cometer a infração. Por último, insere os casos de instrumentalização de uma *action libera in causa*, de um *dolus generalis* alheio ou de casos em que o autor imediato se colocou em estado de necessidade. Para uma análise crítica da doutrina ver ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 1060 e seguintes.

¹³⁶ ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, páginas 1081 a 1087.

3.2. O domínio concomitante, próximo ou imediato do facto como critério de autoria dolosa

A expressão do “domínio concomitante, próximo ou imediato” do facto implica que durante todo o processo delituoso o agente adquira a experiência imediata ou concomitante (=em acto). Pressupõe, pois, a consciência de que a todo o momento se verifica um real controlo dos acontecimentos, particularidade que permite afirmar a atualização constante da vontade de cometer o delito. Dito de outro modo, afirma-se uma “experiência em ato” do acontecimento. A tal experiência é alheio o facto do agente recorrer a instrumentos naturalísticos ou humanos e que estes atuem ou não com culpa dolosa ¹³⁷.

Como já vimos, o facto do agente recorrer a um instrumento doloso não impede a qualificação do homem-de-trás como autor. Será, pois, de excluir a inadmissibilidade do autor-atrás-do-autor defendida na doutrina germânica e nacional ¹³⁸⁻¹³⁹. Em suma, sempre que alguém possua a domínio sobre a “não-impossibilidade” da verificação do crime deverá afirmar-se o domínio-do-facto e, por conseguinte, a autoria dolosa, mesmo que se verifique a confluência de uma conduta dolosa do homem da frente.

O domínio concomitante afigura-se um critério seguro para explicar não apenas a autoria imediata, mas também a co-autoria e a autoria mediata.

No universo da co-autoria, a existência de um pacto conjunto implica, nos dizeres de ALMEIDA COSTA, “a percepção imediata (=em ato) da submissão espontânea de “todos” ao *pactum sceleris* e, assim, às particulares vontades individuais que através dele se realizam” ¹⁴⁰.

Ao contrário do que afirma a doutrina formal-objetiva, e como já observámos nos capítulos precedentes, não se exige que a atuação do co-autor implique a realização dos

¹³⁷ ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 1091.

¹³⁸ ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 1091 e seguintes.

¹³⁹ Na literatura, GALLAS refere a inviabilidade da punição do homem-de-trás como A. sempre que exista um comportamento “livre” (=culpa dolosa) do homem-da-frente, com o fundamento de que o comportamento do homem-da-frente não poderia simultaneamente confirmar-se como “livre” e submetido à vontade de outrem. Ora, como bem salienta ALMEIDA COSTA, “a qualificação do agente como autor assenta na autónoma avaliação do sentido da sua conduta, tarefa para a qual se mostra indiferente o significado atribuído às intervenções dos outros participantes”. Cf. a este propósito ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 1091 e seguintes.

¹⁴⁰ ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 1094. Em sentido divergente quanto ao domínio do facto, refere CONCEIÇÃO VALDÁGUA a atuação do co-autor apresenta a estrutura de um domínio positivo do facto quanto à parcela por si realizada e de um domínio negativo quanto ao restante plano comum. Cf. neste sentido, CONCEIÇÃO VALDÁGUA, *op. cit.*, página 148.

factos descritos na *fattispecie* ¹⁴¹. Permite-se a afirmação da co-autoria mesmo que o agente pratique atos que, em homenagem ao plano delineado, se afigurem “acessórios”, no sentido de não subsumíveis ao tipo legal de crime.

À conceção proposta subjaz a desnecessidade de atuação do agente na fase de execução do crime, admitindo-se a integração na co-autoria de condutas que se situam na fase preparatória do delito ¹⁴². Implica com isto afirmar que os atos praticados na fase preparatória do delito revestem-se como expressão de um domínio concomitante do facto e, como tal, da autoria dolosa ¹⁴³.

No universo da autoria mediata, o “domínio concomitante” traduz-se no facto do homem de trás assumir a experiência em ato da perpetração do delito, no sentido de que o início, a continuação e interrupção do mesmo se encontram à mercê da sua vontade. A solução apontada permite explicar um conjunto de constelações tais como as atuações na esfera de um aparelho organizado de poder ou os casos de erro sobre a ilicitude censurável por parte do homem-da-frente. A afirmação do domínio concomitante pressupõe que uma simples retirada da ordem dada pelo homem-de-trás ou um esclarecimento no sentido de desfazer o erro do executor se afiguram suficientes para a não execução do delito por parte deste. A tal facto se deve, pois, a assunção da “experiência em ato” que compõe o domínio concomitante ¹⁴⁴.

3.3. O domínio não-concomitante, remoto ou mediato do facto como critério de autoria dolosa

O domínio não-concomitante, remoto ou mediato, como desimplicação do “nexo de não-impossibilidade”, remete para as situações em que entre a conduta do agente e o facto

¹⁴¹ Para uma enunciação de alguns dos problemas da teoria material-objetiva no âmbito da co-autoria, cf., *supra*, Parte I, Cap. I, ponto 1.1.

¹⁴² Para uma referência às divergências na doutrina quanto a esta questão cf., *supra*, Parte I, Cap. II, ponto 2.4.

¹⁴³ Em sentido divergente, afirmando que o alargamento da co-autoria à fase preparatória implica condicionar a punição do co-autor à prática de atos executivos por parte de outro co-autor, o que redundaria na submissão da co-autoria ao princípio da acessoriedade quantitativa e, conseqüentemente, à diluição das fronteiras entre autoria e participação, cf. HELENA MORÃO, *op. cit.*, página 417. Segundo HELENA MORÃO, “nenhum co-autor depende da exteriorização do seu comportamento ilícito por outro para ultrapassar o limiar da punibilidade por tentativa, ao contrário do que sucede na participação – a sua própria exteriorização, nos quadros de uma execução conjunta, já configura um início de execução penalmente relevante”.

¹⁴⁴ ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 1097.

intervém outra pessoa que retira ao agente a experiência imediata do facto (=dolo em ato). No universo do domínio não-concomitante permanece a exigência de que o sujeito controle a execução do delito de forma a que se permita afirmar que o mesmo se apresenta como “realização” ou obra da vontade do agente ¹⁴⁵. Isto é, pretende-se circunscrever na esfera do controlo não-concomitante apenas as situações em que se verifica o “grau mínimo” de controlo do delito capaz de legitimar, do estrito ângulo do direito penal, a correspondente imputação do delito ao sujeito e, por conseguinte, a assunção deste como Autor ¹⁴⁶.

A densificação da relação existente entre o agente e o delito que caracteriza o domínio não-concomitante impõe a referência à estrutura de concretos tipos legais da Parte Especial (e à situação da *actio libera in causa* prevista na Parte Geral) enquanto sínteses categoriais que expressam as diferentes manifestações do “domínio-da-não-impossibilidade”. Julga-se que tal referência permitirá uma melhor compreensão da dinâmica comparticipativa em apreço, propiciando a vinculação do julgador à teleologia da lei, a acentuação dos valores de certeza e segurança jurídica no que toca às hipóteses controvertidas bem como a coerência interna do próprio sistema normativo penal e das soluções previstas na Parte Geral e na Parte Especial.

Como melhor veremos de seguida, os contornos do “domínio-da-não-impossibilidade” recobrem as diversas configurações da autoria mediata – mais concretamente os casos de erro do executor, atuação sob coação ou falsa representação da mesma, atuação no âmbito de “aparelhos organizados de poder e inimputabilidade do executor material – e da co-autoria.

3.3.1. O domínio não-concomitante, remoto ou mediato do facto como critério de autoria dolosa na esfera da autoria mediata

Importará, nas linhas que se seguem, confrontar o alcance do controlo não-concomitante do facto com as hipóteses comumente enquadradas pela doutrina na autoria mediata, a saber, as situações de erro do homem-da-frente, da atuação sob coação ou falsa representação, os crimes inseridos numa estrutura organizada de poder, a hipótese do

¹⁴⁵ ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 1104.

¹⁴⁶ ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 1103.

pacto criminoso ¹⁴⁷ e, por último, a utilização de um inimputável por parte do homem-de-trás.

Às situações tradicionais de autoria mediata fundada em erro do homem-da-frente deve recorrer-se ao tipo legal da burla como síntese que melhor exprime o “nexo de não-impossibilidade” que fundamenta a afirmação da autoria dolosa do homem-de-trás ¹⁴⁸. Na orientação em análise incluem-se ainda os casos em que o agente, sem estabelecer uma relação psicológica com o agente imediato, produz ou aproveita um condicionalismo exterior suscetível de levar outra pessoa a cometer, em erro sobre as circunstâncias de facto, uma qualquer ação típica ¹⁴⁹.

Nas situações em que a autoria mediata se funde na atuação sob coação ou falsa representação da mesma, solucionadas pela maioria da doutrina por via da remissão para a figura do “estado de necessidade desculpante” previsto no artigo 35.º do CP, o critério que permite afirmar o domínio-da-não-impossibilidade do facto do homem-de-trás passa pela averiguação da existência de uma situação assimilável ao delito de coação previsto no artigo 154.º do CP, preceito esse que melhor exprime o grau ou medida de constrangimento necessário do executor que permite afirmar do domínio-do-facto por parte do homem-de-trás ¹⁵⁰. Ora, como bem afirma ALMEIDA COSTA, confrontando a solução proposta com a doutrina que remete para o “estado de necessidade desculpante”, não se entende por que motivo apenas a ameaça à “vida”, “integridade física”, “liberdade” ou “honra” previstas no artigo 35.º do CP poderão servir de fundamento para a afirmação do homem-da-trás como autor. Neste ponto, tratando a coação das situações em que o legislador prevê a realização de uma ação contra vontade alheia, isto é, verdadeiros atentados à “liberdade de ação e de decisão”, considera-se que a própria modelação do tipo incriminador em causa se revela a que melhor apreende o conteúdo e sentido do domínio-do-facto, aqui nas vestes de domínio-não-concomitante ¹⁵¹. À constelação de casos ora descritos, assentes na existência de uma situação de coação, deve retirar-se as

¹⁴⁷ Para uma referência às diferentes doutrinas avançadas para as situações de crimes inseridos numa estrutura organizada de poder e o chamado “pacto criminoso”, cf., *supra*, Parte I, Cap. II, ponto 2.4.

¹⁴⁸ Referenciando que a situação da burla se afigura “estruturalmente análoga às situações de autoria mediata em que o domínio-da-facto do “homem-de-trás” deriva do estado de erro do executor (=autor imediato), cf. ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *A burla no Código Penal Português*, Coimbra, Almedina, 2020, página 45. Para mais desenvolvimentos, cf. ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 1103 e seguintes.

¹⁴⁹ ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 1104.

¹⁵⁰ Para um maior desenvolvimento do tipo legal, cf. *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, 2.ª edição, Coimbra, Gestlegal, 2011, página 574.

¹⁵¹ ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 1147.

hipóteses em que o homem-de-trás não crie a situação de coação e se limite a aproveitá-la para motivar o executor à prática criminosa ¹⁵².

Nas situações de falsa representação de uma situação de coação incluem-se os casos em que o homem-de-trás provoca a falsa convicção no agente de que se encontra sob coação. Alude-se a que neste ponto não caberão as hipóteses em que o homem-de-trás não haja produzido a falsa convicção do homem-da-frente, limitando o seu contributo a uma mera intervenção que se repercute na formação/consolidação da decisão do executor de realizar o comportamento ou no simples fornecimento dos meios para a conduta típica. Em suma, e ao contrário do que fora proposta em sede de erro sobre as circunstâncias, apenas se admite a autoria dolosa, na esfera da comissão por ação, nos casos em que o executor provocou no executor o engano quanto à existência de uma situação de constrangimento análoga à referenciada no artigo 154.º do CP ¹⁵³.

Um grupo de casos identificados com a autoria mediata, já abordados nos capítulos precedentes, diz respeito aos crimes praticados em obediência a comandos ou ordens proferidas no contexto dos chamados “aparelhos organizados de poder” ou do recurso do homem-de-trás a um “criminoso profissional” ¹⁵⁴. Para tais situações, o critério que deve presidir à demarcação do controlo não-concomitante do facto encontra resposta no tipo legal de associação criminosa do artigo 299.º do CP. Na presente incriminação, construída como um tipo de perigo abstrato, punem-se as condutas de “promoção” ou “fundação” do grupo (299.º n.º 1), o simples “fazer parte” do grupo (299.º n.º 2) e, com uma pena mais severa, os “chefes” ou “dirigentes” (299.º n.º 3) ¹⁵⁵. Por conseguinte, o estabelecimento de uma moldura penal mais gravosa para estes últimos intervenientes (299.º n.º 3), reflete, do prisma das valorações do legislador, a asserção de que entre tais condutas de chefia e a realização dos factos a cargo dos executores preside uma relação assimilável ao preciso nexo de “não-impossibilidade” em que assenta a imputação objetiva dolosa ¹⁵⁶.

A afirmação de que o critério que deve presidir à afirmação do domínio-da-não-impossibilidade do facto nos casos de “aparelhos organizados de poder” encontra-se no tipo legal de associação criminosa comporta em si o mérito de condicionar a autoria mediata à existência de uma organização que satisfaça os requisitos do artigo 299.º. Neste

¹⁵² ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 1149.

¹⁵³ ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 1152 e 1153.

¹⁵⁴ Cf, *supra*, Parte I, Cap. II, ponto 2.3.

¹⁵⁵ A propósito do papel do chefe da associação criminosa, cf, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *op. cit.*, página 1114.

¹⁵⁶ ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 1155.

sentido, como bem nota a jurisprudência, exige-se a congregação de três elementos essenciais: um elemento organizativo, um elemento de estabilidade associativa e um elemento de finalidade criminosa ¹⁵⁷. Da perspetiva em apreço retira-se a necessidade de uma certa dimensão, duração, estabilidade, estrutura organizativa e coesão de grupo que permite à organização criminosa aparecer como uma verdadeira realidade *a se*, com a consequente erosão do “efeito inibitório” da ameaça penal sobre os respetivos membros. Em todo o caso, refira-se que a perspetiva adotada afasta-se da exigência da fungibilidade do executor, tal como formulada por ROXIN ¹⁵⁸, evitando as dificuldades de prova inevitáveis com a formulação deste requisito ¹⁵⁹.

Ainda a propósito do “domínio-não-concomitante” tendo como referência o desenho do delito do artigo 299.º, cumpre uma última palavra para as situações configuradas na doutrina como de aliciamento ¹⁶⁰. Ao contrário do que afirma CONCEIÇÃO VALDÁGUA em doutrina já exposta no capítulo precedente ¹⁶¹, cremos que o referente para o melhor tratamento da questão do aliciamento se encontra no tipo legal do artigo 299.º. A ausência ou substancial diminuição do “efeito inibitório” da ameaça penal que impende sobre o executor, e que justifica o “domínio-não-concomitante” na órbita dos aparelhos organizados de poder, deixa antever que sempre que o agente da retaguarda recorre a um criminoso profissional se verifica o mesmo nexo de não-impossibilidade que nos casos de ordens proferidas no âmbito de uma estrutura hierarquizado. O que, bem vistas as coisas, coloca o artigo 299.º como referente preferencial para explicar o domínio-não-concomitante do facto do homem-da-trás, justificando, portanto, a sua autoria dolosa.

Cumpra agora averiguar as situações de autoria mediata fundada na utilização de um inimputável ou de um agente com imputabilidade diminuída à luz do prisma do domínio-não-concomitante do facto.

A doutrina tradicional consagra a regra geral de que quem incite um inimputável (em razão da idade ou de anomalia psíquica) à prática de um delito é punido como autor

¹⁵⁷ Na jurisprudência, cf. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, n.º do processo 5148/20.2JAPRT-A.P1, de 10/03/2021, relatado por LILIANA DE PÁRIS DIAS. Para uma definição de associação criminosa na doutrina, cf. MÁRIO PEDRO SEIXAS MEIRELES, *Da associação criminosa à criminalidade organizada no ordenamento jurídico-penal português*, Coimbra, Gestlegal, 2020, página 83 e 84.

¹⁵⁸ CLAUS ROXIN, *Autoría y Dominio Del Hecho En Derecho Penal*, 7.ª edición, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas Y Sociales, 1999, páginas 723 e seguintes.

¹⁵⁹ ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 1157. Para uma referência crítica ao requisito de fungibilidade proposto por ROXIN, cf., *supra*, texto correspondente à nota 67.

¹⁶⁰ Cf., *supra*, Parte I, Cap. II, ponto 2.3.

¹⁶¹ Cf., *supra*, Parte I, Cap. II, ponto 2.3.

mediato ¹⁶². Trata-se, em suma, de uma situação que, para a maioria da doutrina, encontra no princípio da autorresponsabilidade enquanto critério jurídico-normativo de imputação a sua razão de ser ¹⁶³. Justifica-se a qualificação do homem-da-trás como autor mediato na circunstância do homem-da-frente atuar sem “culpa dolosa” o que, por conseguinte, permite afirmar o “domínio-da-vontade” do homem-da-frente pelo homem-da-trás ¹⁶⁴.

Tal como afirmámos para os outros casos de domínio-não-concomitante, também na hipótese de um agente da retaguarda se socorrer de um inimputável ou imputável diminuído importa descortinar se será possível afirmar a autoria dolosa deste, bem como, no caso de resposta afirmativa, o referente normativo que melhor densifique o domínio-não-concomitante do homem-de-trás.

Neste ponto, cremos que do artigo 20.º n.º 4 do CP se extrai o fundamento para a qualificação do agente da retaguarda como autor ¹⁶⁵. Ora, se, de acordo com o legislador, o mero desencadeamento de uma situação de “inimputabilidade pré-ordenada” constitui o fundamento para a qualificação do agente como autor, razões não se detetam para restringir o funcionamento do artigo 20.º n.º 4 às situações em que o sujeito ativo e passivo se concentrem no mesmo indivíduo. O que foi dito implica, do prisma do perigo para os bens jurídicos, que na inimputabilidade pré-ordenada, independentemente do sujeito em

¹⁶² JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, página 914, DUARTE NUNES, *op. cit.*, página 611 e 612, CLAUS ROXIN, *op. cit.*, pág. 264 e 265

¹⁶³ Para uma referência ao princípio da autorresponsabilidade, nos casos em que o instrumento atua sem culpa, como um critério jurídico-normativo de imputação, cf. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, página 914. Reitera o A. que “seja qual for o domínio “fático” do acontecimento que possa ter tido na sua atuação, um agente imediato de 15 anos não pode ser responsabilizado pelo facto e, nessa medida, pode e deve ser visto como intermediário instrumentalizado pelo homem-de-trás”.

¹⁶⁴ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, página 913.

¹⁶⁵ ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 1164. Importa salientar que, segundo TAIPA DE CARVALHO, apenas se incluem na esfera do artigo 20.º n.º 4 as situações em que a anomalia psíquica tenha sido provocada pelo agente com dolo direto, sujeitando-se as situações de dolo necessário, eventual e negligência à moldura pena prevista pelo artigo 295.º n.º 1, com a limitação prevista no número 2 de que a pena não pode ser superior à prevista para o facto ilícito típico praticado. O A., ao contrário do que defendera anteriormente, considera que o texto legal, com a referência “provocada pelo agente *com intenção* de praticar o facto”, apenas autoriza a associação da *actio libera in causa* às hipóteses em que o agente atua com dolo direto, concluindo que a admissão do dolo necessário e eventual representaria um resultado interpretativo sem a mínima correspondência verbal na letra da lei (art. 9.º n.º 2 do CC). Ver a este propósito, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Tomo II*, 2.ª edição, Coimbra, Gestlegal, 2022, páginas 754 a 756. Em sentido divergente, afirmando que a intencionalidade a que a lei se refere é compatível com o dolo necessário mas já não com o dolo eventual, cf. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, página 693 e 694 e PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *op. cit.*, página 196. Em sentido diametralmente oposto TERESA QUINTELA DE BRITO admite todas as modalidades de dolo. Reitera a A. que “os casos de *actio libera in causa* com dolo eventual afiguram-se bastante mais frequentes, na prática, do que os de *actio libera in causa* com dolo direto ou necessário. Conclui a A. que “nesta sociedade tecnológica, de consumo e de despersonalizante standartização, a grande questão neste domínio é representada pelas situações em que o indivíduo se desresponsabiliza, apesar de prever o desempenho, nesse estado, de determinadas actividades, em si perigosas”. Cf. neste sentido, TERESA QUINTELA DE BRITO, *Crime praticado em estado de inimputabilidade auto-provocada, por via do consumo de álcool ou drogas*, AAFDL, 1991, página 127 e 128.

que ocorra, reside o nexo de “não-impossibilidade” que justifica a sua afirmação como parâmetro explicativo para os casos de recurso a um inimputável pelo agente da retaguarda.

Nas constelações de “inimputabilidade pré-ordenada” (própria ou alheia) observa-se o nexo de imputação objetiva característico da antinormatividade dolosa, afirmando-se um princípio geral que aponta para a atribuição do domínio-da-não-impossibilidade a quem, por qualquer forma, desencadeie em si ou noutra pessoa uma “inimputabilidade pré-ordenada” à prática de um comportamento típico. Pune-se, portanto, como autor aquele que espolte a inimputabilidade de alguém e depois convença a cometer um crime, bem como aquele que se aproveita de uma prévia inimputabilidade para exortar o agente inimputável ao cometimento do crime ¹⁶⁶.

Por último, impõe-se tratar os casos de utilização pelo agente da retaguarda de um executor que preenche os requisitos da imputabilidade diminuída contemplada no artigo 20.º, n.º 2 do CP.

No caso da imputabilidade diminuída, estabelece DUARTE NUNES a distinção entre a “capacidade diminuída para avaliar a ilicitude do facto” e a “capacidade diminuída para se determinar de acordo com a avaliação que faz da ilicitude do facto”. Para o A., no primeiro caso o executor não é plenamente imputável devendo afirmar-se o domínio do facto do agente da retaguarda, ao passo que no segundo, tendo o executor capacidade para compreender a ilicitude do facto, afirma-se a plena responsabilidade do mesmo, o que conduz à afirmação da mera participação do agente da retaguarda em decorrência do princípio da autorresponsabilidade ¹⁶⁷. FIGUEIREDO DIAS, por seu turno, considera que “nos casos em que é duvidosa ou só parcial a compreensibilidade das conexões de sentido do agente imediato com o facto, talvez não deve *a priori* excluir-se de toda a possibilidade de autoria mediata do homem-de-trás”. Conclui o A. que a decisão deverá tomar como referente o “domínio do facto”, nas vestes de um domínio da vontade, implicando a situação uma valoração jurídica em função do disposto no artigo 20.º n.º 2 e 3. Para os casos em que se negue a autoria mediata, defende o penalista a integração da situação no plano da instigação, enquanto modalidade de autoria, com base no critério proposto do domínio da decisão ¹⁶⁸.

¹⁶⁶ ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 1166.

¹⁶⁷ DUARTE NUNES, *op. cit.*, página 611 e 612, CLAUS ROXIN, *op. cit.*, pág. 264 e 265.

¹⁶⁸ Cf. a este propósito JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, página 914 e 915

Na órbita da conceção da comparticipação a que aderimos, no caso de utilização, por parte do agente da retaguarda, de um imputável diminuído – e sempre que a conduta não se inclua já no universo do “erro”, “coação” ou no contexto de uma “organização criminosa” – não se poderá afirmar o nexo de não-impossibilidade característico da autoria dolosa, pelo que a situação será punida apenas como simples “participação” ¹⁶⁹. À situação em apreço não servirá o princípio de imputação objetiva ínsito no art.20.º n.º4, afirmado para os casos de recurso a um inimputável, pois que o agente imediato aparece como responsável pela prática do delito, o que equivale a afirmar que entre o agente da retaguarda e o facto não se verifica um “nexo-de-não-impossibilidade que permite afirmar a autoria dolosa” ¹⁷⁰.

3.3.2. O domínio não-concomitante, remoto ou mediato do facto como critério de autoria dolosa na esfera da co-autoria

Mantendo o excursus no universo do chamado “domínio-não-concomitante” do facto, e percorridas as hipóteses integradas pela doutrina dominante na autoria mediata, importa neste capítulo averiguar se será de reconhecer aos agentes que atuam em conjunto, e no quadro de um acordo comum de vontades, o domínio não-concomitante do facto. A resposta afirmativa a tal questão permitirá a imputação global do facto a todos comparticipantes, não obstante a conduta de cada um se reconduzir a uma parcela do resultado imputado.

No quadro da co-autoria, o decisivo fundamento do domínio não-concomitante do facto reconduz-se à simples celebração do chamado *pactum sceleris*, cuja participação deixa antever como muito provável (=“não-impossível”) o efetivo cumprimento, pelas partes integrantes, dos intentos delineados pelo plano comum. Neste ponto reside o princípio de imputação recíproca do facto global, imputação essa condicionada à exigência de que os comportamentos consubstanciem, no mínimo, atos de cumplicidade. Em suma, submete-se o domínio-não-concomitante na esfera da co-autoria ao duplo requisito de participação no *pactum sceleris* e realização de atos que atingem o mínimo de dignidade penal, isto é, que se traduzam em, pelo menos, atos de cumplicidade.

¹⁶⁹ Como melhor veremos, trata-se de uma situação em que a atuação do homem-de-trás cria um perigo remoto para bens jurídicos, particularidade que justifica a inserção da sua conduta na esfera da cumplicidade, entendida esta como um delito autónomo de perigo abstrato. Cf. a este propósito, *infra*, Parte I, Cap. III, ponto 3.4.

¹⁷⁰ ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 1171

Ao contrário do que vem afirmando a doutrina dominante ¹⁷¹, não se vislumbra a exigência de que o agente atue na fase de execução do delito, asserção que permite a qualificação como autor daquele que desempenhe um papel preponderante, por exemplo, na formação do grupo, na elaboração do plano de ação ou distribuição das tarefas atinentes à sua efetivação ¹⁷². Ao invés do que à primeira vista parece resultar da própria letra da lei, que refere no artigo 26.º, 3.ª alternativa a exigência de que o indivíduo “tome parte direta na execução do facto”, não cremos que tal expressão se revele um obstáculo à posição adotada. Ora, como bem afirma ALMEIDA COSTA, o artigo 26.º não contempla uma “sistematização” das formas de autoria admitidas e, por conseguinte, não vincula a matéria a um qualquer enquadramento dogmático.

Dito isto, e erigindo a intervenção especificada no *pactum sceleris* a fundamento estruturante que permite afirmar a sujeição de todos à vontade de todos, a participação na fase da execução, longe de se revelar pressuposto essencial da afirmação da co-autoria, afirma-se apenas como uma simples comprovação da participação no plano comum delineado ¹⁷³. Do que foi dito importa clarificar que nos casos em que, não obstante a participação no pacto, a atuação do sujeito se afigure diminuta ou de quase nula relevância deverá ser afastada a qualificação como autor. Tratam-se, em todo o caso, de situações que se reconduzem a uma mera solidarização com o projeto criminoso que não ultrapassa o limiar mínimo de “dignidade penal” e que refletem uma posição exterior do agente em face da *societas delinquendi*. Em suma, a atuação não traduz a prática de, pelo menos, atos de cumplicidade, requisito indispensável para se poder afirmar o domínio-da-não-impossibilidade-do-facto (=“imputação recíproca” das condutas) ¹⁷⁴.

O aludido domínio-da-não-impossibilidade-do-facto, expressão da participação no plano comum, surge como expediente dogmático que permite afirmar a responsabilização de cada um dos comparsas pela totalidade do evento. O acordo de vontades, momento que deixa antever a consumação do crime com um grau de “não-impossibilidade” que satisfaz os requisitos da imputação objetiva dolosa, encontra no próprio texto da lei, na dogmática da Parte Especial, densificação paradigmática. A título exemplificativo refira-

¹⁷¹ HELENA MORÃO, *op. cit.*, página 409, MARIA DA CONCEIÇÃO VALDÁGUA, *Início da tentativa do Co-autor*, 2.ª edição, Lisboa, Lex Edições Jurídicas, 1993, página 122, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, página 927, PAULO PINTO ALBUQUERQUE, *op.cit.*, página 219, DUARTE NUNES, *op. cit.*, página 626, M. MIGUEZ GARCIA, *O risco de comer uma sopa e outros casos de Direito Penal*, Coimbra, Almedina, 2011, página 673. Cf, *supra*, Parte I, Cap. II, ponto 2.4.

¹⁷² ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 1177.

¹⁷³ ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 1182.

¹⁷⁴ Resumindo a posição adotada quanto à cumplicidade, cf., *infra*, Parte I, Cap. III, ponto 3.4.

se o artigo 264.º do CP (“Passagem de moeda falsa de concerto com o falsificador”), que inclui as situações em que as atividades de contrafação de moeda (artigos 262.º e 263.º CP) e posterior passagem ou colocação em circulação (265.º do CP) constituem momentos de um “projeto comum”, caracterizado pela divisão de tarefas dirigida a um fim comum, modelação típica que, na essência, se reconduz à figura clássica da co-autoria ¹⁷⁵.

Por último, importa aferir o reflexo da doutrina avançada da co-autoria na controversa questão do início da execução da tentativa do co-autor. Como é sabido, divide-se a doutrina entra a chamada “solução global” e a “solução individual”. Para os partidários da “solução global”, a partir do momento em que um co-autor pratica, de acordo com a decisão conjunta, o primeiro ato de execução, devem todos os outros co-autores ser punidos por tentativa, mesmo que ainda não tenham levado a cabo qualquer ato de execução. Pelo contrário, para os adeptos da apelidada “solução individual”, cada co-autor só deve ser punido por tentativa quando a sua atuação alcançou o estágio da execução ¹⁷⁶.

Na doutrina nacional, aponta para a solução individual CONCEIÇÃO VALDÁGUA e FIGUEIREDO DIAS, este último com o argumento de que o co-autor de uma tentativa deve condicionar essa tentativa, o que só é possível quando ele exteriorize um comportamento, ou coatue no estágio da tentativa, salientando ainda que a própria letra da lei, no ponto em que exige que o co-autor “tome parte direta na execução do facto, revela uma indiscutível opção pela solução individual ¹⁷⁷. Em sentido inverso, MARIA FERNANDA PALMA aponta no sentido da solução global, referindo que não é exigível que cada co-autor tenha já prestado a sua contribuição, mas apenas que a perspectiva dessa contribuição se mantenha presente, sem que ele tenha decidido desistir, para que a imputação do facto “global” se justifique ¹⁷⁸.

De nossa monta, e tendo por base a assunção de que a participação no plano conjunto constitui, não um momento de perpetração do crime, mas sim o fundamento que preside à imputação recíproca do facto global a todos o que nele participem, manifesta-se a adesão pela chamada “solução global”. Tal adesão revela-se uma manifestação da perspectiva avançada ao longo do presente capítulo, a saber, de que a participação no plano conjunto

¹⁷⁵ ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 1174 e 1175.

¹⁷⁶ FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, páginas 956 e 957.

¹⁷⁷ Ver neste sentido, CONCEIÇÃO VALDÁGUA, *op. cit.*, páginas 175 e seguintes e FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, página 957.

¹⁷⁸ Cf. MARIA FERNANDA PALMA, *Da “Tentativa Possível” em Direito Penal*, Coimbra, Almedina, 2006, página 164.

deixa antever como não-impossível a realização do delito (=muito provável) e, como tal, condensa o princípio de imputação objetiva característico da antijuridicidade dolosa.

3.4. A cumplicidade como um autónomo delito de perigo abstrato. Reflexos da atribuição de um sentido pessoal-individual à conduta do participante e afastamento da doutrina da acessoriedade (“quantitativa” e “qualitativa”).

Como foi dito nos capítulos precedentes, a cumplicidade representa um auxílio moral ou material à prática do delito do autor que, nos termos da doutrina dominante, se encontra sujeito a uma lógica de acessoriedade “quantitativa” e “qualitativa”. Do exposto anteriormente resulta que, para uma boa parte da doutrina citada, o dolo na cumplicidade dirige-se não apenas aos atos de auxílio (moral e material) como também à própria ação dolosa do autor (=duplo dolo) ¹⁷⁹. Como veremos de seguida, a cumplicidade impõe, na conceção a que aderimos, a postergação do duplo dolo e da acessoriedade “quantitativa”, como resultado da sua configuração como um delito autónomo em que o início de execução por parte do autor configura uma condição objetiva de punibilidade.

A cumplicidade, como inúmeras vezes vem sendo afirmado, resulta, em certa medida, num alargamento excecional da punibilidade, pois que se admite a punição de condutas que materialmente consubstanciam meros atos preparatórios ou acessórios do delito do autor e que, se praticadas por este, ficariam impunes ¹⁸⁰. Representando, na maioria dos casos, uma antecipação da tutela penal, e implicando uma punição de comportamentos que praticados pelo autor singular não suscitarium, à luz da tutela subsidiária (art. 18.º n.º 2 CRP), a intervenção do Direito Penal, a sua punição somente poderá justificar-se se consubstanciar a lesão ou colocação em perigo de um bem jurídico. Outra não poderá ser a justificação, à luz de um direito penal do “facto” tal como consagrada no nosso ordenamento jurídico.

De acordo com o que dito, a figura da cumplicidade apenas poderá sustentar-se no perigo (ou aumento de perigo) daí resultante para a ofensa de bens jurídicos ¹⁸¹. Apresentadas as coisas sob este prisma, a cumplicidade esgota-se, pois, na produção de um “perigo remoto” para os bens jurídicos, sendo que o delito do autor apresenta-se como

¹⁷⁹ Cf. *supra*, Parte I, Cap. II, ponto 2.6.

¹⁸⁰ Cf. neste sentido, JORGE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal*, *cit.*, página 824, bem como HELENA MORÃO, *op. cit.*, página 80.

¹⁸¹ ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 876.

exterior à própria unidade subjetivo-objetiva do ilícito do participante. Subtraído ao domínio-do-facto do participante, o delito do autor surge como um elemento extrínseco à atuação do participante. Nesse sentido, razões não se vislumbram para a afirmação do duplo dolo enquanto momento subjetivo característico da atividade do cúmplice ¹⁸².

A cumplicidade, segundo a perspetiva adotada, pressupõe a sua caracterização como um delito autónomo de “perigo-abstrato”, representando o início de execução (=perigo próximo) um elemento exterior ao conteúdo de ilícito pessoal do participante e, portanto, uma verdadeira “condição objetiva de punibilidade” cuja consagração legal assenta em razões de dignidade penal e/ou necessidade de pena ¹⁸³. Esta surge como uma mera confirmação (*a posteriori*) da firme motivação do autor para o cometimento do delito, o que, bem vistas as coisas, transforma o seu preenchimento num elemento adicional destinado a comprovar o perigo (*ex ante*) que os atos do participante consubstanciaram no momento da sua perpetração.

Configura-se o ilícito da participação como um delito autónomo, decorrente da combinação das disposições da parte geral com o preceito incriminador violado pelo agente ¹⁸⁴. A assunção da participação como um delito autónomo resulta na postergação

¹⁸² Importa neste ponto um esclarecimento adicional. O dolo do tipo, como é consabido, envolve o conhecimento e a vontade de realização do “tipo objetivo”. Na esfera de um direito penal do “facto”, a caracterização do dolo do tipo impõe, como bem afirma ALMEIDA COSTA, que o “mencionado conhecimento e vontade se materialize num comportamento que consubstancie o efetivo elemento desencadeador (=causa efficiens, causa sufficiens) da verificação da situação prevista num tipo incriminador” o que, bem vista as coisas, exclui do âmbito do mesmo os meros desejos ou intenções do participante dirigidas ao delito do autor (=duplo dolo). Com efeito, o “tipo objetivo” da participação implicará uma restrição do seu âmbito aos elementos cuja verificação se encontre submetida ao efetivo controlo do sujeito (=domínio-do-facto), pelo que apenas contemplará a específica atividade de cumplicidade ou instigação. O que se referiu implica a assunção da intenção do participante de que o autor leve a cabo o “delito auxiliado” como um elemento subjetivo adicional em face do “tipo objetivo” da participação, particularidade que permite enquadrar a mesma nos chamados “delitos de intenção”. Cf. neste sentido, ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, páginas 745. e 764.

¹⁸³ ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 880. Rejeitando a ideia de cumplicidade como um delito autónomo bem como a consideração do facto do autor como uma “condição objetiva de punibilidade” embora no contexto da crítica dirigida à doutrina da causalidade, cf. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, cit.*, página 825.

¹⁸⁴ Em sentido convergente, referindo o conceito restritivo-singular de A. adotado pelo legislador penal português, assente na ideia de que o participante viola o tipo incriminador por via de uma junção das normas da parte especial com a proposição do artigo 27.º, e estabelecendo um paralelismo com a teoria italiana da *fattispecie plurisoggettiva eventuale* cf. HELENA MORÃO, *op. cit.*, página 80. Na base da teoria, e de forma sucinta, está a consideração de que o “facto plurissubjetivo” não pode assentar nos mesmos pressupostos que o “facto monossubjetivo” ou “plurissubjetivo necessário”. Consequentemente, postula que o tipo plurissubjetivo eventual (“*fattispecie plurisoggettiva eventuale*”) “constitui uma nova entidade, uma nova situação da vida prevista legislativamente, e não apenas a qualificação de condutas penalmente irrelevantes se avaliadas à luz da norma incriminadora da parte especial”. Para uma descrição pormenorizada da teoria da *fattispecie plurisoggettiva eventuale* cf. HENRIQUE SALINAS MONTEIRO, *A comparticipação em crimes especiais no Código Penal*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 1999.

da acessoriedade (“qualitativa” e “quantitativa”), implicando, portanto, que a punição do participante se faça de acordo com o sentido pessoal-individual da sua conduta ¹⁸⁵.

Como melhor veremos na segunda parte do presente estudo, a perspectiva adotada implica que, na órbita dos chamados crimes específicos, o desvalor da conduta do participante seja independente do autor, doutrina com especiais implicações nos casos em que se verifique a incomunicabilidade das circunstâncias (=delitos de relação-pessoal). Para lá remetemos mais apuradas reflexões ¹⁸⁶.

A conceção defendida não exige, ao contrário de alguma doutrina e jurisprudência ¹⁸⁷, que se verifique a causalidade entre a conduta do cúmplice e o facto do autor. Semelhante ordem de considerações encontra a sua expressão numa ideia de participação ligada à mera produção “causal” de um resultado, perspectiva que, à luz da conceção de ilícito pessoal defendida, será de postergar. Deste modo, e tratando-se a cumplicidade de um delito autónomo que integra a produção de um “perigo remoto” para bens jurídicos, será de punir como cumplicidade todo o auxílio moral ou material independentemente de o respetivo contributo se refletir ou não na particular configuração do processo delituoso do autor.

A excecionalidade da punição da cumplicidade, dado tratar-se de comportamentos que uma vez praticados pelo autor configurariam meros atos preparatórios ou acessórios, implica, no desenho típico, a sua restrição às condutas que integrem contributos significativos ou marcantes para a execução do cerne do concreto projeto delituoso, ou seja, suscetíveis de se repercutir no núcleo essencial da realização criminosa levada a cabo pelo autor ¹⁸⁸. Trata-se de um critério unitário que se desdobra numa dupla dimensão (“quantitativa” e “qualitativa”), como melhor veremos de seguida.

Por um lado, a dimensão de índole “quantitativa” impõe que o cúmplice aporte um contributo significativo ou marcante para a produção do delito, o que significa, por exemplo, afastar do âmbito da cumplicidade moral os comportamentos que se traduzem num mero “apoio”, “aceitação” ou “solidarização” para com a conduta do autor ¹⁸⁹. Na

¹⁸⁵ ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 819.

¹⁸⁶ Cf. *infra*, Parte II, Cap. VI, ponto 6.2.2.

¹⁸⁷ Cf. quanto a esta matéria, JAKOBS, *op. cit.*, páginas 811 a 815. No sentido de exigência de causalidade da ação do cúmplice em face do autor, cf. REINHART MAURACH/KARL HEINZ GOSSEL/HEINZ ZIPF, *Derecho Penal – Parte General, Tomo II*, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo Y Ricardo Depalma, 1995, página 457. Na jurisprudência, referenciando a cumplicidade do ponto de vista da exigência de causalidade, cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, n.º do processo 04P136, de 31/03/2004, relatado por HENRIQUES GASPAR, bem como Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, n.º do processo 205/12.1GGSTB.E1, de 11/03/2014, relatado por JOSÉ MARTINS SIMÃO

¹⁸⁸ ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 885.

¹⁸⁹ ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 886.

esfera da cumplicidade material excluem-se todos os atos que se afigurem em absoluto indiferentes ou de diminuto relevo para a consumação do crime, tais como a cedência de um casaco ou de par de luvas contra o frio, a troca de instrumentos de que o autor já dispõe por outros idênticos ou o transporte para o lugar da infração, nos casos em que o agente podia ter-se deslocado a pé ou utilizado qualquer outro meio de locomoção.

Por outro lado, a dimensão “qualitativa” exige que o auxílio prestado se repercuta na execução do núcleo essencial do concreto projeto delituoso. O que se pretende é afirmar, à luz da excecionalíssima punição dos comportamentos do cúmplice, que a conduta desta se reflita no cerne do próprio ilícito-típico ou, em alternativa, permita ao autor o acesso ao bem jurídico ¹⁹⁰.

Importa sublinhar que se defende, de *iure condendo*, com ALMEIDA COSTA, a submissão da figura da cumplicidade à técnica dos exemplos-padrão, de forma a acentuar os valores de certeza e segurança jurídica. Com isto se pretende sugerir a enumeração, pelo legislador, de um conjunto de situações que configurem tipicamente modalidades de cumplicidade sujeitas, na subsunção ao caso concreto, ao crivo de uma cláusula geral ou princípio vetor ¹⁹¹.

Por último, restará abordar a sujeição da punição do participante à verificação de um facto doloso por parte do autor (art. 27.º do CP). A conceção de participação adotada implica, como já vimos, a postergação da ideia de acessoriedade (“qualitativa” e “quantitativa”), enquanto consequência da total autonomia do ilícito do participante face ao ilícito do autor. A consideração do ilícito do participante como expressão autónoma de um sentido pessoal-individual de antijuridicidade conduz à identificação da atuação do autor como exterior ao participante, isto é, como uma verdadeira “condição objetiva de punibilidade”. Deste modo, a exigência de um começo de execução por parte do autor, enquanto materialização de um perigo próximo ¹⁹² para os bens jurídicos assente em estritas razões de dignidade penal e/ou necessidade de pena, deve ser totalmente desligada do significado jurídico-criminal da conduta deste. O mesmo é dizer que a participação não deve ficar sujeita à exigência de que a conduta do autor, enquanto comprovação do

¹⁹⁰ Para uma densificação exemplificativa da dimensão qualitativa, abordando questões fronteira no “lenocínio” e na “burla” cf. ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, páginas 887 e seguintes.

¹⁹¹ ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 884.

¹⁹² Nas palavras de ALMEIDA COSTA trata-se de um “perigo próximo que, não obstante realizado pela mão do autor, releva como elemento do “plano global” do participante, ou seja, na veste de simples projeção/confirmação do peculiar ilícito-típico da sua conduta e que, por isso, cumpre delimitar no quadro da *fattispecie* legal que reflete o correspondente desvalor de ação”. ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 753.

perigo remoto (*ex ante*) dos atos do participante, se qualifique como “típica”. Trata-se de entendimento que permitirá superar algumas aporias de punição no universo dos chamados “delitos de relação-pessoal puros”, nomeadamente nos casos em que concorre um participante *intraneus* e um autor *extraneus*¹⁹³. Porém, a solução proposta afigura-se apenas defensável de *iure condendo* em face da referência no artigo 27.º ao facto doloso do autor.

3.5. A postergação da figura da instigação

Como já foi dito ao longo do texto, a conceção proposta no presente estudo parte de uma sobreposição dos critérios da imputação objetiva e da autoria, sugerindo como princípio nuclear dos delitos dolosos o binómio domínio concomitante/não-concomitante do facto, bem como a submissão do concurso de agentes ao figurino das autorias paralelas. Para a conceção em apreço, repita-se, as mencionadas autorias imediata, mediata e co-autoria consubstanciam meros “tipos coletivos” que se cingem à descrição exterior da interação entre os sujeitos participantes, que em nada afetam as operações de imputação objetiva que presidem a definição da autoria e da participação¹⁹⁴.

Foi dito nos capítulos precedentes que o artigo 26.º não impõe ao intérprete uma vinculação dogmática às figuras da autoria imediata/mediata e co-autoria, apenas estabelecendo um conjunto de situações que integram as possibilidades da autoria dolosa. Isto é, o legislador apenas estabelece que poderá ser autor quem execute o facto “por si mesmo”, “por intermédio de outrem”, tomando “parte direta na sua execução, por acordo ou juntamente com outro ou outros” e ainda quem “dolosamente determinar outrem à prática do facto, desde que haja execução ou começo de execução”. O que foi dito implica que não se submeta o intérprete a uma vinculação dogmática aos “tipos coletivos” sugeridos pela doutrina dominante, aspeto que, como vimos, se atendeu aquando da postergação da exigência de que o co-autor “tome parte direta na execução” na execução do facto¹⁹⁵.

Tal ordem de coisas permite, numa primeira análise, afirmar que na letra da lei não existe nenhuma imposição no sentido de integrar nos quadros dogmáticos a figura da instigação, não obstante a quase unívoca aceitação da mesma por parte da literatura

¹⁹³ Cf. Parte II, Capítulo VI, ponto 6.2.2.1.

¹⁹⁴ ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 1194.

¹⁹⁵ Ver a este propósito, *supra*, Parte I, Cap. III, ponto 3.3.2.

dominante. Neste sentido, cumpre questionar se, nos quadros da doutrina em apreço, assente no binómio domínio concomitante/domínio não concomitante, faz ainda sentido a autonomização da figura da instigação, reconduzida pela doutrina dominante à 4.^a alternativa do artigo 26.º.

Como vimos nos capítulos precedentes, na construção de FIGUEIREDO DIAS a instigação assume-se como uma forma de autoria, perspetivando-se como uma manifestação do domínio do facto sob a forma de domínio da decisão do homem-de-trás. Tais situações recobrem os casos em que o homem-de-trás fabrica a decisão de cometer o delito no homem-da-frente, enquanto manifestação de uma relação de “dependência psicológica” do executor em face do agente da retaguarda ¹⁹⁶.

A construção da instigação-autoria proposta por FIGUEIREDO DIAS parte, num primeiro momento, de uma rígida assimilação da autoria mediata ao princípio da autorresponsabilidade, exigindo-se, para a sua afirmação, a ausência de culpa dolosa do executor material, sob pena de se verificar uma inadmissível situação de autor-atrás-do-autor. Porém, num segundo momento, sugere o A. a figura da instigação-autoria, incluindo no seu âmbito as situações em que o executor material atue com culpa dolosa o que, bem vistas as coisas, redundaria num afastamento do princípio da autorresponsabilidade como delimitador da fronteira entre autoria e participação que inicialmente defendera a propósito da autoria mediata.

Na orbita da conceção ora em análise, e partindo da assunção da instigação como autoria, instigação e autoria mediata contemplam um conjunto variado de hipóteses que implicam a punibilidade do homem-de-trás como autor, assentando a qualificação como autor mediato na mera constatação da inexistência de culpa dolosa do executor material e a de instigador na existência de um domínio da decisão assente numa relação de dependência psicológica do executor material.

Ambas as figuras, tal como delineadas por FIGUEIREDO DIAS, fornecem critérios pouco seguros de demarcação. Por um lado, a autoria mediata redundaria numa demarcação pela negativa, assente na consideração automática de que sempre que não se verifica a culpa dolosa do executor material estaremos perante um caso de domínio-da-vontade do homem-de-trás. Trata-se, contudo, de uma construção que carece de um critério material de distinção, mera derivação da inadmissibilidade do *a-a-a*, afigurando-se, portanto, não consentânea com a conceção do ilícito pessoal assente na averiguação do desvalor

¹⁹⁶ Cf, *supra*, Parte I, Cap. II, ponto 2.5.

peçoal-objetivo das condutas. Por outro lado, a instigaçoão remete para uma noção de dependência psicológica demasiado fluida, cujos contornos não permitem discernir a instigaçoão-autoria dos casos de mera cumplicidade moral. Aliás, em muitos dos casos de instigaçoão-autoria, julga-se mesmo equívoco falar de um domínio-da-decisão do homem-de-trás enquanto manifestação de uma dependência psicológica do executor material – pense-se, por exemplo, nas hipóteses de aliciamento ou erro sobre a ilicitude censurável habitualmente inseridas no âmbito da instigaçoão ¹⁹⁷. A estas objeções acrescente-se que em algumas situações de domínio-da-decisão contempladas por FIGUEIREDO DIAS se verifica um alargamento excessivo da autoria, como por exemplo nos casos de imputabilidade diminuída, em que, para a conceção que propomos, não se permite a afirmação do domínio-não-concomitante do facto, em virtude da inoperacionalidade da figura da *actio libera in causa* ¹⁹⁸.

Por tudo isto, e partindo de uma conceção pessoal do ilícito que não adere aos postulados da inadmissibilidade do autor-atrás-do-autor, a conceção que ora propomos reconfigura o conteúdo da autoria dolosa às situações em que será de atribuir ao sujeito o domínio-da-não-impossibilidade do facto, independentemente de, entre este e o resultado, ocorrer a intervenção culposa ou não culposa de outrem. Nestes termos, admite-se integrar no âmbito correspondente à autoria mediata situações que configurem casos de autor-atrás-do-autor, o que acaba por retirar espaço à figura da instigaçoão ¹⁹⁹.

Em suma, as figuras participativas acabam por reconduzir-se a uma de duas situações – ou a um caso de autoria, assente no binómio domínio concomitante/não-concomitante, ou a um caso de participação, assente na cumplicidade material ou moral nos moldes anteriormente descritos.

Capítulo 4 - Os crimes específicos enquanto expressão de qualidades ou relações especiais: âmbito e fundamentação

4.1. Desenho formal do tipo

Da categorização em crimes específicos e crimes comuns conclui-se que, do ponto de vista da tutela de bens jurídico-penais enquanto reduto último da restrição de direitos

¹⁹⁷ Ver a este propósito ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, páginas 1202 a 1204

¹⁹⁸ Cf., *supra*, Parte I, Cap. III, ponto 3.3.1.

¹⁹⁹ ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 1206.

fundamentais (artigo 18.º n.º 2 da C.R.P.), o legislador penal erigiu um conjunto de tipos legais cuja verificação pressupõe a presença de “qualidades” ou “relações especiais” no agente do crime (*intraneus*) para que estejam verificados os elementos do tipo. As “qualidades” ou “relações especiais” fundamentadoras ou modificativas do grau de ilicitude significam que o círculo dos potenciais autores deixa de ser indeterminado, como é na generalidade dos casos em que o tipo incriminador utiliza expressões tais como “quem” ou “aquele que”²⁰⁰.

Se as ditas “qualidades” ou “relações”, no caso de pluralidade de agentes, deverão ou não verificar-se em todos os participantes ou em apenas um será problema que abordaremos em fases mais avançadas do presente estudo²⁰¹. Importará, neste estágio da investigação, somente delimitar os contornos das “qualidades” ou “relações especiais” que, abundantemente, são referenciadas pela doutrina para afirmar a presença de um crime específico.

Em primeiro lugar, cumpre afirmar, pela negativa, que o alcance das “qualidades” ou “relações especiais”, enquanto delimitativas de um círculo de agentes, impõe necessariamente que as mesmas se não esgotem na realização do delito. Deste modo, cairão fora da órbita das ditas “qualidades” ou “relações especiais” descrições típicas tais como a profissionalidade ou intenção lucrativa, caraterizadora do crime de lenocínio do artigo 169.º do Código Penal, pois que não implicam a circunscrição de uma classe de potenciais agentes (*intranei*)²⁰². Seguro será afirmar que sempre que estivermos na presença de descrições típicas que comportem um simples retrato da conduta sem, contudo, definirem um círculo de potenciais infratores, a opção do legislador não fora a de restringir o alcance subjetivo dos tipos legais, mas apenas a de particularizar um conjunto de elementos necessários para que seja possível afirmar o preenchimento do tipo-de-ilícito.

²⁰⁰ TERESA PIZARRO BELEZA, *Illicitamente participando – o âmbito de aplicação do artigo 28.º do Código Penal*, BFDC, 1988, página 7.

²⁰¹ Cf, *infra*, Parte II, Cap. VI, ponto 6.2.

²⁰² Ver neste sentido, ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 467, nota 809. Em sentido inverso, incluindo a habitualidade ou a profissionalidade como qualidades especiais que permitem a qualificação com crime específico, TERESA PIZARRO BELEZA, *Illicitamente participando*, em *Direito Penal*, 2.ª volume (aditamento), Lisboa, AAFDL, 1988, página 14. No mesmo sentido, ver MARIA PAULA RIBEIRO DE FARIA, *Formas especiais do crime*, Porto, Universidade Católica Editora, 2017, página 363.

Em segundo lugar, afirma-se a exclusão dos elementos subjetivos especiais, tais como as particulares intenções ou atitudes internas ²⁰³, da categoria das “qualidades” ou “relações especiais” que enformam os delitos específicos.

Excluem-se igualmente do âmbito dos crimes específicos as omissões puras. Sendo estas caracterizadas pela falta de correspondência num delito de ação ²⁰⁴, a conformação formal do tipo legal omissivo puro não permite identificar no agente do crime um conjunto de “qualidades” ou “relações” que sustentem a integração dos delitos omissivos puros na esfera dos crimes específicos. A título de exemplo, pense-se no tipo legal de omissão de auxílio do artigo 200.º do Código Penal, cuja formulação implicará apenas a constatação da existência de uma situação de grave necessidade, para a qual em nada influirá as qualidades ou relações especiais do agente ^{205_206}.

O mesmo se dirá das omissões impuras, em que o recurso à clausula de equiparação da ação à omissão permitirá afirmar a verificação dos elementos do tipo para os casos de existência de uma posição de garante por parte do agente do crime (artigo 10.º CP) ²⁰⁷. A inclusão das omissões impuras no âmbito dos delitos específicos implicará, necessariamente, a postergação das ditas situações de “monopólio” das fontes de dever de garante, sob pena de adulterar o verdadeiro alcance jurídico-penal da “relação” ou “qualidade especial” exigida pelo legislador. Como bem refere ALMEIDA COSTA, “neste caso, não se observa, em suma, a ofensa a um qualquer dever (de caráter “penal ou extrapenal”) prévio e independente da concreta perpetração do crime, pelo que não poderá

²⁰³ Ver neste sentido, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Tomo I*, 2.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, páginas 379 a 381. O A. distingue entre elementos subjetivos do tipo e elementos subjetivos especiais, destacando estes como elementos que “não se referem a elementos do tipo objetivo de ilícito”. Enfatiza o A. que sempre que se encontrem presentes os elementos subjetivos especiais estaremos perante casos em que se não verifica a congruência entre o tipo objetivo e o tipo subjetivo. Destacam-se, neste grupo de delitos, os comumente designados crimes de intenção ou de resultado cortado, nos quais o tipo legal exige, para além do dolo do tipo, a intenção de produção de um resultado que não integra o tipo de ilícito. Para uma abordagem do tema na ótica da conceção de ilícito pessoal adotada no presente estudo, cf. ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *Elementos subjetivos especiais do ilícito-típico*, Coimbra, Almedina, 2023.

²⁰⁴ Ver neste sentido, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Tomo I*, 2.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, página 914.

²⁰⁵ Para uma conformação do tipo objetivo da omissão de auxílio, cf. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3.ª edição atualizada, Lisboa, Universidade Católica Portuguesa, 2016, páginas 782 e 783.

²⁰⁶ Neste sentido, discorda-se da posição adotada por FIGUEIREDO DIAS, quando afirma, socorrendo-se do exemplo do crime de omissão de auxílio do artigo 200.º do Código Penal, que “pode haver crimes específicos que não contenham, ao menos de forma expressa, elementos típicos do autor, antes se limitando a descrever a situação de onde resulta o dever especial”. Cf. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Tomo I*, 2.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, página 304.

²⁰⁷ Incluindo os delitos omissivos na categoria mais ampla dos “delitos de dever especial”, cf. MARIA DA CONCEIÇÃO VALDÁGUA, *Início da tentativa do Co-autor*, 2.ª edição, Lisboa, Lex Edições Jurídicas, 1993, página 44.

falar-se – à luz de nenhuma das orientações adotadas na literatura da atualidade –, nem de delito específico, nem de delito-de-dever”²⁰⁸. Do que se trata nas omissões impuras enquadráveis nas situações de “monopólio” é, nas palavras de ANDRÉ LAMAS LEITE, de “configurar uma situação em que o agente é o único que, numa dada localização espaço-temporal, está em condições de evitar a lesão de bens jurídicos alheios”²⁰⁹ – não se verifica, portanto, nenhuma situação em que o agente detém uma “qualidade” ou “relação especial” mas sim apenas a existência de um particular dever de agir em função da configuração fática existente.

Não se enquadram também no âmbito do artigo 28.º todas as circunstâncias que remetem para o plano da culpa, tratadas especificamente pelo legislador no artigo 29.º, onde se pode ler que “cada participante é punido segundo a sua culpa, independentemente da punição ou do grau de culpa dos outros participantes”. Por isso mesmo, casos haverão em que a correta interpretação do artigo 28.º implica uma abordagem da dogmática da Parte Especial, de forma a descortinar se os elementos do tipo legal de crime se integram no plano da ilicitude ou no plano da culpa²¹⁰.

Conclui-se, portanto, que dos crimes específicos se retira a exigência de que as “qualidades” ou “relações” assumam uma existência autónoma, cuja materialidade

²⁰⁸ Neste sentido, cf. ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *Ilícito Pessoal, Imputação Objetiva e Participação em Direito Penal, Tomo I*, Coimbra, Almedina, 2014, página 467, nota de rodapé 808..

²⁰⁹ ANDRÉ LAMAS LEITE, *As “posições de garantia na omissão impura”*. Em especial, a questão da determinabilidade penal, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, página 253.

²¹⁰ A título de exemplo, saliente-se o debate em torno das circunstâncias do n.º 2 do artigo 132.º. Para uns, de entre os quais se destaca JOÃO CURADO NEVES, as circunstâncias devem ser integradas no tipo-de-ilícito. Para CURADO NEVES “é na circunstância descrita que reside o fundamento da qualificação, e não em alguma atitude pessoal do agente que pudesse ser descoberta a partir daí”. Ver neste sentido, JOÃO CURADO NEVES, *Indícios de culpa ou tipos de ilícito? : a difícil relação entre o n.º 1 e o n.º 2 do artigo 132.º do CP*, em *Liber Discipulorum J. Figueiredo Dias, cit.*, página 721 e seguintes. No mesmo sentido, embora partindo de pressupostos dogmáticos distintos, refere ALMEIDA COSTA que “de harmonia com uma conceção assente nos paradigmas do ilícito pessoal e da culpa-do-facto, a “censurabilidade” ou “perversidade” referidas no n.º 1 do artigo 132.º CP e a correspondente concretização exemplificativa do n.º 2 do preceito reportam-se, em primeira linha, ao desvalor objetivo da conduta, apenas mediadamente se repercutindo (à semelhança de qualquer outro elemento do tipo-de-ilícito) ao nível do juízo de culpa”. Ver neste sentido, ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, páginas 513 e 514, nota de rodapé 917. Em sentido diverso, J. FIGUEIREDO DIAS/ NUNO BRANDÃO, *Comentário Conimbricense CP I*, artigo 132.º, páginas 25 e 26. Referem os Autores, sustentando a integração no tipo de culpa, “que o tipo de culpa supõe a realização dos elementos constitutivos do tipo orientador que resulta de uma imagem global do facto agravada correspondente ao especial conteúdo de culpa tido em conta no artigo 132.º 2”. De nossa monta, e aderindo à conceção de ilícito pessoal que pretende “demarcar uma esfera objetiva de antinormatividade, independente da censurabilidade do delinquentes”, somente poderemos ver nas circunstâncias descritas elementos do tipo-de-ilícito. De outra forma não poderia ser, “pois que o que está em causa (na ilicitude saliente-se) é o estabelecimento de uma regulamentação exterior da vida social (...) que envolve atribuir às normas de determinação jurídico-criminais um âmbito de imposição alheio a considerações de culpa individual, definido a partir de critérios objetivos que remetem, no fundo, para um certo modelo de “homem médio”. Ver neste sentido, ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 513 nota de rodapé 917 e página 582.

geralmente reveste a pertença a uma classe profissional, a realização do ato investido numa determinada função ou a presença de uma particular relação com a vítima ²¹¹.

No confronto com os crimes comuns, temos que os crimes específicos poderão agrupar-se em crimes específicos próprios e crimes específicos impróprios. Aos primeiros confere o legislador a particularidade das “qualidades” ou “relações” integrantes do tipo de ilícito fundamentarem a ilicitude, ao passo que nos segundos as mesmas revelam-se apenas como elementos modificativos do grau de ilicitude (atenuando ou agravando) ²¹².

4.2. Fundamentação dos delitos específicos – excursão pelas doutrinas dominantes e apresentação da posição adotada

No que à fundamentação dos delitos específicos diz respeito, a literatura atual agrupa-se em três grandes linhas orientadoras.

Numa primeira linha, destacam-se os Autores que fundamentam os delitos específicos na existência de bens jurídicos especiais, conceção que parte da compreensão do bem jurídico “em sentido metodológico” ²¹³. Para tais Autores, a ideia de bens jurídicos especiais reconduz-se à asserção de que a lei apenas protege agressões provenientes de uma certa “classe” de pessoas e, portanto, tais bens jurídicos apenas podem ser lesados por esse conjunto de pessoas.

A conceção proposta pressupõe uma restrição da esfera de destinatários da norma sempre que o tipo incriminador implique a consagração de determinadas qualidades ou relações pessoais, o que, bem vistas em coisas, traduz-se numa recondução dos delitos específicos a uma esfera de valoração próprias, inacessíveis a todos aqueles que se situem fora da mesma ²¹⁴.

²¹¹ ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *Ilícito Pessoal, Imputação Objetiva e Comparticipação em Direito Penal, Tomo I*, Coimbra, Almedina, 2014, página 467.

²¹² Ver neste sentido, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Tomo I*, 2.^a edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, página 304.

²¹³ Ver neste sentido, EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal I*, Coimbra, Almedina, 1996, página 279 e seguintes. Referenciando as posições doutrinárias que remetem para a existência de “bens jurídicos especiais”, apenas suscetíveis de serem lesados por determinadas pessoas, como suporte da consagração dos delitos-de-mão própria, cf. ANTÓNIO ALMEIDA COSTA, *Existe Lugar Para a Categoria dos Delitos de Mão-Própria no Direito Penal Português?*, cit., página 240. Para um desenvolvimento da temática dos delitos de mão-própria, propondo o seu afastamento por violação do princípio da igualdade, cf. *infra*, Parte II, Cap. VI, ponto 6.3.1.

²¹⁴ MARGARIDA SILVA PEREIRA refere a este propósito que, num caso em que *A*, cidadão comum, instiga o juiz *C* a praticar um ato que implica a violação dos seus deveres, estaremos perante um caso em que “o mundo dos deveres que onera o juiz baseia-se em valorações e critérios muito diferentes daqueles que ao cidadão comum é exigido (e exigível) conhecer e até assimilar como valorações e critérios próprios”. Ver a este propósito, MARGARIDA SILVA PEREIRA, *O Direito*, 126.º, Ano 1994, página 607.

A doutrina dos bens jurídicos especiais, associada ao normativismo de inspiração neokantiana, parte de uma noção de “ilícito objetivo” centrada numa ideia de pura danosidade social. Trata-se de uma posição, como avançamos ao longo da exposição, que acaba por alicerçar a sua construção numa conceção metodológica de bem jurídico – enquanto “síntese categorial que exprime, numa fórmula comprimida, o sentido e fim da norma”, isto é, a situação considerada desvaliosa e, portanto, punível num qualquer preceito incriminador” – cuja referência permite superar as insuficiências da tese do “ilícito objetivo” no que toca às hipóteses em que o legislador, na modelação do facto, fazia intervir elementos relativos ao agente ou à conduta, quer dizer, ao “desvalor da ação” e que, por isso, extravasavam o mero “desvalor de resultado”²¹⁵.

Numa segunda linha de fundamentação dos delitos específicos surge a conceção que identifica o cerne da infração com a violação de uma “norma” ou “dever especial” de natureza “penal” ou “extrapenal” exclusiva dos *intranei*. Trata-se de doutrina defendida, entre nós, por autores como FIGUEIREDO DIAS²¹⁶, CONCEIÇÃO VALDÁGUA²¹⁷ e HENRIQUE SALINAS. Afirma este último A. que “a existência de um dever jurídico especial, cuja violação é sancionada em determinados tipos penais consiste, assim, no núcleo definidor dos crimes especiais e conduz, como consequência, a uma restrição do círculo de possíveis agentes dos crimes respetivos”²¹⁸⁻²¹⁹.

A perspetiva em apreço reconduz-se, grosso modo, à doutrina defendida por ROXIN dos delitos-de-dever, categoria que o Autor introduz como exceção à exigência do domínio-do-facto por parte do autor²²⁰. Para ROXIN, apenas os sujeitos vinculados ao dever específico podem configurar-se como autores. A título exemplificativo, sustenta ROXIN, a propósito do crime de administração desleal previsto no parágrafo 266 StGB, que este apenas poderá ser cometido pela pessoa investida no dever de administrar o património. Em suma, tratam-se de deveres que antecedem, no plano lógico, a própria norma penal, e que encontram consagração noutros ramos do direito, a saber, deveres

²¹⁵ ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 468 e 469 nota de rodapé 811.

²¹⁶ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal*, 2.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, página 504.

²¹⁷ MARIA DA CONCEIÇÃO VALDÁGUA, *Início da tentativa do Co-autor*, 2.ª edição, Lisboa, Lex Edições Jurídicas, 1993, página 44.

²¹⁸ HENRIQUE SALINAS, *op.cit.*, página 13.

²¹⁹ A propósito de uma situação que implica a instigação por parte de um *extraneus* à prática de um crime de abuso de poderes, refere MARGARIDA SILVA PEREIRA que a teia incriminatória que incide sobre o titular do dever vai muito para lá daquela que impende sobre o cidadão comum. A este respeito, cf. MARGARIDA SILVA PEREIRA, *O Direito*, 126.º, Ano 1994, página 607

²²⁰ ROXIN, *op. cit.*, página 386. Para uma referência

jurídico-públicos de funcionários, obrigações de segredo em certas profissões ou estados e obrigações jurídico-civis de satisfazer alimentos e de lealdade.

A concepção de ROXIN, como melhor veremos adiante ²²¹, constrói o “tipo de autoria” em função do ilícito subjacente em causa, erigindo, nos crimes específicos, a relação “pessoalíssima” do agente com o dever que sobre si impende como critério de autoria ²²². Deste modo, a conduta do agente não investido do dever extrapenal apenas poderá ser enquadrada na esfera da participação ²²³. Como teremos ocasião de salientar no ponto subsequente, a construção proposta por ROXIN modifica os contornos dogmáticos da co-autoria e a autoria mediata. Pela centralidade da proposta do A., amplamente reconhecida como a doutrina de eleição no campo dos delitos específicos, reservaremos a refutação da mesma para pontos mais avançados do presente estudo ²²⁴.

Numa terceira linha de fundamentação dos delitos específicos surge uma corrente que reconduz os delitos específicos ao puro dado “formal” de se encontrarem previstos num “tipo especial”, isto é, num preceito que, por qualquer motivo, circunscreve a punição a um determinado círculo de indivíduos. Importa salientar que, para a concepção em apreço, de cariz eminentemente formalista, não interessam as razões “materiais” que conduziram à incorporação do delito específico num “tipo especial”.

A concepção a que se alude, dado que se atém à pura descrição da lei, sem esclarecer o sentido que subjaz aos crimes específicos, configura uma orientação a recusar pela ausência total de um critério material que permita solucionar os diferentes problemas que se colocam no plano da comparticipação dos delitos específicos ²²⁵.

De nossa parte, e tendo por base as concepções expostas, cumpre afirmar que a posição adotada quanto ao fundamento dos delitos específicos passa pela recondução dos mesmos não à verificação de um “dever especial”, tal como descrito, mas sim à existência de um “ilícito especial”, compreendendo cada crime específico como violação de um dever geral (=oponível *erga omnes*) não confinado a uma classe de agentes ²²⁶.

²²¹ Cf. *infra*, Parte II, Cap., V, ponto 5.2.

²²² ROXIN, *op. cit.*, página 386. Para uma abordagem da noção de autoria em ROXIN, cf., *supra*, Parte I, Cap. I, ponto 1.4. e texto correspondente à nota 313.

²²³ Neste ponto, autores como NAGLER propõem como fundamentação para a punição dos participantes nos crimes específicos a existência de um “dever de obediência secundário” que incidia sobre estes. Cf. a este propósito, ROXIN, *op. cit.*, página 387.

²²⁴ Cf., *infra*, Parte II, Cap. VI, ponto 6.1.

²²⁵ ANTÔNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 468 e 469 nota 811.

²²⁶ Para uma repercussão da tese do ilícito especial na construção dos delitos de relação-pessoal, afirmando que à conduta do *intra-neus* e do *extra-neus* subjaz a violação da mesma norma de determinação, cf., *infra*, Parte II, Cap. VI, ponto 6.2.2.

Tal posição assemelha-se, sem, contudo, se identificar com a posição proposta por LANGER. Partindo de uma conceção que assimila o crime específico à violação de um dever geral, isto é, enquanto expressão de um ilícito especial, a conceção proposta por LANGER assenta em dois momentos distintos, o primeiro de cariz “material” e o segundo de natureza eminentemente “formal”. No primeiro dos aludidos momentos exprime-se o “desvalor especial” à luz dos parâmetros ético-sociais vigentes, ao passo que o segundo momento constitui o reflexo daquele “desvalor” no plano do direito positivo, traduzindo-se numa “variação/relativização do grau de premência da norma jurídica” quanto às condutas dos *intranei* ²²⁷.

Quanto ao primeiro dos momentos a que se fez referência, o A. começa por referir como pressuposto fáctico de todos os delitos específicos a circunstância do bem jurídico se encontrar no “especial domínio de influência social” de uma classe de *intraneus* e, portanto, numa posição de fácil acesso à respetiva lesão ²²⁸. Tratando tal proximidade como um mero “pressuposto fáctico”, LANGER estabelece como fundamento dos delitos específicos o facto da comunidade jurídica investir determinadas pessoas numa “relação especial” com certos bens o que, segundo o A., implica conferir-lhes uma “tarefa de proteção” ou um “poder de disposição” sobre os mesmos que justifica uma “agravação” ou “atenuação” do desvalor objetivo da conduta do *intraneus*. Importante referir que, na formulação do A., a relação especial assume uma natureza ambivalente, integrando, numa fórmula sintética, uma “dção em confiança” ou “entrega” do bem jurídico a um concreto círculo de agentes, radicando na referida “dção” ou “entrega” o fundamento da aludida “agravação” ou “atenuação” enquanto expressão do “desvalor especial” conferido à conduta ²²⁹.

No referido “desvalor especial” radica a operacionalização do segundo momento (=momento de natureza formal), condicionando assim o “grau de premência da norma subjacente às infrações em análise”. À referida “dção em confiança” ou “entrega” do bem jurídico associa-se o binómio “delitos-de-dever-especial”/“delitos-de-direito-especial” que, segundo o autor, esgotam o espectro dos crimes específicos.

²²⁷ ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 493.

²²⁸ Posição semelhante, mas que não se confunde com a doutrina de LANGER, é a posição de WELZEL que refere, a este propósito, que o autor, nos delitos específicos, se encontra numa “posição especial de dever” situando-a junto ao domínio do facto. Reafirma WELZEL que se tratam de casos que traduzem um domínio do facto social. Ver a este propósito, ROXIN, *op. cit.*, página 417.

²²⁹ ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 494.

À tese de LANGER opõem-se duas razões de fundo que justificam a sua rejeição. Em primeiro lugar, vincula o ilícito de todos os delitos específicos a uma “casta” de *intranei*, atribuindo-lhe um cariz “individual-subjetivo” que se revela incompatível com o paradigma de um direito penal do “facto” ancorado na proteção de bens jurídicos. Em segundo, assenta o fundamento de todos os delitos específicos no “pressuposto fático” de singular “proximidade” entre *intraneus* e o bem jurídico. Quanto a este último ponto, nem a referida “proximidade” assume a natureza de “pressuposto fático” dos delitos específicos, mas sim fundamento material da sua consagração, nem os delitos específicos se esgotam na aludida “proximidade”, como melhor veremos após a introdução da distinção entre delitos de posição e delitos de relação-pessoal ²³⁰.

Capítulo 5 – A autoria nos crimes específicos

5.1. A doutrina alemã e a questão dos crimes específicos

As doutrinas dominantes na literatura alemã surgiram como resposta ao direito positivo alemão. No Código Penal Alemão, a norma reguladora dos crimes específicos próprios encontra-se no parágrafo 28 do StGB, no seu ponto primeiro, no qual se pretende dar resposta aos casos de crimes específicos próprios em que falte ao participante (instigador ou cúmplice) “caraterísticas pessoais fundamentadoras da punibilidade” do autor, determinando o legislador a punição do participante pelo crime especial com sujeição a uma atenuação prevista no parágrafo 49. No mesmo parágrafo 28, no seu ponto segundo, o legislador alemão determina que sempre que as caraterísticas pessoais forem de molde a agravar, atenuar ou excluir a pena, tal valerá apenas para o comparticipante (autor ou participante) nelas investido, estabelecendo assim um regime de incomunicabilidade nos crimes específicos impróprios.

O alcance do que se deve entender por “caraterísticas pessoais”, referidas no parágrafo 28, pressupõe um contraponto com o parágrafo 29 do StGB, cujo preceito determina que cada comparticipante deve ser punido segundo a sua culpa, sem atender ao grau de censurabilidade dos outros intervenientes no processo delituoso.

Do confronto entre os dois preceitos resulta, para a opinião maioritária, que o regime do parágrafo 29 diz respeito às circunstâncias que fundamentam, agravam ou atenuam a

²³⁰ ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 494 e 495.

culpa e se encontrem plasmadas na “parte geral” e no regime do parágrafo 28 incluem-se as características pessoais que fundamentam, agravam ou atenuam a culpa previstas nos tipos legais da parte especial, bem como as causas de exclusão pessoais de exclusão ou dispensa da pena e as características pessoais que fundamentem ou modifiquem o ilícito²³¹.

Importa salientar que o parágrafo 28 não responde às situações em que existe uma comparticipação num crime específico próprio no qual se associa um participante *intraneus* e um agente imediato *extraneus*, integrando antes no seu escopo as situações inversas. Isto é, as situações em que o agente imediato detém as características pessoais (*intraneus*) mas as mesmas faltam ao participante *extraneus*²³². Por isso mesmo, para as situações em que existe uma associação de um participante *intraneus* e um executor *extraneus*, resultaria do direito positivo alemão a aplicação dos parágrafos 26 e 27 do Código Penal, disposições que prescrevem a necessidade de existência de um facto típico e ilícito do autor principal para que daí se faça derivar a punição do participante. Ora, sempre que estivéssemos perante um crime específico próprio, em que a qualidade pessoal fundamenta a ilicitude, não poderíamos afirmar, em primeira linha, que a conduta do executor *extraneus* atingia o patamar da tipicidade, o que resultaria numa lacuna de punibilidade. Dito de outro modo, como o agente imediato *extraneus* nunca chegaria a executar a ação típica, por falta da qualidade exigida na norma, nunca poderia punir-se o participante *intraneus* por via do princípio da “acessoriedade”, situação que era vista pela doutrina maioritária alemã como uma inadmissível lacuna de punibilidade carente de solução por via doutrinária.

A primeira das vias para solucionar a lacuna referida foi introduzida por GALLAS através da teoria do “instrumento doloso não qualificado”. A construção de GALLAS parte da ideia de que a posição dominante no ilícito reside no participante *intraneus* pois este, apesar de não deter o domínio do facto, condiciona a existência de um facto penalmente relevante por parte do agente imediato *extraneus*. Segundo esta conceção, é o participante *intraneus* que permite ao agente imediato *extraneus* a prática de uma ação relevante, impondo-se, assim, a punição daquele como agente mediato, mesmo que a sua conduta consubstancie, do ponto de vista material, uma mera participação²³³.

²³¹ ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 471 nota 815.

²³² HENRIQUE SALINAS MONTEIRO, *op. cit.*, página 167.

²³³ HENRIQUE SALINAS MONTEIRO, *op. cit.*, página 169. Para uma referência à doutrina de autoria de GALLAS, cf. *supra*, Parte I, Cap. I, ponto 1.4.

Na doutrina alemã defensora da punição do participante *intraneus* nos casos de comparticipação com um agente imediato *extraneus* destacam-se as teorias de WELZEL e JESCHEK. WELZEL fundamenta a solução com recurso ao conceito de “domínio social do facto”, sugerindo a punição do executor imediato como participante, ao passo que JESCHEK faz apelo a um domínio do facto no sentido normativo-psicológico, justificando assim a punição do *intraneus* como autor mediato ²³⁴.

As críticas às doutrinas ora expostas, nomeadamente à doutrina do “instrumento doloso não qualificado”, surgiram de autores como ROXIN, STRANTENWETH e SCHOROEDER. Para ROXIN não se pode afirmar que o participante *intraneus* conserva o “domínio do facto”, uma vez que o agente imediato detém inteiramente o poder de decidir sobre a execução, sem que se encontre submetido a qualquer pressão psicológica por parte do *intraneus*.²³⁵ Para STRANTENWETH a conduta do *extraneus* que executa um facto associado a um participante *intraneus* deve ser vista como uma forma mista de comparticipação, não punível em virtude do princípio da legalidade, por não estar prevista na lei ²³⁶. Também SCHROEDER não aceita a punição do participante *intraneus* como autor mediato com base na doutrina do “instrumento doloso não qualificado”. Considera este penalista que a única via para evitar a impunidade, se não se quiser prescindir de uma base uniforme na construção da autoria mediata, é a elaboração de normas de normas especiais que permitam a punição da participação em ações principais nos quais falte a qualidade especial típica fundamentadora da pena ²³⁷.

5.2. A doutrina dos delitos-de-dever: alusão ao carácter “pessoalíssimo” do dever no âmbito da doutrina de Roxin

A doutrina dos delitos-de-dever, como já tivemos oportunidade de observar em fases anteriores do nosso estudo, implica a consagração de um novo critério de autoria por parte de ROXIN, cuja formulação pressupõe o abandono do critério de autoria assente no domínio-do-facto e a assunção da violação de um dever especial como princípio fundamento da doutrina da autoria.

²³⁴ HENRIQUE SALINAS MONTEIRO, *op. cit.*, página 170.

²³⁵ Para uma abordagem da noção de autoria em ROXIN, cf., *supra*, Parte I, Cap. I, ponto 1.4. e texto correspondente à nota 313.

²³⁶ HENRIQUE SALINAS MONTEIRO, *op. cit.*, página 170.

²³⁷ HENRIQUE SALINAS MONTEIRO, *op. cit.*, página 171.

Numa primeira fase da sua obra, ROXIN defende que as referidas “caraterísticas pessoais” não implicam a atribuição de um diferente desvalor objetivo das condutas dos *intraneus* por confronto com a conduta dos *extraneus*, afirmando que se trata apenas de uma delimitação “formal” do âmbito da incriminação. Tratando-se de situações de escassa incidência, no que diz respeito à prática de tais delitos pelos *extraneus*, a versão inicial da construção do A, permanece fiel ao critério do domínio-do-facto nestes delitos como critério unitário da autoria. Neste sentido, ROXIN, afastando-se das soluções assentes no “domínio-social-do-facto” e no “domínio-psicológico-normativo-do-facto” já aludidas, defende a impunidade nos casos de em que está em causa um crime específico próprio no qual o homem-de-trás se apresenta como *intraneus* e o executor *extraneus* atua de modo consciente e livre – retirando, desse forma, ao *intraneus* o domínio-do-facto. A posição de ROXIN, contrária à solução proposta por Autores como WELZEL e JESCHEK, assenta numa ideia de desnecessidade de pena justificada em função da raridade de situações em que um *extraneus* se associa a uma participante *intraneus* com vista à prática de um crime específico próprio ²³⁸.

Numa segunda fase da obra de ROXIN observa-se diferente tratamento para os delitos específicos. O A. desdobra os delitos-de-dever em “simples delitos-de-dever” e “delitos-de-dever propriamente ditos”, justificando a distinção proposta na natureza do dever violado.

Os “simples delitos-de-dever” integram as situações em que as “caraterísticas pessoais” descritas na norma não implicam a atribuição de um diferente desvalor objetivo das condutas dos *intraneus* por confronto com a conduta dos *extraneus*, radicando o cerne do delito na violação de um dever de natureza penal, cuja punição submete às regras de comparticipação aplicáveis aos “delitos-de-dever propriamente ditos” ²³⁹.

²³⁸ ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 473.

²³⁹ A conceção de ROXIN dos delitos-de-dever veio a assistir a uma progressiva diminuição de amplitude face à versão originária. A certo ponto da sua obra, o A. deixou de incluir os crimes negligentes nos delitos de dever, com o fundamento de que o dever de cuidado inerente a este tipo de delitos assume uma natureza eminentemente “penal” com eficácia *erga omnes*. Porém, ROXIN manteve na esfera dos delitos-de-dever as chamadas omissões impuras, cujo estrutura implica a existência de um particular dever (“dever de garante”) de origem extrapenal. Ver neste sentido, ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 466, nota 808. Ora, quanto aos crimes negligentes, não restam dúvidas de que os critérios, as fontes e os princípios concretizadores do dever de cuidado apenas adquirem significado para o Direito Penal se perspectivados no sentido de proteção de bens jurídico-penais, pelo que o dever em questão sempre terá de qualificar-se como um dever de natureza penal oponível *erga omnes*. Cf. neste sentido SÓNIA FIDALGO, *A violação do dever objetivo de cuidado como essência do ilícito típico negligente*, em *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*, Vol. I, 2017, páginas 598 e seguintes. Quanto às omissões impuras, as mesmas implicam, como bem nota DAMIÃO DA CUNHA, a existência de um dever que se caracteriza pela pessoalidade e pela juridicidade, ao contrário da natureza extrapenal afirmada por ROXIN. No que toca à juridicidade, afirma o autor que “a juridicidade do dever corresponde, no fundo, à concretização, no âmbito do dever, do

Os “delitos-de-dever propriamente ditos”, figura paradigmática da dogmática de ROXIN, assentam na violação de um dever extrapenal que se apresenta como prévio à própria norma incriminadora ²⁴⁰. O cerne da infração reconduz-se à violação de um dever extrapenal. Com efeito, verifica-se uma restrição da autoria aos *intranei* e a recondução da atuação dos *extranei* para esfera da participação com a aplicação a estes da atenuação prevista no parágrafo 28 ponto primeiro do Código Penal Alemão ²⁴¹. Para ROXIN, a restrição da autoria aos *intranei* constitui, em primeira linha, mera decorrência do “teor literal” dos preceitos incriminadores, isto é, uma derivação do próprio princípio da legalidade.

Como se afirmou nos capítulos precedentes ²⁴², para ROXIN autor nos delitos especiais apenas poderá ser o agente que se encontra vinculado ao dever especial extrapenal. Como tal, torna-se irrelevante averiguar se o agente possui ou não o controlo sobre a prática da infração (=domínio do “se” e do “como”)²⁴³. No contexto da doutrina em apreço, a consideração do *intraneus* como autor cinge-se, bem vistas as coisas, à verificação de um contributo causal (definido nos termos da teoria da “condição conforme às leis naturais”) do *intraneus* para a verificação do delito. Em suma, condutas que na órbita dos delitos-de-domínio configurariam meros atos de instigação ou cumplicidade, ou até mesmo simples atos preparatórios, integram, no âmbito dos delitos-de-dever, expressões de autoria, sempre que realizadas por um *intraneus* ²⁴⁴.

Bem vistas as coisas, a doutrina em apreço, erigindo como núcleo da autoria o simples contributo causal por parte do *intraneus*, implica a eliminação da tradicional autonomia entre “comissão por ação” e “comissão por omissão” ²⁴⁵. Como bem nota ALMEIDA COSTA, “se o cerne do delito se esgota na desobediência a um dever extrapenal de tutela de um bem jurídico – com indiferença para a questão de saber se o agente detém (ou não)

pensamento fundamental de que o Direito Penal, tal como nos crimes comissivos por ação não deve tutelar bens jurídicos “morais”, também não pode impor deveres “morais” (imponham eles uma conduta positiva, ou uma conduta negativa)”. Neste sentido, DAMIÃO CUNHA, *Algumas reflexões críticas sobre a omissão imprópria no sistema penal português*, em *Liber Discipulorum J. Figueiredo Dias*, cit., páginas 499 e seguintes.

²⁴⁰ ROXIN, *op. cit.*, página 387.

²⁴¹ Ver ROXIN, *op. cit.*, página 388, ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 476, HENRIQUE SALINAS MONTEIRO, *op. cit.*, página 172 e 173.

²⁴² Cf, *supra*, Parte I, Cap. I, ponto 1.4.

²⁴³ ROXIN, *op. cit.*, página 388 e ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 478. Ver quanto a este ponto também SUSANA AIRES DE SOUSA, *Questões Fundamentais de Direito Penal da Empresa*, 2.^a Edição, Coimbra, Almedina, 2023, páginas 70 e seguintes.

²⁴⁴ ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 478.

²⁴⁵ ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 478. Em sentido que nos parece coincidente, afirmando que a distinção entre ação e omissão perde a sua importância no âmbito dos delitos de dever, CLAUS ROXIN, *La teoría del Delito en la discusión actual*, Tomo I, Grijley Editora, página 311.

o controlo do processo causal tendente à respetiva lesão –, parece que, em face de uma situação de perigo, a mera passividade, *i.e.*, o puro *non facere* corporiza já o incumprimento de tal dever e, nessa medida, preenche o núcleo do ilícito“²⁴⁶. ROXIN, ilustrando a apontada diluição entre “comissão por ação” e “comissão por omissão”, refere que na relação advogado/cliente é indiferente, do ponto de vista dogmático, que o advogado realize ações que se revelem prejudiciais aos interesses que lhe incumbe zelar ou, pelo contrário, omita as medidas necessárias à prossecução dos referidos interesses²⁴⁷.

Analizada a situação do prisma da comissão por ação, já se disse que ROXIN reconduz os delitos-de-dever à realização – pelo agente que satisfaça as características enunciadas na norma, isto é, que deva configurar-se como *intraneus* – de uma simples “condição” do resultado, nos moldes da teoria da “condição conforme às leis naturais”. Desta forma, nos delitos-de-dever deixa de importar a aparência exterior da conduta, relevando apenas para a afirmação da autoria o incumprimento do dever extrapenal provenientes do papel social que vincula o *intraneus*²⁴⁸.

Pode afirmar-se que os delitos de dever regulam âmbitos jurídicos da vida já plenamente constituídos e prévios à própria norma incriminadora. – como sejam as relações do administrador do património com o administrado, do advogado com o seu cliente ou do funcionário com os deveres que lhe incumbem perante o Estado. Como tal, não se pode falar, a este respeito, da existência de um dever geral de respeito protegido, ao contrário do que sucede na órbita dos delitos-de-domínio.

A doutrina dos delitos-de-dever implica uma modificação do recorte das figuras da autoria mediata e da co-autoria tal como estabelecida por ROXIN para os delitos-de-domínio.

No plano da co-autoria, ROXIN não exige que os participantes detenham o chamado “domínio funcional do facto”, ao contrário do que sucede com os delitos-de-domínio, admitindo a punição como co-autor do *intraneus* que atua na fase preparatória do delito²⁴⁹. A título de exemplo, refere o A. o delito de administração desleal do StGB, no qual um dos agentes se limita a atuar na fase preparatória do delito ou a favorecer o plano levado a cabo por outro *intraneus*. Neste caso, ambos os agentes devem ser

²⁴⁶ ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 478.

²⁴⁷ CLAUS ROXIN, *La teoría del Delito en la discusión actual*, Tomo I, Grijley Editora, página 311.

²⁴⁸ CLAUS ROXIN, *La teoría del Delito en la discusión actual*, Tomo I, Grijley Editora, página 310.

²⁴⁹ CLAUS ROXIN, *Autoría y Dominio Del Hecho En Derecho Penal*, 7.ª edición, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas Y Sociales, 1999, página 389. Cf. *supra*, Parte I, Cap. I, ponto 1.4.

considerados co-autores do delito em causa, pois que também o agente que atua na fase preparatória ou que se limita a auxiliar se encontra vinculado ao “dever de salvaguardar interesses patrimoniais alheios”, circunstância que permite afirmar a co-autoria não obstante a inexistência, por parte de um dos comparticipantes, do “domínio funcional do facto”. Trata-se de uma solução que pretende, na ótica de ROXIN, obstar aos inconvenientes da distinta punição dos agentes *intraneus* consoante detivessem ou não o domínio do facto, bem como as dificuldades de punição no caso do agente com o domínio do facto não se apresentar como detentor do dever extrapenal ²⁵⁰.

Resulta do exposto que autoria e participação nos delitos-de-dever se distinguem pelo critério do agente ser ou não titular do dever extrapenal descrito no tipo. A co-autoria, segundo a doutrina em apreço, extrai-se simplesmente do facto de ambos os agentes se encontrarem vinculados ao mesmo dever comum ²⁵¹.

Tal asserção, bem vistas as coisas, importa uma redução do âmbito da co-autoria, restringindo-a aos casos de violação do mesmo dever extrapenal; isto é, sempre que se verifica o incumprimento de diferentes deveres autónomos a questão deverá ser enquadrada na figura das “autorias paralelas” ²⁵². Como bem nota ALMEIDA COSTA, a co-autoria, na perspetiva defendida por ROXIN, reconduz-se à verificação de três pressupostos cumulativos, a saber, (i) o acordo ou plano comum por parte dos agentes; (ii) a vinculação a um mesmo dever extrapenal; e (iii) a verificação de um contributo causal-naturalístico (aferido nos termos da teoria da “condição conforme às leis naturais”) ²⁵³.

No plano da autoria mediata, ROXIN retrata o figurino através do exemplo de um administrador que pretende apoderar-se de uma coisa móvel confiada à sua administração e que, para tal, recorre a um terceiro *extraneus* que executa o plano tal como configurado. No exemplo transcrito, o A. parte da assunção de que o *extraneus* que executa as condutas descritas no tipo incriminador de administração desleal não pode assumir-se como autor, pois que não se encontra vinculado ao dever jurídico-civil de administração de património alheio, e, portanto, somente o administrador *intraneus* pode levar a cabo atos de autoria, não obstante, no caso em apreço, não possuir o domínio do facto da infração ²⁵⁴.

²⁵⁰ CLAUS ROXIN, *Autoría y Dominio Del Hecho En Derecho Penal*, 7.ª edición, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas Y Sociales, 1999, página 389.

²⁵¹ CLAUS ROXIN, *op. cit.*, página 391 e ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 481.

²⁵² ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 481. A este propósito, refere ROXIN

²⁵³ ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 481.

²⁵⁴ CLAUS ROXIN, *Autoría y Dominio Del Hecho En Derecho Penal*, 7.ª edición, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas Y Sociales, 1999, página 394.

ROXIN contrapõe as situações em que se verifica a autoria mediata nos delitos-de-domínio – expressas no domínio do facto em virtude de coação, erro ou a presença de aparelhos organizados de poder – das hipóteses de autoria mediata na órbita dos delitos-de-dever. Na autoria mediata, bastará, para a qualificação do agente como autor, que o indivíduo vinculado à relação de dever remeta a execução do delito a um *extraneus*. A conceção em apreço resulta, em primeira linha, da interpretação do próprio teor dos tipos incriminadores, concluindo ROXIN que o legislador não pretendeu deixar impune as situações em que um *intraneus* sem o domínio do facto se socorre de um *extraneus* com o domínio do facto para a realização de um crime específico.

Da doutrina dos delitos-de-dever no âmbito da autoria mediata resulta, como já viemos afirmando, que a atuação do *extraneus* sempre haverá de reconduzir-se à participação. Não obstante, nos delitos impróprios, defende o Autor que nada impedirá a aplicação ao *extraneus* da pena correspondente ao crime comum, com fundamento em razões de merecimento de pena, ao invés da aplicação da pena correspondente ao crime específico a título de participação ²⁵⁵.

Do exposto resulta que a distinção entre co-autoria e autoria mediata apenas deriva das características dos participantes que realizem materialmente o delito. Isto é, a qualificação como autor mediato ou como co-autor depende da circunstância do agente *intraneus* se associar a outro *intraneus* ou, ao invés, a um *extraneus* ²⁵⁶. Em resumo, a doutrina de ROXIN assimila os delitos específicos a um dever de natureza “pessoalíssima” cuja consagração implica a restrição da autoria aos *intraneus*,

Concluindo, o caráter individual-subjetivo conferido aos deveres assinalados reflete uma especial relação de confiança que impende sobre o *intraneus*, da qual derivam exigências acrescidas, isto é, um especial dever de tutela quanto a certos bens jurídicos. Trata-se, em suma, de uma doutrina que identifica os bens jurídicos subjacentes aos crimes em apreço com o “papel social” ou “função” assumida na sua “vertente interna”, esgotado na relação-de-fidelidade que liga o *intraneus* à função. É este o prisma que, entenda-se, justifica a restrição da autoria aos *intraneus* e a recondução da atuação do *extraneus* para a esfera da participação ²⁵⁷.

²⁵⁵ CLAUS ROXIN, *Autoría y Dominio Del Hecho En Derecho Penal*, 7.ª edición, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas Y Sociales, 1999, página 394 e seguintes.

²⁵⁶ ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 482.

²⁵⁷ ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 487.

Capítulo 6 – A comunicabilidade das circunstâncias no Código Penal Português – posição adotada

6.1. Considerações gerais acerca dos crimes específicos no contexto do direito penal do “facto” e crítica à doutrina de Roxin

A posição adotada no presente estudo parte do pressuposto inicial de que todo o ilícito penal comporta em si a ofensa a um dever geral de respeito, oponível *erga omnes*. Com efeito, distancia-se da estrutura “pessoalíssima” avançada por ROXIN a propósito dos delitos-de-dever ²⁵⁸. Adiante-se que não se vislumbram, de princípio, obstáculos à consideração dos *extranei* como autores dos delitos específicos. A punição do *extraneus* dependerá, ao invés do que sustenta parte da doutrina alemã, de considerações materiais (de índole axiológica e/ou preventiva) quanto ao delito específico em causa.

Dito isto, as infrações incluídas nos delitos específicos, perspectivadas sob a ótica do direito penal do facto, apenas podem assumir um de dois sentidos: numa primeira vertente, integram-se os delitos que se limitam a definir uma particular “posição fática” que favorece ou condiciona a prática do crime ; numa segunda vertente, emergem os delitos específicos que condensam a atribuição de um diferente desvalor objetivo à violação do dever geral de respeito inerente ao bem jurídico, consoante o agente se apresente como *intraneus* ou *extraneus* ²⁵⁹. Somente os sentidos apontados permitem a compatibilização da doutrina dos delitos específicos com o direito penal do “facto”.

A conceção de ROXIN, tal como exposta nos capítulos precedentes, pressupõe a eleição de um conjunto de deveres “ontologicamente” ligados a um mais ou menos limitado círculo social, o que redundaria, bem vistas as coisas, na definição de uma verdadeira “moral de casta” (dos funcionários, dos juizes ou dos médicos) inacessível aos *extranei* a título de autoria ²⁶⁰. Neste sentido, vislumbra-se, do ponto de vista da conceção subjacente à proposta avançada por ROXIN, uma certa afinidade com uma lógica de reificação de uma qualquer tipologia de agente, estruturalmente alinhada como o que se poderá apelidar de

²⁵⁸ A crítica que se segue toma em linha de conta essencialmente os “delitos-de-dever propriamente ditos”, dada a centralidade dos mesmos na doutrina de ROXIN. Apontando os “simples delitos-de-dever” como uma “anomalia do discurso de ROXIN” introduzidos com o fito de suprir uma lacuna de punição indesejável, cf. ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 475.

²⁵⁹ ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 492.

²⁶⁰ ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 487.

“Direito Penal do Inimigo”²⁶¹⁻²⁶². Dito de outro modo, pode ler-se na vertente individual-subjetiva proposta a consideração do *intraneus* como portador de um singular “papel social” ou “função”, expressão de uma “relação-de-confiança” de natureza “pessoalíssima” interdita a qualquer *extraneus*²⁶³.

No quadro de um direito penal do “facto” de tutela de bens jurídicos, o significado dispensado aos conceitos de “papel social” ou “função” a que alude ROXIN deverá ser o de simples “dispositivos” ou “instrumentos” que servem a realização de bens jurídicos²⁶⁴. O que equivale a afirmar a sua integração como verdadeiros “bens meios” cuja tutela se justifica porque constituem instrumentos estabelecidos para a satisfação de outros

²⁶¹ PEDRO JACOB MORAIS, *Em torno do direito penal do inimigo*, Coimbra, Gestlegal, 2020, página 362. Ver também JOSÉ DE SOUSA BRITO, *Textos de direito penal, Tomo I*. Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1999, página 151. Para uma visão do “Direito Penal do Inimigo”, cf. ainda GUNTHER JAKOBS/MANUEL CANCIO MELIÁ, *Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas*, 2.^a edição, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2007, páginas 36 e seguintes, bem como GUNTHER JAKOBS, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, Madrid, Civitas Ediciones, 2003 página 57. Referenciando o contraponto entre direito penal do “facto” e direito penal do autor, apontando este último como fundamento para a progressiva diluição das categorias dogmáticas atos preparatórios/tentativa e participação/autoria, cf. GUNTHER JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Derecho Penal de enemigo*, Madrid, Civitas Ediciones, 2003 página 100 e 101.

²⁶² Quanto à reificação de uma certa tipologia de agente, avança JOSÉ DE FARIA COSTA, a propósito da criminalização do enriquecimento ilícito, com a categoria do “direito penal conformador de *status*”. A par com o “direito penal do autor”, trata-se de uma forma de desvio autoritária ao “direito penal do facto”. No que toca ao referido “direito penal conformador de *status*”, categoria na qual se integra a tipificação do chamado “enriquecimento ilícito”, pode ler-se que “a dimensão estamental não mais aparece – ao contrário do verificado na origem histórica dos estamentos – ligada a uma qualquer razão de ordem moral, senão se baseia agora em uma nítida, mas não oficialmente declarada, razão de ordem económica, segundo a qual o “modo -de-estar” daquela “casta” ou “camada” social que carrega a qualidade de “estar-rico” constitui o alvo do combate do legislador”. Ver neste sentido, JOSÉ DE FARIA COSTA, *Direito Penal e Liberdade*, Lisboa, Âncora Editora, 2020, página 57 e 58. Na jurisprudência, pronunciando-se em sede de fiscalização preventiva no sentido da inconstitucionalidade do crime de enriquecimento ilícito com fundamento na violação do princípio da legalidade (artigo 29.º n.º 1 da CRP), cf. Acórdão do TC n.º 377/2015, n.º do processo n.º 658/2015, relatado por MARIA LÚCIA AMARAL. Na doutrina, pronunciando-se a favor da criminalização do enriquecimento ilícito, cf. HELENA SUZANO, *Da criminalização do Enriquecimento Ilícito dentro dos limites da CRP em Julgar online*, 2013, página 4 e 5. No que à problemática da identificação da esfera de destinatários da norma incriminadora do enriquecimento ilícito diz respeito, sugere a A. que se alargue a punição a quem possua uma relação familiar, de afinidade ou próxima, sempre que os agentes *intranei* se sirvam dessas pessoas para ocultar o património objeto da incriminação. Ora, tal sugestão afigura-se, em nosso ver, redundante, pois que a norma do artigo 28.º sempre permitiria a punição de qualquer participante por via da comunicabilidade das circunstâncias.

²⁶³ ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 487.

²⁶⁴ Quanto à noção de bem jurídico, FIGUEIREDO DIAS parte para a definição do mesmo como “expressão de um interesse na manutenção ou integridade de um certo estado, objeto ou bem”. Cf. neste sentido, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, página 114. ROXIN acrescenta, quanto à definição do substrato desse interesse, que o mesmo deverá reportar-se às “condições ou finalidade necessárias ao livre desenvolvimento do indivíduo, à realização dos seus direitos fundamentais e ao funcionamento de um sistema estatal construído em torno dessa finalidade”. Ver CLAUS ROXIN, *O conceito de Bem Jurídico como padrão crítico da norma penal posto à prova*, em *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 23, n.º1, 2013, página 12.

“bens-fins” e, portanto, na “veste de “suporte institucional” da realização de importantes desígnios comunitários”²⁶⁵.

Ao Direito Penal reserva-se a tarefa de proteção dos bens jurídico-criminais, conjunto de valores que se apresentam como condições para a organização da vida em sociedade e livre desenvolvimento da pessoa. No seu seio protege-se a vida, integridade física, saúde, liberdade e propriedade, assumindo o legislador penal como referência a ordem axiológico-constitucional dos bens jurídicos²⁶⁶. A sua proteção leva implicada a afirmação de um dever geral de respeito que se dirige, em abstrato, a toda a coletividade – isto é, não obstante, em certos casos, o próprio desenho do tipo restringir o círculo de

²⁶⁵ ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 487. A propósito da noção de “bens meios” e “bens fins” aplicada às infrações laborais, afirma ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA que o sistema ou organização legal do trabalho suplementar integra não um fim em si mas um simples “fim-meio”, cujo significado se esgota no estabelecimento de uma proteção mediata”. Cf. neste sentido ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *A propósito do novo Código do Trabalho: bem jurídico e pluralidade de infrações no âmbito das contra-ordenações relativas ao “trabalho suplementar em Liber Discipulorum*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, página 1058 e seguintes. Referenciando a noção de bens-meio ou bens-instrumentais em reflexões em torno do crime de corrupção, cf. ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *Sobre o crime de corrupção*, em *Separata do número especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra – “Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia”*, 1987, páginas 90 e seguintes. Para uma crítica à noção de bens jurídicos coletivos como bens-meio ou bens-instrumentais, cf. NUNO BRANDÃO, *Corrupção: a questão da consumação material e as suas consequências*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2021, página 180 bem como NUNO BRANDÃO, *Bens jurídicos coletivos e intervenção penal cumulativa*, RPCC, 2015, página 63, nota 185.

²⁶⁶ Ver ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *Sobre o crime de corrupção*, em *Separata do número especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra – “Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia”*, 1987, página 90. Identificando os bens jurídico-penais com os bens constitucionalmente consagrados, mais concretamente com os direitos, liberdades e garantias, cf. PAULO FERREIRA DA CUNHA, *Ultima Ratio: Uma (Re)Visão Filosófico-Constitucional da Ciência do Direito Penal em Direito Penal : Fundamentos Dogmáticos e Político-Criminais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, páginas 165 e seguintes. Em sentido convergente, identificando “o problema da legitimação material da atividade penal com o regime constitucional especificamente previsto para a limitação dos direitos, liberdade e garantias fundamentais dos cidadãos”, cf. NUNO BRANDÃO, *Bem Jurídico e Direitos Fundamentais: Entre a Obrigação Estadual de Proteção e a Proibição de Excesso*, em *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade, Vol. I*, 2017, página 240. No mesmo sentido, afirmando a relação de “analogia substancial” entre o bem jurídico-penal e a ordenação axiológica constitucional, cf. MARIA DA CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, *“Constituição e Crime” – Uma perspetiva da criminalização e descriminalização*, Porto, Universidade Católica Portuguesa, 1995, página 197, bem como JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Parte Geral, Tomo I*, 3.^a edição, Coimbra, Gestlegal, 2019, página 136 a 138. Em sentido divergente, considerando como “manifestamente errada” a ideia de que só é legítima a incriminação de comportamentos lesivos de bens jurídicos com relevo constitucional, cf. JOSÉ FARIA COSTA, *O Perigo em Direito Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, página 198 e 199. Quanto a esta última posição pode ler-se que a identificação dos bens jurídico-penais com os bens jurídicos com relevo constitucional implicaria “atribuir, sem fundamento, não só uma natureza estática aos bens jurídicos, como também considerar a Constituição como o seu “catálogo” mais representativo ou mesmo único”. Enquadrando a controvérsia em torno do eixo constituição material/constituição formal, cf. JOÃO CARLOS LOUREIRO, *A tentação de Midas: panconstitucionalismo(s), idolatria(s) e realização do direito*, em *Juízo ou decisão? O problema da realização jurisdicional do direito*, Coimbra, 2016, página 101 a 103. Defende o Autor que, reconhecida a essencialidade de um determinado bem jurídico em termos de consciência jurídica, “há uma constitucionalização, ainda que, até à revisão ou a uma nova lei fundamental, só material”, concluindo que a ausência de previsão específica não implica o não reconhecimento como um bem constitucional. Para um resumo da divergência exposta cf., na jurisprudência, a propósito da criminalização do crime de maus tratos a animais de companhia, o Acórdão do TC n.º 70/2024.

destinatários da norma, a circunscrição revela apenas, como bem nota ALMEIDA COSTA, “a demarcação de um conteúdo objetivo de antinormatividade punível, *i.e.*, de um *ilícito-típico*, que deixa intocada a natureza intrínseca do “dever” (geral) que subjaz à infração e, de toda a maneira, não permite a respetiva assunção nos termos *individuais-subjetivos* característicos da literatura alemã dominante e da construção de ROXIN”²⁶⁷.

É, pois, consabido que o Direito Penal assume uma função de tutela subsidiária de bens jurídicos, reflexo imediato da potencialidade lesiva que a sua intervenção acarreta na esfera dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos. Como tal, a afirmação de um leque de condutas – ativas e omissivas – jurídico-penalmente relevantes implica a existência de um bem jurídico com especial relevo na vida comunitária, aspeto incompatível com a conceção individual-subjetiva dos delitos-de-dever proposta por ROXIN. É precisamente na relevância comunitária assumida pelo bem jurídico, com o inerente dever geral de respeito que lhe subjaz, que reside a legitimidade positiva da intervenção penal, no sentido de legitimação penal pelo bem jurídico²⁶⁸. Pode dizer-se mesmo, com FIGUEIREDO DIAS, que somente os bens jurídicos dotados de dignidade penal, isto é, bens jurídicos cuja lesão se revela digna e necessitada de pena, devem assumir a função de legitimação referenciada²⁶⁹. Em sentido inverso, encontra-se vedado ao legislador intervir por via penal sempre que em causa não estejam bens jusfundamentais carentes de tutela penal, sob pena de violar o comando constitucional ínsito no artigo 18.º n.º 2 da C.R.P.²⁷⁰.

²⁶⁷ ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *Ilícito Pessoal, Imputação Objetiva e Comparticipação em Direito Penal*, Tomo I, Coimbra, Almedina, 2014, página 490.

²⁶⁸ NUNO BRANDÃO, *Bem Jurídico e Direitos Fundamentais: Entre a Obrigação Estadual de Proteção e a Proibição de Excesso*, em *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*, Vol. I, 2017, página 242.

²⁶⁹ FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, página 130. Na doutrina, MARIA DA CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, *op. cit.*, páginas 219 e 229, identifica a dignidade penal pela ofensa a um valor com reflexo em princípios ou valores constitucionais. A A. distingue entre dignidade penal e carência de tutela de pena, “pressupondo a primeira um juízo prevalentemente valorativo e a segunda um juízo prevalentemente pragmático”.

²⁷⁰ Não obstante, importa clarificar que não existe uma obrigatoriedade constitucional dirigida ao legislador de optar pela via de tutela penal sempre que em causa esteja a necessidade de proteção de um determinado bem jusfundamental. A Constituição impõe apenas ao legislador a proteção de determinado bem fundamental, sendo, do ponto de vista constitucional, indiferente a opção escolhida. A obrigação de proteção de bens fundamentais concretiza-se numa obrigação de resultado, o que equivale a afirmar a inexistência de uma obrigação constitucional de absoluta de criminalização. Ora, nesse sentido, deverá a estratégia de tutela dos bens em causa pautar-se não apenas por considerações de adequação como também de eficácia prática, assentes na ponderação das concretas variáveis que circundam a opção legislativa. Como bem nota NUNO BRANDÃO, “sempre que está em causa o cumprimento do dever estadual de proteção de bens jurídicos constitucionalmente relevantes, a pluralidade de fatores e interesses a considerar é inevitavelmente vasta, a complexidade das questões a regular é com frequência elevada e os critérios constitucionalmente postulados correspondem necessariamente a linhas de orientação de caráter genérico, deixando em aberto um amplo espaço para a materialização de distintas soluções constitucionalmente admissíveis”. Ver neste sentido, NUNO BRANDÃO, *op. cit.*, página 258. No mesmo sentido, afirmando que

O bem jurídico – expressão de um qualquer conteúdo material e, neste sentido, dotado de um certo substrato – funciona, simultaneamente, como indicador útil do conceito material de crime e como padrão crítico de normas constituídas ou a constituir. Assim entendido, não pode o Direito Penal, nas vestes de “Direito Penal do bem jurídico”²⁷¹, erigir determinados tipos legais como expressões de deveres “estritamente pessoais”, reflexos de uma “relação-de-fidelidade” do *intraneus*; isto é, tipos legais compostos por bens jurídicos aos quais não se encontra subjacente um dever geral de respeito que tem como destinatários todos os membros da coletividade²⁷².

A conceção individual-subjetiva dos delitos específicos proposta por ROXIN, definindo um conjunto de deveres de teor pessoalíssimo, comporta, em si, como já deixamos antever, a afirmação de uma verdadeira moral de “casta”, cujos destinatários seriam apenas os *intranei*, relegando para a esfera da participação qualquer conduta dos *extranei*. Tal conceção apenas se afigura possível por via da afirmação de um dever extrapenal, cujo estrutura assume um teor eminentemente moral e, por isso mesmo, imprestável do ponto de vista jurídico-dogmático.

Não obstante os pontos de contacto entre Direito e Moral, a norma jurídico-penal deverá ter sempre como pano de fundo a ofensa a um valor básico da comunidade, que está para além de uma determinada conceção moral, embora possa, de facto, apresentar pontos de interseção com ela²⁷³. Tratando-se de um valor comunitário o que está na base da norma de incriminação, não se poderá deixar de afirmar uma pretensão geral de respeito oponível *erga omnes*. Como tal, a inacessibilidade *a priori* da autoria aos *extranei*, tal como postula ROXIN, retira a natureza comunitária ao valor subjacente à incriminação, contribuindo assim, paradoxalmente, para a sua deslegitimação social²⁷⁴.

6.2. Novo desdobramento dos delitos específicos: proposta de uma distinção entre “delitos-de-posição” e “delitos-de-relação pessoal”

6.2.1. Os “delitos-de-posição” (com a subespécie dos “delitos-de-função”)

o legislador penal, no momento de proceder à criminalização de uma conduta deverá comparar “vantagens e desvantagens da intervenção penal, de tal modo que se possa afirmar que a criminalização não cria mais custo do que benefícios”, cf. MARIA DA CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, *op. cit.*, página 220.

²⁷¹ FIGUEIREDO DIAS, “O «direito penal do bem jurídico» como princípio jurídico-constitucional implícito”, *RLJ*, n.º 3998, 2016, página 250 e seguintes.

²⁷² ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 491.

²⁷³ MARIA DA CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, *op. cit.*, página 149.

²⁷⁴ Referenciando os pontos de interseção entre a conceção moral dominante e a tarefa do legislador penal, cf. MARIA DA CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, *op. cit.*, páginas 149 e seguintes.

Como foi enunciado ao longo do ponto precedente, a proposta avançada agrupa dogmaticamente os delitos específicos em “delitos-de-posição” e “delitos-de-relação-pessoal”.

Quanto aos “delitos-de-posição”, fundam-se na existência de uma “posição fática” de especial proximidade para com o bem jurídico que condiciona ou favorece a prática do delito. Para estes, a perpetração do crime pelo *intraneus* ou pelo *extraneus* assume, à luz de um direito penal do “facto”, o mesmo sentido objetivo de contrariedade. Com isto se afirma que a integração dos “delitos-de-posição” na categoria de crimes específicos, assente na delimitação de um conjunto de “qualidades” ou “relações” no plano do tipo incriminador, apenas contende com a configuração “objetiva” do *iter criminis*, aspeto que aproxima os crimes em análise da modalidade dos chamados “crimes de execução vinculada”²⁷⁵.

Quanto aos “delitos-de-relação-pessoal”, integram os tipos legais cujas “qualidades” ou “relações” implicam a atribuição de um diferente desvalor objetivo à violação do dever geral de respeito inerente ao bem jurídico, consoante a ação seja levada a cabo por um *intraneus* ou por um *extraneus*. Destes últimos dedicar-nos-emos no ponto seguinte, pelo que, por agora, apenas restará salientar que, à luz de um direito penal do “facto”, a estes sempre haverá de caber um papel residual no seio de um direito penal do facto desligado, regra geral, da “identidade” do agente.

Dito isto, importará, no ponto que ora desenvolvemos, proceder a uma síntese explicativa dos “delitos-de-posição”, explicitando os seus aspetos essenciais, os seus reflexos em matéria de comparticipação, bem como algumas concretizações nos tipos legais da Parte Especial do Código Penal Português. Quanto a este último ensejo, é imperioso esclarecer que a análise aqui efetuada não almeja um tratamento pormenorizado e exaustivo dos concretos tipos legais referenciados como “delitos-de-posição”, contentando-se, antes, com uma breve exposição de alguns tipos legais que melhor expressam a “posição fática” ou “função” que se pretende retratar. Deste modo, a escolha de determinados tipos legais em detrimento de outros será efetuada tendo por critério o teor paradigmático dos delitos enquanto “delitos-de-posição”.

Numa primeira fase de abordagem, cumpre salientar que os “delitos-de-posição” não assentam, ao contrário do defendido ROXIN a propósito dos delitos-de-dever, na pura

²⁷⁵ ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 500.

desobediência a um “dever estritamente pessoal”. Pelo contrário, continuam a identificar-se com a ofensa ou colocação em perigo de bens jurídicos ²⁷⁶. Tal entendimento implica, desde logo, e como já viemos afirmando, o afastamento do dogma da inacessibilidade da autoria aos *extranei*. Dito de outro modo, a referência às “qualidades” ou “relações especiais” pelo legislador não assume uma projeção individual-subjetiva, marca da relação de fidelidade do *intraneus* enquanto expressão de um “dever estritamente pessoal”. A formalização, ao nível do tipo, de um determinado papel ou função assume, ao invés, uma relevância fático-objetiva, revelando-se não como expressão de uma concreta “identidade pessoal do agente” mas sim como materialização do particular *iter criminis*.

Em consonância com o que foi dito, emergem neste particular alguns pontos de contacto com os chamados crimes de execução vinculada, tal como já fora adiantado previamente. Nos crimes de execução vinculada o legislador procede a uma descrição ao nível do tipo legal, como por exemplo sucede no crime de burla, no qual apenas poderá afirmar-se autor quem atuar “por meio de erro ou engano sobre os factos que astuciosamente provocou” ²⁷⁷. Pode afirmar-se, como objecção de uma certa analogia entre “delitos-de-posição” e crimes de “execução vinculada” que estes assentam na descrição dos aspetos peculiares da concreta conduta, ao passo que aqueles assentam na existência de uma determinada ambiência que rodeia a própria conduta – expressa na particular “posição” ou “função” assumida pelo agente. Porém, em ambos os casos, conduta e ambiência surgem como modos de concretização do delito, isto é, particulares manifestações de um modo de executar descritos pelo legislador ao nível do tipo legal. Deste modo, é seguro afirmar que o *modus operandi* revela-se o conceito síntese que engloba no seu seio tanto os crimes de execução vinculada como os “delitos-de-posição”.

Em linha com o que até agora foi avançado, e ao contrário da doutrina proposta por ROXIN, o critério de autoria no âmbito dos delitos-de-posição mantém-se o domínio do facto, não restando razões para o seu abandono em detrimento do critério da titularidade do dever ²⁷⁸. Tal como já desenvolvido na primeira parte da presente exposição ²⁷⁹, a doutrina proposta mantém-se fiel ao domínio-do-facto, nas vestes de domínio-da-não-impossibilidade. O critério da autoria nos “delitos-de-posição” é, pois, o domínio-do-

²⁷⁶ ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 500.

²⁷⁷ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, página 358.

²⁷⁸ Cf., *supra*, Parte II, Cap. V, ponto 5.2.

²⁷⁹ Cf., *supra*, Parte I, Cap. III ponto 3.1.

facto enquanto “domínio-da-posição” – entendido este, nas palavras de ALMEIDA COSTA, como envolvendo o “controlo” da situação de proximidade para com o bem jurídico inerente às aludidas qualidades ou relações, enquanto requisito do desencadeamento do processo executivo descrito na norma ²⁸⁰. Dito isto, a posição adotada afasta-se da titularidade do dever como critério da autoria nos delitos específicos, distanciando-se assim da derivação causalista da doutrina de ROXIN ²⁸¹.

A verificação do “domínio-da-posição” como critério da autoria impõe que se verifique uma qualquer forma de colaboração (não necessariamente voluntária ou, sequer, consciente) entre *intraneus* e *extraneus* ²⁸². Somente nestes casos se poderá afirmar que o *extraneus* beneficia de uma particular situação de proximidade com o bem jurídico resultante da qualidade ou relação especial do *intraneus*.

Para melhor entendimento do ponto em questão, atentemos ao seguinte exemplo fornecido por ALMEIDA COSTA ²⁸³: suponha-se que o juiz A (receando deixar-se trair pelo ódio) pede ao irmão gémeo B que o substitua numa audiência de julgamento a fim de condenar o arguido inocente C, de quem pretende vingar-se. Considerando que B profere a decisão, o correto entendimento da questão implica a subsunção da conduta de B ao crime de “Denegação de justiça e prevaricação” a título de autoria. No exemplo dado, B beneficia, por via do conluio com A, de uma posição privilegiada face ao bem jurídico, o que permite afirmar que o sentido de antinormatividade da conduta de B é idêntico ao sentido da conduta de A, justificando assim a punição de ambos os intervenientes nos moldes do crime específico correspondente ²⁸⁴. Porém, tal acesso privilegiado já não seria

²⁸⁰ ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 503.

²⁸¹ Cf., *supra*, Parte II, Cap. V, ponto 5.2.

²⁸² ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 500.

²⁸³ ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 501 nota 890.

²⁸⁴ O debate em torno do tipo legal de “Denegação de justiça e prevaricação” (artigo 369.º CP) não prescinde um breve excuro pela controvérsia em torno da definição do bem jurídico. Em moldes sumários, apresentam-se três correntes doutrinárias. Uma primeira, que afirma que o delito de prevaricação visaria, essencialmente, a proteção de bens jurídicos de raiz individual. Para os partidários desta posição, a administração da justiça (quer judicial em sentido estrito, quer para-judicial) implica uma restrição dos direitos dos particulares, pelo que o bem jurídico subjacente à incriminação identificar-se-ia com os específicos bens individuais (liberdade, património, honra, privacidade) efetivamente lesados com a decisão contra direito. Quanto a esta primeira conceção, cumpre inicialmente notar que a afirmação de que a tutela penal deve ser reconduzida, em último caso, à proteção de bens da pessoa (únicos bens-fim) comporta em si uma asserção que contende com a problemática da fundamentação da intervenção penal e não com a delimitação do conteúdo material ínsito em cada uma das concretas incriminações. Como tal, não se vislumbram razões atendíveis para, no que toca ao crime de “Denegação de justiça e prevaricação”, identificar o bem jurídico subjacente com os concretos bens individuais lesados pela decisão proferida. Acrescente-se ainda que o próprio legislador, na modelação do tipo matricial (artigo 369.º n.º 1), não exige qualquer dano a um interesse particular, aspeto que deixa antever a natureza supra-individual do interesse protegido. Por último, pode notar-se que o delito em causa não admite a exclusão da ilicitude sempre que se verifique o consentimento do particular ofendido e o bem individual se encontre na sua disponibilidade,

de afirmar no cenário em que B acesse a posição privilegiada por meio de sequestro ou homicídio de A, não obstante a verificação de outros tipos legais.

Tratando o crime de “Denegação de justiça e prevaricação” de proteger ataques à administração da justiça que surjam de dentro do aparelho estadual, por oposição aos ataques que provém de fora do aparelho estadual (tais como o falso testemunho ou o favorecimento pessoal), somente nos casos de conluio ou associação com um agente que se situe no interior do aparelho estadual é que se poderá afirmar que a ação do *extraneus* assume a carga de ofensividade expressa na norma incriminadora ²⁸⁵.

Vista a questão do modo de acessibilidade do *extraneus* à posição privilegiada do *intraneus*, e identificado o critério de autoria com o “domínio-da-posição”, importa referir que na categoria ampla dos delitos-de-posição (*tout court*) ²⁸⁶ — enquanto síntese

posição que deixa antever a inclinação comunitária do legislador na formulação do tipo legal. Na doutrina surge uma segunda orientação que integra o crime de prevaricação numa dupla área de tutela. Para os defensores desta corrente, a duplicidade de bens jurídicos resultaria da dupla função acometida ao ordenamento jurídico: por um lado, a proteção da liberdade das pessoas e, por outro lado, a efetivação da realização dos objetivos políticos do legislador. Segunda a conceção exposta, sempre que uma decisão fosse levada a cabo com o intuito de favorecer um particular estaríamos perante um caso em que o funcionário estaria a suplantando-se aos objetivos políticos do legislador, ao passo que nos casos em que a decisão fosse tomada com o intuito de prejudicar os interesses do particular a mesma violaria interesses individuais. Esta orientação não será de acolher pois que nas situações em que a decisão visa prejudicar o particular também o interesse supra-individual, enquanto área de tutela abrangida pela norma, é colocado em causa, não se vislumbrando razões para restringir a lesão deste interesse apenas aos casos em que a conduta acaba por favorecer o particular. Por último, surge a opção doutrinária dominante, e à qual aderimos, que identifica o interesse visado com a realização da justiça. Da conceção exposta destaca-se a consideração de que, no caso da “Denegação de justiça ou prevaricação”, pretende-se assegurar o domínio ou supremacia do direito objetivo na sua aplicação pelos órgãos de justiça, algo que se não confunde, antes autonomiza-se, da possível lesão de interesses individuais visados com a decisão contra direito. Como bem afirma ALMEIDA COSTA, a efetivação de uma pluralidade de bens-fins (liberdade ou honra do arguido, património das partes numa ação civil, a carreira profissional de um empregado público num procedimento disciplinar) encontra-se associada e, por conseguinte, “confunde-se com a própria realização da justiça”. Conclui assim o Autor afirmando que “esta (a realização da justiça entenda-se) condensa a tutela de um amplo conjunto de outros bens ou interesses e, com isso, adquire uma densidade penal *a se*, que justifica a sua assunção como autónomo bem jurídico”. Cf. sentido, MEDINA DE SEIÇA, *Comentário Conimbricense CP, Tomo III*, artigo 369.º, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, página 606 a 610 bem como ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 511. No mesmo sentido, cf. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3.ª edição atualizada, Lisboa, Universidade Católica Portuguesa, 2016, página 1158. Na jurisprudência, em consonância com a posição aqui defendida, cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, n.º do processo 73/17.7TRGMR.S1, de 05/02/2020, relatado por RAUL BORGES. Para uma conceção do bem jurídico violado como bem jurídico especial apenas acessível a uma classe de *intraneus* cf., MARGARIDA SILVA PEREIRA, *O Direito*, 126.º, Ano 1994, página 607.

²⁸⁵ Ver neste sentido MEDINA DE SEIÇA, *Comentário Conimbricense CP, Tomo III*, artigo 369.º, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, página 609 e ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 509.

²⁸⁶ Como exemplo de delitos-de-posição *tout court* que não integram a subcategoria dos delitos-de-função assinala-se os previstos nos arts. 152.º, 163.º, n.º 2, 164.º, n.º 2, 166.º, 177.º, n.º 1, al. b), 205.º, 228.º e 229.º. Como bem argumenta ALMEIDA COSTA, a qualificação dos crimes previstos nos artigos 163.º, n.º 2, 164.º, n.º 2, 166.º e 177.º, n.º 1, al. b) como delitos-de-posição *tout court* e não como delitos-de-função resulta do facto destes assentarem no “aproveitamento de uma “posição fáctica” propiciada pela função e não o exercício desta”. Pense-se, por exemplo, no crime de “abuso sexual de pessoa internada” cuja descrição típica revela, não um “atentado a bens jurídicos operado “através” de uma atuação funcional (ilícita)”

categorial que integra todos os tipos legais que fazem derivar a proximidade do bem jurídico de uma determinada “posição fática” – insere-se a subcategoria dos “delitos-de-função”, de que é exemplo o crime de denegação de justiça referido no parágrafo antecedente, bem como o crime de “corrupção” ou o crime de “auxílio de funcionário à evasão”²⁸⁷. Em suma, os “delitos-de-função” pressupõem o domínio de uma particular função (empregado público, juiz, advogado, solicitador, médico, testemunha etc.) por parte do agente *intraneus*, erigindo-se a função a critério de autoria²⁸⁸.

O correto entendimento dos delitos-de-função, no quadro da doutrina do ilícito pessoal *supra* exposta, implica o afastamento do cunho “individual-subjetivo” da função ou papel institucionalizado atribuído pela doutrina dos delitos-de-dever de ROXIN. Ao invés, a função inscrita no tipo legal surge como uma condensação do *modus operandi* estabelecido para a satisfação de certos fins da ordem jurídica, residindo o elemento característico do crime em análise no “dado objetivo” de perversão do respetivo desempenho²⁸⁹. A dita “função” referida na norma incriminadora emerge, assim, na objetividade que lhe é inerente e não como expressão de uma qualquer relação-de-fidelidade do *intraneus* (=“dever estritamente pessoal”), afigurando-se o único entendimento compatível com um direito penal do “facto” que visa a tutela de bens jurídicos.

O entendimento da “função” nos termos descritos permite a punição do *extraneus* pelo delito específico por via do funcionamento do artigo 28.º do C.P. sempre que se verifique uma situação de comparticipação entre *intraneus* e *extraneus*, em harmonia com o regime proposto para os restantes delitos-de-posição (*tout court*). Outra não poderia ser a solução encontrada, pois que da assunção da função na sua objetividade resulta que os sentidos de antinormatividade da conduta do *intraneus* e do *extraneus* assumem-se como idênticos, razão pela qual será de postergar, nestes casos, a aplicação da ressalva final do artigo 28.º do C.P.

Por último, caberá, no quadro da exposição dos delitos-de-posição, uma nota acerca do crime de violência doméstica (152.º). Considera-se que uma breve referência ao tipo legal de violência doméstica servirá para melhor esclarecer o conteúdo e alcance dos

(=delitos-de-função), mas um aproveitamento das funções ou do lugar que o agente exerce ou detém enquanto reduto privilegiado de acesso ao bem jurídico protegido pela norma. Cf. a este propósito ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 507 nota 903.

²⁸⁷ Para uma referência exhaustiva de todos os delitos-de-função cf. ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 509 nota 903.

²⁸⁸ ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 509.

²⁸⁹ ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 510.

delitos de posição (*tout court*), dada a proximidade que o tipo legal em análise assume face aos “delitos de relação pessoal”.

Como ponto de partida, assinala-se que o artigo 152.º n.º1 do C.P. enuncia um conjunto de condutas proibidas que, por si só, consubstanciam um ataque a bens jurídicos tutelados noutras disposições legais (v.g. integridade física, saúde, liberdade de ação e decisão, honra). Por isso mesmo, a autonomização do crime de violência doméstica face a outros tipos legais (v.g. “ofensas à integridade física”, “ameaça”, “coação”, injúria”) sugere que a(s) conduta(s) perpetrada(s) assume(m) um sentido distinto em função do contexto familiar ou para-familiar em que a(s) mesma(s) ocorre(m). É precisamente a ambiência que rodeia a atuação do agente – atuação essa que poderá consubstanciar um comportamento isolado “grave” ou a prática reiterada de atos de menor importância²⁹⁰ – que traduz o peculiar conteúdo de desvalor do crime de violência doméstica. Isto é, verificada a relação entre agente e vítima descrita na norma, a conduta levada a cabo – desde que consubstancie um comportamento “grave” ou a prática reiterada de atos de menor importância repita-se – traduz-se numa ofensa à dignidade humana, expressa no afrontamento à “situação existencial” da pessoa²⁹¹.

²⁹⁰ Em sentido convergente, ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 505, bem como NUNO BRANDÃO, *A tutela penal especial reforçada da violência doméstica*, em *Julgar*, n.º 12, página 22 e AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, *Comentário Conimbricense CP, Tomo I*, artigo 152.º, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, páginas 334 a 337. Em sentido diverso, em consonância com a posição assumida no plano do bem jurídico tutelado pela norma, defende MARIA ELISABETE FERREIRA a integração no crime de violência doméstica de condutas isoladas que, não obstante não assumirem uma gravidade intrínseca, comprometem a pacífica convivência familiar ou doméstica. Cf. MARIA ELISABETE FERREIRA, *Crítica ao pseudo pressuposto da intensidade no tipo legal de violência doméstica*, em *Julgar Online*, maio de 2017, página 6. Também concordante com a integração no crime de violência doméstica de uma conduta isolada mesmo que se não afigure de especial gravidade, embora partindo de uma diferente conceção de bem jurídico, cf. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3.ª edição atualizada, Lisboa, Universidade Católica Portuguesa, 2016, página 593.

²⁹¹ Quanto ao crime de violência doméstica, surgem várias posições doutrinárias distintas no que toca à problemática do bem jurídico. Uma primeira aceção, na qual se inclui SANDRA INÊS FEITOR, considera a dignidade da pessoa humana como bem jurídico protegido, afirmando que o tipo legal protege “a vivência relacionada e íntima com dignidade”. Uma segunda, encabeçada por ANDRÉ LAMAS LEITE, afirma que a incriminação visa proteger “o livre desenvolvimento da personalidade de um indivíduo no âmbito de uma relação interpessoal próxima, de tipo familiar ou análogo”. Uma terceira, defendida por MARIA ELISABETE FERREIRA, delineando o crime de violência doméstica como tipo legal que protege um bem jurídico complexo que tutela não apenas a saúde da vítima como também a pacífica convivência familiar ou doméstica. Uma quarta, defendida por PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, que identifica diferentes bens jurídicos protegidos tais como a integridade física e psíquica, a liberdade pessoal, a liberdade e autodeterminação sexual e até a honra. Por último, surge a posição que identifica o bem jurídico com a saúde, posição defendida por AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO e à qual aderimos. Cf. SANDRA INÊS FEITOR, “Análise Crítica do Crime de Violência Doméstica”, em *Rúbrica Pontos de Vista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, 30 de março de 2012, p.5.; ANDRÉ LAMAS LEITE, *A violência relacional íntima: reflexões cruzadas entre o Direito Penal e a Criminologia*, em *Julgar*, n.º 12, 2010, páginas 48 e 49; ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 505 ; PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos*

No quadro do nosso estudo, caberá questionar se o crime de violência doméstica se integra na categoria dos chamados “delitos-de-posição”. A questão prende-se, dito de outro modo, em averiguar se a ambiência familiar ou para-familiar descrita na norma, enquanto fundamento da qualificação do crime como crime específico, surge como uma pura condicionante “fático-objetiva” da execução do delito ; ou, se, pelo contrário, a conduta assume um sentido de antinormatividade distinto consoante seja perpetrada por *intraneus* ou *extraneus*, o que equivale a afirmar que o conteúdo do ilícito surge associado à particular “identidade” do agente ²⁹².

Em harmonia com a posição defendida por ALMEIDA COSTA, considera-se que a “proximidade existencial” integrante do tipo objetivo do crime de violência doméstica, sintetizada nas relações familiares ou para-familiares, constitui expressão de um “determinado “meio ambiente” que preside à lesão do bem jurídico e, portanto, numa aceção ampla, integra a definição de um “processo executivo” ou *modus operandi*” ²⁹³. Consequentemente, elege-se como critério de autoria o “domínio-da-posição” da “proximidade existencial”, que confere a quem a “domine” (seja *intraneus* ou *extraneus*) o controlo sobre o “se” e o “como” da ocorrência da lesão do bem jurídico. Consequentemente, no caso de conluio entre *intraneus* e *extraneus*, este último será punido pelo crime de violência doméstica, em virtude do funcionamento da comunicabilidade das circunstâncias ²⁹⁴.

6.2.2. Os “delitos de relação pessoal”

Como viemos afirmando ao longo do presente estudo, a posição avançada divide os delitos específicos na categoria de delitos-de-posição (*tout court*), com a subcategoria dos delitos-de-função, e delitos de relação-pessoal. Alicerçada num direito penal do “facto” dirigido à tutela de bens jurídicos essenciais à vida comunitária, a doutrina proposta distingue os delitos-de-posição dos delitos de relação-pessoal consoante a conduta do

do Homem, 3.^a edição atualizada, Lisboa, Universidade Católica Portuguesa, 2016, página 591 ; e AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, *Comentário Conimbricense CP, Tomo I*, artigo 152.º, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, páginas 334 a 337.

²⁹² ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 504.

²⁹³ ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 506.

²⁹⁴ Em sentido convergente, embora partindo de pressupostos dogmáticos distintos, cf. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *op. cit.*, página 594. Em sentido diverso, pugnando pela incomunicabilidade das circunstâncias, referindo tratar-se de um exemplo de aplicação da ressalva final do artigo 28.º do C.P., cf. AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, *Comentário Conimbricense CP, Tomo I*, artigo 152.º, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, página 336.

extraneus assuma, ou não, o mesmo sentido de antinormatividade que a conduta do *intraneus*. Nos casos em que a conduta assuma sentido idêntico estaremos perante um delito de posição, qualificação que determina a punição do *extraneus* pelo crime específico, ao passo que nos restantes casos a hipótese integra a prática de um delito de relação pessoal, determinando, por conseguinte, a inaplicabilidade do regime do artigo 28.º. Dito de outro modo, será de aplicar o artigo 28.º apenas nos casos em que as “qualidades” ou “relações pessoais” descritas surjam numa aceção objetiva, isto é, definidoras de uma “posição fática” caracterizadora de um determinado *modus operandi*.

Sob outro ângulo, a arrumação sistemática em “delitos-de-posição” e “delitos de relação-pessoal” assenta na preponderância assumida pelo vínculo “pessoal” entre agente e a vítima (v.g. parentesco, tutela, curatutela). Deste prisma, a existência do referido vínculo “pessoal” condensa um concreto sentido de ilicitude da conduta do *intraneus*, sentido este que, pela circunstância de se revelar umbilicalmente associado à particular identidade do sujeito, assume uma natureza “pessoalíssima” e, como tal, insuscetível de ser partilhado pelo *extraneus*.

Porém, importa salientar que a natureza “pessoalíssima” reservada para os “delitos de relação-pessoal” em nada se confunde com a aceção individual-subjetiva da doutrina de ROXIN. A posição adotada não pressupõe a assimilação do cerne do ilícito à desobediência de um “dever especial” apenas vinculativo de uma classe de *intraneus*²⁹⁵. Com efeito, do vínculo que associa agente e vítima nos “delitos-de-relação-pessoal” não resulta a afirmação de um dever pré-jurídico que vincula apenas uma classe de *intraneus*.

Da fidelidade da conceção proposta ao direito penal do “facto” resulta, ao contrário do que sucede com a doutrina proposta por ROXIN, o peso residual dos “delitos de relação-pessoal” no amplo universo dos crimes específicos. Dito de outro modo, verifica-se, na Parte Especial do Código Penal Português, uma ampla proliferação dos “delitos-de-posição” em comparação com o reduzido número de tipos incriminadores identificados com os “delitos de relação-pessoal”, dado que confirma a materialização, ao nível da Parte Especial, dos postulados do direito penal do “facto” que estão na base do presente estudo. Cumpre ainda salientar que, entrecruzando a categoria dos “delitos de relação-pessoal” com o binómio crimes específicos “puros”/crimes específicos “impuros”, se verifica que os delitos de relação pessoal, regra geral, assumem a natureza de crimes específicos “impuros”, aspeto que revela, mais uma vez, a adesão do legislador a um modelo de

²⁹⁵ ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 516. Cf., *supra*, Parte II, Cap. VI, ponto 6.1.

direito penal do “facto” assente na tutela de bens jurídicos penais. Em harmonia, pode concluir-se, portanto, por uma total preferência, do ponto de vista do “direito penal especial”, pela dimensão não constitutiva das “qualidades” ou “relações” previstas nos “delitos de relação-pessoal”, o que equivale a afirmar a prevalência da dimensão “modificativa” (*i.e.* agravante ou atenuante).

Importará, agora, escrutinar a diferente estrutura dos “delitos de relação-pessoal” consoante os mesmos integrem crimes específicos “impróprios” ou “impuros” ou “próprios” ou “puros”.

No caso dos crimes específicos “impróprios” que se apresentem como “delitos de relação-pessoal”, verifica-se, no confronto com o crime comum correspondente, uma coincidência do “desvalor de resultado” (=lesão ou colocação em perigo do bem jurídico), divergindo apenas o “desvalor da ação” atenta a mencionada “relação” entre agente e vítima. É precisamente no diferente “desvalor da ação” que reside o fundamento da autonomização destes delitos específicos, bem como a consagração da doutrina da incomunicabilidade das circunstâncias proposta. Porém, ao contrário da doutrina dos delitos-de-dever, o núcleo do ilícito reside na violação do mesmíssimo “dever” ou “norma de determinação” que subjaz ao crime comum correspondente, apenas se observando uma divergência no tocante à gravidade dessa violação”²⁹⁶. Longe de expressar a ideia de um “dever especial” exclusivo de uma classe de *intraneus*, as referidas qualidades ou relações descritas na norma surgem apenas enquanto expressão de uma maior ou menor relevância objetiva da conduta enquanto negação da mesma norma de determinação²⁹⁷.

Quanto ao critério da autoria proposto para os “delitos de relação-pessoal”, e que se afigura transversal tanto aos “delitos de relação-pessoal impuros” como aos “delitos de relação-pessoal puros”, verifica-se, desde já, uma diferença em face do proposto para os “delitos-de-posição”. Ao passo que nestes o critério da autoria não integra, como pressuposto essencial, a qualidade de *intraneus* por parte do agente, no caso dos “delitos de relação-pessoal” a afirmação do agente como autor depende da verificação cumulativa do domínio-do-facto e da qualidade de *intraneus*²⁹⁸.

²⁹⁶ ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 516.

²⁹⁷ Para uma referência à doutrina do “dever especial” cf., *supra*, Parte II, Cap. IV, ponto 4.2.

²⁹⁸ Quanto ao domínio-do-facto, diga-se, de passagem, que o seu alcance identifica-se com o já explanado “domínio-da-não-impossibilidade-do-facto”, conceito síntese que reflete todas as situações que permitem afirmar a factualidade típica como “realização” ou “obra” da vontade do agente. Para maiores desenvolvimentos, cf., *supra*, Parte I, Cap. III, ponto 3.1. e 3.2.

A título exemplificativo, e para melhor compreensão da categoria dos “delitos de relação-pessoal”, atente-se as infrações descritas nas alíneas a) e b) do n.º 2 do art. 132.º por comparação com o tipo fundamental do “homicídio” previsto no art. 131.º ²⁹⁹. Note-se, antes de mais, que a exposição subsequente assume como pressuposto dogmático a inserção das alíneas a) e b) do n.º 2 do art. 132.º na esfera da ilicitude, entendida esta como esfera objetiva de antinormatividade separada da pessoa do agente ³⁰⁰. De outra forma, isto é, qualificando as referidas relações das alíneas a) e b) do n.º 2 do art. 132.º como expressões de um tipo de culpa do agente, a categorização das infrações das alíneas a) e b) do n.º 2 do art. 132.º como crimes específicos perderia a sua razão de ser, bem como a equação do problema da comunicabilidade das circunstâncias previsto no artigo 28.º, passando a problemática da comparticipação a ficar sob o encalce do artigo 29.º do CP ³⁰¹. Dito isto, no caso de um *extraneus* se associar a um *intraneus* com vista a cometer um homicídio previsto nas alíneas a) e b) do n.º 2 do art. 132.º, a punição do *extraneus*, no caso de se não verificar outra circunstância qualificativa, far-se-á tendo por base o tipo fundamental do artigo 131.º do CP, ao passo que ao *intraneus* será aplicada a moldura penal prevista no tipo qualificado.

Aplicando o que fora dito nos parágrafos precedentes ao caso em apreço, ao comportamento do *intraneus* e do *extraneus* subjaz a mesma norma de determinação que proíbe condutas lesivas do bem jurídico vida. Rejeita-se, portanto, o entendimento segundo o qual a infração prevista nas alíneas a) e b) do n.º 2 do art. 132.º estabelece um dever distinto daquele que preside a incriminação do art. 131.º, vinculativo apenas de uma classe de *intraneus*. Pelo contrário, a *ratio* da distinta punição de *intraneus* e *extraneus* reside, ao invés, na maior ou menor relevância objetiva da conduta enquanto negação da mesmíssima norma de determinação ³⁰².

Do que foi dito resulta que no caso delito de relação-pessoal puro ou próprio (=dimensão constitutiva das “qualidades” ou “relações pessoais”) o legislador pretendeu restringir a intervenção jurídico-penal às condutas levadas a cabo pelo *intraneus*. Pode

²⁹⁹ Quanto à relação entre homicídio simples e homicídio qualificado não é clara na doutrina a consideração de que este constitui uma forma agravada daquele. Como nota JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, algumas doutrinas consideram o homicídio qualificado como o tipo legal básico dos crimes dolosos contra a vida, de que o homicídio constituiria apenas uma forma atenuada, ao passo que outras afirmam homicídio e homicídio qualificado como tipos legais autónomos, com autónomos “conteúdos de ilícito”, se bem que protectores do mesmo bem jurídico. Ver neste sentido, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS/NUNO BRANDÃO, *Comentário Conimbricense CP I*, artigo 132.º, páginas 25 e 26 bem como TERESA SERRA, *op. cit.*, página 50.

³⁰⁰ Cf., *supra*, o texto correspondente à nota 210.

³⁰¹ Cf., *supra*, Parte II, Cap. IV, ponto 4.1.

³⁰² ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 516.

afirmar-se, em coerência, que o legislador, de forma consciente, reserva um espaço de não ingerência no que toca às condutas levadas a cabo pelos *extraneus*. A não punição do *extraneus*, em virtude da cumulação do regime da incomunicabilidade das circunstâncias com a natureza “pura” ou “própria” do delito em questão, afigura-se não uma lacuna que cumpra ultrapassar, mas sim uma opção político-legislativa que cumpre respeitar. Como tal, deverá aceitar-se a impunidade de *intraneus* e *extraneus* sempre que se verifique a famigerada hipótese de um *intraneus* incitar o *extraneus* “doloso” à prática de um “delito de relação-pessoal puro” – para estes casos, a sujeição legal da punição do homem-de-trás *intraneus* ao “começo de execução” por parte do homem-da-frente *extraneus*, tal como consta da 4.^a alternativa do art. 26.º do CP, implica a impunidade de ambos ³⁰³.

6.2.2.1. Reflexos da conceção de participação adotada no âmbito dos delitos de relação-pessoal

Tal como avançado na Parte I do presente estudo, a Participação assume-se como um delito autónomo de “perigo-abstrato”, representando o início de execução uma mera “condição objetiva de punibilidade” ³⁰⁴. Em decorrência do exposto, e tal como desenvolvido, o juízo de ilicitude do participante assume um estrito carácter pessoal-individual que se limita a exprimir o peculiar conteúdo de antinormatividade de um concreto agente ³⁰⁵. A afirmação precedente implica, como deixámos notar no capítulo dedicado à Participação, a postergação da doutrina da acessoriedade (“qualitativa” e “quantitativa”), imprestável na conceção de ilícito pessoal adotada. Arrancando da participação como um delito autónomo, cumpre, nas linhas que se segue, resgatar as desimplicações da mesma na órbita dos crimes específicos. Trata-se de aspeto já abordado sumariamente no capítulo III, mas que, no presente estado de reflexão, beneficia de maior clareza concetual, em virtude da introdução dos conceitos de “delito de função”/“delitos de relação-pessoal”.

O enquadramento sistemático da problemática num ponto dedicado aos “delitos de relação-pessoal” deixa antever a irrelevância da conceção da Participação adotada no que aos “delitos-de-posição” diz respeito. Ora, nos casos em que estamos perante a prática de um “delito-de-posição”, dada a comunicabilidade das circunstâncias pelas razões *infra*

³⁰³ ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 518.

³⁰⁴ Cf., *infra*, Parte I, Cap. III, ponto 3.4.

³⁰⁵ ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 820.

aduzidas³⁰⁶, deixa de fazer sentido a distinção entre *intraneus* e *extraneus*, sendo qualquer dos intervenientes punido pelo delito específico em apreço³⁰⁷.

O mesmo não sucederá no caso de se tratar de um “delito de relação-pessoal”, sempre que a conduta seja levada a cabo por um participante *extraneus* e um autor *intraneus*, ou vice-versa. Para melhor entendimento da questão, imagine-se que um terceiro auxilia ou instiga o filho a matar o pai. Neste caso, e ao contrário do que afirma a doutrina partidária da acessoriedade, a correta solução deverá passar pela punição do terceiro *extraneus* como “participação homicida simples”, não obstante a conduta do autor ser qualificada como “autoria homicida qualificada”³⁰⁸. De modo inverso, num caso em que o filho auxilia ou instiga um terceiro a matar o pai, a punição do filho será feita nos termos da “participação no homicídio qualificado” ao passo que o terceiro será punido por “autoria no homicídio simples”³⁰⁹. Somente as soluções propugnadas respeitam o carácter pessoal-individual que deve presidir o juízo de ilicitude no seio da conceção de ilícito pessoal defendida³¹⁰, com indiferença para o desvalor criminal atribuído às condutas dos outros intervenientes (autores ou participantes).

A problemática da participação no âmbito dos “delitos de relação-pessoal puros” adquire contornos distintos daqueles que foram enunciados no parágrafo precedente. Com

³⁰⁶ Para esclarecimento deste ponto, cf. *infra*, Parte II, Cap. VI, ponto 6.2.1.

³⁰⁷ ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 819.

³⁰⁸ ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 820. De notar que, no que toca à comparticipação no homicídio qualificado, o problema apenas assume especial relevância caso as circunstâncias descritas na alínea a) e b) do n.º 2 do art. 132.º sejam integradas no plano da ilicitude e não de culpa, tal como defendemos ao longo do presente estudo. De outro modo, integradas as mesmas no plano da culpa, o problema da qualificação da conduta do participante *extraneus* deixa de situar-se na esfera de previsão do artigo 28.º do Código Penal, passando antes a integrar o escopo do artigo 29.º. Como tal, será o participante *extraneus* punido pelo homicídio simples, consequência da imposição legislativa de que “cada comparticipante é punido segundo a sua culpa., independentemente da punição ou grau de culpa dos outros comparticipantes”. O mesmo é dizer que a culpa é intransmissível e, portanto, a relação familiar, entendida neste plano, apenas fundamenta o juízo de censura pessoal-subjetivo do autor *intraneus*. A mesma lógica de solução será aplicada no caso inverso, em que se defronta um participante *intraneus* e um autor *extraneus*, sendo o primeiro punido pelo delito específico e o segundo punido pelo delito comum. Em bom rigor, para os partidários da integração das als. a) e b) do n.º 2 do art. 132.º na esfera da culpa a própria caracterização como *extraneus* e *intraneus* não se afigura terminologicamente acertada, pois que nenhum dos intervenientes possui “qualidades ou relações especiais” situadas no plano da ilicitude. Tal resulta, como adiantámos *supra*, do desenho formal dos crimes específicos não integrar elementos que se situam no plano da culpa. A este propósito, cf., *supra*, Parte II, Cap. IV, ponto 4.1. Quanto à problemática da inserção das alíneas a) e b) do n.º 2 do art. 132.º no plano da ilicitude ou da culpa cf., *supra*, o texto correspondente à nota 210.

³⁰⁹ ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, página 820. Como bem nota ALMEIDA COSTA a punição do participante por um “ilícito qualificado” e do autor por um “ilícito não qualificado” não deixa de causar alguma estranheza em função do sentido associado na linguagem corrente ao termo participação, que aponta para uma posição de instrumentalidade ou subsidiariedade do participante em relação ao facto principal. A situação não deve, porém, constranger o discurso jurídico na busca da solução que melhor se adequa aos seus pressupostos dogmáticos, razão pela qual qualquer objeção à conceção adotada que tome como ponto de partida o sentido comum da linguagem dever ser liminarmente rejeitada.

³¹⁰ Cf. *supra*, Parte I, Cap. III, ponto 3.1.

efeito, e como já salientámos *infra* ³¹¹, tratam-se de hipóteses de natureza excecionalíssima no contexto de um direito penal do “facto” centrado na tutela de bens jurídicos, expressões conscientes de uma posição político-criminal de não intervenção jurídico-penal.

Dito isto, no caso de participação em que esteja em causa um “delito de relação-pessoal puro”, dois cenários com relevo dogmático se avistam.

Num primeiro, desenha-se a intervenção de um participante *extraneus* e de um autor *intraneus*. Para estes casos, e em consonância com o que fora dito anteriormente, a solução só poderá ser a impunidade do *extraneus* em virtude da incomunicabilidade das circunstâncias e da natureza “pura” ou “própria” do delito em questão, juntamente com a punição do autor *intraneus* pelo crime específico.

Num segundo, confronta-se a intervenção de um participante *intraneus* com um autor *extraneus*. Ora, nestas situações, em virtude da consagração expressa na letra da lei da exigência da prática de um facto doloso pelo autor (artigo 27.º do CP), a solução, de *iure condito*, apenas poderá recair na impunidade do participante, em virtude da natureza atípica da conduta levada a cabo pelo *extraneus*. Não obstante, outra deverá ser a solução, de *iure condendo*, em consonância com a proposta defendida de não exigência da tipicidade da conduta do autor como requisito para a punição do participante. Trata-se de posição já abordada *supra* pelo que para lá remetemos a argumentação aduzida ³¹².

6.3. Síntese conclusiva da posição adotada: alusão aos chamados delitos de mão-própria e referência à ressalva final do artigo 28.º como expressão dos “delitos de relação-pessoal”

6.3.1. Rejeição da categoria dogmática dos delitos de mão-própria: breve referência à doutrina de Roxin e afastamento dos delitos de mão-própria do âmbito da ressalva final do artigo 28.º

A inserção da temática dos delitos de mão-própria num estudo dedicado aos crimes específicos e o seu impacto na dogmática da comunicabilidade das circunstâncias deve-se, acima de tudo, ao peso histórico-legislativo que os mesmos assumiram na modelação

³¹¹ Para maiores desenvolvimentos cf. Parte II, Cap. VI, ponto 6.2.2.

³¹² Para maiores desenvolvimentos cf., *supra*, Parte I, Capítulo III, ponto 3.4.

da ressalva final do artigo 28.º do Código Penal ³¹³. Por isso mesmo, justifica-se a sua abordagem no capítulo final da presente dissertação, não obstante o dissenso quanto à sua qualificação como crimes específicos. Com efeito, não se vislumbram nos crimes de mão-própria, enquanto categoria dogmática autónoma assente na restrição da autoria ao autor imediato, quaisquer “qualidades” ou “relações especiais” que justifiquem a sua qualificação como delitos específicos ³¹⁴. Dito isto, importará, neste ponto do estudo, abordar a temática dos crimes de mão-própria, com o intuito final de justificar a sua exclusão enquanto categoria dogmática inserida na “construção geral do delito”, posição que, consequentemente, conduzirá ao seu afastamento do âmbito de aplicação da ressalva final do art. 28.º do CP. Para tal, procederemos a um sumário enquadramento dos delitos de mão-própria no contexto de um direito penal do “facto”, seguida de uma breve referência crítica à doutrina relevante em ordem a exclusão da categoria dogmática dos delitos de mão-própria.

Numa primeira abordagem, importa salientar que, na ótica do direito penal do “facto”, a consagração de delitos de mão-própria, com a consequente submissão do autor mediato e do co-autor a um regime mais favorável, sempre terá de revestir um carácter excecional, apenas justificável à luz de razões de “dignidade penal” ou “necessidade de pena”. Tal excecionalidade afigura-se dificilmente justificável, dada a igual “dignidade participativa” que as diferentes formas de participação assumem num contexto de um direito penal direcionado para a tutela de bens jurídicos ³¹⁵.

Na doutrina germânica dos delitos de mão-própria destaca-se a conceção de ROXIN ³¹⁶. Como já adiantámos *infra* a propósito da construção de ROXIN da autoria, o penalista

³¹³ Cf. “*Actas da Sessão da Comissão Revisora da Parte Geral do Código Penal*”, *BMJ* 144 (1965), páginas 47 e seguintes. Na literatura, verifica-se, grosso modo, a atribuição de semelhante alcance. Neste sentido, cf. HENRIQUE SALINAS MONTEIRO, *op. cit.*, páginas 243 a 249, M. LEAL-HENRIQUES/M. SIMAS SANTOS, *op. cit.*, página 375 e 376, MARIA MARGARIDA SILVA PEREIRA, *O Direito*, 126.º (1994), página 642.

³¹⁴ Cf., *supra*, Parte II, Cap. IV, ponto 4.1. Para uma crítica da errónea inserção dos crimes de mão-própria na categoria dos delitos específicos, com fundamento na deficiente compreensão do diferente carácter “pessoalíssimo” atribuído a ambos os delitos, cf. ANTÓNIO ALMEIDA COSTA, *Existe Lugar Para a Categoria dos Delitos de Mão-Própria no Direito Penal Português?*, *cit.*, página 241. Na doutrina, integrando a temática dos delitos de mão-própria nos crimes específicos, HENRIQUE SALINAS MONTEIRO, *op. cit.*, página 245 e seguintes, GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito penal português II*, 2.ª edição, Lisboa, 2005, página 296 e 297 e PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *op. cit.*, 113. Quanto a este último, a inclusão funda-se na indistinta natureza “pessoalíssima” do dever nos crimes específicos e nos crimes de mão-própria.

³¹⁵ ANTÓNIO ALMEIDA COSTA, *Existe Lugar Para a Categoria dos Delitos de Mão-Própria no Direito Penal Português?*, *cit.*, página 243.

³¹⁶ Por razões de comodidade expositiva optou-se por não abordar no corpo do texto outras correntes doutrinárias igualmente impactantes no horizonte jurídico-penal alemão, das quais se destacam a “teoria da letra da lei”, a “teoria do movimento corporal” e a “teoria da intensidade”. Em breves palavras, a primeira reconduz os delitos de mão-própria ao alcance atribuído pela “linguagem corrente” às palavras inseridas no tipo incriminador, a segunda radica o desvalor intrínseco dos delitos de mão-própria na categoria ampla dos

alemão identifica o autor com a “figura central” ou “figura-chave” do processo delituoso³¹⁷. Partindo de uma conceção tripartida de autoria³¹⁸, ROXIN estabelece uma distinção entre “delitos de mão-própria impuros” e “delitos de mão-própria puros”, caracterizando apenas os “delitos mão-própria puros” como expressões de um singular e autónomo “tipo de tipicidade”, por contraposição aos “delitos de mão-própria impuros”, cujo conteúdo se assimilaria aos delitos-de-dever.

Desta forma, os “delitos de mão-própria impuros” – de que são exemplo a “deserção”, as “falsas declarações” ou a “violação do dever de alimentos” – configuram-se, simultaneamente, como delitos-de-dever. Integrados na categoria dos delitos-de-dever, a restrição da autoria ao executor material deriva do particular “conteúdo de imposição” do dever extrapenal, aspeto que relega o atributo da mão-própria para um plano “derivado” ou “dependente” por referência à prévia assimilação dos aludidos crimes à categoria dos delitos-de-dever. Da índole “derivada” decorre, portanto, a justificação para a sua classificação como “delitos de mão-própria impuros” por confronto com os “delitos de mão-própria puros”³¹⁹. A inclusão dos “delitos de mão-própria impuros” na categoria de delitos-de-dever implica que a abordagem crítica daqueles se faça nos moldes já enunciados *supra* a propósito dos delitos-de-dever. Para lá se remete a posição adotada³²⁰.

No que concerne aos “delitos de mão própria puros”, ROXIN alude a duas classes de delitos: os “delitos de direito penal do agente” e os “delitos de ação sem bem jurídico”.

Em primeiro lugar, na classe de “delitos de direito penal do agente”, na qual se insere, na órbita da legislação alemã, o “rufianismo”, estão em causa ações valoradas não pelo seu desvalor intrínseco (=desvalor objetivo) mas sim enquanto indícios de uma particular “atitude pessoal” ou “forma de vida”. Dito de outro modo, a categoria em apreço reconduz

crimes de “mera atividade” (=formais), ao passo que a terceira identifica os delitos de mão-própria com um superior “grau de culpa” ou de “energia criminal” do autor imediato. Para uma análise crítica das doutrinas expostas, cf. ANTÓNIO ALMEIDA COSTA, *Existe Lugar Para a Categoria dos Delitos de Mão-Própria no Direito Penal Português?*, *cit.*, páginas 246 a 249.

³¹⁷ Cf, *supra*, Parte I, Cap. I, ponto 1.4.

³¹⁸ Importa relembrar que ROXIN subordina os contornos da autoria à estrutura do ilícito-típico subjacente ao crime em causa, distinguindo três “tipos de tipicidade” a que faz corresponder três modelos de autoria. Com efeito, estabelece os delitos de domínio, cujo critério de autoria é o domínio-do-facto, os delitos-de-dever, em que o ilícito se reconduz à violação de um “dever de natureza extrapenal”, e os delitos de mão-própria, em que o núcleo do ilícito-típico se esgota no comportamento do autor imediato, com exclusão das restantes formas de autoria. Quanto a este ponto, cf. ANTÓNIO ALMEIDA COSTA, *Existe Lugar Para a Categoria dos Delitos de Mão-Própria no Direito Penal Português?*, *cit.*, página 250.

³¹⁹ ANTÓNIO ALMEIDA COSTA, *Existe Lugar Para a Categoria dos Delitos de Mão-Própria no Direito Penal Português?*, *cit.*, página 252 e 253.

³²⁰ Cf., *supra*, Parte II, Cap. VI, ponto 6.1.

o cerne do delito e, portanto, a respetiva “figura central”, a um particular “modo de ser”, particularidade que fundamenta, a um tempo, a rejeição do domínio-do-facto como critério de autoria e a eleição de um novo “tipo de tipicidade” a par com os delitos-de-domínio e os delitos-de-dever. Na ótica da classe de delitos em análise, a autoria surge como expressão da uma “atitude pessoal” plasmada na realização (de “mão-própria”) dos comportamentos descritos no tipo legal, nuance que implica a rejeição da punição da autoria mediata. O mesmo se passa no universo da co-autoria, em que a realização do delito por dois ou mais agentes apenas permite equacionar o problema no plano das “autorias paralelas”, dada a índole “subjetivo-individual atribuída à “atitude pessoal” enquanto critério da autoria ³²¹.

A doutrina em análise será de rejeitar por duas ordens de motivos. Em primeiro, mesmo do estrito prisma do direito penal do “agente”, nada permite afirmar que a “atitude pessoal” do autor imediato seja necessariamente mais “associal” do que a demonstrada pelo autor mediato que possua o controlo ou “domínio” sobre a consumação do delito ³²². Em segundo, às concretas infrações não subjaz a tutela de bens jurídicos ³²³

A par dos “delitos de direito penal do agente” surge a modalidade dos “delitos de ação sem bem jurídico”. Em paralelo com a primeira classe de delitos, também estes não envolvem a ofensa ou colocação em perigo de bens jurídicos, limitando-se a reproduzir meros juízos de natureza moral. Porém, ao contrário dos primeiros, a estes não subjaz uma “forma de vida” mas sim comportamentos concretos. A conduta descrita no tipo não se assume na sua estrita materialidade mas sim como expressão de um determinado juízo de moralidade, aspeto que, à luz da doutrina de ROXIN, reflete a restrição da “figura central” do delito ao autor imediato ³²⁴. Também a estes delitos se associa uma reprodução de certas representações sociais bem como uma remissão para padrões de “linguagem

³²¹ ANTÓNIO ALMEIDA COSTA, *Existe Lugar Para a Categoria dos Delitos de Mão-Própria no Direito Penal Português?*, cit., páginas 253 a 258.

³²² Para uma crítica da conceção em apreço, afirmando que, bem vistas as coisas, se apresenta muito próxima da conceção que encontra no “teor literal da lei” o fundamento para os delitos de mão-própria, cf. ANTÓNIO ALMEIDA COSTA, *Existe Lugar Para a Categoria dos Delitos de Mão-Própria no Direito Penal Português?*, cit., página 255. Afirma o Autor que a categoria de ROXIN, em ordem a justificar a distinta “atitude pessoal” dos diferentes participantes, mais não faz do que recorrer a valorações extrajurídicas alicerçadas em puros juízos de “senso comum” ou de “moral social”, limitando-se a concretizar um “tipo normativo-social de agente” arreigado no senso comum.

³²³ Para um tratamento exemplificativo desta classe de delitos, procedendo à sua rejeição na ótica de um direito penal do “facto” de intervenção subsidiária, cf. ANTÓNIO ALMEIDA COSTA, *Existe Lugar Para a Categoria dos Delitos de Mão-Própria no Direito Penal Português?*, cit., página 258.

³²⁴ ANTÓNIO ALMEIDA COSTA, *Existe Lugar Para a Categoria dos Delitos de Mão-Própria no Direito Penal Português?*, cit., página 260.

corrente”, razão pela qual se deverá afirmar a incompatibilidade da citada doutrina com os postulados do direito penal do “facto”.

Feito o excursus crítico pela doutrina de ROXIN importa, por último, abordar os delitos de mão-própria com vista ao seu afastamento como categoria da dogmática jurídico-penal.

Na doutrina nacional, a mesma surge associada, repita-se, à limitação estabelecida na parte final do artigo 28.º do CP. A título exemplificativo remete-se para crimes tais como a “falsidade de depoimento ou declaração” (artigo 359.º do CP) e a “falsidade de testemunho, perícia, interpretação ou tradução” (artigo 360.º do CP) ³²⁵. Com vista ao afastamento da categoria dogmática dos crimes de mão-própria, importa salientar, como princípio de abordagem, que não existe nenhuma imposição fundada no elemento gramatical dos tipos legais de crime que vincule o intérprete à sua qualificação como delitos de mão-própria ³²⁶. Dito isto, os delitos de mão-própria, saliente-se, resultam num tratamento desigual das diferentes modalidades participativas sem que especiais razões de “dignidade penal” ou de “necessidade de pena” o justifiquem. O que equivale a afirmar que a sujeição do autor imediato a um regime mais severo implica a violação do princípio da igualdade consagrado no art. 13.º da CRP ³²⁷.

O princípio da igualdade impede, na ótica da problemática em apreço, um tratamento desigual das diferentes formas de participação ³²⁸. Com efeito, todas as modalidades participativas admitidas pelo legislador sugerem o mesmo potencial de lesão ou colocação em perigo de bens jurídicos, pelo que o afastamento da co-autoria e autoria mediata resulta de uma interpretação dos tipos legais de crime incompatível com a

³²⁵ Para uma análise crítica dos tipos incriminadores, no sentido de afastar a imposição de qualificação como crime de mão-própria em virtude elemento gramatical, cf. ANTÓNIO ALMEIDA COSTA, *Existe Lugar Para a Categoria dos Delitos de Mão-Própria no Direito Penal Português?*, cit., página 286 a 289. Adianta o A. que nos tipos legais de crime do art. 359.º e 360.º refere-se a função processual na sua estrita objetividade e não a “pessoa” do concreto interveniente, caracterização que parece, implicitamente, remeter o crime em apreço para os “delitos-de-posição”. Em sentido convergente, embora partindo de pressupostos dogmáticos distintos, cf. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *op. cit.*, 1128 e MEDINA DE SEIÇA, *Comentário Conimbricense CP, Tomo I*, artigo 360.º, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, página 488. Para este último A., a admissibilidade da autoria mediata e, conseqüentemente, o afastamento do art. 360.º da categoria de delito de mão-própria, fundamenta-se na consideração de que o legislador ao punir formas mais leves de ataque ao bem jurídico (como por exemplo o suborno previsto no art. 363.º) sempre haveria de consagrar a punição da autoria mediata no crime do artigo 360.º, sob pena de contradição normativa.

³²⁶ Tal asserção é comprovada na doutrina por ALMEIDA COSTA por meio de uma análise dos tipos legais que comumente são inseridos nesta categoria. Cf. ANTÓNIO ALMEIDA COSTA, *Existe Lugar Para a Categoria dos Delitos de Mão-Própria no Direito Penal Português?*, cit., páginas 271 a 289.

³²⁷ Neste sentido, ANTÓNIO ALMEIDA COSTA, *Existe Lugar Para a Categoria dos Delitos de Mão-Própria no Direito Penal Português?*, cit., página 291.

³²⁸ Para uma supressão das atuais categorias participativas a sua inserção num diferente figurino, cf., *supra*, Parte I, Cap. III, ponto 3.3.

teleologia das valorações criminais. Tratam-se de diferentes modelos de aparecimento do facto criminoso com igual desvalor criminal, o que determina uma imposição constitucional de igual tratamento das diferentes modalidades de autor, sob pena de se proceder a uma interpretação desconforme à constituição ³²⁹

6.3.2. Síntese conclusiva: os delitos de relação-pessoal como expressão da ressalva final do artigo 28.º do Código Penal

Em jeito de síntese final, dedicaremos o último ponto do presente estudo a consolidar o alcance proposto *supra* para a ressalva final do artigo 28.º, preceito que determina a comunicabilidade das circunstâncias “exceto se outra for a intenção da norma incriminadora”. A distinção avançada, assente no binómio “delitos-de-posição”/“delitos de relação-pessoal”, assume a tarefa de proceder a um agrupamento concetual dogmaticamente sustentado. Pretende-se, em terreno que inunda de casuísmo, alcançar maior certeza e rigor na descodificação dos casos em que se não admite a comunicabilidade das circunstâncias ³³⁰. Trata-se, em suma, de propor uma distinção baseada na própria teleologia das valorações penais, posição que implica assumir como expressão da ressalva final do artigo 28.º apenas os delitos de relação-pessoal. Apenas nestes se verifica a atribuição de um diferente sentido de antinormatividade da conduta consoante a mesma seja perpetrada por um *intraneus* ou por um *extraneus*, consequência do vínculo “pessoalíssimo” estabelecido entre agente e vítima. Pelo contrário, nos delitos-de-posição (*tout court*) – em que as “qualidades ou relações especiais” definem um espaço objetivamente definido de acesso privilegiado ao bem jurídico – verifica-se um indistinto desvalor criminal das condutas de *intranei* e *extranei*, aspeto que dita a operacionalidade da comunicabilidade das circunstâncias. A isto se resume, cremos, a melhor interpretação do artigo 28.º.

³²⁹ Para maiores desenvolvimentos quanto ao princípio da igualdade, cf. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, Coimbra, Almedina, 1991, página 574.

³³⁰ Apontando o casuísmo, cf. ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *Ilícito Pessoal, Imputação Objetiva e Comparticipação em Direito Penal*, Tomo I, Coimbra, Almedina, 2014, página 520.

Bibliografia

AIRES DE SOUSA (S.), “*Contratado para matar: o início da tentativa em situações de aliciamento*”, RPCC, n.º 27, 2017

AIRES DE SOUSA (S.), *Questões Fundamentais de Direito Penal da Empresa*, 2.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2023

ALMEIDA COSTA (A.M.) – *Ilícito Pessoal, Imputação Objetiva e Comparticipação em Direito Penal*, Tomo I, Coimbra, Almedina, 2014

ALMEIDA COSTA (A.M.), *A burla no Código Penal Português*, Coimbra, Almedina, 2020,

ALMEIDA COSTA (A.M.), *A propósito do novo Código do Trabalho: bem jurídico e pluralidade de infrações no âmbito das contra-ordenações relativas ao “trabalho suplementar em Liber Discipulorum*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003

ALMEIDA COSTA (A.M.), *Elementos subjetivos especiais do ilícito-típico*, Coimbra, Almedina, 2023

ALMEIDA COSTA (A.M.), *Existe Lugar Para a Categoria dos Delitos de Mão-Própria no Direito Penal Português?*,

ALMEIDA COSTA (A.M.), *Sobre o crime de corrupção*, em *Separata do número especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra – “Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia”*, 1987

ANTÓNIO RAPOSO (J.), *A punibilidade nas situações de instigação em cadeia* , em *O Direito* 133

Atas da Comissão Revisora – Parte Geral, Vol. I e II, AAFDUL

BOLEA BARDON (C.), *Autoría Mediata en Derecho Penal*, Valencia, Tirant Monografias, 2000

BRANDÃO (N.), *A tutela penal especial reforçada da violência doméstica*, em *Julgar*, n.º 12

BRANDÃO (N.), *Bem Jurídico e Direitos Fundamentais: Entre a Obrigação Estadual de Proteção e a Proibição de Excesso*, em *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*, Vol. I, 2017

- BRANDÃO (N.), *Bens jurídicos coletivos e intervenção penal cumulativa*, RPCC, 2015
- BRANDÃO (N.), *Corrupção: a questão da consumação material e as suas consequências*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2021
- BRANDÃO (N.), *Pacto para matar: autoria e início de execução*, RPCC, Ano 18, 2008
- CARLOS LOUREIRO (J.), *A tentação de Midas: panconstitucionalismo(s), idolatria(s) e realização do direito*, em *Juízo ou decisão? O problema da realização jurisdicional do direito*, Coimbra, 2016
- CATARINA SÁ GOMES (A.), *Comparticipação : Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27 de Janeiro de 1999*, em *Casos e Materiais de Direito Penal*, Coimbra, Almedina, 2000,
- CAVALEIRO DE FERREIRA (M.), *Direito Penal Português*, Viseu, Verbo, 1982
- CEREZO/MONTALVO (C./C.), *Derecho Penal – Parte General*, Tomo I, 2.ª edición, Barcelona, Editorial Bosch, 2001
- CONCEIÇÃO VALDÁGUA (M.), *Autoria mediata em virtude do domínio da organização ou autoria mediata em virtude da subordinação voluntária do executor à decisão do agente imediato*, em *Liber Discipulorum*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003
- CONCEIÇÃO VALDÁGUA (M.), *Figura central, aliciamento e autoria mediata*, em *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, Vol.I, 2001
- CONCEIÇÃO VALDÁGUA (M.), *Início da tentativa do Co-autor*, 2.ª edição, Lisboa, Lex Edições Jurídicas, 1993.
- CONCEIÇÃO VALDÁGUA (M.), *Observações suscitadas pela conferência do Professor Claus Roxin sobre Autoria mediata através do domínio da organização*, em *Lusíada: Revista de Ciência e Cultura. Direito*, Série II, n.º 3, 2005
- CORREIA (E.), *Direito Criminal II*, Coimbra, Almedina, 1968
- COSTA (F.), *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo II, 2.ª edição, Coimbra, Gestlegal
- COSTA PINTO (F.), *A categoria da Punibilidade na Teoria do Crime*, Coimbra, Almedina, 2013

CUNHA (D.), *Algumas reflexões críticas sobre a omissão imprópria no sistema penal português*, em *Liber Discipulorum J. Figueiredo Dias*

CURADO NEVES (J.), *Indícios de culpa ou tipos de ilícito? : a difícil relação entre o n.º1 e o n.º 2 do artigo 132.º do CP*, em *Liber Discipulorum J. Figueiredo Dias*

ELISABETE FERREIRA (M.), *Crítica ao pseudo pressuposto da intensidade no tipo legal de violência doméstica*, em *Julgar Online*, maio de 2017

FARIA COSTA (J.), *Direito Penal e Liberdade*, Lisboa, Âncora Editora, 2020,

FARIA COSTA (J.), *O Perigo em Direito Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2000

FERNANDA PALMA (M.), *Da “Tentativa Possível” em Direito Penal*, Coimbra, Almedina, 2006

FERNANDA PALMA (M.), *Direito Penal – Parte Geral*, 5.ª edição, Lisboa, AAFDL, 2020,

FERNANDA PALMA (M.), *O caso do “very-light”*, em *Casos e Materiais de Direito Penal*, Coimbra, Almedina, 2000

FERRÉ OLIVÉ/ÁNGEL NÚÑEZ PAZ (J./M.), *Direito Penal Brasileiro*, 2.ª edição, Saraiva Jur, 2017

FERREIRA DA CUNHA (M.C.), *“Constituição e Crime” – Uma perspetiva da criminalização e descriminalização*, Porto, Universidade Católica Portuguesa, 1995

FERREIRA DA CUNHA (P.), *Ultima Ratio: Uma (Re)Visão Filosófico-Constitucional da Ciência do Direito Penal em Direito Penal : Fundamentos Dogmáticos e Político-Criminais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013

FERRO (J.), *Teoría de la participación criminal*, 2.ª edición, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo Y Ricardo Depalma, 2004

FIDALGO (S.), *A violação do dever objetivo de cuidado como essência do ilícito típico negligente*, em *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*, Vol. I, 2017

FIGUEIREDO DIAS (J.), *“O «direito penal do bem jurídico» como princípio jurídico-constitucional implícito”*, *RLJ*, n.º 3998, 2016

FIGUEIREDO DIAS (J..) – *Direito Penal Parte Geral*, Tomo I, 3.^a edição, Coimbra, Gestlegal, 2019

FIGUEIREDO DIAS/AIRES DE SOUSA (J./S.), *A autoria mediata na condução ilegal*, em *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n.º 3937

FIGUEIREDO DIAS/BRANDÃO (J./N.), *Comentário Conimbricense CP I*, artigo 132.º

GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, Coimbra, Almedina, 1991

INÊS FEITOR (S.), “*Análise Crítica do Crime de Violência Doméstica*”, em *Rúbrica Pontos de Vista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*

JACOB MORAIS (P.), *Em torno do direito penal do inimigo*, Coimbra, Gestlegal, 2020

JAKOBS (G.), *Derecho Penal : Parte Geral – Fundamentos y Teoria de la Imputación*, 2.^a edição, Madrid, Marcial Pons, 1997

JAKOBS (G.), *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, Madrid, Civitas Ediciones, 2003

JAKOBS/CANCIO MELIÁ (G./M.), *Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas*, 2.^a edição, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2007

JAKOBS/MELIÁ (G./C.), *Derecho Penal de enemigo*, Madrid, Civitas Ediciones, 2003

JESCHEK/WEIGEND (H./T.), *Tratado de Derecho Parte General*, 5.^a edição, Granada, Comares Editorial

LAMAS LEITE (A.), *As “posições de garantia na omissão impura”. Em especial, a questão da determinabilidade penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007

MARQUES DA SILVA (G.), *Direito Penal Português – Parte Geral*, Tomo II, 2.^a edição, Lisboa, Verbo, 2002

MASCARENHAS DE ALMEIDA (S.), *Comparticipação criminosa e comportamento organizacional*, em *Comparticipação, Pessoas Coletivas e Responsabilidade* (coord. Teresa Beleza e Frederico Costa Pinto), Coimbra, Almedina, 2015

MAURACH/GOSSEL/ZIPF, *Derecho Penal (R./K./H.), Parte General*, Tomo II, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo Y Ricardo Depalma, 1995

MEDINA DE SEIÇA, *Comentário Conimbricense CP, Tomo III*, artigo 369.º, Coimbra, Coimbra Editora, 2001

MIGUEZ GARCIA (M.), *O risco de comer uma sopa e outros casos de Direito Penal*, Coimbra, Almedina, 2011

MIGUEZ GARCIA/ CASTELA RIO (M./M.) , *Código Penal : Parte geral e especial*, Coimbra, Almedina, 2014

MORÃO (H.) , *Autoria e Execução Comparticipadas*, Coimbra, Almedina, 2014

MORÃO (H.), *Comparticipação e emoções: introdução*, em *Emoções e Crime – Filosofia, Ciência, Arte e Direito Penal* (coordenação de Maria Fernanda Palma et al.), Coimbra, Almedina, 2013

PINTO DE ALBUQUERQUE (P.), *Comentário do Código Penal à Luz da Constituição de República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4.ª edição atualizada, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2021

PIZARRO BELEZA (T.) – *Direito Penal*, Vol. II, AAFDL

PIZARRO BELEZA (T.), *A estrutura da autoria nos crimes de violação de dever-Titularidade versus domínio do facto*, em *RPCC* 2, 1992

PIZARRO BELEZA (T.), *Illicitamente comparticipando – O âmbito de aplicação do artigo 28.º do Código Penal*, em *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Eduardo Correia, Vol. III*, Coimbra, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1984

PUIG (M.), *Derecho Penal -Parte General*, 10.ª edição, Barcelona, Editorial Reppertor, 2016

QUINTELA DE BRITO (T.), *Crime praticado em estado de inimputabilidade auto-provocada, por via do consumo de álcool ou drogas*, AAFDL, 1991

RIBEIRO DE FARIA (P.), *Formas especiais do crime*, Porto, Universidade Católica Editora, 2017

RIBEIRO DE FARIA (P.), *Formas especiais do crime*, Porto, Universidade Católica Editora, 2017

RODRIGUES NUNES (D.), *Curso de Direito Penal Parte Geral, Tomo I*, 2.^a edição, Coimbra, Gestlegal, 2023

ROXIN (C.), *Autoría y Dominio Del Hecho En Derecho Penal*, 7.^a edición, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas Y Sociales, 1999

ROXIN (C.), *La teoria del Delito en la discusión actual, Tomo I*, Grijley Editora

ROXIN (C.), *O conceito de Bem Jurídico como padrão crítico da norma penal posto à prova*, em *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 23, n.º1, 2013

SÁ PEREIRA/LAFAYETTE (V./A.), *Código Penal anotado e comentado*, Lisboa, Quid Juris, 2014

SALINAS MONTEIRO (H.), *A comparticipação em crimes especiais no Código Penal*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 1999.

SEIXAS MEIRELES (M.P.), *Da associação criminosa à criminalidade organizada no ordenamento jurídico-penal português*, Coimbra, Gestlegal, 2020

SILVA PEREIRA (M.), *O Direito*, 126.º, Ano 1994

SIMAS SANTOS /LEAL-HENRIQUES (M.M.), *Noções de Direito Penal*, 7.^a edição, Letras e Conceitos, 2020, página 161

SOUSA BRITO (J.), *Textos de direito penal, Tomo I*. Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1999

SUZANO (H.), *Da criminalização do Enriquecimento Ilícito dentro dos limites da CRP em Julgar online*, 2013

TAIPA DE CARVALHO (A.), *A Legítima Defesa*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995

TAIPA DE CARVALHO (A.), *Comentário Conimbricense CP, Tomo I*, artigo 152.º, Coimbra, Coimbra Editora, 2001

Jurisprudência

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, n.º do processo 26/09.9GTGRD.C1, de 11/05/2011, relatado por ORLANDO GONÇALVES.

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, n.º do processo 67/09.6GAAVZ.C1, de 23/05/2012, relatado por JOSÉ EDUARDO MARTINS

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, n.º do processo 702/06.8GBCNT-A.C1, de 12/09/2007, relatado por GABRIEL CATARINO

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, n.º do processo 5148/20.2JAPRT-A.P1, de 10/03/2021, relatado por LILIANA DE PÁRIS DIAS

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, n.º do processo 04P136, de 31/03/2004, relatado por HENRIQUES GASPAR, bem como Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, n.º do processo 205/12.1GGSTB.E1, de 11/03/2014, relatado por JOSÉ MARTINS SIMÃO

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, n.º do processo 470/16.5JACBR.S1, de 14/12/2017, relatado por FRANCISCO CAETANO

Acórdão do TC n.º 377/2015, n.º do processo n.º 658/2015, relatado por MARIA LÚCIA AMARAL