

UNIVERSIDADE DO PORTO
FACULDADE DE DIREITO
2.º CICLO DE ESTUDOS EM DIREITO



**Da instigação aos crimes de guerra: zonas de fronteira e
fundamentos de punibilidade**

Lúcio Micael Mota de Almeida

Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais apresentada à
FDUP, sob orientação do Prof. Doutor André Lamas Leite

Agradecimentos

*À Sara e à Samanta,
Por todo o apoio e carinho.*

Resumo

O presente trabalho visa tratar a evolução jurídico-dogmática da imputação do facto jurídico-penalmente relevante à conduta do agente e a opção legislativa no Direito penal português. Tentaremos delimitar a fronteira entre a instigação e a autoria mediata e a fundamentação material da primeira. Pretendemos também explicar a resposta que o Direito Penal deve dar para a questão de autoria num contexto de aparelhos organizados de poder e no tocante a crimes de guerra, invocando a particularidade jurídica do "Caso Eichmann" e as soluções propostas.

Palavras-chave: Instigação, autoria, execução, facto ilícito, participação, agente, domínio de facto, dolo, aparelhos de poder.

Abstract

This dissertation aims to analyse the juridic-dogmatic evolution of the criminally relevant factual imputation of the agent's conduct and the legislative decision of the Portuguese Criminal Law.

We will try to delimit the border between instigation and mediate authorship and the material reasoning of the former.

We also intend to explain the answer that Criminal Law should give to the question of authorship in a context of organized bodies of power and in relation to war crimes, invoking the legal particularities of the "Eichmann Case" and its proposed solutions.

Keywords: Instigation, authorship, execution, unlawful fact, co-participation, mastery of fact, intent, bodies of power.

LISTA DAS ABREVIATURAS UTILIZADAS

BGH (*Bundesgerichtshof*) - Supremo Tribunal Federal alemão

CP – Código Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

KGB (*Komitet Gosudarstvennoy Bezopasnosti*) - antigos serviços secretos da União Soviética

RDA – República Democrática Alemã

RFA – República Federal Alemã

SS (*Schutzstaffel*) – Secção de Segurança das milícias Nazis

StGB (*Strafgesetzbuch*) – Código Penal alemão

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TRP – Tribunal da Relação do Porto

Índice

Introdução	6
1. Conceito de “autor”, critérios de definição de “autoria” e relação com a punibilidade do comportamento do instigador – o artigo 26.º do CP	10
1.1 Teoria formal-objetiva.....	11
1.2 Teoria material-objetiva.....	13
1.3 Teoria subjetiva.....	15
1.4 Teoria da imputação objetiva.....	19
1.5 Teoria do domínio de facto.....	23
2. O domínio do facto como um conceito aberto	26
3. A instigação num sistema jurídico de participação – o modelo português de Comparticipação criminosa.....	30
3.1. Divergência doutrinal: a natureza jurídica da instigação.....	32
4. A instigação e a zona de fronteira com a autoria mediata - a especificidade do “caso Eichmann”	36
5. A particularidade jurídica do “caso Eichmann”	40
5.1 Processo Eichmann: Acusação <i>c.</i> Defesa.....	42
5.2 Construções dogmáticas: Autoria mediata em cadeia?.....	44
5.3 O domínio da organização e os aparelhos organizados de poder.....	47
5.4 A autoria mediata através do domínio da organização e a rejeição da proposta de instigação- o verdadeiro sentido e alcance de “determinar” outrem à prática de um crime.....	49
5.5 Co-autoria e outras soluções aventadas.....	52
6. Crimes de guerra: o caso análogo dos “Atiradores do Muro” - a solução adotada.....	55
Conclusão.....	56
Bibliografia.....	58

Introdução

A instigação é uma figura controvertida do ordenamento jurídico-penal português, tendo sido várias e distintas as tentativas de explicar a sua natureza dogmática e o seu enquadramento sistemático na mundividência jurídica mundial.

Mais do que um estudo profundo e detalhado, no sentido de “colar” um rótulo à figura participativa da instigação, de modo a identificá-la como modalidade autónoma de autoria ou de participação criminosas, este trabalho focar-se-á no ponto de partida da imputação jurídico-penalmente relevante, o conceito de autor e os vários critérios propostos pela dogmática penal ao longo dos tempos, e a relação entre o artigo 26.º do CP, o seu enquadramento legal e o fundamento da punição do instigador, que embora agindo com dolo, não realiza de mão própria o(s) crime(s) praticado(s) pelo instigado, sendo-lhe imposta uma sanção dentro da moldura penal abstrata do crime do autor.

Explicar o fundamento de tal punição, que pode ser considerada excessiva à primeira vista, implica aceitar um conjunto de postulados básicos, comumente tidos como pacíficos na doutrina e na jurisprudência penalistas contemporâneas, como o desvalor de ação característico do ato de instigar outrem à prática de um facto jurídico-penalmente relevante¹ e a consideração de que o instigador “desencadeia todo o processo causal que culmina no facto praticado pelo autor²”.

É, pois, na quarta proposição do artigo 26.º CP que nos vamos centrar, e tentar descortinar qual o critério de imputação do facto ao agente que o legislador adotou para criminalizar a conduta do instigador, nas “malhas” do facto jurídico-penalmente relevante praticado pelo autor imediato (material) e da respetiva moldura penal abstrata prevista para o mesmo.

O CP subordina a punição da conduta do instigador à execução ou começo da execução por parte do autor material do crime, o que nos remete para uma ideia de acessoriedade, comum às modalidades de participação criminosa, e que encontra a sua razão de ser na tese maioritária alemã, proposta por ROXIN, do “ataque acessório ao bem jurídico”, que, segundo o autor se caracteriza por toda a participação consistir numa causação acessória

¹ Como ensina JOÃO ANTÓNIO RAPOSO, “importa encontrar aquele plus que torna particularmente desvaliosa a conduta do instigador, designadamente quando confrontada com a cumplicidade, que levou a que o legislador a equiparasse, em termos de punição, à autoria”, RAPOSO, João António, «A punibilidade nas situações de “instigação em cadeia”», in: *O Direito*, 133, 2001, p. 927.

² *Ibidem*, p.927.

de lesão/ataque ao bem jurídico.

Como explicar então, que dentro de um sistema jurídico que condiciona a punição do instigador ao começo da execução do facto pelo instigado, aquele seja punido com uma pena, em abstrato, equiparada à do autor material?

Para um largo setor da doutrina, a conduta do instigador caracteriza-se por consubstanciar o “impulso inicial e decisivo” para a execução do facto, sendo essa a “circunstância que motiva a sua equiparação punitiva à autoria³”.

O instigador, devido ao papel preponderante que assume na influência psíquica dissuasora da conduta do autor, fazendo surgir neste uma vontade (antes inexistente!) de praticar um facto ilícito típico, é formalmente incluído no preceito que incorpora as várias modalidades tradicionais de autoria, “apesar da lei afirmar aí quem é punido como autor e não quem na realidade o é”⁴.

Destriçamos, obviamente, a “instigação” prevista na quarta proposição do artigo 26.º do CP, entendida como uma participação num facto ilícito típico praticado por outra pessoa (articulação da Parte Geral do CP com o concreto crime tipificado na Parte Especial do mesmo, cometido pelo agente) da “instigação pública a um crime”, previsto no artigo 285.º CP, e que pune “quem, em reunião pública, através de meio de comunicação social, por divulgação de escrito ou outro meio de reprodução técnica, provocar ou incitar à prática de um crime determinado”.

Neste concreto preceito, a conduta punível é uma “particular instigação no sentido de alguém cometer um crime”. Distingue-se, pois, da instigação enquanto participação criminosa, uma vez que se dirige a destinatários indeterminados, e neste tipo de situações, a lei penal portuguesa “não exige a verificação de qualquer resultado, bastando a produção de uma resolução criminosa”⁵.

³ RAPOSO, João António, *op. cit.*, pp. 927-928.

⁴ PEREIRA, Margarida Silva, «A comparticipação criminosa depois do Código Penal de 1982», in: MANUEL DA COSTA ANDRADE *et al.* (coords.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, vol. II, p. 800.

⁵ MONIZ, Helena, «Anotação ao art. do CP» *Comentário ao Código Penal Conimbricense*, 2ª ed., p. 1141.

Através da confrontação entre as várias teorias formuladas a respeito do critério de autoria/imputação jurídico-penalmente relevante do facto à(s) conduta(s) do(s) agente(s), conseguiremos descortinar qual o ponto de partida preconizado pelo legislador ordinário, o parâmetro por este adotado no artigo 26.º do CP, pedra basilar da autoria criminosa.

Como defende CAVALEIRO DE FERREIRA, “a comparticipação supõe sempre uma pluralidade de agentes que nela participam”, sendo que “os agentes do crime podem ser, assim, autores ou cúmplices”⁶.

O CP de 1886 dispunha, no seu artigo 20.º, 4.ª alternativa, que são autores (substituindo a expressão “são considerados autores” que provinha do CP de 1852) “os que aconselharam ou instigaram outro a cometer o crime nos casos em que, sem esse conselho ou instigação, não tivesse sido cometido”.

Servir-nos-emos dos ensinamentos da doutrina e da jurisprudência nacionais para, com base na qualificação do nosso sistema jurídico de comparticipação criminosa, concluir que a índole essencial do comportamento do instigador é criar uma resolução criminosa no autor imediato, no sentido de que sem essa influência impulsionadora, o crime não seria, de todo, praticado.

Esta visão das coisas tem tradição secular no ordenamento jurídico português, tendo sido aperfeiçoado e sedimentado pela doutrina e jurisprudência com o decorrer das várias épocas históricas.

A ideia de acessoriedade ou “causação”⁷ tem também raízes profundas na dogmática penal europeia, com uma certa influência do Direito alemão.

O CP português de 1982 veio consagrar expressamente a autoria mediata, dispondo que é “punível como autor quem executa o facto, por si mesmo, ou por intermédio de outrem (...)”, e definir a instigação como “autoria moral”⁸, desde que haja execução ou começo de execução, o que traz consigo a ideia de afetação do bem jurídico tutelado pela concreta norma, violada pelo autor imediato, orientada pela acessoriedade-subordinando a punição do instigador à prática de atos de execução do crime por parte do agente (instigado).

⁶ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *Lições de Direito Penal*, reimp. da 4ª ed. p. 473.

⁷ Segundo a doutrina maioritária alemã da época, a teoria da causalidade preconizava que é autor quem dá causa ao crime, adotando um critério extensivo de autor em direito penal.

⁸ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *op.cit.*, p. 474.

Segundo CAVALEIRO DE FERREIRA, a fórmula “execução por intermédio de outrem” referente aos casos de autoria mediata é inadequada, tendo sido transposta para o direito português por influência do ordenamento jurídico alemão, o que segundo o autor obscureceu o entendimento da nossa lei penal, à época.⁹

Este alargamento da categoria de “autoria moral” aos autores mediatos conduziu a contradições insanáveis, o que levaria a posteriores desenvolvimentos legais e doutrinários, no sentido de definir claramente as margens da “execução” do crime, do conceito de “autor” e da posição a atribuir à instigação no direito penal português.

Porém, fica claro que a nossa lei não consagrou expressamente a punibilidade de instigação por negligência, exigindo uma atuação dolosa por parte do instigador, e deixando de lado qualquer intenção de criminalizar a tentativa (frustrada) de instigação, nos casos em que o autor imediato não praticou qualquer ato de execução de um ilícito típico.

Pretenderemos, com o nosso estudo, analisar a natureza jurídica da figura da instigação e o seu papel sistemático na jusracionalidade penal portuguesa e europeia.

Com o escopo de delimitar as fronteiras jurídico-penalmente atendíveis da autoria mediata, e a sua diferenciação da figura da instigação (explanando os traços essenciais e caracterizadores da mesma), partiremos do famoso “Caso Eichmann”, conhecido nazi, e assim lograr determinar o específico conteúdo e sentido da expressão “determinar outrem à prática de um crime”, que o nosso CP (também) acolhe.

Em sentido concordante, mobilizaremos segmentos da juspenalidade de vários ordenamentos jurídico-penais europeus para enriquecer-nos o nosso debate sobre a problemática dos crimes de guerra e/ou cometidos através de aparelhos organizados de poder.

Trataremos de dissecar as propostas de solução para os casos controvertidos, quer sejam as que propõem a co-autoria, ou a hipótese de instigação por parte dos dirigentes hierarquicamente superiores ou aquelas que veem na autoria mediata a categoria jurídico-penal mais consentânea com o conteúdo e gravidade dos crimes cometidos por quem, do topo da pirâmide, instrumentaliza outrem à prática de crimes.

Por fim, com o fito de ornar o nosso ponto de vista, mobilizaremos um caso análogo de crimes de guerra, discutindo criticamente as soluções aventadas.

⁹ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *op. cit.*, p.482.

1. Conceito de “autor”, critérios de definição de “autoria” e relação com a punibilidade do comportamento do instigador – o artigo 26.º do CP

Para compreender corretamente a figura da instigação, e a fundamentação da punição do instigador, é forçosamente necessário dissecar o conceito de autor, e explanar as várias teses propostas para a delimitação de tal conceito, dado que o artigo 26.º do CP dispõe que “é punível como autor quem (...) dolosamente determinar outra pessoa à prática do facto, desde que haja execução ou começo de execução”.

Nas palavras de BELLING, uma ação é um “comportamento corporal voluntário consistente num *facere* (ação positiva) ou *non facere* (omissão)”¹⁰, sendo que este autor era partidário de uma teoria naturalista, alheia a qualquer valoração normativa ou social, pois tudo se passaria no plano causalista, transposto para o campo do Direito Penal.

Apesar de ter representado um grande avanço para a imputação de um facto ao seu verdadeiro agente, este entendimento foi severamente repudiado por diversos autores como WELZEL, HARTMANN ou MAURACH, que concebiam que o centro de interesse do Moderno Direito Penal seria a “natureza do comportamento reprovável”¹¹, sendo de afastar qualquer teoria de imputação do resultado à conduta do agente que não se situasse num plano de relação valorativa com a finalidade da ação do agente, ou seja, aquilo que este desejava no momento da prática do facto típico.

É, pois, deste controverso processo de imputar a alguém o resultado de uma conduta que partiremos para, outrossim, entendermos em que molde uma pessoa que determina outra à prática de um crime pode ser responsabilizada por essa conduta que catalisou a prática de um facto ilícito.

A instigação está tacitamente prevista no preceito que alude à autoria, tendo sido o legislador ordinário cauteloso, ao diferenciar a instigação da cumplicidade (prevista expressamente no artigo 27.º CP), sendo que, ao equiparar o instigador ao autor (material) do crime, aquele será punido dentro dos moldes previstos para o ilícito perpetrado pelo agente.

¹⁰ JESUS, Damásio de *Direito Penal. Parte Geral*, 32.ª ed, p. 270

¹¹ Cf. *op. cit.*, p. 271.

Urge delimitar o âmbito de autoria e de comparticipação criminosa, e o respetivo critério adotado pelo legislador português para imputar ao instigador um resultado (facto ilícito típico praticado pelo autor) que não foi realizado por si mesmo, e a fundamentação dogmática da sua punibilidade.

Estamos perante um problema de imputação jurídico-penalmente relevante, ou no dizer de A. M. DE ALMEIDA COSTA, de “imputação objetiva”, em que “a importância relativa que deve conferir-se aos vários intervenientes na produção de um evento delituoso há-de depender do desvalor objetivo das respectivas condutas, e assim de compreender-se como uma questão atinente ao ilícito das atuações envolvidas”^{12 13}.

Como conciliar esta questão com os princípios constitucionais de direito penal, e com as disposições do CP que exigem o respeito pela legalidade e pelos princípios do facto e da proporcionalidade, eis uma tarefa árdua que exigirá, da nossa parte, um breve excursão pela História, de modo a desimplicar todo um caminho percorrido por inúmeros juristas, que influenciaram indiscutivelmente as opções legislativas e, por inerência, as decisões jurisprudenciais ao longo dos tempos.

1.1. Teoria formal-objetiva

Ligada ao nome de BELING, a teoria formal-objetiva defende que autor será aquele que executa pessoalmente o facto, em função da norma incriminadora, ou seja, distinguia autor e participante, “consoante a sua conduta constituísse um ato típico ou, pelo contrário”, um comportamento que, embora integrando um contributo para a realização do delito, não coubesse na descrição da *fattispecie*”¹⁴.

Segundo esta teoria, que partia de um conceito restritivo de autor, este seria considerado como tal quando o seu comportamento se moldasse ao círculo abrangido pela descrição típica da norma legal, o mesmo é dizer, quando realizasse a conduta tipicamente descrita.

¹²A este respeito, vide A. M. DE ALMEIDA COSTA, *Ilícito pessoal, imputação objetiva e comparticipação em direito penal*, p. 567.

¹³ *Idem*.

¹⁴ *Ibidem*, p. 216.

Esta doutrina caracteriza-se por colocar a tónica na relação entre o agente do crime e a realização do facto ilícito típico, em conformidade com o princípio “*nullum crimen sine lege*”, que exige a cominação de uma lei prévia que declare punível a conduta do autor do ilícito.

Seria, assim, denominado de autor - aquele que executa, pelo menos em parte, a conduta compreendida no tipo legal de crime.

A teoria formal-objetiva “assentava numa interpretação rigorosamente literal da descrição da ação contida nos tipos incriminadores, de acordo com o sentido mais próximo da linguagem quotidiana, considerando-se autor, deste modo, apenas, quem executasse, de forma pessoal e, ao menos, parcialmente, o comportamento típico”^{15 16}.

Esta teoria teve o mérito de constituir um ponto de partida para a posterior discussão dogmática em torno da comparticipação criminosa – ou, como nos ensina JOSÉ ULISES PLACENCIA, o seu maior acerto traduziu-se em distinguir o autor do participante, através de uma ideia de execução do ilícito-típico¹⁷.

Contudo, não está isenta de críticas, o que levaria à sua postergação.

A maior crítica apontada a esta teoria prende-se com a sua insuficiência para delimitar as várias formas de autoria, nomeadamente a autoria mediata e a co-autoria, assentando num critério prático-normativo insustentável, uma vez que a autoria mediata caracteriza-se pela circunstância do autor mediato não realizar o facto típico pelas próprias mãos, mas sim por intermédio de outra pessoa.

A teoria formal-objetiva também não é capaz de delimitar convincentemente a co-autoria, “pelo menos nos crimes puros de resultado, em que a descrição do ilícito da ação, caracterizada apenas de forma livre e pela aptidão causal, não permite diferenciar com segurança as hipóteses de co-autoria das situações de cumplicidade, como no exemplo em que alguém segura a vítima para que outrem a estrangule”¹⁸.

¹⁵ MORÃO, Helena, *Autoria e Execução Comparticipadas*, p. 77.

¹⁶ No mesmo sentido, PLACENCIA, José Ulises Hernandez, *La autoria mediata en Derecho Penal*, 1996, p. 22 “autor es, según esta concepción, aquél que ejecuta por sí mismo, en todo o en parte, la acción descrita en el tipo penal”.

¹⁷ PLACENCIA, José Ulises Hernandez, *op. cit.*, p.23.

¹⁸ MORÃO, Helena, *op. cit.*, p.78.

Em suma, esta teoria consubstanciou um “ponto de partida” na figura do elemento formal-objetivo, definindo um núcleo essencial no qual gravitaria a discussão dogmática em torno da problemática do concurso de agentes.¹⁹

Destarte, apesar do seu inegável contributo para a destrinça entre autor e participante do crime, esta teoria revelou-se incapaz de oferecer um critério seguro no sentido de delimitar as tradicionais formas de autoria, “havendo, por isso, necessidade de interpretar e averiguar o que significa a execução do facto (conceito indeterminado) em função de cada crime em concreto”²⁰.

1.2. Teoria material-objetiva

Para superar as insuficiências da teoria anterior, surgiu a teoria material-objetiva, segundo a qual “será autor aquele que causa a consumação do facto, aquele que, considerando o desenrolar normal do processo criminoso, lhe oferece uma contribuição causal determinante”²¹.

Adotando, por sua vez, um conceito extensivo de autor, esta teoria plasmava que não só quem realiza a conduta tipicamente descrita deveria ser considerado autor, mas também aquele que, de qualquer modo, contribuiu para a produção do resultado.

Esta conceção defendia que é autor do crime todo aquele que lhe tiver dado uma causa, tiver contribuído para a realização da *fattispecie* compreendida no tipo legal de crime, sempre que se puder afirmar que o facto não teria sido cometido sem aquela contribuição.

Esta doutrina fez renascer a ideia de causalidade, sendo que a distinção entre autor e participante centrava-se no contributo causal determinante para a realização do facto ilícito típico, sendo considerado mero participante no crime do autor aquele que tiver posto uma causa (não determinante) para a realização do crime, mas este, ainda assim, se consumaria, em tempo, modo ou lugar diferentes.

¹⁹ A.M. ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, p. 238.

²⁰ OLIVEIRA, Sílvia, *A justificação- ou não justificação- da figura da instigação no nosso Código Penal*, Dissertação de Mestrado em Direito Criminal, Universidade Católica Portuguesa, p. 9.

²¹ FARDILHA, Mariana da Costa Nunes, *Tentativa de Instigação: Punibilidade da Proposta de Homicídio*, Dissertação do 2º Ciclo de Estudos em Direito Criminal, Universidade Católica Portuguesa, p.15.

Como demonstra A. M. DE ALMEIDA COSTA, há que restringir a designação - de “material-objetiva” à doutrina que alguns convencionaram chamar de “teoria da necessidade”, que faz assentar a distinção autor/participante na relevância das respetivas condutas para a realização do tipo de crime.²²

A teoria material-objetiva procurou delimitar a autoria através de um critério de perigosidade, sendo que seria considerado autor aquele cujo contributo para a realização do crime fosse de tal modo intenso que este ser-lhe-ia objetivamente imputado, em termos de relação causal determinante para a ocorrência do delito.

Esta teoria não logrou aceitação na dogmática penal europeia²³, dado que se revelou inepta para delimitar corretamente as fronteiras do ilícito típico e para servir de base segura a uma distinção entre autoria e participação, tendo sido criticada por introduzir critérios desvinculados do tipo legal de crime e por olvidar a importância do elemento subjetivo na caracterização do papel do comparticipante no crime.

Ao definir autor como aquele “cuja atividade integre uma condição necessária ou indispensável da verificação do crime”²⁴, a teoria material-objetiva fundamentava a punição do mero participante em virtude da menor gravidade do seu contributo para a realização do facto ilícito típico (fazendo ressurgir a velha dicotomia comportamento *causam dans*/ comportamento *causam non dans*).

²² A. M. DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, p. 265.

²³ PLACENCIA, José Ulises Hernandez, *La autoria mediata en Derecho Penal*, p. 30, “pues en la actualidad no les da ningún cobijo la moderna Ciencia del Derecho Penal”.

²⁴ A.M. DE ALMEIDA COSTA, *ob. cit.*, p. 269.

Como aponta A. M. DE ALMEIDA COSTA, e em nosso entender bem, a teoria material-objetiva “não logra explicar os casos em que o preenchimento da *fattispecie* requer um desvalor de ação não assimilável à simples idoneidade da conduta para ofender o bem jurídico”. Entendemos não ser capaz de delimitar coerentemente as hipóteses de crimes de intenção ou de perigo abstrato, traduzindo-se numa doutrina desadequada para contrapor a autoria à participação, dado que a já aludida dicotomia conduz a soluções dogmáticas insustentáveis no quadro de um direito penal do facto, como o nosso, que tem como postulado básico o princípio da culpa^{25 26}.

1.3 Teoria subjetiva

A teoria subjetiva visava colmatar as insuficiências das teorias objetivas, e partia da vontade do agente (elemento subjetivo), qualificando como autor aquele que atuasse com “*animus auctoris*”, prosseguindo um interesse próprio, com vontade de autor, enquanto que seria considerado participante, de outra parte, aquele que atuasse com “*animus socii*”, ou seja, com vontade de participar num facto alheio, colaborando com o autor, deixando a cargo deste a decisão sobre o se e o como da realização do facto ilícito típico.

Tal doutrina “fazia depender a distinção entre autor e participante da atitude interna do indivíduo perante o *iter criminis*”²⁷.

²⁵Ibidem, pp.277-279,280-282

²⁶ANTUNES, Maria João, «Direito Penal, Direito Processual Penal e Direito da execução das sanções privativas da liberdade e Jurisprudência Constitucional», in: *Julgar*, 21 (2013), p. 96, “o princípio constitucional penal da culpa é um dos princípios que a jurisprudência fez decorrer do texto da Constituição, dos artigos 1.º e 25.º, n.º 1 (Acs. n.ºs 43/86, 426/91, 83/95, 274/98 e 605/2007). “Deriva da essencial dignidade da pessoa humana, que não pode ser tomada como simples meio para a prossecução de fins preventivos, e articula-se com o direito à integridade moral e física” (Ac. n.º 426/91). Este princípio exprime-se, em direito penal, a vários níveis: veda a incriminação de condutas destituídas de qualquer ressonância ética; impede a responsabilização objetiva, obrigando ao estabelecimento de um nexos subjetivo — a título de dolo ou de negligência — entre o agente e o seu facto; obsta à punição sem culpa e à punição que exceda a culpa (Ac. n.º 426/91)”.

²⁷A.M. DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, p. 239.

No mesmo sentido, HELENA MORÃO procura demonstrar que se afigurará como autor do crime o sujeito que presta um contributo causal com “vontade de autor”, enquanto aquele que o faz com “vontade de participante” será considerado um mero participante no crime do autor²⁸.

Os critérios seguidos não se situam no campo da objetividade, mas sim num plano intrapsíquico, como a vontade, a intenção, os motivos ou as atitudes dos intervenientes em determinado delito.

Os adeptos da doutrina em apreço seguiam por uma de duas vias: a teoria do dolo, que assentava a distinção entre autor e participante consoante o comportamento se traduzisse ou não na vontade de cometer o delito como facto próprio, ou a teoria do interesse, que demarcava a contraposição autoria/participação através da perspectiva de colaborar num projeto criminoso de outrem.

Semelhante construção revelar-se-ia totalmente incompatível com o direito penal do facto, alicerçado no princípio da culpa, pois comportava a transição para um direito penal do agente, subvertendo os momentos do ilícito e do tipo objetivo, esgotando-se a classificação como autor do crime na mera avaliação da atitude interna do agente perante o concreto *iter criminis*, e deixando de lado o desvalor global do comportamento do agente.

Nesta linha de pensamento, critica GIMBERNAT ORDEIG a teoria subjetiva, no sentido de que esta se revela inoperante no que toca à distinção das várias formas de comparticipação criminosa²⁹.

Tal compreensão das coisas, na visão dos adeptos da teoria subjetiva, levaria a insuperáveis dificuldades ao nível dos casos concretos, pois não é fácil discernir a intenção (*animus*) do autor e a mera circunstância de aquele se comportar com vontade de realizar o facto típico como próprio não é suficiente para se classificar alguém como autor de um crime³⁰.

²⁸ MORÃO, Helena, *Autoria e Execução Comparticipadas*, p.75.

²⁹ PLACENCIA, José Ulises Hernandez, *ob. cit.*, p. 19

³⁰ Pense-se no seguinte exemplo, apontado por SÍLVIA OLIVEIRA, *A justificação- ou não justificação- da figura de instigação no nosso Código Penal*, pp. 11, 12. *A* vai a passar na rua de automóvel e dá boleia a um grupo de indivíduos que se preparavam para cometer um assalto a alguns metros do local onde se encontravam. Pelo simples facto de *A* atuar com *animus auctoris*, tal não é suficiente para se punir aquele como autor, sendo que seria punido como cúmplice, desde que tivesse conhecimento de que os indivíduos aos quais ofereceu boleia tinham a intenção de cometer um assalto, o que se viria a verificar.

As normas incriminadoras plasmam de forma objetiva os comportamentos tidos como relevantes do ponto de vista jurídico-criminal para que se possa atribuir à conduta de alguém o resultado típico, pelo que a mera atitude interna do agente perante o crime não se apresenta como um critério idóneo para resolver a problemática da participação criminosa.

O significado útil da dicotomia *animus auctoris/animus socii* esgotar-se-ia na referência ao “modo” como o agente quer o delito, ao seu carácter, “consubstanciando, em última análise, uma graduação da «energia criminal» dos diversos participantes”³¹.

Para comprovar a inoperância prática desta doutrina, HELENA MORÃO cita dois exemplos: o “caso da banheira” e o “caso *Staschynski*”. No primeiro, a irmã de uma mulher solteira afogou o filho desta numa banheira logo após o nascimento do bebé de forma a ocultar a desonra da sua irmã, tendo sido punida como cúmplice, dado que atuou a pedido e no interesse da sua irmã (mãe da criança). O segundo caso prende-se com um agente soviético, que assassinou dois exilados políticos, a mando do KGB, pelo que foi punido também como cúmplice, pois não evidenciou qualquer interesse próprio no resultado³².

Fácil é de ver que semelhante doutrina conduz a soluções práticas absurdas do ponto de vista da justiça material, e incompatíveis com um quadro de um direito penal orientado pelos princípios do facto e da culpa.

Como salienta A. M. DE ALMEIDA COSTA, a adoção da teoria subjetiva “conduz à transformação da participação num problema de medida da pena, em que a qualificação como autor ou participante passa a depender de uma apreciação global sobre a maior ou menor perversidade do agente”³³, inconciliável com o princípio do facto, enquanto corolário dos princípios do Estado de Direito democrático e da legalidade, previstos nos artigos 2.º e 29.º, n.º1 da CRP.

³¹A. M. DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, p. 243.

³²MORÃO, Helena, *op. cit.*, p. 75

³³A. M. DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, p. 248.

A. M. DE ALMEIDA COSTA expõe um conjunto de críticas à teoria subjetiva³⁴, que entendemos pertinentes, sendo de realçar as seguintes objeções: 1) imprecisão das fórmulas “animus auctoris” e “animus socii”, aliada à dificuldade de prova dos mesmos, o que significaria que a resolução dos casos concretos estaria dependente de um incontrolável arbítrio do juiz; 2) esta teoria, levada às últimas consequências, poderia conduzir a soluções insensatas e ilógicas como o caso de existir um crime sem autor! (na eventualidade de nenhum dos participantes atuar com vontade própria de cometer o delito); 3) tal perspectiva é incompatível com a generalidade das dogmáticas penais europeias, pois viola os mais elementares postulados de um direito penal do facto, assentando numa compreensão do ilícito na sua vertente subjetiva, dissolvendo por completo os momentos do ilícito e do tipo.

Concluimos, portanto, que a teoria subjetiva não encontra adesão para a generalidade da doutrina, sendo paradigmática a afirmação de JOSÉ ULISES PLACENCIA quando nos diz que “un juicio desvalorativo sobre una conducta con total falta de identidad entre sus entidades objetiva y subjetiva implica una representación ficticia de la realidad”³⁵.

³⁴ *Ibidem*, p. 247

³⁵ PLACENCIA, José Ulises Hernandez, *op. cit.*, p. 19

1.4 Teoria da imputação objetiva

A teoria da imputação objetiva nasceu de uma frutuosa discussão doutrinária e jurisprudencial, que adquiriu força na Europa e na América Latina, sobretudo a partir dos anos 80 do século passado.

Muitas foram as construções dogmáticas erguidas ao longo dos tempos para tentar solucionar a questão de saber quando e como um facto típico deveria ser imputado à conduta de determinado agente, e poderemos evocar a teoria da causalidade, que remonta ao século XIX, que “dava a certeza da existência de um facto através de um resultado naturalístico produzido por uma ação”³⁶, construída por BELLING e FRANZ VON LISZT, preceituando que “todo aquele que causasse o resultado seria responsabilizado por ele, com restrições apenas ao nível da antijuridicidade e de culpabilidade”³⁷.

É com WELZEL que entra na colação jurídica o entendimento de finalidade da ação, a direção que a mesma seguia em virtude da vontade do agente- o dolo passaria a ser analisado como um elemento subjetivo do tipo penal de crime.

Para WELZEL, toda a ação humana, livre e consciente tem uma finalidade que se encerra na vontade da ação.

Contudo, a proposta deste autor não seria suficiente para responder cabalmente à totalidade dos fenómenos sociais que batiam à porta do Direito Penal.

A despeito de tudo isto, a Teoria da Imputação Objetiva, que ROXIN desenvolveu, em meados dos anos 60 do século XX, teve o mérito de, não obstante ser também influenciada por critérios subjetivos, descentrar a relação causal conduta-resultado de um plano eminentemente material para o campo jurídico-normativo.

Assim, para ROXIN, “a imputação objetiva chama-se objetiva não porque circunstâncias subjetivas lhe sejam irrelevantes, mas porque a ação típica é algo objetivo, ao qual só posteriormente, se for o caso, se acrescenta o dolo, no tipo subjetivo”³⁸.

³⁶ MASI, Carlo Velho, «A Teoria da Imputação Objetiva e sua Influência na Moderna Dogmática Jurídico-Penal», in: *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, 42, 2011, p.40.

³⁷ *Idem*.

³⁸ *Op. cit.*, p. 42.

No entender de JAKOBS, a imputação objetiva explicaria um facto típico “quando o risco pelo qual responderá alguém pode definir-se como a causa determinante”³⁹, concebendo uma combinação entre a causalidade e a relevância jurídica da mesma, em que o nexos causal entre a ação e o resultado seria o mínimo da imputação objetiva, que seria completada com a valoração jurídico-normativa dessa mesma relação de causalidade.

Para os adeptos da imputação objetiva, “o resultado de uma ação só pode ser objetivamente imputado ao seu autor quando a sua atuação tenha criado em relação ao bem jurídico protegido, uma situação de risco juridicamente proibido e que tal risco se tenha materializado num resultado típico”⁴⁰.

Segundo o postulado de ROXIN, os critérios de aplicação desta teoria desdobram-se nos seguintes pontos:

- 1) Determinação do risco (permitido ou não permitido pelo ordenamento jurídico-penal). - É necessário verificar se entre a ação e o resultado existe ou não um risco não permitido ou se estamos no âmbito do risco permitido, que “pode ser entendido como aquele constante nas ações perigosas autorizadas pelo legislador, seja pela sua utilidade social, seja pela inevitabilidade do risco, ou em face da necessidade advinda dos avanços tecnológicos ou científicos”.

ROXIN dá o seguinte exemplo de escola: o caso do vendedor de uma loja que vende uma faca a um sujeito com má aparência. Mesmo que o vendedor cogite que é possível tratar-se de um homicida, e caso se verifique de facto um homicídio tendo a faca sido usada como arma do crime, entende ROXIN que neste caso deve vigorar o princípio da confiança, que nos diz que “podemos confiar em que os outros tenham um comportamento conforme ao Direito”.

A responsabilidade jurídico-penal do vendedor seria assim excluída;

³⁹ JAKOBS, Günther, *A imputação objetiva no direito penal*, 3.^a ed., p. 270.

⁴⁰ MASI, Carlo Velho, *op. cit.*, p.40.

- 2) Âmbito de proteção da norma: abrange os factos específicos que decorrem da valoração da norma, limitando o seu âmbito de incidência aos danos diretos ocasionados, pautando-se por um critério delimitador do risco, não podendo a norma legal excluí-los, mas apenas proibi-los;
- 3) Desvios causais hipotéticos: são aqueles que mesmo excluídos, de forma conjectural, determinariam o resultado, que aconteceria de qualquer modo.
Cita-se o exemplo do pai que, convidado a assistir à execução de seu filho, se antecipa ao carrasco e aciona a guilhotina, resultando daí a morte do condenado. Malgrado a ação do pai, o resultado morte verificar-se-ia de qualquer forma;
- 4) Proibição de regresso: quando a ação de um terceiro influi nonexo causal e determina a produção de um resultado típico.

Roxin invoca o seguinte exemplo: *A* embate o seu carro contra uma árvore, por desleixo, causando uma fratura num passageiro. No hospital, aquele morre por envenenamento do sangue, derivado de uma negligência médica.

Para Roxin, “a fratura não gera perigo de vida. Um tal perigo foi criado e realizado unicamente pela conduta dos médicos. Como o condutor responsável pelo acidente não pode vigiar o comportamento dos médicos, não deve responder por aquilo que eles façam”. Daqui decorre a ausência de responsabilidade penal por parte de *A*.

Apesar de dominar nas jurisprudências europeias e norte-americanas, a teoria da imputação objetiva mereceu reparos por parte de GIMBERNAT ORDEIG, que sustenta que “em relação aos crimes culposos, se o agente se mantém dentro da esfera do risco permitido, não há imputação objetiva, já que, em tais casos, simplesmente não existe culpa”. Considera ser desnecessário recorrer-se à imputação objetiva, pois ao atuar no âmbito do risco permitido, o agente não viola nenhum dever objetivo jurídico-penalmente relevante, não sendo possível lhe erigir um juízo de culpabilidade. Cremos estar perante uma confusão entre os conceitos de culpa e ilicitude por parte deste autor, que não se situam no mesmo plano, pois como nos ensina A. M. DE ALMEIDA COSTA, “a imputação objetiva, insere-se num particular momento de valoração, que encara o comportamento do prisma da conformidade ou desconformidade a um imperativo ou dever”⁴¹.

⁴¹ A. M. DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, p. 654.

À imputação objetiva coloca-se a questão de saber se a determinado comportamento deve ser imputado um resultado típico, problemática essa distinta do juízo de culpabilidade jurídico – penalmente relevante, que se situa num plano subjetivo. Partindo do exemplo anterior apesar do condutor agir culposamente na sua atividade de condução do veículo (e ter provocado lesões físicas no passageiro), o facto daquele ter falecido não se deve ao comportamento do condutor, pois a atuação de terceiros influiu nonexo causal entre a ação e o resultado, pelo que não é, em nosso entender, de prescindir, o momento da imputação objetiva, *in casu*, pela circunstância da morte do passageiro não ser imputável à ação do condutor – o plano da imputação objetiva será sempre necessário independentemente do grau de culpa do autor e do juízo de desvalor que sobre este possa ou não recair.

Outros autores alemães como STRUENSSE, HIRSCH, KAUFMANN ou KUPER também rebatem esta teoria, sendo partidários de um finalismo, com acento na subjetividade da conduta do autor, o mesmo é dizer, o elemento subjetivo do tipo legal de crime. Esta teoria colocava a tónica na intenção do agente, nas suas motivações, pelo que se o resultado típico querido pelo autor fosse concretizado, através de qualquer forma de contribuição, aquele ser-lhe-ia imputado a título de autoria ou participação consoante o seu “*animus*”, a sua particular intencionalidade no momento da prática do crime – o mesmo é dizer: se este tivesse como móbil cometer o crime por si próprio ou participar num crime alheio.

Entendemos que esta visão não é compatível com um Direito Penal do facto, não se harmonizando com a vontade do nosso legislador penal, de modo que não deve servir de referência sólida ao julgador no momento da decisão. A nosso ver, não nos devemos desviar das exigências político-criminais de justiça penal e o respeito pelos mais elementares princípios constitucionais, como o princípio da legalidade criminal e o princípio da culpa: A trave mestra deverá ser o plano objetivo da conduta e não o puro psiquismo do agente, sob pena de desvirtuarmos a tarefa do Direito Penal em punir condutas jurídico-penalmente relevantes e não meras intenções, motivações ou personalidades.

1.5 Teoria do domínio do facto

Face às contradições e aporias evidenciadas pelas doutrinas anteriores, o princípio geral do domínio do facto tornou-se amplamente aceite na dogmática penal, tentando dar respostas aos problemas que foram surgindo no que respeita à autoria e participação criminosas.

Podemos afirmar com propriedade que a teoria do domínio do facto é a doutrina dominante na maioria dos ordenamentos jurídico-penais, no que toca à distinção entre autoria e participação criminosas.

Segundo opinião generalizada, esta teoria reporta-se somente aos crimes dolosos, excluindo-se da sua órbita os delitos negligentes, de omissão ou de dever.

A noção do domínio do facto tem as suas raízes no finalismo de WELZEL, que advogava que nos crimes dolosos “autor é aquele que detém o controlo final do facto”⁴².

Defendida por autores como WEBER, GALLAS ou JESCHECK, e impulsionada por CLAUS ROXIN, em 1963, esta teoria parte de um conceito restritivo de autor e, ao invés das teorias unitárias de autor, que concebiam toda a forma de intervenção no facto típico como autoria, distingue os diferentes graus de contribuição de cada agente para a produção do resultado. Nas palavras de FERNANDO CORCINO BARRUETA “é autor quem tenha o domínio central do facto típico”⁴³.

A teoria do domínio do facto centra-se na ideia de que “autor é a figura central do acontecimento criminoso”⁴⁴ por ser ele o senhor do facto e por depender dele decisivamente o se e o como da realização típica, tendo a faculdade de o levar à sua consumação ou de o interromper.

O domínio do facto pressuporia, então, o controlo final do facto, do ponto de vista subjetivo (intenção de praticar o facto), mas também que a posição objetiva do agente determine o seu efetivo domínio sobre o mesmo.

⁴² BARRUETA, Fernando Eduardo Corcino, *Autoría mediata en aparatos organizados de poder: Fundamentos dogmáticos y consecuencias prácticas*, p.127.

⁴³ *Ibidem*, p. 126.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 130

Destarte, seria considerado autor não só quem executa materialmente o crime, mas também aquele que se serve de outrem para a consumação de um delito. Abordaremos mais adiante esta problemática quando nos focarmos na autoria mediata, em virtude de aparelhos organizados de poder, os chamados “assassinos de escritório”.

É possível encontrar alguns pontos de convergência entre a teoria que agora tratamos com a anteriormente dissecada no ponto transato. A saber:

- a) Os princípios reguladores de ambas as teorias são, indubitavelmente, de índole pessoal, pois imputa-se ao agente o resultado da sua conduta, seja na condição de autor imediato, mediato ou co-autor;
- b) Ambas as doutrinas privilegiam o nexó jurídico-normativo entre a conduta e o resultado, em oposição ao elemento causalista puro;
- c) É comum às duas propostas aquilo que podemos entender como uma “válvula de segurança” consubstanciado no princípio da confiança, a noção que o fenómeno sociológico penetra as malhas do Direito e impõe a todos os cidadãos uma panóplia de deveres e obrigações com reflexos na jusracionalidade jurídico-penal.

Para a doutrina em apreço, autor é quem domina o facto, aquele que é “senhor” do facto, ou nas palavras de FIGUEIREIDO DIAS, a “figura nuclear do acontecimento”⁴⁵.

Combinando os elementos objetivos e os elementos subjetivos previstos no tipo legal de crime, o autor do delito teria o domínio do facto, sendo que a execução do mesmo dependeria apenas de si, pelo que a qualquer momento poderia interromper o plano criminoso.

A tese do domínio do facto terá sido formulada originariamente por HANS WELZEL, em 1939, como corolário da sua teoria da “ação final”, segundo a qual o autor do crime é o senhor da decisão e da execução do facto típico, ou seja, da vontade do agente depende o “se” e o “como” da ocorrência do delito.

Como nos ensina A. M DE ALMEIDA COSTA, “só pode falar-se de domínio do facto no tocante a quem detenha o efetivo controlo sobre a prática da infração”⁴⁶.

⁴⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral*, t. I, 2.ª ed., pp. 765-766.

⁴⁶ A.M. DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, p. 326.

Nestes termos, o delito consubstanciaria a atualização da vontade do agente, sendo produto de uma sua decisão livre. Nesta lógica, o ilícito penal traduzir-se-á num “ilícito pessoal”, que se analisa num “conteúdo objetivo de contrariedade a um dever ou norma de determinação”⁴⁷.

A teoria do domínio do facto foi posteriormente desenvolvida por WILHELM GALLAS, que pretendeu transferir tal domínio do facto para a esfera normativa, com a chamada “normativização”⁴⁸ do domínio do facto, alargando o âmbito da autoria aos casos de autoria mediata e co-autoria.

Para GALLAS, seria considerado autor “todo o participante cuja intervenção (...) condicione, de forma decisiva, o conteúdo de ilícito, o desvalor global da situação e, assim, revista um significado preponderante no quadro da unidade subjetivo-objetiva em que se analisa o processo delituoso”⁴⁹.

REINHART MAURACH também foi um dos impulsionadores da teoria do domínio do facto, sendo que para este jurista, “autor é o participante que pode, de acordo com a sua vontade, impedir ou fazer avançar a realização do resultado”⁵⁰.

Como bem explica JOSÉ ULISES PLACENCIA, o mais importante não é quem executa a ação típica, mas sim quem domina a execução da mesma⁵¹.

A consagração do domínio do facto como critério dominante de delimitação da autoria deveu-se, a larga escala, a CLAUS ROXIN – que, em 1963, publicou a sua obra “*Täterschaft und Tatherrschaft*”, e entendemos ser uma referência incontornável da hodierna teoria da participação criminosa, que tem como postulados essenciais a associação do conceito de autor à figura central do processo delituoso, e a adoção de um critério de domínio do facto aberto, a nosso ver de forma meritória e eficaz, “que obtém a sua forma concreta através dos distintos âmbitos da matéria da regulação, que adicionam ao conceito não fechado de autor novos traços”⁵².

É, pois, deste conceito aberto de domínio do facto e a sua relação com o artigo 26.º do CP e a delimitação das tradicionais formas de autoria que trataremos adiante.

⁴⁷ A. M. DE ALMEIDA COSTA, *op.cit.*, p. 332.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 333.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 334.

⁵⁰ MORÃO, Helena, *Autoria e Execução Participadas*, p. 99.

⁵¹ PLACENCIA, José Ulises Hernandez, *op. cit.*, p. 30.

⁵² MORÃO, Helena, *op. cit.*, p. 99.

2. Domínio do facto como um conceito aberto

O artigo 26.º do CP nomeia quem é punível como autor e, no dizer de HELENA MORÃO, se o legislador tiver adotado o critério do domínio do facto enquanto princípio interpretativo da execução em direito penal, o mesmo é dizer, como critério de autoria, depreendemos que “executar” o facto equivale a deter o “domínio do facto” e, assim, o autor imediato, o autor mediato e o co-autor executariam o facto porque o dominam: - o autor imediato domina o facto por si próprio (detém o domínio da ação), o autor mediato domina o facto por intermédio de outrem (servindo-se de outra pessoa para lograr atingir os seus propósitos criminosos), detendo o domínio da vontade, e o co-autor domina o facto, conjuntamente com outros agentes, partilhando ambos o domínio funcional do facto⁵³.

É, pois, de um conceito aberto, e não estanque, que tratamos quando trazemos à órbita do nosso estudo a noção de domínio do facto, uma vez que não estamos “amarrados” a uma definição estritamente técnica, haurida, mas sim perante uma formulação que faz a junção de um procedimento descritivo (a subsunção ao tipo legal de crime) com um rol de princípios orientadores auxiliares, que fazem com que, sob a alçada dos ensinamentos de ROXIN, ofereça a vantagem de poder adaptar-se aos múltiplos casos concretos da vida que cabe ao Direito Penal solucionar.

O artigo 26.º do CP faz associar a cada figura de autoria um específico desvalor de ação, que diferencia tais constelações de hipóteses dos casos de participação, punindo o autor mediato e o co-autor pela globalidade do facto ilícito típico, apesar de estes não terem praticado os ou todos os atos de execução compreendidos como idóneos ao preenchimento da *fattispecie* legal.

ROXIN procurou uma solução que rebatesse as manifestas insuficiências das propostas anteriores, que se traduziu na exigência de que o conteúdo dos conceitos jurídicos encontrasse também correspondência numa unidade de sentido, numa realidade já consolidada a partir de critérios pré-jurídicos⁵⁴.

⁵³MORÃO, Helena, *op. cit.*, p. 100.

⁵⁴A. M. DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, p. 353.

Este autor enunciou, assim, como projeções do domínio do facto, o “domínio da ação”, que pertence ao autor imediato (aquele que executa o facto por si mesmo), uma vez que este diretamente realiza o facto típico⁵⁵, o “domínio da vontade”, sob a esteira do autor mediato (aquele que executa o facto por intermédio de outra pessoa), dado que se serve de um instrumento (“homem da frente”) para praticar o crime⁵⁶, e o “domínio funcional do facto”, nos casos de co-autoria⁵⁷, em que vários agentes dividem entre si as funções no desenrolar do concreto iter criminis, partilhando o domínio do facto, desde que a sua contribuição para a realização do facto ilícito típico seja determinante (distinguindo-se, claro está, das hipóteses de cumplicidade).

A quarta proposição do artigo 26.º do CP alude à instigação, a mais controversa das figuras de autoria previstas em tal disposição⁵⁸, sendo que um setor da doutrina entende que estamos perante uma modalidade de participação, e não de autoria - refira-se, a título de exemplo, HELENA MORÃO e PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE.

A figura da instigação autonomizou-se em 1982, tendo escapado às “amarras” da tradicional “autoria moral”, que transitara da dogmática penal do século anterior.

A lei penal portuguesa não se refere expressamente à instigação, mas é pacífica na doutrina a ideia de que a quarta proposição do artigo 26.º do CP contempla as constelações fáticas de vida que se traduzem na determinação (dolosa) de outrem à prática de um crime.

A atuação do instigador influencia decisivamente o instigado (executor material), criando neste a decisão de cometer delito, fazendo nascer neste uma vontade, antes inexistente, de praticar um facto ilícito típico, pelo que para estarmos perante um caso de instigação é necessário que se verifique um impulso decisivo ao facto.

Nesta figura jurídica há, pois, aspetos de carácter objetivo e de carácter subjetivo.

⁵⁵ Como salienta JOSÉ ULISES PLACENCIA, *op. cit.*, p. 36, “pues no se puede dominar un hecho más claramente que cuando uno mismo lo hace”.

⁵⁶ Como refere JOSÉ ULISES PLACENCIA, “si se tiene el dominio de la voluntad, se tiene el dominio de la acción”. *Ibidem*, p. 41.

⁵⁷ O mesmo autor, supracitado nas notas anteriores, refere que “este dominio tampoco proviene aquí de la realización de actos de ejecución del tipo, sino de la función que, conforme a una división del trabajo, ejerce cada interviniente en el hecho siempre que constituya una aportación esencial en la fase de ejecución del delito”. *Ibidem*, p. 42.

⁵⁸ O direito penal alemão diferencia a instigação da autoria e da cumplicidade, entendida a primeira como uma modalidade de participação no crime do autor, “uma vez que o executor age de forma livre e concretizando a sua vontade, enquanto o instigador apenas tem um papel secundário” - A.M. DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, p. 1197.

Do lado objetivo, salientam-se a exteriorização em forma de um comportamento típico de uma determinação (por parte do instigador), o nexó de causalidade entre essa mesma determinação e o facto típico (foi o instigador que criou no instigado a decisão deste cometer o delito) e a existência de um facto típico (pelo menos na sua forma tentada).

No campo da subjetividade jurídica, iremos apontar o conceito de duplo dolo: - o instigador age dolosamente no que respeita ao incitamento que dirige ao executor material, mas também em relação à execução do ilícito, pois nele tem interesse, senão mesmo será ele o maior interessado na consumação do crime.

Afirma JOÃO ANTÓNIO RAPOSO que “a maior ilicitude da instigação, quando comparada com a cumplicidade moral, assenta no carácter decisivo ou essencial do comportamento do instigador para o nascimento no autor da vontade criminosa”⁵⁹.

Como aponta MARIANA FARDILHA⁶⁰, como pressupostos básicos das situações de instigação há que realçar a “idoneidade da conduta do instigador a produzir de forma cabal a decisão de um concreto ilícito” e a “efetiva prática do crime ou pelo menos o seu início” (conforme exige a lei penal ao plasmar “desde que haja execução ou começo de execução”).

A doutrina maioritária aponta para o requisito do “duplo dolo”, no sentido de se exigir uma atuação dolosa por parte do instigador – criando no instigado a decisão de cometer o crime – e o dolo de resultado, que se traduz na vontade do instigador de que o resultado típico projetado venha a consumir-se.

O artigo 26.º do CP consagra, assim, a teoria do domínio do facto, entendido este conceito numa dimensão múltipla, atenta as especificidades da convivência comunitária, como um critério aberto, assimilando o poder de influência psíquica que o instigador exerce no autor material do crime e não descurando “a responsabilidade daquele que lhe criou o espírito criminoso, mediante instrumentos ludibriosos com a finalidade de ver perpetrada a sua obra”⁶¹.

⁵⁹ RAPOSO, João António, *op. cit.*, p. 928.

⁶⁰ FARDILHA, Mariana da Costa Nunes, *op. cit.*, p. 28.

⁶¹ FARDILHA, Mariana da Costa Nunes, *op. cit.*, p. 30.

Como sintetiza A.M. DE ALMEIDA COSTA, ROXIN atribuiu ao critério do domínio do facto o caráter de um conceito amplo e flexível, “que se distingue pela circunstância de a demarcação do seu âmbito de incidência se fazer (...) através do enunciado/descrição de uma série de situações ou quadros situacionais que, apesar da diversa configuração externo-objetiva, participam de um idêntico sentido jurídico-legal”⁶².

ROXIN continua a defender as ideias-chave da sua tese, assimilando os conceitos de “domínio da ação”, “domínio da vontade” e “domínio funcional do facto” às tradicionais figuras da autoria imediata, autoria mediata e co-autoria, respetivamente⁶³.

Concordamos com a adjectivação feita por A. M. DE ALMEIDA COSTA e entendemos ser essa a que melhor casa com a opção legislativa do artigo 26.º do CP, em sintonia com o Direito Português, arraigado em figuras como a integração (de lacunas) ou a admissão de interpretações teleológicas ou extensivas, que no campo do Direito Penal se traduzir-se-ão em conceitos abertos, não rígidos ou mecanizados, capazes de resolver os múltiplos casos controvertidos com relevância *juspenal*. Sem tal flexibilidade metódica poderíamos incorrer em lacunas de punibilidade, pois não seria de admitir um juízo de censurabilidade ao homem de trás equivalente ao que seria dirigido ao homem da frente, pela circunstância de entre o primeiro e o resultado típico ter intercedido a atuação de um executor material plenamente responsável.

É nossa opinião, seguindo os ensinamentos de A. M. DE ALMEIDA COSTA e ROXIN, que só com a adoção de um critério de domínio do facto aberto, amplo e versátil é possível punir e fundamentar de modo cabal e justo a atuação daquele que determina outrem à prática do crime – o que se revela de extraordinária importância em sede de aparelhos organizados de poder, de que trataremos adiante. Entendemos que só com a adoção de um critério flexível, não circunscrito aos ditames do formalismo objetivo será possível imputar um facto típico a alguém que se serve de outra pessoa para a consumação do evento criminoso. Tal inobservância levaria a soluções conducentes a lacunas de punibilidade, a nosso ver insustentáveis, em contraponto com aquilo que é mister ao Direito Penal assegurar – a justiça material, a proporcionalidade e a coerência dogmática e sistémica, ancorada nos princípios do facto e da culpa.

⁶² A.M DE ALMEIDA COSTA, *op.cit.*, p. 362.

⁶³ *Ibidem*, p. 363.

3. A instigação num sistema jurídico de participação - o modelo português de comparticipação criminosa

O sistema jurídico-penal português caracteriza-se por adotar uma estrutura dual/ de participação acessória, que diferencia as diversas contribuições comparticipativas para a ocorrência do delito, estabelecendo a destrição entre autores e participantes, sendo estes últimos considerados não os executores do crime, mas meros cúmplices ou instigadores (para o setor da doutrina que preconiza que a instigação se reduz a uma modalidade menor de participação no crime do autor).

Como defende HELENA MORÃO, “o participante responde por um ilícito próprio, mas simultaneamente dependente e, nesta medida, não autónomo, surgindo, deste modo, a acessoriedade como elemento do ilícito da participação”⁶⁴.

Tal como o ordenamento jurídico alemão, o direito penal português subordina a punição do participante ao princípio da acessoriedade, embora o primeiro estabeleça alguns desvios, ao punir, em alguns casos expressamente previstos no *StGB*, a tentativa (frustrada) de instigação ou a tentativa de instigação à instigação⁶⁵.

Já vimos, anteriormente, que o legislador português exige uma atuação dolosa por parte do instigador (“quem, dolosamente (...)”) para que o seu comportamento tenha relevância jurídico-penal, deixando de lado os casos de mera instigação negligente (por descuido ou leviandade), em conformidade com as exigências político-criminais e constitucionais de ultima ratio e mínimo de intervenção do direito penal.

Cumprido, agora, dissecar o artigo 26.º do CP na sua vertente conformadora, ao nível da acessoriedade, acolhida de forma maioritária na nossa doutrina e jurisprudência.

Ao dispor que “é punível como autor (...) quem, dolosamente, determinar outra pessoa à prática do facto, desde que haja execução ou começo de execução”, o nosso ordenamento jurídico subordina a punição do instigador, pelo menos, ao começo por parte do autor material (instigado) de atos de execução do crime. Esta exigência jurídica denomina-se de “acessoriedade quantitativa”⁶⁶.

⁶⁴ MORÃO, Helena, *op. cit.*, p. 91.

⁶⁵ *Ibidem*, pp. 45-46.

⁶⁶ Como explica HELENA MORÃO, *op. cit.*, p. 44 “de acordo com as regras da acessoriedade quantitativa, que exprime a dependência da punibilidade do participante em relação à fase de cometimento do facto principal, o instigador e o cúmplice só são puníveis se o autor iniciar a execução”.

As exigências de acessoriedade manifestam-se, também, na vertente qualitativa, ao fazer depender a punibilidade do instigador da qualidade jurídica do crime do autor, sendo que o instigador só será punido se a atuação do instigado se revelar, concomitantemente, típica, ilícita e culposa. A este propósito utiliza-se a expressão “acessoriedade limitada”⁶⁷.

Rejeitamos, portanto, qualquer intenção de construir um sistema de autoria unitária, em que qualquer intervenção no facto ilícito típico seria considerada autoria, independentemente da relevância causal do contributo dos vários participantes, deixando de fazer sentido a dicotomia autores/participantes.

Como aponta HELENA MORÃO, tal sistema identifica-se com um conceito extensivo de autor (que o nosso ordenamento jurídico rejeita, optando por um conceito restritivo de autor), e caracteriza-se por não estabelecer qualquer exigência de acessoriedade, “tendo em conta que cada interveniente no crime responde apenas pelo seu ilícito e pela sua culpa, por a sua punição não estar dependente da execução ou da tipicidade, ilicitude, culpa ou punibilidade da execução de outrem”⁶⁸. O contraponto com a solução adotada pelo direito penal português atrás é manifestamente evidente.

Em sentido concordante, JOÃO ANTÓNIO RAPOSO, “não só porque a aceitação da vigência do princípio da acessoriedade corresponde à posição francamente dominante na doutrina e jurisprudência portuguesa e estrangeira, mas, fundamentalmente, porque julgamos que o princípio é efetivamente sugerido quer pelo texto dos preceitos que tratam da matéria da comparticipação, quer por toda a construção dogmática que lhe está subjacente”⁶⁹.

Concordamos com as alocações de HELENA MORÃO e JOÃO ANTÓNIO RAPOSO, pois para além do apoio legal que as sustentam, nomeadamente a letra da lei do artigo 26.º CP, que exige para a punição do instigador, pelo menos, o começo de execução por parte do instigado (executor material), subordina a punibilidade do primeiro às malhas jurídico-penais do segundo.

⁶⁷ Como refere HELENA MORÃO, “a acessoriedade qualitativa revela a dependência da punibilidade do instigador e do cúmplice em relação à qualidade jurídica do facto principal, exigindo-se predominantemente que a execução do autor seja típica e ilícita para que o participante possa ser punido (acessoriedade limitada)” *Ibidem*, p. 44.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 36.

⁶⁹ RAPOSO, João António, *op. cit.*, pp. 923-924.

“É punível como autor”, diz-nos o preceito que define o conceito de autoria, traduzindo-se numa evidente equiparação do desvalor intrínseco da conduta de ambos, mas situando o problema da determinação da medida da pena a aplicar ao instigador numa relação de dependência com a pena a aplicar ao autor imediato.

Tais exigências de acessoriedade, em nosso entender, tem a sua razão de ser na “*intentio legis*” do nosso legislador penal, que teve o cuidado de “separar as águas”, delimitando a fronteira entre os planos da ilicitude e da culpa.

Se é certo que a punibilidade do instigador depende do começo de execução por parte do autor material e da pena a aplicar àquele que determina outrem à prática do crime se encontrar dentro da moldura penal abstrata inerente ao tipo legal de crime que o agente direto violou, o mesmo não se dirá no plano da culpa que encontra no artigo 29.º do CP espaço de autonomia valorativa.

Tal preceito é claro ao estatuir que o juízo de culpabilidade que recai sobre cada participante não depende do grau de culpa dos demais participantes, o que se nos revela totalmente coerente com a construção dogmática que subjaz ao nosso direito e lei penal.

Creemos, assim, ser irrefutável a adoção por parte do nosso Direito Penal do princípio da acessoriedade, nas suas vertentes qualitativa e quantitativa, que remeterá forçosamente a figura da instigação para o campo dogmático da participação criminosa, com os reflexos normativos e dogmáticos que dessa qualificação advêm.

3.1 Divergência doutrinal: a natureza jurídica da instigação

Não é questão pacífica na doutrina portuguesa a natureza jurídica daquele que, nas palavras de MEZGER, “cria ou provoca dolosamente a determinação de outrem à prática de um facto criminoso, conquanto que o determinado venha efetivamente a cometê-lo como autor responsável. No caso português, o maior defensor da teoria de instigação como autoria é FIGUEIREDO DIAS – solução, em nosso entender, de rejeitar como explicaremos mais adiante.

Segundo este autor os argumentos aduzidos para sustentar tal tese são os seguintes:

- 1) A incorporação da figura da instigação no artigo 26.º do CP, que tem como epígrafe “Autoria”, ao invés do modelo alemão, que no *StGB* dedica àquela um preceito autónomo, demonstram que o legislador português pretendeu preceituar que “a instigação é uma forma de autoria”⁷⁰, e não uma modalidade de participação no crime do autor;
- 2) O instigador é a figura nuclear do acontecimento criminoso: - sem a sua conduta não haveria crime, pelo que é impensável deixar de considerar aquele como autor do facto típico, dado que detém o principal interesse na consumação do delito⁷¹;
- 3) A solução defendida “não é incompatível com a afirmação da responsabilidade”⁷² (vulgo princípio da responsabilidade jurídico-penal). FIGUEIREDO DIAS preconiza que o domínio do facto pertence a mais do que um agente, adotando o tal conceito aberto supramencionado, na vertente de uma extensão teleológica, tão querida entre nós no campo do Direito Penal. Sob a batuta de QUINTELA DE BRITO, “o homem da frente, uma vez instigado, assume o domínio do facto, sem que isso implique perda do domínio do facto pelo homem de trás”⁷³.

Como expusemos anteriormente, a grande maioria da doutrina portuguesa refuta este entendimento, e mencionamos a título exemplificativo – HELENA MORÃO e PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE. Em sintonia com os preceitos do CP português, aparece o princípio da acessoriedade como um dos principais obstáculos à proposta de FIGUEIREDO DIAS e, de quem, com ele partilha do mesmo entendimento.

⁷⁰ GARCIA, Ana Rita Gonçalves, *Da relevância jurídico-penal da instigação sem início de execução*, p.28.

⁷¹ *Ibidem*, p. 29.

⁷² *Idem*.

⁷³ *Ibidem*, nota de rodapé n.º 111, p. 29.

Quanto a este princípio, o autor citado entende que apesar da punição do instigador estar dependente da “execução ou começo de execução” por parte do instigado, esta exigência não é mais do que uma “exigência politico-criminal” - que “em nada releva na determinação da natureza jurídica da instigação”, posto que pretende exigir que a ação psicológica do instigador em determinar, motivar, acicatar a decisão do instigado em cometer o delito, se “revele ou exteriorize” num determinado comportamento (pelo menos, com início de execução, nas palavras da Lei).

Não é pacífico, de todo, um entendimento unânime sobre esta matéria, e alguns autores apesar de defenderem que a instigação é uma modalidade de participação, não deixam de reconhecer a especial censurabilidade que deve recair sobre o instigador.

O instigador revela-se o verdadeiro responsável pelo nascimento e colocação em movimento do projeto delituoso e do processo lesivo do bem jurídico tutelado. Este factor leva que a contribuição do instigador, quando consumada, seja igualmente grave.

Em termos jurisprudenciais, cabe enunciar dois exemplos que vêm corroborar a ideia da não unanimidade nesta questão melindrosa de saber a que título deve ser o instigador punido pela sua conduta jurídico-penalmente relevante.

O acórdão do TRP, de 24/11/2004⁷⁴, que sentenciou a contenda judicial de um caso em que um pai incentivara o filho a conduzir um veículo sem que este estivesse munido de habilitação legal de título de condução. O tribunal condenou o pai por instigação, solução em nosso entender errónea do ponto de vista jurídico-material, uma vez que o filho, sendo menor de idade, não pode ser considerado jurídico-penalmente responsável, pelo que a solução mais indicada seria a punição do pai a título de autoria mediata, na sua veste de detentor do domínio da vontade, em virtude de inimputabilidade por menoridade de quem conduzia o veículo.

Por sua vez, o acórdão do TRP, de 08/02/2006⁷⁵, que veio pleitear uma questão idêntica, mas com uma diferença fundamental: - a maioria do filho que assume a condução do veículo. *In casu*, o tribunal condenou o pai que motivara o filho a conduzir o veículo de forma ilegal a título de instigação, e em nosso entender, bem.

⁷⁴ Proc. n.º 0443152.

⁷⁵ Proc. n.º 0412956.

Não podemos falar em instrumentalização do homem da frente (filho) por parte do homem de trás (pai), de modo que estaríamos a despir o filho da sua dignidade jurídico-penal - a maioria confere-lhe um conjunto de direitos e obrigações, tanto do ponto de vista social como jurídico, e na perspectiva do Direito Penal, é - lhe conferido o estatuto de jurídico-penalmente responsável pelos seus comportamentos desviantes.

A questão da natureza jurídica da instigação parece-nos, do ponto de vista dogmático, uma questão menor, que não infere com o juízo de culpa que é forçoso imputar ao instigador, e consequentemente com a medida da pena que lhe há de ser imposta, mas parece-nos de acolher a argumentação de HELENA MORÃO, e dos restantes autores que defendem a instigação como uma modalidade de participação. cremos que o legislador português ao estatuir que “é punível como autor”, no já mencionado artigo 26.º do CP, e não ter assumido a asserção “é considerado autor”, quis equiparar a conduta do instigador à do instigado, sujeitando-o às mesmas malhas de punição, em sede dos artigos 70.º e 71.º do CP, que preceituam o critério de escolha e a determinação da medida da pena a aplicar, e não agrupar o comportamento instigador na arquitetura da autoria.

Entendemos, também, que considerar a instigação como uma modalidade autónoma de autoria seria uma insanável contradição com o tão arreigado princípio da acessoriedade que caracteriza o nosso sistema penal, e que sujeita a punição do instigador à “execução ou começo de execução” por parte do autor imediato, e choca profundamente com o que artigo 29.º do CP preceitua em sede de concurso de agentes e que determina que “cada participante é punido segundo a sua culpa, independentemente da punição ou do grau de culpa dos outros participantes”.

Conceber a instigação como autoria seria o mesmo que descentrar o domínio do facto de quem realmente pratica o crime- o instigado- e causaria complicações teóricas, a nosso ver totalmente desnecessárias e evitáveis, pois admitir-se-ia estarmos perante dois domínios do facto detidos por pessoas distintas, com uma certa verossimilhança com as figuras da autoria mediata e da co-autoria, o que despiria a figura da instigação dos seus traços jurídicos essenciais e desvirtuaria a realidade fáctica subjacente aos casos concretos da mesma, principalmente a asserção de que o sujeito instigado é o único que detém a faculdade de decidir do cometimento do crime ou de optar pela interrupção da execução criminosa.

4. A instigação e a zona de fronteira com a autoria mediata: - a especificidade do “Caso Eichmann”

Mais controversa é a fundamentação da atribuição do facto à conduta do agente, quando entre este e o resultado intervém um terceiro plenamente responsável, que executa materialmente o facto. Deparamo-nos com um problema de imputação jurídico-penal (de atribuição do facto típico à conduta penalmente censurável) que encontra o seu “habitat” mais profícuo nas chamadas situações de “autor-atrás-do-autor”⁷⁶, no âmbito da autoria mediata.

Como nos propõe A. M. DE ALMEIDA COSTA, “no quadro de um direito penal do facto centrado na proteção de bens jurídicos, o problema da comparticipação e, por conseguinte, da importância relativa que deve conferir-se aos vários intervenientes na produção de um evento delituoso há-de depender do desvalor objetivo das respetivas condutas e, assim, de compreender-se como uma questão atinente ao ilícito das atuações envolvidas”⁷⁷.

A autoria mediata encontra-se prevista na segunda proposição do artigo 26.º do CP, “quem executar o facto por intermédio de outra pessoa”, e caracteriza-se pela circunstância do autor mediato (“homem de trás”) dominar a vontade do executor material do delito (“homem da frente”), sendo este um mero “instrumento” nas mãos do autor mediato.

Servimo-nos dos ensinamentos de HELENA MORÃO para compreender a punibilidade do autor mediato, que sugere o seguinte: “não é a ausência de responsabilidade jurídico-penal do executor material que pode determinar, por si, a autoria mediata de quem o influencia: o autor mediato não o é porque o executor material seja irresponsável, mas porque o utiliza como instrumento, isto é, usa na comissão do facto alguém que não pode ser jurídico-penalmente responsável pelo mesmo, como exigência de um conceito político-criminalmente adequado de autoria”⁷⁸.

⁷⁶ A expressão “autor-atrás-do-autor” ficou a dever-se a R. LANGE, e diz respeito à questão de saber se poder-se-ia, ou não, falar de autoria mediata quando o executor material (“homem da frente”) atuasse com culpa dolosa, de forma livre e responsável. A este propósito, A. M. DE ALMEIDA COSTA, *op.cit.*, p.1004.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 567.

⁷⁸ MORÃO, Helena, *Autoria e Execução Comparticipadas*, p. 250.

Nas palavras de HERNANDEZ PLACENCIA, “a autoria mediata apresenta-se quando o sujeito de trás tem o domínio do facto através do domínio da decisão de executá-lo”, diversamente do que sucede nos casos de instigação, em que o sujeito instigado converte-se no único senhor do facto, por si decidido e consumado, sem sujeição ao domínio de outrem, praticando o facto típico de moto próprio.

À guisa das lições de CONCEIÇÃO VALDÁGUA, citemos o seguinte trecho: “quem tem nas mãos a última decisão sobre a execução do facto possui, do mesmo modo, aquele poder de supra-determinação do processo causal, conducente à realização do tipo legal do crime, que é a quinta essência do domínio do facto”.

Um breve excuro pela construção de CLAUS ROXIN permite dividir o domínio da vontade do executor material em três subespécies de domínio do facto: domínio-do-erro, domínio-da-coação e domínio-da-organização⁷⁹.

Nas situações de domínio-do-erro, o executor material atua sem culpa dolosa, em virtude de erro sobre o circunstancialismo fáctico em que foi induzido pelo autor mediato. A imputação do facto à conduta do “homem de trás” deve-se, nestes casos, à especial censurabilidade dirigida ao autor mediato por este criar ou aproveitar-se de um estágio errático do executor do crime, levando-o à prática de um facto ilícito-típico.

Nesta constelação de hipóteses, “o executor ignora que o respetivo comportamento conduz à verificação do crime visado pelo homem de trás”, pois “nos específicos termos em que a representa, a realização da conduta assenta numa livre decisão do autor imediato, não se observando o constrangimento exterior característico das hipóteses antes referenciadas”⁸⁰ (casos de domínio-da-coação).

A. M. DE ALMEIDA COSTA aponta o exemplo: *A*, após ligar um interruptor elétrico a uma carga explosiva colocada num monumento público, solicita a *B* (que ignora tal facto) o favor de acionar o aludido interruptor, pedido a que este último acede, o que vem a resultar na destruição do dito monumento⁸¹.

⁷⁹ Para uma análise detalhada das várias categorias de autoria mediata e da construção de CLAUS ROXIN, vide A.M. DE ALMEIDA COSTA, *ob. cit.*, pp. 351 – 546.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 414.

⁸¹ *Ibidem*, p. 413.

É quase unânime na doutrina a qualificação de *A* como autor mediato, pois comanda o processo criminoso, convertendo o executor num puro instrumento ao serviço dos seus intentos.

O mesmo se diga nas constelações de vida em que o autor mediato não cria o erro no executor material, mas aproveita-se do estágio de erro do mesmo para lograr atingir o seu plano criminoso.

No domínio-da-coação, o executor material é forçado a praticar o facto típico pois é alvo de coação física ou ameaça invencíveis, distinguindo-se os casos de mera ameaça, não invencível, que não adquire relevância jurídico-penal para que se possa imputar ao “homem de trás” o resultado da atuação do “homem da frente” (executor material).

No âmbito em apreço, “o homem de trás cria (ou aproveita), uma situação de coação de intensidade idêntica à do estado de necessidade desculpante como meio de compelir o autor imediato à prática de um ilícito”⁸².

Na base de tal construção, ROXIN apela ao princípio da responsabilidade, partindo da ideia de que “aquele estado de necessidade nada tem a ver com considerações de culpa” e “desde que a coação atinja uma certa intensidade, ainda que o autor imediato mantenha a liberdade de decisão sobre os seus atos, a ordem jurídica deixa de lhe exigir um comportamento diverso, eximindo-o de qualquer sanção”⁸³.

Esta solução, em conformidade com as teses de CLAUS ROXIN, faz significar que, na esteira do preceito constitucional da responsabilidade jurídico-penal (artigo 30.º, n.º 3 da CRP), a ausência de punição do executor material depende de uma independente valoração da atuação do autor mediato, emergindo este como a figura central do processo delituoso, na medida em que causou a situação de exclusão de responsabilidade jurídico-penal ao abrigo da qual atuou o executor material.

Neste sentido, o fundamento da autoria mediata (nestas constelações de hipóteses) reside “na equiparação do desvalor jurídico-penal da mera criação da situação-de-impunidade-do-autor-imediato ao da própria consumação do delito”⁸⁴.

⁸² A.M. DE ALMEIDA COSTA, *ob. cit.*, p. 377.

⁸³ *Ibidem*, p. 380.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 383.

No âmbito da autoria mediata podemos ainda fazer referência aos casos em que o “homem de trás” se serve de inimputáveis (por menoridade ou por anomalia psíquica) para o cometimento do delito. Em tal constelação de hipóteses, dado que os inimputáveis não têm, no ordenamento jurídico português, responsabilidade jurídico - penal - aos inimputáveis por anomalia psíquica podem ser aplicadas medidas de segurança, mas não lhes serão impostas penas de prisão- o facto será imputado ao “homem de trás”, punindo-se o autor mediato pela atuação do inimputável no concreto projeto delituoso.

Estas hipóteses não consubstanciam, para a doutrina, uma modalidade autónoma do domínio da vontade, “entendendo que se mostram reconduzíveis aos mencionados domínios da coação e domínio do erro”⁸⁵.

Outro grupo de casos não autonomizáveis face ao mencionado domínio da vontade prende-se com as situações de autolesão, em que o autor imediato, em virtude de se encontrar em erro sobre a realidade fática, pratica um ato de autolesão, erro esse que fora criado pelo “homem de atrás” ou por ele aproveitado.

ROXIN não autonomiza estes casos da esfera do domínio do erro⁸⁶, prescrevendo que a “ignorância do específico carácter ilícito-típico do comportamento transforma o executor num mero instrumento”⁸⁷, em que o “homem de trás” se converte no “*spiritus rector* da prática da infração”⁸⁸, detentor de um domínio do facto “análogo ao que preside à figura da autoria imediata”⁸⁹.

Refiram-se, por fim, as constelações de casos em que o executor material comete o crime sob uma causa de exclusão de tipicidade (atua de forma atípica).

Nestas hipóteses, é de aceitar-se a autoria mediata do “homem de trás”, uma vez que este criou ou aproveitou-se de uma situação que obriga o executor material a atuar ao abrigo do estado de necessidade desculpante.

⁸⁵ A.M DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, p. 425.

⁸⁶ Sobre as hipóteses de autolesão, *vide* A.M. DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, pp. 415 e ss.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 416.

⁸⁸ *Idem*.

⁸⁹ *Idem*.

Apesar da conduta do executor se revelar atípica, tal ação se fosse praticada pelo homem de trás, consubstanciaria um facto ilícito típico, pelo que é admitir a existência de autoria mediata em tais circunstâncias⁹⁰.

Concordamos com a visão de A. M. DE ALMEIDA COSTA: no nosso Direito Penal e no da maioria das dogmáticas jurídico-penais europeias a problemática da comparticipação, campo profícuo de dificuldades ao nível teórico e prático (pois deparamo-nos com mais do que uma autoria de crime) terá de obter resposta(s) num plano de valoração objetivo.

É através de uma graduação das respetivas condutas, no sentido de aferir o desvalor de resultado das mesmas que permitirá ao julgador encaixar devidamente as atuações de cada agente no elenco das figuras jurídicas que o artigo 26.º do CP estatui ou na situação de cumplicidade, prevista no artigo 27.º do mesmo, quando o agente apenas auxiliou ou cooperou no crime do autor imediato.

Aceitamos a construção de ROXIN para o domínio da vontade – repudiamos o tabu da inadmissibilidade da figura do *A-A-A* (autor-atrás-do-autor), com vista à punição dos chefes de um aparelho do poder. Concebemos que é no critério do “domínio da organização” como vertente do domínio de facto que se encontrará a melhor das fundamentações legais e dogmáticas para a sanção dos mais altos dirigentes da estrutura hierárquica criminosa.

São estes que, através do seu comando, alicerçam toda a pirâmide do crime, não sendo de admitir a sua mera participação a título de instigação, pois a decisão de cometer ou não o crime depende da sua vontade, não estando nas mãos dos executores materiais.

5. A particularidade jurídica do “caso Eichmann”

A delimitação dos casos de instigação, em que alguém, dolosamente, determina outra pessoa à prática de um crime, nem sempre se constitui tarefa fácil, deparando-se, por vezes com zonas de fronteira, que acarretam uma linha ténue que a separa da esfera da autoria mediata. O caso de que trataremos em seguida (visando comprovar tal asserção) versa sobre Adolf Eichmann, ex-tenente-coronel das SS, julgado em 1961 em Jerusalém.

⁹⁰ Neste sentido, OLIVEIRA, Sílvia, *op. cit.*, p.24.

Eichmann foi responsável pela deportação de várias centenas de milhares de judeus para campos de concentração, durante a II Guerra Mundial, conhecidos campos da morte, onde pereceram milhões de vidas judaicas, às mãos da barbárie nazi.

Retratado como “um dos criminosos mais abomináveis de todos os tempos”⁹¹, é comumente aceite que Eichmann “organizou o assassinio de seis milhões de seres humanos”⁹².

Mas será este homem um assassino na real aceção da palavra ou um mero executor de ordens? Haveria espaço para uma convincente e sagaz defesa de Adolf Eichmann, em sede de julgamento? A esta pergunta, o advogado de Eichmann, Robert Servatius deu uma lacónica resposta: “Encarreguei-me da defesa de Eichmann porque os seus amigos não podem fazê-lo e os seus inimigos não o querem”⁹³.

Apesar de Eichmann, em sua defesa, alegar que era um mero cumpridor de ordens, um “burocrata”, insistindo na sua inocência, pois “as palavras do Führer tinham força de lei, o que significava que uma ordem vinda diretamente de Hitler não precisava de ser escrita”⁹⁴ e que “toda a ordem contrária em letra ou espírito à palavra falada por Hitler era, por definição, ilegal”⁹⁵, a verdade é que o Tribunal de Jerusalém considerou que Eichmann tinha capacidade para distinguir o certo do errado, e que não se limitou a cumprir ordens emanadas dos seus superiores hierárquicos, mas sim atuando dolosamente, conhecendo pormenorizadamente os detalhes das operações que mandava executar.

Contrastando com o espectro da sua defesa, a personalidade de Eichmann é - nos traçada por Simon Wiesenthal, quando descreve que “todo o seu comportamento era o de um homem que não podia voltar atrás”⁹⁶.

91 BERTIN, Claude, *Eichmann (E) Tóquio, Os criminosos de guerra*, p. 15.

92 *Idem*.

93 *Ibidem*, p. 19.

94 BARBOSA, Luiz Henrique Lucas, *O Julgamento de Adolf Eichmann: a tentativa da defesa de justificar o injustificável*, p. 46.

95 *Idem*.

96 WIESENTHAL, Simon, *Eu persegui Eichmann*, p. 53.

Acrescenta que aquele “pretendia levar até ao fim o seu trabalho, sem interrupções nem amolecimentos de sensibilidade”⁹⁷, reforçando a posição que assume Eichmann como o maior responsável pelo plano de extermínio dos judeus na Europa, as investigações de Wiesenthal dão conta de que Eichmann “insistia muito para que se aumentasse a capacidade dos fornos crematórios e das câmaras de gás”⁹⁸.

Convém realçar que Eichmann não matou pelas suas próprias mãos, tendo sido auxiliado por inúmeros ajudantes, o que nos leva a traçar a fronteira entre as várias categorias de autoria e a figura punitiva da instigação, de modo a compreender a que título deveria ser imputado a Eichmann toda a panóplia de delitos praticados pelo aparelho nazi. Quanto a este ponto, evocamos novamente a obra de Wiesenthal que refere “a descoberta de novos documentos respeitantes a Eichmann, constituídos por uma série de ordens assinadas pelo seu punho e que significavam a morte de milhares de judeus”⁹⁹.

Faremos, por enquanto, um enquadramento histórico e jurídico do “Caso Eichmann”, que tanta tinta fez correr nos planos da Moral e do Direito, e que tão profícuo foi para o campo da juspenalidade, em matéria de crimes de guerra.

Seria Eichmann um mero cumpridor de ordens, ou um verdadeiro autor de crimes contra a humanidade?

Centrar-nos-emos no processo que levou Eichmann à barra do tribunal, e nos fundamentos que levaram o Tribunal de Jerusalém a condenar aquele à morte por enforcamento, à imagem da maioria das penas aplicadas, em 1946, em Nuremberga.

5.1 Processo Eichmann – Acusação c. Defesa

De modo a não tornar a nossa exposição demasiado extensa, resumiremos as acusações mais importantes dirigidas a Eichmann: crimes contra o povo judeu – punível conforme as disposições do parágrafo I (a) da lei sobre nazis e colaboradores nazis (5710-1950) e do parágrafo 23 do regulamento do Código Criminal de 1936¹⁰⁰ - crimes de guerra e crimes contra a humanidade.

⁹⁷ *Idem*.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 65.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 99

¹⁰⁰ BERTIN, *op. cit.*, p. 24.

Achamos pertinente trazer à colação a fórmula de RADBRUCH, que preceitua que “a extrema injustiça não é Direito”¹⁰¹ e que “por cima de um ordenamento jurídico positivo de um Estado injusto se encontra um direito suprapositivo cujo ponto de referência seriam os princípios gerais de Direito colhidos pelas convenções e tratados internacionais que proíbem a prática de crimes contra as pessoas e os povos”¹⁰².

A defesa de Adolf Eichmann centrou-se num ponto que consideravam capital: este homem apenas cumpria ordens superiores e não lhe poderiam ser imputadas responsabilidades no genocídio perpetrado pela máquina nazista.

Eichmann escrevera na sua cela, que “toda a minha vida fui acostumado a obedecer, uma obediência que se torna uma obediência de cadáver, incondicional”¹⁰³, refutando as acusações que impendiam sobre si.

O Procurador Hausner contesta tal asserção e, invocando o Direito Internacional, refere que “o facto de um funcionário ter agido segundo ordens recebidas não o isenta de responsabilidades, porque ele tinha uma escolha moral”¹⁰⁴.

De facto, é comumente aceite no campo da normatividade jurídico-penal que a obediência hierárquica cessa quando do cumprimento de ordens resultar a prática de crimes.

A obediência cega e inquestionável que caracterizavam as forças paramilitares e a Polícia Secreta do III Reich é bem retratada nesta afirmação de Eichmann: “Se o senhor comissário me tivesse dito que o meu pai era um traidor e que devia abatê-lo, eu tê-lo-ia feito!”¹⁰⁵.

Durante todo o julgamento, Hausner tentará por todos os meios rebater os dois argumentos primordiais da defesa de Eichmann: que este seria um mero funcionário burocrático e a “sua posição não era suficiente para o situar no círculo dos meios dirigentes”¹⁰⁶.

Concentremos, então, as nossas atenções na presumível autoria de Eichmann, como um dos responsáveis pela solução final do problema judaico.

¹⁰¹ CABANA, Patricia Faraldo, *La Fórmula de Radbruch y la Construcción de una autoría mediata com aparatos organizados de poder*, p. 156.

¹⁰² *Idem*.

¹⁰³ BERTIN, Claude, *op. cit.*, p. 50.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 35.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 54.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 184.

5.2 Construções dogmáticas: autoria mediata em cadeia?

Para arquitetarmos a pirâmide da culpabilidade do regime nazi, desmontemos primeiramente a tese da defesa do arguido que, no limite, levaria à ausência de autores e, conseqüentemente, ao afastamento de qualquer punição.

As ordens de Hitler, segundo a Constituição alemã, tinham força de lei, pelo que eram inquestionáveis e de aplicação imediata. Partindo da teoria da obediência hierárquica e da ausência de responsabilidade de quem executava as ordens superiores, nem estes nem os executores diretos seriam penalmente responsáveis, pois limitar-se-iam a cumprir ditames superiores.

Isto levaria à solução absurda de que só Adolf Hitler, na sua qualidade de Führer, poderia ser criminalmente responsabilizado por crimes de guerra, o que é, obviamente, de refutar com veemência.

Para aclararmos a solução que iremos apresentar adiante, apresentaremos um exemplo daquilo que alguma doutrina entende se tratar de um caso de instigação em cadeia.

Enquadremos o seguinte exemplo: *A* requer a *B* que este lhe faculte determinado veículo, com as características por *A* desejadas e mencionadas, e *B* encomenda o furto do veículo desejado por *A* a um terceiro, *C*. Por seu turno, *C* incumbe a tarefa de furtar o veículo a dois desconhecidos, *D* e *E*. Apresenta-nos claro o seguinte quadro:

A (Instigador) \longrightarrow B (Instigador) \longrightarrow C (Instigador) \longrightarrow D & E (Co-autores do crime de furto)

Num caso semelhante, um Tribunal espanhol deu como provada a existência de uma instigação em cadeia e puniu *A*, *B* e *C*, em simultâneo, como instigadores de um crime de furto.

Entendemos errónea esta interpretação jurídica, no sentido em que, no caso em apreço, e que ilustramos acima, sendo *D* e *E* desconhecidos de *A*, não podemos sustentar qualquer relação em cadeia, pois verifica-se uma quebra da mesma, sendo inegável que a resolução criminosa de *D* e *E* em nada foi influenciada pela primeira instigação ao crime (perpetrada por *A* em relação ao sujeito *B*).

Partilhamos, pois, do entendimento de FOGLIA, que afirma: “não é possível estabelecer o nexó de causalidade entre a determinação de sujeito *A* e o facto principal”¹⁰⁷. Em suas palavras, pelas quais fazemos procissão de fé, “a relação entre o facto conhecido e a cadeia é então puramente aleatória”¹⁰⁸.

Sentenciamos esta questão com três notas importantes que este autor nos concebe.

- 1) “A subsunção da participação dos três indivíduos a um esquema de instigação em cadeia excede do ponto de vista dogmático os limites conceituais da noção jurídica de instigação e da noção corrente e usual da palavra”¹⁰⁹;
- 2) “O *principio nulla poena sine culpa* impede que uma pessoa deva responder por factos alheios”¹¹⁰;
- 3) “A instigação não é uma figura oca de onde qualquer conduta possa concretizá-la, sem conter uma série de requisitos que objetivamente devam concorrer e subjetivamente o sujeito deva conhecer quem está a realizá-la”¹¹¹.

Concordamos, maioritariamente, com os fundamentos jurídico-materiais que levaram o tribunal de Jerusalém a condenar Eichmann por crimes de guerra, crimes contra a humanidade e crimes contra o povo judeu, principalmente com a assunção de que aquele não se limitara a cumprir ordens superiores, tendo um papel determinante no plano de genocídio conhecido como “solução final”.

Entendemos, porém, que a figura jurídica que melhor enquadra a atuação de Eichmann e sua importância no desenrolar dos acontecimentos criminosos é a autoria mediata, e não a co-autoria.

Parece-nos de rejeitar uma proposta que coloque Eichmann, quer no mesmo plano de igualdade fáctica dos altos membros da cúpula nazi, quer no mesmo nível dos executores materiais, dada a sucessiva cadeia de ligações em que se traduzia o funcionamento do aparelho de poder alemão.

¹⁰⁷FOGLIA, Sebastián, «La instigación en cadena y su aplicación en la sentencia del “doble crimen” y “cabezas”», in: *Revista Doutrina*, VII, 2004, p. 109.

¹⁰⁸*Idem*.

¹⁰⁹*Ibidem*, p. 105.

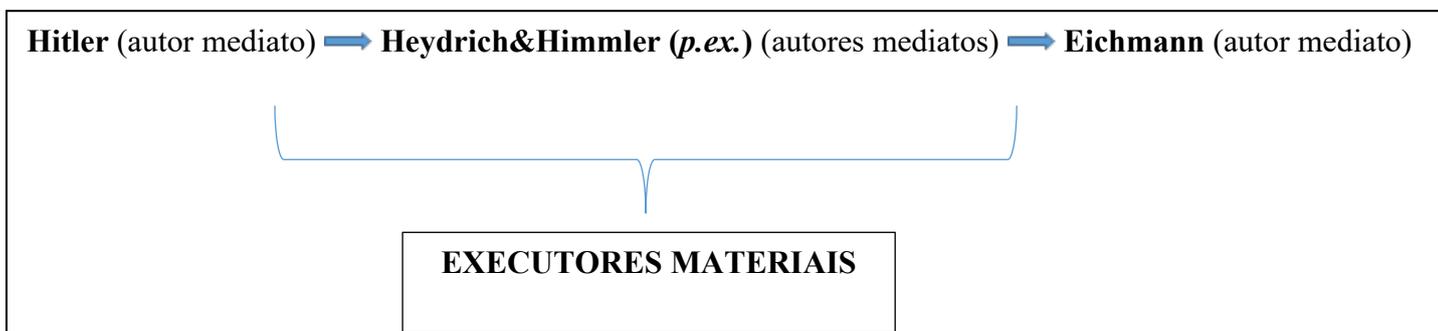
¹¹⁰*Idem*.

¹¹¹*Idem*.

Não nos parece plausível afirmar uma relação de horizontalidade própria da co-autoria, pois na verdade os elos inferiores da estrutura limitavam-se a executar ordens, sendo aos membros do topo que se devem assacar as maiores responsabilidades pela concretização do projeto criminoso.

Estando Eichmann numa zona intermédia na cadeia de poder, depreendemos que o seu grau de culpabilidade se fixará entre o juízo de censurabilidade dirigida aos membros superiores e a responsabilidade dos executores materiais. Em momento algum a sua responsabilidade estaria dependente da materialização das resoluções criminosas pois as mesmas estariam sempre garantidas, atendendo à fungibilidade dos autores diretos.

Posto isto, propomos a seguinte construção fática:



Rejeitamos estar perante um caso de instigação em cadeia: não se afigura razoável afirmar que os executores materiais detinham o domínio do facto, em razão da sua posição de subalternidade face aos dirigentes superiores, verificando-se, outrossim, uma relação vertical típica de organizações que manifestam relações de poder. Neste sentido, estaríamos presente uma autoria mediata em cadeia, ou uma série de co-autorias mediatas paralelas – de forma sucessiva alguém determina, dolosamente, outrem à prática de um facto ilícito-típico, executado pelos autores materiais.

Se a cúpula determina os altos dirigentes, como Himmler ou Heydrich à prática de crimes, estando estes vinculados pelo mesmo espírito de grupo (militar), por sua vez Eichmann e seus adjuntos determinariam os executores à prática desses mesmos delitos encerrando uma cadeia de autorias mediatas, que encontraria o seu término na atuação dos autores imediatos, que teriam de ser responsabilizados sob um ponto de vista dogmático jurídico-normativo distinto.

É, pois, na contribuição (psíquica) de Eichmann e seus pares que encontraremos a fundamentação material do juízo de culpa daqueles que guindaram o “edifício” do crime. Mais importante do que responsabilizar este por via de uma qualquer atuação direta, seria premente imputar-lhe o resultado daquilo que “ele não fez” (alocução nossa), o mesmo é dizer pelo extermínio em massa de que Eichmann fora incumbido, mas do qual não se considerava, do ponto de vista jurídico, responsável.

5.3 O domínio da organização e os aparelhos organizados de poder

A tese do domínio da vontade através de aparelhos organizados de poder (domínio da organização) foi proposta por ROXIN, fazendo *jus* à mencionada caracterização do domínio do facto como um conceito aberto, que procura justificar a punição dos membros da cúpula ou elos intermédios de uma estrutura organizada de poder, pelo cometimento de factos ilícitos típicos materialmente perpetrados pelos subordinados, apesar de estes, mormente obedecerem a ordens de comando sob uma disciplina rígida de hierarquia, permanecerem livres e responsáveis quanto aos factos por si praticados. A questão é controversa, pois coloca o problema de saber, à revelia do princípio da responsabilidade, em que medida é que alguém pode ser considerado autor na hipótese de, entre a sua conduta e o facto típico, interceder a atuação livre e responsável de outra pessoa¹¹².

O domínio da organização através de aparelhos organizados de poder, tem como requisitos basilares o domínio, por parte do dirigente, de uma “organização de poder rigidamente hierarquizada”¹¹³, não se exigindo que se trate de um membro do topo da hierarquia, podendo tratar-se de um elo intermédio, conquanto “se encontre em posição de dar instruções criminosas aos seus subalternos e de utilizar as suas funções para desencadear a realização de ilícitos”.¹¹⁴

¹¹² ROXIN introduziu a categoria do domínio da organização para resolver esta questão de imputar a alguém um facto praticado por outra pessoa plenamente responsável, e que a doutrina convenciou chamar de “autor-atrás-do autor” responsável. Como refere HELENA MORÃO, *op. cit.*, p. 168 “o autor mediato apenas poderia dominar o facto quando o executor material não fosse criminalmente responsável pela sua comissão, na medida em que a ordem jurídica não poderia valorar o comportamento do autor material como responsável, isto é, como livre, e considerá-lo simultaneamente dominado pelo autor mediato, ou seja, como não livre”.

¹¹³ *Ibidem*, p.251.

¹¹⁴ *Idem*.

A segunda nota caracterizadora refere-se à fungibilidade dos executores materiais¹¹⁵ - estes devem ser permutáveis, podendo ser facilmente substituídos em caso de recusa de cumprimento das ordens proferidas pelos superiores hierárquicos.

Outro pressuposto apontado ao domínio da organização é o desprendimento da ordem jurídica subjacente à atuação dos aparelhos organizados de poder, que se evidenciam por atuarem à margem da ordem jurídica¹¹⁶, sendo pacífico que não é exigível uma total desvinculação perante o ordenamento jurídico, mas somente que os factos ilícitos-típicos praticados se situam às margens do Direito.

Para rematar a questão, aponte-se a introdução feita por ROXIN, em 2006, de um “novo” requisito - “a predisposição consideravelmente elevada do executor para o facto”¹¹⁷- pois é de admitir que, ao invés do autor isolado de um delito, o agente material de um crime dentro de uma estrutura vertical de poder atua sob inúmeras influências, que apesar de não o eximir de responsabilidade jurídico-penal, acabam por torná-lo mais propenso a cometer o(s) crime(s).

Podemos, então, afirmar que a tese do domínio da organização é inovadora e parece-nos totalmente correta, não vendo qualquer incongruência sistémica ou dogmática em se aceitar a instrumentalização de um executor material jurídico-penalmente responsável. Aliás, supomos ser esse o entendimento consonante com a lei penal portuguesa e direito comparado, que equiparam o desvalor de ação do autor material ao do autor mediato. É o que nos diz o artigo 26.º do CP na sua alocação “é punível como autor (...) quem determinar outra pessoa à prática do facto”, em sintonia com o preceituado no §25, 1 do *StGB*: “quem cometer uma infração por si próprio ou através de outro incorre numa sanção como autor”.

¹¹⁵ Como nos ensina HELENA MORÃO, *ob. cit.*, p. 252. “o funcionamento automático da estrutura organizada de poder garante o cumprimento da ordem criminosa e possibilita a quem a domina não ter de fazer depender a realização do facto da vontade autónoma do executor, pois, se este falhar ou se recusar a cumprir a execução ordenada, pode ser imediata e prontamente substituído por outro, sem que a comissão global seja afetada”.

¹¹⁶ A este nível, esclarece HELENA MORÃO, *ibidem*, p. 274, que “Roxin introduziu, posteriormente, um esclarecimento à sua teoria, no sentido de que o desprendimento da estrutura de poder em relação ao ordenamento jurídico deveria ser analisado em função do crime concreto, podendo limitar-se a formas determinadas de realização de alguns tipos, não sendo imprescindível exigir que o aparelho se considerasse obrigado a desrespeitar todo o Código Penal”.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 267.

5.4 A autoria mediata através do domínio da organização e a rejeição da proposta de instigação - o verdadeiro sentido e alcance de “determinar” outrem à prática de um crime

Em sentido discordante da tese levantada por ROXIN, alguns autores, como HERZBERG ou KOHLER¹¹⁸ trouxeram à colação a hipótese de instigação como fundamento para a punição de Adolf Eichmann.

Em conformidade com tal tese, escudada no princípio da responsabilidade penal, a circunstância de, entre a vontade do homem de trás e o resultado típico interceder a atuação livre e voluntária de outra pessoa inviabilizaria a solução da autoria mediata, sendo que a alternativa passaria pela inclusão do caso concreto na esfera da instigação, pois entendiam os partidários desta teoria que Eichmann e outros membros das SS instigaram, convenceram, determinaram os seus inferiores hierárquicos à prática dos crimes, sendo que estes mantinham, sempre, liberdade de decisão para executarem, ou não, tais comandos de cima dirigidos.

Como nos ensina KAI AMBOS, tal construção é bastante duvidosa porque “em muitos casos o poder de condução do instigador é claramente maior do que o do autor mediato, quando, por exemplo, se serve de um assassino profissional em vez de um enfermo mental”¹¹⁹.

Os adeptos desta solução postulam que a proposta de autoria mediata amplia de forma irrazoável o âmbito de aplicação daquela figura jurídica, e segundo HERZBERG, a solução de instigação não se traduz no aparecimento de lacunas de punibilidade. Neste sentido, REYES ROMERO oferece-nos a conclusão de que “não é possível fundamentar a figura da autoria mediata por domínio de organização de forma coerente com os seus postulados em relação à teoria de intervenção penal”¹²⁰. Entendem que os executores materiais possuem o domínio de facto, não podendo ser considerados instrumentos nas mãos dos dirigentes superiores.

¹¹⁸ VIEIRA, Francisco Marques, *Criminalidade organizada e autoria*, Texto apresentado para avaliação do Professor Jorge de Figueiredo Dias na fase curricular do Curso de Mestrado em Direito (Ciências Jurídico-Criminais), 2002, p. 11 e nota de rodapé n.º 25, disponível em http://carlospintodeabreu.com/public/files/criminalidade_organizada_autoria.pdf

¹¹⁹ AMBOS, Kai, in: *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente un estudio comparado*, 2.ª ed. p. 26.

¹²⁰ ROMERO, Reyes Ítalo, «Contra la autoria mediata por dominio de la organización: Una breve aproximación desde la doctrina alemana», in: *Revista de Estudios de La Justicia*, 28, 2018, p. 136.

Nesta ótica, o facto de, na maioria das vezes, o autor mediato e aquele que executa as ordens emanadas do topo da hierarquia não se conhecerem não releva, entendendo-se essas mesmas ordens como um autêntico ato de comunicação, à boleia de uma primitiva ideia de causalidade – bastaria qualquer diretriz ou instrução para que a ligação entre aquele que dá ordem e a pessoa que a materializa se traduzisse numa relação instigatória.

Tal entendimento é, a nosso ver, de rejeitar.

Não nos parece lógico e congruente, quer de um prisma legal, quer de um ponto de vista de senso comum, que a punição de Eichmann estivesse dependente da punibilidade dos executores materiais, nas vertentes qualitativa e quantitativa do princípio da acessoriedade, dominante na maioria das dogmáticas penais europeias. Ademais, não se afiguram aceitáveis os argumentos apresentados pelos defensores desta tese, pois como salienta ROXIN¹²¹, e em nosso entender assertivamente, o elemento diferenciador da instigação assenta na circunstância do instigador não dominar a execução do facto, diferente do que acontece no caso do criminoso de secretária: este é o elemento central dos crimes que ordena.

O homem de trás, na órbita de um aparelho de poder, dá uma ordem tendo a certeza de que esta será cumprida, enquanto o instigador tem de convencer outra pessoa a cometer determinado delito.

Nas palavras de ROXIN, “é evidente que uma autoridade superior competente para organizar o extermínio em massa dos judeus (...) domina a realização do facto de uma maneira diferente de um instigador comum”¹²².

Um dos maiores críticos deste argumento é o alemão SCHROEDER, que sustenta que a fungibilidade dos executores materiais não pode ser decisiva, pois levaria a que, em alguns casos, os autores imediatos não fossem punidos¹²³.

A nosso ver, a crítica de SCHROEDER, é facilmente rebatida analisando o grande “arsenal” humano de que dispõe as organizações totalitárias, que redundam numa probabilidade quase máxima de que os comandos criminosos serão cumpridos.

¹²¹ ROXIN, Claus, *Autoria Mediata através de domínio da organização*, pp 49 - 50, 2002.

¹²² GREGORUT, Adriana Silva, *Autoria mediata por domínio de organização, totalitarismo e banalidade do mal: um paralelo entre os pensamentos de Claus Roxin e Hannah Arendt*, p. 22.

¹²³ *Ibidem*, p. 8.

As críticas mais incisivas e, acrescentemos nós, mais coerentes, à proposta de instigação concernem ao potencial lesivo da atuação do homem de trás: enquanto que na figura da instigação o instigador tem de criar no instigado a resolução criminosa, no contexto de um aparelho de poder, quem determina o autor imediato a cometer um crime não tem essa necessidade, pois entre ele e quem executa o delito há uma relação de subordinação hierárquica que lhe confere a vantagem decisiva de poder confiar no sucesso dos seus planos criminosos.

Segundo KAI AMBOS “não é necessária a existência de ordens explícitas quando os atos cometidos pelos autores diretos (...) se enquadram dentro do contexto dos objetivos da organização”, resultando claro “irrelevante como e por quem são executadas as ordens, quando os dirigentes podem estar seguros de que aquelas são executadas por alguém de uma maneira ou outra”¹²⁴.

Entendemos que em crimes de tão vastas proporções, como o genocídio, não faz qualquer sentido a mobilização dos tradicionais conceitos de participação, sendo necessário o recurso às vestes da autoria criminosa, justificável atendendo à gravidade dos ilícitos perpetrados, a especial censurabilidade dirigida à atuação dos intervenientes, em conformidade com a estrutura hierarquizada e a posição que cabia a cada um dos membros de tão gigantesco instituto.

Como prescreve JOÃO ANTÓNIO RAPOSO, “instigar é motivar decisivamente outrem a cometer um crime”¹²⁵, fazendo surgir no instigado a vontade “antes inexistente de praticar um facto tipificado como crime”¹²⁶, sendo de impor uma “relação causal entre o comportamento do instigador e o nascimento no autor da vontade criminosa”¹²⁷, de intensidade suficientemente decisiva para que se possa afirmar que foi a atuação do instigador que “anulou ou debilitou decisivamente os fatores contrários à prática do crime ou, ao invés, reforçou ou criou fatores favoráveis à sua comissão”¹²⁸.

124 ARELLANO, Andrés Salazar, *La autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados*, 2018, p. 33.

125 RAPOSO, João António, *op.cit.*, p. 931.

126 *Ibidem*, p. 930.

127 *Ibidem*, p. 932.

128 *Ibidem*, p. 933.

Instigador é “quem produz ou cria de forma cabal no executor a decisão de atentar contra certo bem jurídico-penal, através da comissão de um concreto ilícito- típico”¹²⁹, pelo que a atuação daquele deve ser adequada/idónea a fazer transferir as suas intenções delitivas para o autor imediato do facto ilícito típico, sendo que este nunca deixa de ter o domínio do facto, pois atua de forma livre e responsável, quedando-se a instigação por uma posição intermédia entre a autoria e a participação.

É este o sentido e alcance do artigo 26.º do CP, e da maioria das dogmáticas jurídico-penais europeias, pelo que pensamos ser de rejeitar a proposta de instigação para o caso supramencionado, conhecido por “Caso Eichmann”.

5.5 Co-autoria e outras soluções aventadas

Outras soluções foram propostas para dar resposta ao caso anterior, que servissem de bitola para futuros casos análogos que ao Direito Penal fosse mister tratar.

Os patrocinadores desta posição entendem que, em sede de um aparelho burocrático de poder, se verifica uma execução conjunta do facto, própria da categoria de co-autoria, sendo que as resoluções criminosas por parte de quem as dirige seriam o contributo dos oficiais superiores para a prática do(s) delito(s).

Os autores que partilham deste entendimento sugerem que “o líder da organização ou autor intelectual também são co-autores mesmo não tomando parte na execução do delito, pois exercem uma função essencial na preparação do mesmo”¹³⁰.

Seria, pois, possível aferir de uma divisão conjunta de trabalho entre os mandantes e os autores materiais, que, nas palavras de OTTO VON GIERKE, “não se veria impedida pela relação de subordinação hierárquica entre eles”¹³¹.

Na mesma linha de raciocínio, entende JAKOBS que é plausível falar-se em co-autoria, resultando não necessário que os membros da casta superior da organização e os executores materiais se conheçam, conquanto planeiem e decidam cooperar entre si com vista à consumação dos delitos intencionados por ambos.¹³²

¹²⁹Acórdão do STJ, Proc. n.º 58/07, de 27-05-2009, p. 4.

¹³⁰ROMERO, Reyes Ítalo *op.cit.*, p. 132.

¹³¹*Ibidem*, p. 133.

¹³²*Idem*.

Esta ideia surge-nos explícita na afirmação daquele autor: “(...) o domínio por organização deveria estar num sistema misto e, conseqüentemente, todos os seus integrantes seriam executores materiais”¹³³.

A fungibilidade dos autores materiais é, na visão de quem propugna uma solução de co-autoria, um argumento vazio de conteúdo, citando JAKOBS, “um dado naturalístico irrelevante”¹³⁴.

Servindo-nos do estudo de ANDRÉS SALAZAR ARELLANO, a proposta de JAKOBS alicerça-se nos seguintes postulados essenciais:

- a) Os dirigentes da organização “não dominavam instrumento algum em forma de ser humano, sendo que trabalhavam conjuntamente com pessoas responsáveis”¹³⁵. Esta asserção levar-nos-ia a considerar a emanação da ordem superior como uma atuação no estágio prévio da perpetração do delito;
- b) Os membros dirigentes respondem por co-autoria na medida em que têm a sua quota de participação na consumação do mesmo, e é por esse contributo acessório/auxiliar que “os fazem responsáveis pelo facto na sua totalidade”¹³⁶;
- c) Refuta a interposição de um terceiro responsável entre a resolução delituosa e a prática do facto, considerando os executores diretos plenamente responsáveis, sendo de admitir que se verifica “uma atuação conjunta”¹³⁷ do(s) facto(s) típico(s).

Creemos que esta solução não é viável do ponto de vista de coerência sistémica e dogmática. Tal solução desvirtuaria por completo a estrutura das figuras de autoria mediata e de co-autoria, entendendo-se a primeira como sendo materializada numa relação vertical (de dependência do homem da frente ao homem de trás) e a segunda como exteriorizando uma relação horizontal, onde todos os intervenientes se situam no mesmo plano.

Em segundo lugar, não é possível afirmar, em nosso entender, que se verifique uma execução conjunta do facto, pois entendemos que quem dá a ordem não intervém na execução do facto nem no estágio de preparação do mesmo, antes ordena o que o executor deve fazer.

133 AMBOS, Kai, in: *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente un estudio comparado*, 2.ª ed, p. 27, nota de rodapé n.º 18.

134 *Ibidem*, p. 27.

135 ARELLANO, Andrés Salazar, *La autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados*, p. 48

136 *Idem*.

137 *Idem*.

Neste sentido, assinale-se a fundamentação do Tribunal Federal alemão, em sentença versada sobre um caso análogo, que refutou a solução de co-autoria devido à “distância temporal, espacial e hierárquica entre o topo da organização e o autor direto”.

Por fim, cremos que falha, igualmente, o quesito de resolução comum do crime, pois quem profere a ordem criminosa e quem a executa, por vezes, nem sequer se conhecem, pelo que falar-se em união de vontades convergentes parece-nos ilógico e irrazoável.

Recusamos, assim, a proposta da co-autoria para a problemática das organizações de poder, e concomitantemente, para os denominados crimes de guerra, pois tal opção levaria a soluções jurisprudenciais chocantes do ponto de vista dos princípios de justiça penal e da ideia de merecimento de pena, enraizados no nosso ordenamento jurídico e comuns ao Direito Comparado.

A punição dos participantes num plano de co-autoria não faria juz ao especial juízo de censurabilidade que deve recair sobre aqueles que, à guisa de determinado contexto político e sócio-cultural, se apoderaram da máquina estatal do Estado, sendo de admitir que estes merecem uma pena mais severa do que aqueles que foram incumbidos da tarefa de materializar as ordens proferidas, pelo argumento decisivo de que são eles que do topo da pirâmide ergueram todo o edifício do crime.

Como foi exposto anteriormente, não há, do ponto de vista doutrinal, unanimidade sobre esta matéria. Mencionaremos, sinteticamente, que GIMBERNAT ORDEIG, considera a solução proposta por ROXIN “excessiva”¹³⁸, propondo a instigação em cadeia, na mesma linha de CEREZO MIR, que cita HERNANDEZ PLACENCIA: “se o executor imediato se opõe a atuar então isto implica que a ordem que está a receber é só constitutiva de uma instigação”¹³⁹.

¹³⁸ ARELLANO, Andrés Salazar, *op. cit.*, p. 49.

¹³⁹ *Idem*.

6. Crimes de guerra: o caso análogo dos “Atiradores do muro” – A solução adotada

No caso supracitado, colocava-se a questão de saber se e como deveriam ser jurídico-penalmente responsabilizados os membros do Conselho Nacional da RDA que emitiram ordens no sentido de abater quem tentasse ultrapassar as fronteiras, rumo ao território da RFA¹⁴⁰.

Em sede do §25 do *StGB*, é punido quem cometer o crime por si próprio ou por intermédio de outrem e foi esse o entendimento do *Bundesgerichtshof* alemão¹⁴¹, o que nos afigura correto.

O Tribunal deu como provado que “apesar da responsabilidade ilimitada do executor, a contribuição do homem de trás conduz automaticamente à realização do tipo”¹⁴².

Consideramos de refutar o postulado de JESHECK, que afirma que “a responsabilidade penal de quem atua de modo imediato exclui, em virtude da lei, a possibilidade de ser considerado ao mesmo tempo instrumento de outro”¹⁴³.

Entendemos, em sentido concordante com o BGH alemão, que a solução dogmática que melhor corresponde às exigências de um direito penal do facto, e que não descure as exigências político-criminais de realização da mais elementar justiça, é a autoria mediata. Citemos MAURACH, “se o homem de trás (...) retém uma reserva de forças que o capacita para usar outrem como mero instrumento, desse modo atua de modo imediato”¹⁴⁴. Na mesma linha de pensamento, STRATENWERHT, que sugere “o mesmo deveria valer para estruturas como a Máfia”, pois “a fungibilidade do executor confere ao autor de escritório o domínio do facto”¹⁴⁵.

É, pois, nestes termos, que admitimos a admissibilidade de um autor-atrás-de-autor responsável, e delimitamos a esfera da sua punibilidade, distinguindo-as das demais figuras delitivas de participação criminosas.

140 ROXIN, Claus, *Las formas de intervención en el delito: Estado de la cuestión*, in: *Sobre el estado de la teoría del delito*, p.161.

141 *Idem*.

142 *Idem*.

143 AMBOS, Kai, *op., cit.*, p. 21.

144 *Idem*.

145 *Ibidem*, p .22.

Conclusão

Em face do exposto, concluímos no sentido de que o critério adotado pelo legislador ordinário português, na tarefa de delimitar o âmbito da autoria criminosa, assenta num domínio do facto, nos termos propostos por WELZEL e ROXIN, mas interpretado de forma atualista e flexível, capaz de se ajustar às multifacetadas situações da vida com que o Direito se debate.

Este domínio do facto deve ser entendido como um conceito aberto, de forma a integrar a realidade múltipla da comparticipação criminosa, terreno fértil em dificuldades práticas de resolução dos casos concretos e da fundamentação legal e dogmática da imputação do facto à conduta do agente, sobretudo quando entre este e o resultado típico intercede a intervenção livre e responsável de outra pessoa. Tal constelação de hipóteses que poderão designar-se de situações de “autor-atrás-do-autor” responsável oferecem uma margem muito ténue de distinção entre a autoria e a participação criminosas, mais concretamente na zona de fronteira entre a autoria mediata e a instigação.

Caracterizamos o nosso ordenamento jurídico-penal como um sistema dual, de participação acessória, subordinando-se a punição do instigador ao começo de atos de execução por parte do autor material (acessoriedade quantitativa) e da qualificação ilícita e típica do crime perpetrado pelo mesmo (acessoriedade qualitativa).

Assentando a figura da instigação em alguns traços essenciais, como a determinação decisiva (de forma dolosa) por parte do instigador da prática do crime por parte do autor, criando neste a vontade (antes inexistente) de cometer um crime, caracterizamos a conduta do instigador como provida de um desvalor de ação equiparável ao do autor imediato, censurável do ponto de vista ético-jurídico, o que justifica a exigência imposta pelo nosso legislador ordinário de que a punição do instigador se faça dentro da moldura penal abstrata prevista no tipo legal de crime preenchido pela conduta do autor.

O sentido da expressão “é punível como autor”, utilizada no artigo 26.º do CP, prende-se com questões dogmáticas atinentes às exigências político-criminais de intervenção do direito penal e não propriamente com minudências teóricas relativas à qualificação jurídica da mesma. Entendemos, portanto, que a discussão quanto à posição sistémica da instigação não se reveste de grande importância, não deixando de crer que esta configura uma modalidade de participação no crime do autor material, que detém, de forma incondicional e autónoma, o domínio do facto, a faculdade de decidir o se e o como do facto ilícito típico.

Aceitamos a posição de CLAUS ROXIN quanto ao domínio da organização proposto para os casos de aparelhos organizados de poder, dada a particularidade do domínio do facto que pertence aos órgãos de chefia, que não é afetado pela intervenção livre, consciente e voluntária dos executores materiais.

Concluimos, no Caso Eichmann, pela justeza da decisão do Tribunal de Jerusalém, quanto à maioria dos fundamentos materiais da mesma, mas propondo uma construção de crime distinto, corroborando a ideia de que os executores materiais não conservavam em suas mãos a decisão última de cometer, ou não, os crimes.

Assim, propomos um quadro de autoria mediata em cadeia, ou uma vasta panóplia de co-autorias mediatas em que, de forma sucessiva, os membros hierarquicamente superiores determinam os membros que se situam nas camadas inferiores da organização de poder, à execução das suas resoluções criminosas.

É da mais elementar “prudentia” que se exige ao jurista restringir o âmbito da instigação jurídico-penalmente relevante, de forma a delimitar o seu campo de aplicação à constelação de hipóteses em que o instigador transfere para o instigado as suas intenções criminosas, de tal jeito que é de imputar ao instigador um duplo dolo- vontade de que o instigado pratique um crime, e que esse crime se manifeste precisamente no facto típico praticado pelo autor material - dolo de resultado. É este o alcance do âmbito de aplicação da figura da instigação, e o sentido do artigo 26º do CP, e da maioria das dogmáticas jurídico-penais europeias.

Por fim, e a respeito do caso análogo do “Caso dos atiradores do Muro”, demonstramos o nosso assentimento com as soluções adotadas, em coerência com o que fora exposto nos capítulos precedentes.

Entendemos que tais propostas são as que melhor fundamentam o juízo de censurabilidade jurídico-penal que deve recair sobre aqueles que determinam outrem ao cometimento de delitos, servindo-se de uma posição de superioridade hierárquica, com prejuízos nefastos para a Humanidade, sendo as sentenças que os condenam um memorando de justiça, que devem servir de base de estudo e como “reserva” jurisprudencial com vista ao reaparecimentos de novos casos no futuro, e que ao Direito Penal caberá resolver.

Bibliografia

AMBOS, KAI, Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente, un estudio comparado (2.^a edição), 2009.

ANTUNES, MARIA JOÃO, Direito Penal, Direito Processual Penal e Direito da Execução das Sanções Privativas da liberdade e jurisprudência constitucional, Julgar nº 21, 96, 2013.

ARELLANO, ANDRÉS SALAZAR, La autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados, 2018.

BARBOSA, LUIZ HENRIQUE LUCAS, O julgamento de Adolf Eichmann: a tentativa da defesa de justificar o injustificável (Vol. 22), Rio de Janeiro, 2018.

BARRUETA, FERNANDO EDUARDO CORCINO, Autoría mediata en aparatos organizados de poder: fundamentos dogmáticos y consecuencias prácticas, Sevilha, 2017.

BERTIN, CLAUDE (s.d.), Os grandes julgamentos: Eichmann (E) Tóquio, Amigos do livro, editores.

CABANA PATRICIA FARALDO, La fórmula de Radbruch y la construcción de una autoría mediata con aparatos organizados de poder, 2009.

COSTA, ANTÓNIO MANUEL DE, Ilícito pessoal, Imputação Objetiva e Comparticipação em Direito Penal, Coimbra: Almedina, 2014.

DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO (s.d.), Direito Penal, Parte Geral, Tomo I (2.^a ed.), Coimbra editora.

FARDILHA, MARIANA, Tentativa de instigação: punibilidade da proposta de homicídio, 2018.

FERREIRA, MANUEL CAVALEIRO, Lições de Direito Penal, Parte Geral, 1992.

FOGLIA, SEBASTIÁN, La instigación en cadena y su aplicación en la sentencia del "doble crimen" y "cabezas", Revista de Doctrina, 2004, pp. 105 – 109.

GARCIA, ANA RITA, Da relevância jurídico-penal da instigação sem início de execução, Coimbra, 2013.

GREGORUT, ADRIANA SILVA, Autoria mediata por domínio da organização, totalitarismo e banalidade do mal: um paralelo entre os pensamentos de Claus Roxin e

Hannah Arendt. São Paulo, 2014.

JAKOBS, GUNTHER. (s.d.), A imputação objetiva no Direito Penal (3.^a ed.).

JESUS, DAMÁSIO DE. Direito Penal, Parte Geral (32.^a ed.), Saraiva, 2011

MASI, CARLO VELHO, A teoria da imputação Objetiva e a sua influência na moderna dogmática jurídico-penal. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, 2011, pp. 40 – 42.

MONIZ, HELENA, Comentário ao Código Penal Conimbricense (2.^a ed.), 2012.

MORÃO, HELENA, Autoria e Execução Comparticipadas, Almedina, 2014.

OLIVEIRA, SÍLVIA, A justificação - ou não justificação - da figura da instigação no nosso Código Penal, 2011.

PEREIRA, MARGARIDA SILVA, A comparticipação criminosa depois do Código Penal de 1982. Em M. d. Andrade, M. J. Antunes, & S. A. Sousa, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias, 2010, p.800.

PLACENCIA, JOSÉ ULISES, La autoría mediata en Derecho Penal, 1996.

RAPOSO, JOÃO ANTÓNIO, A punibilidade nas situações de "instigação em cadeia". O Direito, 2001, pp. 923 - 933.

ROMERO, ÍTALO REYES, Contra la autoría mediata por dominio de la organización: Una breve aproximación desde la doctrina alemana. Revista de Estudios de La Justicia, 2018, pp. 132, 133, 136.

ROXIN, CLAUS, Las formas de intervención en el delito: Estado de la cuestión. Em G. J. Claus Roxin, Sobre el estado de la teoría del delito 1.^a ed., 2000, p. 169.

ROXIN, CLAUS, Autoria mediata através de domínio da organização, 2002.

VIEIRA, FRANCISCO MARQUES, Criminalidade organizada e autoria, 2002.

WIESENTHAL, SIMON (s.d.). Eu persegui Eichmann. Círculo de Leitores.

Jurisprudência

Acórdãos do Tribunal da Relação do Porto:

-24 de novembro de 2004; Proc. n.º 0443152

- 8 de fevereiro de 2006; Proc. n.º 0412956

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça:

- 27 de maio de 2009; Proc. 58/07.1PRLSB.S1

