

A provocação na autoria moral

por Luís de Carvalho e Oliveira
Advogado em Lisboa

A palavra provocação deriva de «provocatio» e é o acto ou acção de provocar. Provocar, segundo PLAUTO, significava chamar para fora; segundo TERÊNCIO, convidar; segundo CÍCERO, desafiar. Todos estes sentidos se ajustam, ainda hoje, à palavra provocação, de tal forma que ela exprime, em primeiro lugar, a atitude de alguém que obriga outrem a pronunciar-se, ou melhor, a tomar qualquer atitude tanto verbal como muscular. A provocação envolve, assim, um indivíduo que é provocado e outro que provoca, sendo certo que o primeiro realiza determinados actos em consequência da acção do segundo, actos esses que existem porque aquele os determinou.

O sentido dado por PLAUTO a «provocare» — chamar para fora — tem particular interesse na expressão de certa forma de provocação, ao mesmo tempo que as define a todas. Na verdade, o indivíduo que provoca não faz mais do que tirar de dentro de alguém aquilo que estava acomodado e sem sentido externo, tanto no que respeita à palavra como no que respeita à acção. O provocado tinha dentro de si qualquer coisa que sem a provocação, sem a atitude do provocador, por forma nenhuma exteriorizaria, tanto no que diz respeito a ideias, sentimentos, como gestos. Foi o provocador que o conduziu, que o induziu, que o determinou a lançar no mundo externo aquilo que, até ao momento da provocação, pertencia ao seu foro íntimo, podendo ainda dar-se o caso de o acto do provocado, em sequência da provocação, nem sequer ter existência interior no momento em que o provocador agiu.

O provocado realiza assim um acto, torna-se autor material desse acto. O provocador não entra na sua execução e fica na sombra. Se o acto realizado pelo provocado está ao alcance do C. Pen. torna-se autor material dum crime.

Resta averiguar em que condições agiu o provocador, quais as suas relações com o provocado, no sentido de se determinar a sua responsabilidade em relação ao facto criminoso que indubitavelmente determinou, através do agente material. Importa saber que condições deve revestir o acto da provocação para poder ser considerado elemento determinante do crime realizado pelo provocado.

A acção do provocador tem de ser idónea e essa idoneidade há-de apreciar-se em função de :

- Personalidade do provocado.
- Personalidade do provocador.
- Ambiente social e moral, cultura e instrução de um e de outro.
- Meios utilizados para produzir a provocação, etc.

A personalidade do provocado tem de ser estudada para que possa verificar-se em que medida é influenciável em geral ou em especial pelo provocador. Isto, qualquer forma que a provocação revista.

Há circunstâncias especiais próprias de cada um e de cada momento. Deve ser estudado o condicionalismo que envolveu a acção. Não pode apreciar-se a influenciabilidade e irascibilidade desligada deste condicionalismo, pois que circunstâncias anteriores podem ter concorrido para o estado emocional do provocado, circunstâncias essas que noutra pessoa seriam inconsequentes.

É o caso de alguém que se encontra em más relações com outrem que lhe dirige uma ofensa mínima. Tal facto não poderia abstractamente ser considerado relevante como provocação, mas tem de o ser, atenta a anterioridade que criou na personalidade do provocado condições pessoais de reacção.

É o caso ainda do político dedicado à sua causa, que outrem enxovalha, do partidário de certo princípio ou chefe político procurado para, na sua presença, ser ovacionado o chefe contrário.

Factos anteriores criaram na personalidade do provocado um condicionalismo capaz de uma reacção intensa.

A personalidade do provocador tem de ser estudada, principalmente em algumas formas de provocação.

No caso de provocação directa por desafio não é do maior relevo e importância tal estudo, pois valor maior toma o acto do que a pessoa do provocador.

Nos casos de provocação por instigação e persuasão, já é de interesse conhecer a personalidade do provocador para se saber em que medida pode ter determinado o provocado à prática do acto delituoso.

O ambiente social, moral, cultural, o grau de excitação colectiva — se o delito tem raízes em acontecimentos de interesse colectivo — merecem cuidado na apreciação do facto provocatório, pois este não produz os mesmos efeitos em todos os momentos. É conhecida a excitação colectiva das épocas eleitorais. Se alguém, pertencendo, ou não, a certo agrupamento político, tomar atitudes capazes de, acesas as paixões, desencadear por parte de outrem perturbações, atropelos, crimes, para apreciação dessa provocação não pode deixar de atender-se às condições ambientais em que avulta a excitação política do momento.

Os meios empregados para provocar não podem deixar de ser considerados. Efectivamente o provocador pode agir directamente, ofendendo física ou moralmente o provocado, ou pode insinuar-se nele, instigá-lo, persuadi-lo.

No primeiro caso, o provocador agiu mal, mas desassombadamente, sujeitando-se até à consequente reacção do provocado. Nos outros casos a provocação realiza-se através de simulações, de fingimentos, de actos que antecipadamente se destinam à frustração, de exemplos dolosos com que o provocador pretende conduzir o provocado por caminho que doutra forma não percorreria.

Não é indispensável que a provocação se dirija pessoalmente ao provocado quer à sua pessoa física, no sentido de lhe causar ofensa corporal, quer às suas qualidades morais. É o caso do provocador que julga que determinadas pessoas existentes num grupo serão capazes de reagir em face da sua provocação. Não sabe antecipadamente quais elas são, todavia faz a provocação e, uma vez feita, a reacção seguiu-se. Desde então ficaram determinados os provocados pela sua própria manifestação.

A provocação na autoria moral tem relevância através da influência do agente provocador, levando o provocado à prática do delito.

O indivíduo que se insinua noutrem, e o aconselha a realizar determinados actos; que, prevendo que outrem agirá de determinada forma, ao ver o exemplo, lhe dá efectivamente esse exemplo, realiza uma provocação.

Manzini diz que o facto provocante pode consistir numa violência física ou noutro facto susceptível de causar emoção. Nós acrescentamos ou numa conduta suasória e instigadora.

Não é também indispensável que o provocado reaja imediatamente ao provocador pois que pode mediar algum tempo entre o acto do provocador e a atitude do provocado. A provocação não deixa por isso de ter relevância. Indispensável é, no entanto, verificar se a influência ou o estado emocional que a provocação produziu se dilatou até ao momento em que a decisão do provocado se formou.

A duração dos estados emocionais tem de ser vista e verificada em função de elementos de vária ordem. Em acontecimentos políticos e sociais é frequente existir longamente no provocado o estado de ira, cólera, emoção que o provocador nele realizou. Esse estado psicológico por vezes é tão duradouro como as condições sociais, políticas e morais em que se tinha produzido a provocação, pelo que o provocador deve continuar a considerar-se ligado à responsabilidade criminal do acto que venha a praticar o provocado.

O provocador, quando determina o provocado ao crime, toma a posição de autor moral e tem de responder por esse crime nas condições legais.

O Código Penal português no seu art. 20 faz uma enumeração dos casos de autoria considerados para o efeito de aplicação das penas.

Ao lado dos autores materiais coloca os autores morais para igual punição.

Há que discriminar as formas por que pode exercer-se a provocação para se avaliar a autoria moral do provocador em face desta disposição penal.

O provocador, no seu intento de colocar o provocado em situação de sofrer uma pena, desenvolve uma actividade conducente à prática de um delito por parte deste.

Nuns casos desencadeia nele uma actividade que se traduz numa ofensa moral ou material ao próprio provocador. Concretizada essa ofensa por forma a enquadrar-se tipicamente num crime, tem ocasião de perseguir criminalmente o provocado. Nisto se resume a provocação.

Este é o caso vulgar e boçal dos que expõem a face à desafiada bofetada alheia com o objectivo de fazer sentar no banco dos réus o adversário.

Neste caso o provocador passa à posição de ofendido e o provocado, o autor material, à de réu.

É este o panorama que imediatamente se apresenta.

No processo organizado e no julgamento cura-se da relação do provocado ao acto criminoso realizado na pessoa ou bens do ofendido.

O provocador fica de fora guarnecido da categoria de queixoso. A provocação funciona a favor do provocado — autor material do delito — como atenuante nos termos do art. 39-4.º do C. Pen. e ainda e somente se o crime se seguir àquela.

E toda a actividade desenvolvida pelo provocador até ao momento em que o provocado tomou a resolução de agir e iniciou a execução criminosa fica fora da alçada da lei penal ?

Tudo dependerá da relação causal entre ela e o acto do provocado — o crime. Quem diz relação causal diz grau de determinação.

Vejam, entretanto, as outras formas de provocação, uma vez que, para enquadramento na autoria moral, teremos de nos referir a este e outros elementos indispensáveis neste instituto.

O caso acima referido da provocação desenvolve-se entre provocador e provocado fazendo-se aquele alvo do crime.

Outros casos há em que o provocador conduz a acção do provocado à realização dum crime ofensor de interesses morais ou materiais que lhe não respeitam individualmente, por não estarem localizados no seu património nem dizerem respeito à sua pessoa física ou moral.

Nesta provocação a instigação deve ser o meio mais vulgar, ainda que a fraude possa vir associada.

Na verdade, entre todos os números do art. 20, a provocação pode ser enquadrada no n.º 4.º ou no n.º 5.º, conforme a acção do provocador se traduziu em conselho, instigação (n.º 4.º) ou concorreu directamente para facilitar ou preparar a execução nos casos em que, sem esse concurso, não tivesse sido cometido o crime (n.º 5.º).

Como em toda a autoria moral, para que a actividade do provocador tenha criminalmente relevância, é necessário que seja :

- a) anterior à resolução do provocado ;
- b) necessária, determinante ou causal.

Pressupostos há relativos ao autor material que têm de ser observados para que possa emparelhar com o autor material em igualdade da aplicação da pena :

- a) imputabilidade ;
- b) intenção ou vontade.

Verificados estes, são de apreciar aqueles.

Não é fácil determinar objectivamente todo o condicionalismo das relações entre provocador e provocado. Ao julgador, a prudência e a argúcia são elementos indispensáveis na análise. A natureza psíquica dos factos a apreciar torna fluidos os elementos indispensáveis ao julgamento.

A primeira averiguação é a do momento em que o provocado tomou a resolução de praticar o crime, pois se a resolução já estava tomada, a diligência do provocador não é relevante por não ter sido causal.

Ao apreciar a causalidade não deixará assim de verificar-se, por indispensável, a anterioridade, pois que se a acção do provocador não for anterior à decisão do provocado não pode constituir causa adequada do facto criminoso que este produzir, certo sendo que além de anterior, outras características deve revestir, essencialmente a da eficácia. Não é uma acção qualquer que conduz o provocador à autoria moral, acarretando-lhe a consequente responsabilidade. A sua acção tem de ser eficaz, isto é, a resolução do autor material deve ser produto da influência do autor moral.

Não se vão reproduzir aqui as teorias sobre causalidade. A doutrina corrente é a de que a nossa lei perfilha a da causa adequada. Por ela o provocador tem de prever a acção do provocado, segundo a probabilidade normal, nas condições por ele conhecidas.

Essas condições dizem respeito ao lugar ou meio, ao tempo e à pessoa do provocado. Nem sempre a mesma pessoa reage da mesma maneira, sendo fora de dúvida que as reacções são diferentes conforme o condicionalismo a que estão sujeitas.

O provocador conhece geralmente as circunstâncias que rodeiam a sua acção. Em regra quando provoca tem em mira colocar o provocado sob a alçada penal e este objectivo não é tido em relação a um desconhecido, pois que a provocação raramente desencadeia de início a acção do provocado, antes é meio de alcançar uma vingança, de causar uma condenação. Há geralmente antes da provocação factos que a condicionam e relacionaram provocador e provocado.

Pelo conhecimento que tem o provocador escolhe as condições óptimas de lugar e tempo para uma provocação eficiente.

Conhecendo ainda o condicionalismo subjectivo do provocado, joga com todos esses elementos para atingir o seu objectivo.

O provocador aproveita a valentia ou cobardia do provocado, como a vergonha, recato e prudência ou o feito desabrido, nervoso e des-

carado para, em conjugação com o lugar e tempo, produzir a provocação.

Na medida em que se provar serem do seu conhecimento todas as condições, se tornará responsável pela autoria moral. Ao querer que o provocado produzisse o acontecimento final, sabendo das condições em que o ia provocar, qui-lo tal como veio a produzir-se. Todo o homem normal preveria aquelas consequências da provocação realizada nas condições em que o foi. O crime deve ser-lhe imputado como seu autor moral.

É certo que há quem objecte que o provocador não prossegue, através da provocação, finalidade igual à do provocado — o primeiro deseja apenas determinar o segundo a agir colocando-o sob a alçada da lei penal ; o seu fim é realizar uma vingança. O segundo é que efectivamente quer e realiza a actividade criminosa. Partindo de que em relação à conduta de cada um dos agentes, se verifica seu evento — o primeiro constituído pela determinação do segundo ao crime; o segundo, pelo próprio crime — e atribuindo-lhe finalidades diferentes, concluem pela impunidade do provocador.

Tem particular acuidade e interesse o caso especial dos agentes de autoridade que provocam com a finalidade de determinar outrem à declaração ou à prática de actos reveladores dos credos políticos e religiosos. O fim é saber o que cada um pensa e quem é ou não adepto do governo.

Não se discute aqui a licitude ou ilicitude do acto de invasão do foro íntimo em relação aos originários direitos do homem e aos princípios porventura constantes de Constituição Política. Isso é outro aspecto da questão e sem interesse para a apreciação da autoria moral do provocador, porque a ilicitude da sua acção, como autor moral, mede-se pela do crime praticado pelo provocado e não pela infracção de outra norma de direito. O que interessa, portanto, saber é se a prossecução apenas do fim de obrigar alguém a agir criminalmente e não o de produzir o próprio crime afasta a autoria moral do provocador e o irresponsabiliza pelo resultado.

Convém esclarecer, porque se trata aqui apenas da provocação como autoria moral, que nada tem que ver a acção do provocador de que nos vimos a ocupar com o crime do art. 483 do C. Pen. Nesta disposição legal manda-se punir aquele que, por discursos ou palavras proferidas publicamente, e em voz alta ou por escrito, de qualquer modo publicado, ou por qualquer meio de publicação, provocar a um crime deter-

minado. Este é um crime descrito pelos seus elementos típicos, constantes da lei :

- a) discursos ou palavras proferidas públicamente ;
- b) em voz alta ;
- c) ou por escrito de qualquer modo publicado ;
- d) determinação do crime que se provoca.

O caso que se visa neste pequeno estudo é o do que, sem utilizar estes meios, determina outrem ao crime instigando ou criando condições que facilitem a prática criminal.

A provocação prevista e punida no art. 483 constitui, já por si, crime, ainda que não se lhe siga qualquer efeito — sendo embora diferente a pena, conforme este teve lugar ou não.

A provocação na autoria moral será punida por o crime que é objecto da provocação vir a ser realizado, cabendo ao provocador, como autor moral, pena igual à do provocado como autor material.

Voltemos ao problema do fim do provocador, acima exemplificado com o caso do agente de autoridade que pretendeu apenas denunciar os elementos contrários ao governo e não tinha como fim o crime que o provocado realizou como consequência da provocação.

Averiguado o nexo de causalidade entre a acção do provocador e o crime do provocado, aquele é, sem dúvida, autor moral.

O autor moral responde pelo crime do autor material, tal como este.

Resta averiguar se prosseguindo através da provocação finalidade diversa, porventura estranha ao próprio crime, o autor moral deixa de ser por ele responsável.

Duas hipóteses há que contemplar :

- a) a mais geral, dos crimes em que o fim não é elemento típico, contemplada no n.º 4.º do art. 29 do C. Pen., que diz : «a persuasão pessoal da legitimidade do fim ou dos motivos que determinaram o facto não exime de responsabilidade criminal» ;
- b) a especial de certos crimes previstos no C. Pen., tais como o do art. 395, rapto violento, em que o fim desonesto é elemento típico e indispensável para que se verifique o crime.

No primeiro caso, desde que a relação do provocador ao crime o traz ao lugar de autor moral (e para isso basta a prova de que influenciou

eficientemente o provocado, determinando-o a agir criminosamente) não pode ser afastada a sua responsabilidade com o fundamento de que agiu com finalidade diferente. Ocorre citar e transcrever o prof. MARCELLO CAETANO (*Lições de direito penal*, p. 255):

«Desde que esteja provada a intenção genérica, é indiferente que se demonstre que o autor agiu movido pelo mais santo propósito ou convencido das vantagens sociais do seu gesto: Santa Zita, advogada das criadas de servir, ao subtrair o fato dos seus amos para dar aos pobres, não deixava de praticar o furto...»

Sendo assim, como é, em relação ao autor material, não se descortina razão jurídica para que deixe de o ser em relação ao autor moral. Na verdade para que o fim diferente prosseguido pelo autor moral pudesse eximi-lo de responsabilidade era necessário que a lei o dissesse em excepção à regra de equiparação do autor moral ao material, estabelecida nos arts. 20 e ss. do C. Pen.

Desde que a lei os equipara, eles têm de responder igualmente pelo crime, sendo irrelevante o fim diferente do provocador, como autor moral.

Outro tanto não acontece, é óbvio, quanto aos crimes de que é elemento típico o fim que o autor deseja atingir — mas isso porque a responsabilidade do agente deriva do facto enquadrado na lei com todos os elementos da tipicidade, sem exclusão de nenhum. Neste caso, se o autor moral não queria o crime e a autoria moral não existe porque também não existe a autoria material — não há crime por falta de elemento típico.

É razoável objectar-se que, se a finalidade da provocação (realizada sob a forma de instigação ou de concurso directo que facilite a execução) é irrelevante, não há, do ponto de vista jurídico, diferença entre a provocação e a instigação — o que é verdade.

A instigação traduz-se em provocação porque o provocador, dinamizado o provocado, o abandona, para, porventura, prendê-lo em seguida ao crime (no caso da provocação do agente de autoridade) mas nem por isso deixa de ser instigação prevista no art. 20 do C. Pen.

É também a opinião do prof. MARCELLO CAETANO (*ob. cit.*, p. 345) quando diz:

«Muito discutida é a questão da responsabilidade do agente provocador que por conta da autoridade instiga ao crime, para se poder saber quem é perigoso para a sociedade ou o Governo; à face da lei, parece-nos que lhe é

imputável a autoria do facto, pois não interessam os fins ou os motivos que o levaram à instigação. Se agiu por ordem de superior legítimo, escusar-se-á depois por essa dirimente. Aplicam-se ao excesso na execução do crime instigado as regras do excesso do mandato, como se vê do art. 21.»

Parece, assim, fora de dúvida que os agentes provocadores respondem pelos crimes dos provocados como autores morais, sendo-lhes aplicadas iguais penas, ou no mesmo julgamento (se processados ao mesmo tempo) ou ao tempo em que vierem a ser processados. Pode efectivamente dar-se o caso de a autoria moral não ser conhecida ou provada quando do julgamento do autor material, mas vir a sê-lo mais tarde, havendo então lugar a condenação se não tiver prescrito a pena.

A conclusão deste ilustre autor sobre os agentes provocadores como instigadores é extensiva, em nosso entender, a toda a provocação, não tendo relevo os fins ou motivos que o provocador pretendia atingir.

Deve este responder como autor moral em pé de igualdade com o autor material.