**TEORIA DO CRIME**

**17 de Fevereiro de 2016**

**Introdução**

Os objetivos da teoria do crime são determinar as circunstâncias em que se pode responsabilizar criminalmente alguém, partindo de 5 de elementos (que estão ainda em construção):

1. **Ação jurídico-penalmente relevante**
2. **Típica**
3. **Ilícita**
4. **Culposa**
5. **Punível**

**1.** Este elemento determina quando um comportamento humano é relevante para o Direito Penal, pois nem todos os comportamentos se traduzem numa ação jurídico-penalmente relevante.

Assim, **por exemplo**, se A, num ataque de **sonambulismo**, der um murro a B, não pode ser punido porque não se tratou de um comportamento dominável pela vontade, ao passo que, se C conduzir um camião e, ao sentir-se sonolento, escolher continuar a conduzir, acabando por atropelar uma pessoa, já pode ser punido, uma vez que poderia ter escolhido não continuar a conduzir (ou seja, o seu comportamento era controlável pela vontade).

**2.** A ação praticada deve corresponder a determinado tipo de crime, pelo que se deve averiguar se o comportamento cabe na previsão de uma norma que estabelece um tipo de crime. A análise faz-se em duas frentes: através dos elementos objetivos e dos elementos subjetivos.

Os elementos objetivos são (i) o agente; (ii) ação típica; (iii) objeto da ação; (iv) resultado; e (iv) imputação objetiva do resultado à conduta do agente[[1]](#footnote-2).

Os elementos subjetivos (aqueles que se prendem com a pessoa do agente) são o dolo e a negligência. Ou seja, o sujeito tem de estar ligado ao facto por um destes elementos, porque não há responsabilidade objetiva em Direito Penal.

O **dolo** é ***intelectual*** (conhecer a realização do facto) e ***volitivo*** (querer a realização do facto); a **negligência** é ***consciente*** ou ***inconsciente***.

**3.** Analisa-se se o comportamento em causa é contrário à lei/ao dever; faz-se um juízo de desvalor sobre o comportamento. Esta análise é feita mediante a **técnica negativa de exclusão**: tem de se verificar se ocorreu uma causa de exclusão de ilicitude (se não, o elemento está preenchido).

**4.** Tem de haver um juízo de censura (culpa) sobre o agente. Este é censurado porque, podendo motivar-se pelo Direito, não o faz. A maioria dos autores defende também a técnica negativa da exclusão para apurar a culpa.

1. Condição objetiva de punibilidade.

**19 de Fevereiro de 2016**

Não deve confundir-se a **Teoria do Crime**, que apresenta um conceito formal de crime, com a **Teoria da Lei Penal**, onde se tem o conceito material de crime (as características que um comportamento deve apresentar para que tenha dignidade penal; é um conceito prévio ao conceito formal).

A outra grande questão a que a ciência penal visa responder, para além da teoria do crime e da função do Direito Penal, é o problema dos fins das penas. Mas não deve confundir-se esta questão com a função do Direito Penal. Com a teoria dos fins das penas visa-se responder às finalidades que as penas devem ter, de modo a que o DP possa cumprir a sua função de proteger os bens jurídicos essenciais. Ou seja, as penas ajudam o DP a cumprir as suas funções, nomeadamente através da prevenção (evitando que haja crime).

**I**

**Evolução Histórica da Teoria Geral do Crime**

**1.** A teoria do crime surge pela primeira vez nos Tratados de Direito Penal no século XVI através de ***Tiraqueau***, onde já se definia o crime através da distinção dos seus elementos. Nesta época, via-se o crime como um facto ilícito punível, praticado com dolo ou negligência.

**2.** **Escola Clássica:** a formulação que se denomina clássica é a formulação que a teoria do crime tem em Von Liszt (finais do século XIX e início do século XX). ***Liszt*** é filosoficamente um positivista e, como tal, entende que a realidade é dada na experiência e, por isso, o crime é uma realidade no mundo da experiência e os seus elementos serão parte dessa mesma realidade e dever-se-á fazer uma distinção material entre eles.

Liszt considerava haver **quatro elementos do crime**:

* **Ação**: adota um conceito naturalístico de ação, segundo o qual a ação se traduz num movimento corporal que leva uma transformação do mundo exterior, estando o movimento e a dita transformação ligados por um nexo de causalidade. Porém, para haver crime, não basta provar que existe ação, é necessário provar a ilicitude;
* **Ilicitude**: consiste na contrariedade a uma norma jurídica e era apenas constituída pelos elementos objetivos do crime (ex.: no homicídio são elementos objetivos o agente, a ação de matar, o resultado de morte e o nexo de causalidade entre ação e resultado). Os elementos subjetivos (dolo/negligência) faziam parte da culpa;
* **Culpa**: consiste no conjunto de todos os processos espirituais que se desenrolam no interior do agente ao praticar o crime. O dolo consiste na vontade de realizar o facto, enquanto a negligência consiste na deficiente tensão da vontade que não permitia ver a realização do facto;
* **Punibilidade**: conjunto de elementos adicionais, geralmente objetivos, que permitem distinguir crime de outros atos ilícitos e culposos.

**2.1.** ***Beling*** (ainda dentro da escola clássica) altera profundamente a teoria do crime ao introduzir a tipicidade (cria o conceito de tipo), em 1906, com a monografia “Teoria da Infração”. Em termos gerais, Beling diz que para haver crime é também necessário a tipicidade, i.e., é necessário que haja conformidade do facto praticado com a previsão da norma incriminadora.

Beling distingue **dois conceitos de tipicidade:**

1. **Tipo indiciário (*typus*):** abrange apenas as circunstâncias abrangidas na norma incriminadora e, por isso, quando um facto corresponde às circunstâncias previstas na previsão de determinado crime, pode afirmar-se que aquele facto é um crime.
2. **Tipo essencial ou definitivo** (***tatbestand***)**:** abrange o conjunto de elementos constitutivos do crime, ou seja, abrange todas as circunstâncias de que depende a consequência final. Abrange não só as circunstâncias especialmente descritas na norma incriminadora, mas também aquelas descritas na PG do código e no processo penal. Além de abranger a ação de matar (por exemplo), abrange também o facto de essa ação não ter sido praticada em legítima defesa (o que faz com que não se exclua a ilicitude).

Com isto, Beling introduz um novo elemento à teoria do crime.

Von Liszt adota este conceito, mas coloca-o como último elemento do crime. Todavia, com a evolução dos seus conhecimento e teoria, acaba por introduzir o conceito de tipo logo seguido à ação, passando a ter-se: **ação + típica + ilícita + culposa + punível**.

Inicialmente, Von Liszt punha o tipo no fim porque pensava no tipo essencial (aquele que abrange tudo o que existe para que se possa aplicar uma pena), e só depois pensa no *typus* (os elementos que fazem parte do núcleo da norma especial incriminadora).

Hoje em dia, o conceito de tipo continua a ser essencial para o conceito de crime. O que se usa, na resolução de casos práticos, é o **tipo indiciário** (ainda que mais desenvolvido do que nas conclusões de Beling e Liszt).

Consoante o ponto de referência, tem-se **o tipo em sentido abstrato e o tipo em sentido concreto**: quando o ponto de referência é o facto concreto (ou seja, se se averigua, naquele caso concreto, se existem as circunstâncias que fundamentam a aplicação de pena), está-se perante o ***tipo em sentido concreto***; se o ponto de referência for a previsão da norma, está a pensar-se no **tipo em sentido abstrato –** em qualquer dos casos, pode ser indiciário ou essencial.

Esta distinção é importante porque, para se averiguar se certas circunstâncias dadas pela lei estão ou não presentes num dado caso concreto, é necessário usar-se o **método subsuntivo (técnica da subsunção)**, que consiste numa operação lógica pela qual o facto concreto se determina como um caso de certa norma. Quando um caso concreto se enquadra numa norma, diz-se que se subsume a essa norma. O que vamos aprender nas aulas é dar uso à técnica da subsunção.

Há quem critique o método subsuntivo da aplicação de Direito, advogando que este implica uma dissociação analítica-objetiva de dois termos: o facto e a norma. Alegam também que o caso não é dado (não há facto objetivo), mas antes uma construção normativa do facto.

A contracrítica a esta crítica é de que não é proposto um novo/melhor método (critica-se a crítica por não sugerir algo melhor, apenas criticar). Além disto, o método subsuntivo também vê o caso penal como um caso em construção: significa que está sempre a passar-se da norma ao caso concreto e do caso concreto para a norma (não se afirma que há um caso dado).

***Tipo de garantia****:* conceito de tipo relevante do ponto de vista constitucional e que abrange todos os elementos que fundamentam positivamente a punibilidade, não abrangendo os elementos negativos. Por exemplo, abrange os elementos que fundamentam positivamente a ilicitude, mas não abrange os elementos que excluem a ilicitude.

***Tipo de ilícito****:* abrange, além dos elementos que fundamentam o juízo de ilicitude (ou seja, o tipo indiciário de ilicitude), os elementos que excluem a ilicitude (ou seja, o tipo essencial de ilicitude). O mesmo se aplica ao **tipo de culpa** (existem o tipo indiciário e o tipo essencial de culpa).

***Tipo objeto do dolo****:* abrange aqueles elementos do tipo objeto da vontade do agente. O dolo consiste na representação e vontade da realização do facto típico.

**3.** **Escola neoclássica de crime:** dominante em 1930, era defendida por vários autores, nomeadamente ***Mezger***. A Escola neoclássica, do ponto de vista da filosofia, equivale ao neokantismo: entende, ao contrário dos positivistas, para quem a realidade era o mundo natural, que há o mundo do espírito, da cultura, dos valores, mundo ao qual o Direito pertence. Desta forma, os autores neoclássicos defendem que a ilicitude e a culpa são valores (mais precisamente, desvalores). Os próprios conceitos de ação e omissão são valorativos e não apenas realidades do mundo natural.

De acordo com esta escola, o próprio conceito de ação é um conceito social: a ação seria um comportamento humano voluntário, socialmente relevante. Este é um conceito final da escola neoclássica, porque teve uma evolução dentro da própria escola.

Com a escola neoclássica, o tipo deixa de se situar ao lado da ilicitude, para se limitar à missão formal de conter os elementos da ilicitude. Por isso, o tipo transformou-se no tipo de ilícito que reúne os elementos característicos e que fundamentam positivamente a ilicitude.

A ilicitude surge como desvalor, mas que, para além de ser composta por elementos objetivos, comporta, por vezes, elementos subjetivos. Isto significa que se começa a perceber, nesta altura, que devem ter-se em conta alguns elementos subjetivos para que se considere um facto ilícito.

Na escola neoclássica, distingue-se a **(a)** ***ilicitude formal*** da **(b) *ilicitude material***- começa a haver uma graduação da ilicitude, consoante a danosidade dos bens jurídicos; interessa, mais do que haver dano, o quão reprovável é a conduta que o provoca.

1. Contrariedade à norma jurídica;
2. Danosidade social.

Quanto à **culpa**, surge uma nova teoria: **teoria normativa da culpa** (e não uma teoria meramente subjetiva, como acontecia na escola clássica).

De acordo com ***Frank***, o essencial na culpa já não são os elementos subjetivos, mas o juízo de censura, que só existiria se fosse exigível um comportamento contrário ao adotado. Ou seja, se não for exigível outro comportamento, não pode haver culpa. É necessário provar que há uma motivação negativa do agente, para que se possa censurá-lo.

Assim, **por exemplo**, se duas pessoas estão numa tábua que só aguenta com uma delas, se uma deixar a outra cair para sobreviver, não se pode considerar que havia possibilidade de adotar um comportamento alternativo, pelo que não se pode considerar que há culpa.

**4.** **Escola finalista:** o principal representante desta escola é ***Welzer***. Esta escola corresponde, na filosofia, à escola fenomenológica. De acordo com esta, é possível determinar as essências, no sentido de formas de ser (**método ontológico/fenomenológico**). Aqui, os valores não são mais do que essências ou formas de ser, pelo que existem na zona da realidade e não resultam de dado de valoração, como defendia a escola anterior.

Sendo assim, os finalistas defendem, desde logo, que a ação em Direito Penal é uma essência que o Direito não pode alterar e que existe independentemente deste, tendo, por isso, uma estrutura própria. O conceito final de ação define a ação como supra-determinação final de um processo causal.

***Ação = processo causal conduzido pela vontade, para determinado fim.***

Este conceito provoca uma alteração fulcral no conceito de crime, porque os elementos subjetivos passam a fazer parte do tipo (precisamente por serem elementos centrais do conceito de ação). Assim, atualmente, afirma-se que a doutrina contemporânea é **pós-finalista**: ainda que não se defenda um conceito final de ação, não deixa de se defender que o dolo e a negligência fazem parte da ação, sendo mais do que meros elementos da culpa.

A tipicidade passa a surgir, outra vez, como valoração autónoma e indiciária da ilicitude.

A ilicitude é uma valoração sobre o comportamento na sua vertente objetiva e subjetiva, que compreende o desvalor de ação e o desvalor de resultado. Na ilicitude, há dois aspetos a ter em conta: (i) **vontade ilícita (desvalor da ação)** e (ii) **lesão do bem jurídico (desvalor do resultado).**

A culpa é, essencialmente, um juízo de censura por não ter agido de outra maneira. Nesta escola, a culpa coincide com as causas de exclusão da culpa em sentido amplo: determinado facto é culposo se não estiverem presentes as causas de exclusão da culpa.

**5.** Maioria dos autores atuais são entendidos como **pós-finalistas** (ou seja, finalistas com variações). Como refere ***Figueiredo Dias***, não pode dizer-se que um facto preenche materialmente um tipo de crime enquanto unidade de sentido social juridicamente desvalorosa, sem que haja dolo ou negligência.

Dentro dos pós-finalistas há uma doutrina que se pode denominar de **teológico-funcional ou racional-final do DP**. Para estes, o sistema do DP só pode guiar-se pelas finalidades do DP. Um autor representativo desta doutrina funcional é, sem dúvida, **Jakobs**.

**II**

**Conceito de ação jurídico-penalmente relevante. Ação e Omissão.**

* **Ação**

O primeiro elemento do crime é a **ação**. Se não há ação jurídico-penalmente relevante, não importa avançar na análise.

O conceito de ação tem **quatro funções**:

1. **função classificatória**: o conceito de ação deve abarcar todas as formas de comportamento humano que possam ser relevantes para o DP;
2. **função delimitadora:** o conceito determina os comportamentos que, à partida, já se sabe que não podem ser considerados crime. Deve permitir, por si só, excluir todos os comportamentos irrelevantes para o DP;
3. **função de definição:** o conceito deve servir de suporte aos restantes elementos do crime;
4. **função de ligação:** o conceito tem de ser neutral, pois serve de elemento de ligação aos restantes elementos.

O conceito de ação deve ser amplo, servindo todas estas funções. Para grande parte da Doutrina, a análise de um caso concreto deve começar pelo conceito de ação.

Porém, para ***Figueiredo Dias***, deve começar-se pelo conceito de *ação típica*. Na verdade, para este só se deveria falar em ação típica, pois só esta importa para o Direito Penal. Em última análise, o que importa é saber se houve a ação de matar, de furtar... e não apenas uma mera ação.

Portanto, para Figueiredo Dias, o elemento da ação não pode ser algo pré-jurídico: não há um conceito geral de ação, previamente dado ao tipo. Do mesmo modo, não deve dissociar-se o conceito de ação da sua tipicidade.

**Crítica de *Bárbara Sousa Brito*:** Figueiredo Dias vai muitas vezes buscar o conceito de ação para excluir os comportamentos que não são relevantes para o DP.

**Exemplo**: caso do sonâmbulo(aula 1) – Figueiredo Dias usa o conceito de ação para afirmar que o comportamento do agente não é relevante para o DP. No fundo, o autor beneficia de uma das funções principais do conceito de ação (que é a de delimitação). Se, por um lado, quer afastar o conceito de ação como ponto de partida, na realidade, não deixa de o usar (ainda que dentro da tipicidade).

Mais, ao contrário do que afirma Figueiredo Dias, o conceito de ação pode ter uma dimensão pré-jurídica.

A existência ou não da ação é autónoma da questão da tipicidade. Ou seja, saber se há ação não implica, desde logo, saber se há ação típica. Assim sendo, deve partir-se de um conceito de ação, que sirva de base aos restantes elementos.

**Conceitos de Ação em Direito Penal**

**1.** **Conceito causal/naturalístico de ação**: conceito que surgiu na escola clássica. De acordo com este, há ação quando houver um movimento corporal que leve a uma transformação no mundo exterior, estando esses movimento e transformação ligados por um nexo de causalidade. Fala-se em conceito causal não só porque se atende à vontade como causa do comportamento tido, mas também porque se dá relevância à relação causal entre o comportamento e a consequência no mundo exterior.

Este conceito foi sujeito a várias **críticas**: a principal é a de que este conceito não inclui a **omissão** - na omissão não existe a tal vontade no sentido naturalístico. O que caracteriza a omissão é precisamente a falta de vontade.

Beling tentou responder a esta crítica, alegando que na omissão haveria a vontade de reter os músculos (contrário ao movimento corporal). Este é um argumento que não procede, visto que, na omissão, não existe qualquer vontade.

**2. Conceito social de ação**: este é um conceito que surge na escola neoclássica. Apesar de ter aqui começado, é atualmente defendido por parte da doutrina, nomeadamente ***Jeschek***. Um dos seus autores foi ***Schmidt***.

Para este conceito, ação é um comportamento humano voluntário socialmente relevante. Por sua vez, comportamento humano é uma tomada de posição livre, frente às possibilidades de agir que se lhe oferecem. Essa tomada de posição tem de ser controlada ou controlável pela vontade.

Deste conceito de comportamento humano pode retirar-se que, além de ter de ser um comportamento praticado pelo Homem (e não por pessoa coletiva), se pode referir a uma ação ou omissão. Além disso, tem de ser voluntário, no sentido de ser controlável pela vontade do próprio.

O comportamento tem de ser socialmente relevante: tem de ter um efeito no exterior e tem de afetar a relação do indivíduo com a sociedade.

Este conceito foi sujeito a várias **críticas**, sendo uma das principais a de que este não seria um conceito totalmente neutral e, por isso, não poderia servir de base aos restantes elementos do crime. Diz-se que não é suficientemente neutral porque, muitas vezes, o ser socialmente relevante deriva da relevância jurídica. Ou seja, para chegar à conclusão de que um comportamento é socialmente relevante, tem de se partir da norma (por exemplo, fugir aos impostos só é socialmente relevante porque há normas incriminadoras que o estabelecem como crime, logo, são as normas que lhe dão relevância). A defesa apresentada por esta escola/por este conceito é de que a neutralidade não pode ser levada de modo tão rigoroso: para afirmar que um conceito é neutral, basta que esse sirva de base às restantes valorações, que é o que acontece com o conceito social.

Levantam-se as **questões**: uma mulher todos os dias compra cogumelos, na esperança que um deles seja venenoso e que mate o marido. Um dia, acaba por consegui-lo. Pode ser responsabilizada juridicamente? E um homem que compra um bilhete de avião para o seu pai na pior companhia aérea do mundo, na esperança que este morra num desastre, para receber a herança, o que acaba por acontecer. Pode ser responsabilizado?

De acordo com o conceito social não podem: comprar cogumelos todos os dias ou comprar um bilhete de avião não são ações socialmente relevantes.

Ainda assim, mesmo aqueles que não partem deste conceito acabam por não conseguir responsabilizá-los: nenhum deles pratica um ato proibido, pois não sabem se há um cogumelo venenoso ou se o avião vai cair, só têm esperança que tal aconteça (ou seja, ainda que preencham a ação, não preenchem o tipo). As ações que levam a cabo representam risco permitido e só há tipicidade (logo, responsabilidade) quando há um risco não permitido. A intenção, por si, não basta, pois o DP é um direito de factos.

**3.** **Conceito final de ação**: conceito que surgiu com a escola finalista e de acordo com o qual a ação consiste num processo causal, conduzido pela vontade, para determinado fim. Numa ação, haveria **três momentos**:

1. Definem-se os objetivos: há uma antecipação mental do fim;
2. Elegem-se os meios necessários à prossecução do fim;
3. Põem-se em andamento os processos causais, com vista à prossecução do fim.

**Críticas**: este conceito não abrange a totalidade dos comportamentos relevantes para o DP, nomeadamente quanto à **omissão**, onde não se verifica o ponto 3. Também não inclui as **ações negligentes inconscientes**, que se caracterizam por não haver uma representação mental do resultado.

Face a estas críticas, a escola finalista veio, numa segunda fase, dizer que quando falavam em finalidade não estavam a pensar em ação intencional, mas sim numa ação conduzida ou conduzível por parte do agente, pela sua vontade. Por isso, o que se avalia é se haveria a possibilidade de haver um comportamento alternativo: se houver um comportamento alternativo, há ação (o sonâmbulo não tem a possibilidade de praticar um comportamento alternativo, pelo que não se pode considerar o seu comportamento uma ação).

**4.** **Conceito pessoal de ação**: o conceito pessoal tem principal defensor ***Roxin*** (mas, anteriormente, era já defendido por Kaufmann): há ação quando houve uma exteriorização da personalidade do agente. A personalidade é entendida como unidade de corpo e espírito. A exteriorização surge como conduta sujeita ao controlo do eu.

A ação traduz-se, além da exteriorização da personalidade, pela valorização social (ou seja, Roxin atribui um sentido social ao conceito).

**Críticas**: esta noção de ação poderia sugerir que só há ação se a mesma for culposa. Há quem entenda a culpa como desvalor da personalidade.

**Contracrítica**: uma coisa é exteriorização da personalidade, outra é considerar essa exteriorização um desvalor.

[**5. Conceito de ação de Jakobs**: ação surge como evitabilidade de uma diferença de resultado. Todo o comportamento que for evitável é uma ação jurídico-penalmente relevante. O comportamento será evitável se for conhecido ou cognoscível pelo agente e este tiver a possibilidade de influir no acontecimento.]

**Ter consciência dos sinais objetivos de perigo representa uma possibilidade de controlar a ação**.

**24 de Fevereiro de 2016**

Libet - *Mind time. The temporal factor in consciousness*

José de Sousa Brito - *Técnica do Crime e Técnica de Subsunção* (elementos de apoio)

**CONCLUSÃO:**

Quanto ao **conceito de ação**, há um certo consenso na Doutrina de que o que é essencial para haver uma ação jurídico-penalmente relevante é a **possibilidade de controlo dessa mesma ação**. Ou seja, é a possibilidade de adoção de um comportamento alternativo por parte do agente.

Na ótica de **Bárbara Sousa E Brito**, para saber se há uma ação controlável pelo agente, é preciso ter em conta o que as restantes ciências, nomeadamente as ciências que estudam o comportamento humano, dizem sobre esse assunto, pois o Direito Penal precisa de se apoiar em dados ontológicos firmes (logo, em conhecimentos dados por outras ciências). Todavia, tal não significa substituir as afirmações de valor próprias do Direito Penal por afirmações de facto próprias das outras ciências; significa apenas apoiar as valorações do Direito em dados ontológicos firmes.

Tem de se ter em conta, em especial, a neurociência, pois esta é, de todas as ciências que estudam o comportamento humano, aquela que tem alcançado os resultados mais importantes, marcando a discussão dentro das ciências cognitivas.

A descoberta de ***Libet*** põe em causa o livre arbítrio? O cientista afirma que não há ainda dados científicos suficientes para responder a esta questão, mas que tudo tende a que haja livre arbítrio.

Daqui, desta afirmação, qual o passo a dar em Direito Penal? Libet só estudou as ações dolosas, aquelas em que a pessoa representa a ação que a praticar e quer realizar a ação representada e em DP não são apenas as ações dolosas que são puníveis: é possível punir quando o agente não representa a ação que realiza, mas tinha a possibilidade de o fazer (é o que acontece com a negligência inconsciente).

A pergunta a colocar não é **"quando há controlo?"**, porque este passa pela consciência, i.e. representação, de praticar o facto típico (para Libet há controlo quando a pessoa toma consciência da decisão que tomou), mas sim **"quando há possibilidade de controlo?"**.

A mera existência da possibilidade de controlar é bastante para o Direito Penal punir as ações (negligentes).

**HIPÓTESE 1:**

Uma mãe pede ao pai para, no dia seguinte, levar a criança ao infantário, algo que nunca acontece; trata-se de um pedido excepcional. O pai aceita o pedido.

Este faz o seu caminho normal para o trabalho e esquece-se que tem a criança no carro, deixando-a lá ficar todo o dia. A criança acaba por morrer.

Pode dizer-se que o pai se encontra numa situação de *stress* crónico e que se limitou a fazer aquilo que faz sempre (o seu percurso casa-trabalho/trabalho-casa). Porém, naquele dia, tinha uma ação nova, que era deixar o seu filho no infantário.

**Há uma ação jurídico-penalmente relevante por parte do pai?**

Mesmo que quando põe a criança no carro o pai saiba que ela lá está (ou seja, tem consciência), quando se esquece (porque entra no chamado “piloto automático*”*) não há uma representação da ação, pois não representa a possibilidade de lesar o bem jurídico (não lhe passou pela cabeça que poderia esquecer-se da criança no carro).

Para responder deve ter-se em conta o peso que o **automatismo** tem na ação humana. Assim sendo, não se pode considerar que há uma ação. Como tal, não faz sentido o Direito Penal atuar: aquele pai não actuou no âmbito da sua autonomia. Não basta ter consciência de que vai levar a criança ao infantário. Para ser punido, teria de ser exigível ao pai que admitisse que era muito distraído e, então, que aquela situação de esquecimento era expectável. Não se assemelha ao exemplo do motorista, porque há um momento (quando aquele fica com sono) em que ele representa a possibilidade de causar um acidente e decide continuar a conduzir.

Se, por outro lado, se imaginar que aquele pai já se esqueceu de várias coisas importantes por estar numa situação de *stress*, quando (sabendo que está numa grave situação de stress) aceita levar a criança ao infantário, aí já é exigível que represente a possibilidade de se esquecer (o saber que é distraído é um sinal objetivo de perigo e ter consciência dos sinais objetivos de perigo representa uma possibilidade de controlar a ação). Desta forma, aquele pai já poderia ser punido, pois considera-se que atua no âmbito da sua autonomia/liberdade.

**Só se pode punir uma pessoa quando esta atua no âmbito da sua autonomia/liberdade.**

**HIPÓTESE 2:**

Uma criança atravessa-se, de repente, à frente de um carro que circula a velocidade normal, numa zona que não é próxima de nenhuma escola ou parque infantil.

Apesar de travar, o condutor atropela-a. O condutor demorou 250 milésimos de segundo a travar desde que a criança se atravessa à sua frente.

**Há responsabilidade criminal do condutor?**

Não, pois não houve (nem era sequer exigível que houvesse) a consciência dos sinais objetivos de perigo.

Porém, se a mesma situação sucedesse numa zona de escola, que o condutor sabia ser uma zona de escola, haveria já responsabilidade penal: o conhecimento do tipo de zona equivale à consciência dos sinais objetivos de perigo. É possível, no mundo real, que, numa zona de escola, hajam crianças a circular.

**Hipóteses** (para sexta-feira) - analisar à luz dos vários conceitos de ação

**Caso *Adomako***

Trata-se de uma operação levada a cabo por 2 cirurgiões, apoiados por uma equipa de 5 enfermeiras.

A anestesia começou a ser administrada cerca das 9h45 e o paciente foi anestesiado com uma injeção de uma substância anestesiante e um tubo intratraquial foi inserido para permitir ao doente respirar por via mecânica. No início da operação, o anestesista era Dr. Said.

Cerca das 10h30, houve uma troca de anestesistas: o acusado foi chamado a assistir o Dr. Said e a ocupar o seu lugar, que saiu para assistir outra operação no hospital.

Às 11h05, o tubo intratraquial desconectou-se, pelo que o fornecimento de oxigénio cessou e o doente sofreu um ataque cardíaco às 11h14. O acusado (Adomako) tomou, pela primeira vez, consciência de que algo estava errado quando tocou o alarme da máquina que monitoriza a pressão arterial do paciente. Quatro minutos passaram entre a desconexão e o soar do alarme dessa máquina.

Quando o dito alarme tocou, o acusado respondeu de várias formas: verificou equipamento, administrou um medicamento para subir o pulso do agente; mas em nenhum momento antes do ataque cardíaco verificou a desconexão do tubo. Aliás, tal desconexão só foi descoberta depois de o doente ter o ataque cardíaco (durante as medidas de reanimação). O primeiro anestesista esqueceu-se de ligar o alarme da máquina do tubo intratraquial.

**Deve ou não o acusado ser responsabilizado jurídico-criminalmente pelo crime de homicídio negligente?**

**Elemento relevante:** competia ao outro médico ligar o alarme; não é expectável que Adomako não confiasse no trabalho do colega e, especialmente tendo em conta a quantidade de máquinas envolvidas numa cirurgia, que fosse verificar todas as máquinas que existem.

Se, em Medicina, for obrigatório que o 2º anestesista (o acusado) confira todas as máquinas (algo que nós, alunos de Direito, não sabemos), então há, claramente, uma violação do seu especial dever de cuidado.

Adomako entra numa situação de stress agudo e, ainda assim, não se resume aos seus automatismos, fazendo tudo ao seu alcance para solucionar o problema.

**Factor de expectativa:** o alarme que toca não é o do tubo intratraquial, mas o da pressão arterial – não se pode esperar de Adomako que reaja a um alarme que não soou.

Era preciso que Adomako tivesse consciência do sinal objectivo de perigo (que acabou por se concretizar no resultado, que era a morte do paciente) para que pudesse ser responsabilizado por uma ação. Face ao anteriormente exposto, não se pode considerar que o acusado representou a possibilidade de aquele resultado acontecer.

Para evitar estas situações, dever-se-ia estabelecer um conjunto de regras semelhante ao dos aviadores, em que se imponha aos médicos que verifiquem o correcto funcionamento de todas as máquinas quando substituem um colega (fazer uma *check-list*).

**Caso da *Talidomida*** (medicamento que se dava às grávidas para situações de ansiedade)

Esse medicamente provocou malformações no feto, mas só foi descoberto o problema quando começaram a nascer crianças com malformações.

**Podem responsabilizar-se os médicos que prescreveram este medicamento às mulheres grávidas por ofensa à integridade física?**

Há uma ação de administrar o medicamento; porém, os médicos não tinham a possibilidade efetiva de representar a ação que resultou na ofensa à integridade física (o medicamento tinha passado todos os testes da farmacêutica). Assim, **não podem ser responsabilizados**. Se não há sequer um sinal objetivo de perigo, pois não se sabia que a *Talidomida* provocava aquelas consequências, os médicos nunca poderiam imaginar que haveria aquele resultado (só mais tarde é que esse sinal surgiu, quando se descobriu que as mal-formações eram causadas pelo medicamento).

A maior parte da Doutrina considera que, nestes casos, não há responsabilidade criminal, mas não por que não haja ação, mas pela imputação objetiva (algo que estudaremos mais tarde: para haver responsabilidade criminal, nos crimes de resultado, tem de ser possível atribuir objetivamente um resultado à conduta do agente – **causalidade adequada:** pode atribuir-se um resultado a uma conduta de uma pessoa quando o Homem normal, colocado na posição daquela pessoa, poderia prever aquele resultado, segundo aquele processo causal).

**26 de Fevereiro de 2016**

* **Omissão**

Quando se exige uma ação jurídico-penalmente relevante como primeiro elemento de análise do crime, está a falar-se em ação em sentido amplo: ação em sentido estrito (atividade) e na omissão (inatividade).

***A omissão faz parte do género comum comportamento humano?***

Para uma parte da Doutrina (e para a Prof. ***Bárbara Sousa e Brito***), aomissão só faz sentido dentro do género comum à ação e omissão, que é o comportamento humano. Assim, a omissão, tal como a ação, é uma realidade que existe no mundo exterior.

A omissão é uma **resposta controlada ou controlável pelo agente a uma situação**. Desta posição decorre que, quando o agente não tem capacidade para agir, não há omissão.

Outra parte (nomeadamente, ***Figueiredo Dias***), encara a omissão como a **negação da ação** e, como tal, não existe na realidade (não existe como realidade no mundo exterior); é um juízo, um produto. Quem defende esta posição defende uma corrente chamada **teoria lógica ou normativa da ação esperada:** omissão é um juízo efetuado por quem julga a ação e relaciona a conduta praticada com a conduta esperada. Há ainda que determinar por força de quê se exige a ação esperada. De acordo com a teoria normativa, a exigência decorre da norma.

**Críticas:**

1. O juízo é feito pelo julgador, ou seja, é o julgador que decide se houve ou não omissão. O problema é que os outros elementos do comportamento, que partem do conceito de ação, não podem assentar em juízos.
2. Crítica à doutrina subjetiva da negação, substituindo-a pela doutrina diferenciada de negação: não ser isto é diferente de ser não isto - a omissão é o contrário da ação.

**Exemplo**: A não salvou B - afirmação é verdadeira nas situações em que A nunca teve oportunidade de salvar B, mas só será uma omissão nas situações em que A teve o comportamento humano de não salvar B (há um comportamento controlável pela vontade de A).

Ou seja, a omissão não é uma realidade distinta da ação; inclui-se no mesmo género que esta, que é o comportamento humano (esta é a **doutrina diferenciada da negação**, defendida pela Professora).

Tanto a ação como a omissão são respostas do Homem a uma determinada situação e ambas têm de ser controladas ou controláveis pelo homem para serem jurídico-penalmente relevantes.

Para ***Figueiredo Dias***, a omissão é sempre analisada na perspetiva da ação esperada, ou seja, omissão = não adoção da ação esperada.

***Bárbara Sousa e Brito*** diz que não é preciso falar na ação esperada para haver omissão.

Exemplo: uma criança a afogar-se e o pai não a salva – ***Figueiredo Dias*** diz que há omissão porque havia a ação esperada de a salvar; ***Bárbara Sousa e Brito*** diz que não é preciso fazer referência à ação esperada, pois o pai omitiu-se ao salvamento, logo, há omissão.

Esta distinção é importante porque há determinadas omissões que estão causalmente ligadas ao resultado.

Aqueles que defendem que a omissão é o mesmo que acção defendem que a omissão é causal (os outros não).

Para outra parte da Doutrina, o DP é um DP de facto e há uma vinculação do Direito às estruturas comportamentais identificáveis comunicacionalmente (defendem a função funcionalista do DP). Para estes, o comportamento não será definição naturalística, ontológica, mas centra-se na significação social dos comportamentos. Bastam-se com a relevância social do comportamento.

Por isso, a ação/omissão são equiparadas enquanto espécies de ação social.

***Quando é que deve haver equiparação da ação à omissão, ao nível do tipo?***

Uma parte da Doutrina entende que quando o tipo proíbe a produção de um resultado, são relevantes não só as ações que o produzem, como as omissões. Por isso, as normas da PE contêm tipos comuns à ação e à omissão.

Já **F.Dias** diz que o fundamento da equiparação deverá ser político-criminal, pelo que só deverá ocorrer quando, face a um certo tipo de ilícito, se chegar à conclusão que o desvalor da omissão corresponde ao desvalor da ação. Esta equiparação ocorrerá quando o agente tiver um dever especial de agir e só não será assim se for outra a intenção da lei.

**Critérios de Distinção de Ação e Omissão**

1. ***Engisch*** diz que ***ação*** é um dispêndio de energia; na ***omissão*** não há essa energia positiva.

Crítica**:** não capta a essência do tipo omissivo e, além disso, há crimes omissivos onde há dispêndio de energia.

**Exemplo**: pai que vê o filho a afogar-se e que, em vez que correr para o mar, corre para o carro.

1. ***Stratenvert***: na ***ação*** há uma intervenção modificadora da situação por parte do agente, ao contrário da ***omissão***.

Crítica**:** imprecisão – quando se pode dizer que há uma modificação da situação?

1. ***Roxin*** (e ***F. Dias*** e ***Bárbara de Sousa Brito***): o que importa é a forma de criação de perigo para os bens jurídicos. Na ***ação***, o agente cria ou aumenta o perigo; na ***omissão***, o agente não diminui ou não afasta o perigo.

**Tipos de Omissões**

* **Omissões Puras (ou Próprias):** aquelas que, independentemente do resultado, integram o tipo. Exemplo: **artigo** **200o CP** **(omissão de auxílio)** – para alguém preencher o tipo deste artigo, basta não auxiliar; não é preciso que se verifique algum resultado (não é preciso que a outra pessoa morra ou sofra ofensas à integridade física).
* **Omissões Impuras (ou Impróprias):** aquelas que estão relacionadas causalmente com o resultado.

A distinção destas é importante, à luz do **artigo 10º/2 CP** – não é qualquer pessoa que pode ser punida por uma **omissão impura** – só podem ser punidas por estas omissões as pessoas sobre as quais recai um **especial dever de agir** (quem tiver um dever jurídico que pessoalmente o obrigue a evitar aquele resultado). Todas as pessoas podem ser punidas por uma omissão pura.

Há várias **formas de aferir quando há especial dever de agir** (posição de garante), mediante dois critérios:

* **Critério Formal:** são fontes do dever de agir a **lei**, o **contrato** ou a **ingerência** (esta traduz-se numa ação perigosa, prévia, praticada pelo agente). Este critério não é adotado por grande parte da Doutrina (**é de afastar**) porque não fornece elemento material de ilicitude para determinar quando a inobservância do dever deve ser relevante. Mais, não abarca uma série de situações em que se deve considerar que há um especial dever de agir.
* **Critério Material:** apresentado por ***Kaufmann***. Importa distinguir dois tipos de situações:

1. **Casos em que há posição de garante de não ofensa do bem jurídico, independentemente da fonte do perigo:** há um dever especial de agir porque há um dever específico de assistência de determinado titular de bem jurídico, independentemente da fonte de perigo.
2. **Casos em que se confere a posição de garante relativamente a certa fonte:** há o dever especial de vigiar uma fonte de perigo, independentemente do titular do bem jurídico em causa.

**Para uma parte da Doutrina**, numa situação em que aquela pessoa, para fazer face àquele perigo, não põe em causa nenhum dos seus bens jurídicos e é a única que está em posição de o fazer, nesse caso há um especial dever de agir.

Para ***Figueiredo Dias***, não precisa de ser a única em posição de o fazer, basta que não se exigisse um grande esforço por parte da pessoa.

**a)** Este dever pode derivar de4 fontes:

* **Solidariedade natural para com o titular do bem jurídico, apoiada num vínculo jurídico** (todas as relações de família);
* **Estreita relação de comunidade de vida ou de proximidade** (ex: união de facto)
* **Assunção voluntária de deveres de custódia** (ex: babysitter – neste caso não se vê o critério formal. Por exemplo, ela foi contratada para trabalhar das 3 às 7. São 7h15 e os pais ainda não chegaram, mas ela vai-se embora. A criança, depois, cai das escadas. Apesar de o contrato ter terminado, havia o dever de agir).
* **Relações de comunidade de perigo** (ainda não há unanimidade ao considerá-la fonte): conjunto de pessoas que decide, em conjunto, efetuar uma atividade perigosa, no pressuposto de que se alguém estiver em perigo, outra pessoa do grupo ajuda-a – **F. Dias** diz que há 3 **elementos para que estas relações possam ser fonte:**
  + Relações estreitas de confiança;
  + Situação de perigo comum real e não presumido
  + Tem de estar em perigo um bem jurídico concreto

**b)**

* **Comportamento Perigoso Prévio** (situações de ***ingerência***): discute-se na Doutrina se o comportamento prévio pode ser um ato lícito ou não (ex: alguém em legítima defesa, coloca o atacante em perigo).

***F.Palma*** diz que depende do tipo de conduta lícita. No caso da legítima defesa, não há um especial dever de agir.

Se, por exemplo, a conduta prévia se traduz numa contrariedade objetiva ao dever, de modo a que a vítima não esteja na posição de ter de suportar a intromissão na sua esfera jurídica, aí já há uma conduta lícita que pode servir de fonte ao especial dever de agir.

Exemplo**:** alguém que, devido à falta de travões do seu carro, vai contra outra pessoa – a conduta é lícita porque deixou de ter domínio do carro (no entanto, se não fizer nada para salvar a pessoa com a qual chocou, poderá ser responsabilizado).

* **Legítima Defesa;**
* **Âmbito Social de Domínio**: deve confiar-se em quem tem o poder de disposição sobre um determinado domínio ou espaço limitado, que se encontra acessível a outras pessoas.

Exemplo: controlador aéreo tem um especial dever de agir daquele espaço limitado; empreiteiros nos espaços de obras.

* **Dever de controlar a ação de terceiros que não são responsáveis ou têm a sua responsabilidade limitada** – Ex**:** os pais têm de controlar os filhos.
* **Situações de Monopólio** (ainda há discussão na doutrina sobre a inclusão destas situações): casos em que o agente é a única pessoa em posição de evitar o resultado e evitá-lo não exige grande esforço.

Exemplo: está uma criança a afogar-se no mar e a única coisa que A tem de fazer para a salvar é esticar o braço, mas nada faz. A criança morre e A é punido por **homicídio por omissão**.

Se existirem mais 10 pessoas na praia que conseguem alcançar a criança, não há monopólio, logo A (e os outros) serão apenas punidos por **omissão de auxílio**.

**F. Dias** defende que há **posição de garante** sempre que o agente:

* Esteja investido numa situação de domínio fáctico absoluto;
* Próximo da situação;
* O perigo para o bem jurídico seja iminente e agudo;
* A pessoa em questão possa evitar o resultado, sem ter de incorrer numa situação perigosa para si.

F. Dias considera que não é necessário que haja monopólio para que haja responsabilidade; mesmo que estivessem mais 10 pessoas na praia, se A não salvasse a criança, seria responsabilizado por homicídio por omissão, pois tinha o especial dever de agir.

Há quem defenda que se limita demasiado a liberdade individual de cada um; basta que se encontre numa posição daquele género para que seja responsabilizado penalmente.

**Exemplo:** Porta da discoteca. Um bêbedo começa a ter convulsões e ninguém chama a ambulância. O rapaz morre; são todos punidos por homicídio por omissão (segundo F. Dias).

**HIPÓTESE 3:**

António e Bento estavam a trabalhar num andaime, situado a 5 metros do solo. Bento, vítima de um choque elétrico, foi projectado para trás e empurrou António, fazendo-o cair pelo andaime. António ficou gravemente ferido.

Bento, imigrante brasileiro em situação ilegal, receando vir a ser descoberto, decidiu fugir do local, sem prestar qualquer auxílio a António.

**Determine a responsabilidade criminal de Bento, na hipótese de António vir a falecer, por não ter sido auxiliado.**

**Não há ação:** não pode ser responsabilizado pela queda (não era controlável pela vontade). Não se trata sequer de automatismo: o corpo é apenas uma massa inerte – **ação praticada em vis (?) absoluta**.

Se B tiver levado o choque apenas por falta de cuidado, já há ação, pois tem possibilidade de prever o resultado (questão dos sinais objectivos de perigo).

**Há omissão pura quanto à omissão de auxílio:** não auxiliou quando devia ter auxiliado (**200º**).

**Há omissão impura quanto à morte?: 10º/2 + 131º.**

**Fonte do dever de agir:** comportamento prévio perigoso.

Só é possível punir o homicídio por omissão por força do **artigo 10º**, que permite estender a tipicidade do comportamento do **artigo 131º** à omissão (para aquela Doutrina que defende que a omissão não faz parte do mesmo género que a acção).

Para os outros, o artigo 10º é uma norma que restringe a punibilidade, pois diz que só será punido pela omissão quem tiver o especial dever de agir.

**HIPÓTESE 4:**

Bruno conduzia o seu carro quando uma abelha, que acabara de entrar pela janela, o picou num olho.

Num gesto "instintivo", Bruno tirou as mãos do volante para proteger a cara e, com isso, acabou por embater em Beatriz, que atravessava a passadeira poucos metros à frente e ficou em perigo de vida.

Bruno, assustado, decidiu fugir do local, vindo Beatriz a morrer, umas horas depois, por falta de assistência médica tempestiva.

**Qual é a responsabilidade de Bruno?**

**NOTA:** as **ações reflexas** afetam toda a gente (ex: fechar os olhos ao espirrar) vs **ações automáticas**, que são adaptáveis a cada pessoa (cada um tem os seus automatismos) - ***Bárbara Sousa e Brito*** defende que, todavia, ambas não podem ser consideradas ações.

O **ato** de Bruno é **automático** (e não reflexo). Ainda assim, não se pode considerar que haja uma ação, pois aquele não tinha a possibilidade de controlar aquele comportamento (tirar as mãos do volante).

Quanto à fuga, Bruno prevê a possibilidade de Beatriz morrer, pelo que há uma ação controlada pela vontade. Estar assustado não lhe retira a faculdade de representar o resultado (até porque teve racionalidade suficiente para fugir).

Não se trata de uma ação em sentido estrito, mas sim de uma **omissão**: Bruno não afasta um perigo que ele próprio criou - trata-se de uma **omissão impura:** precisamente por ser ele a criar o perigo, tinha um dever especial de agir (comportamento prévio perigoso, ainda que lícito).

**2 de Março de 2016**

**III**

**O Facto Típico**

1. **As várias acepções da palavra “tipo”**

O segundo elemento do crime é a tipicidade e é um conceito que surgiu em 1901, com Beling e provocou uma alteração profunda na Teoria do Crime. Este autor vem, através da sua monografia, dizer que para que uma ação seja considerada crime, deve ser típica.

Em geral, na Teoria do Crime, havendo vários conceitos de tipo, tem de apurar-se pelo contexto qual é o conceito utilizado. Beling distingue 2 **conceitos de tipo**:

1. **Tipo indiciário** (contém elementos objetivos e subjetivos do tipo);
2. **Tipo essencial**
3. O ***tipo indiciário*** abrange, para Beling, as circunstâncias referidas apenas na previsão da norma incriminadora. O conceito de tipo que deve utilizar-se na análise dos casos concretos é um conceito parecido com este, mas mais extenso.

O conceito de tipo a utilizar é um conceito que abrange, além das circunstâncias da norma incriminadora (na sua previsão), as circunstâncias incluídas nas normas extensivas da punibilidade, previstas na norma incriminadora; ou seja, previsões da Parte Geral relativas a tentativa e cumplicidade: por vezes, o agente não é punido pelo crime consumado, mas é punido por tentativa; também ocorre que alguém seja punido como cúmplice e não como autor material.

As normas da PE prevêem os crimes na forma consumada de um agente direto, material, pelo que só é possível punir a tentativa de crime porque existe uma norma na PG que permite punir a tentativa (**artigos 22º e 23º**). Para afirmar que aquela ação (tentativa) é típica ou não, devem ter-se em conta estas normas[[2]](#footnote-3).

1. O ***tipo essencial*** (ou definitivo) abrange o conjunto das circunstâncias de que depende a consequência final, descritas não só na norma incriminadora, como também noutras normas. Portanto, abrange todos os elementos constitutivos do crime.

Assim, o tipo essencial abrange todos os elementos do tipo indiciário e ainda outros elementos que têm de se verificar (se aquela conduta é culposa, se é punível, certos pressupostos processuais…).

1. **Classificação dos tipos legais**

* Conceito de ***tipo global***: quando se está a pensar no conjunto das circunstâncias de que depende a aplicação da pena, com exclusão das que vêm no Código Processo Penal. Aí, já não é tipo essencial, mas sim global;
* Conceito de ***tipo de garantia***: conceito de tipo relevante do ponto de vista constitucional, porque abrange os elementos que fundamentam positivamente a punibilidade; não abrange, portanto, os elementos negativos (causas de exclusão da culpa e exclusão da ilicitude);
* Conceito de ***tipo concreto***: se o ponto de referência é o caso concreto;
* Conceito de ***tipo abstrato***: se o ponto de referência é a norma.
* [Sobre estes, ver 1º ou 2º aula]

**Técnica da subsunção** (Ver texto de Sousa e Brito)

Averigua-se se aquele caso em concreto pertence a certa norma; se é conforme à norma. Subsumir um caso a uma norma implica interpretar os conceitos da norma e depois o próprio caso, voltando-se à norma, de seguida ao caso... até se subsumir ou não o caso a uma norma. (A subsunção também pode ser a consequência da técnica).

**Tipo Indiciário** (aquele que usaremos)

Depois de saber se há ação jurídico-penalmente relevante, importa saber se essa ação é típica: saber se cabe numa norma da PE e, além disso, se cabe nalguma norma da PG.

São elementos objetivos do tipo indiciário:

1. **Agente** (quem);
2. **Ação típica** (o quê);
3. **Objeto da ação** (realidade na qual/em relação à qual se realiza a ação);
4. **Bem jurídico** ;
5. **Resultado**;
6. **Imputação objetiva do resultado à conduta do agente** (nos crimes de resultado).

**Por exemplo**: A dispara sobre B e este morre. Há claramente uma ação jurídico-penalmente relevante. O próximo passo é subsumir esta conduta no tipo, perguntando “esta conduta cabe no artigo 131º?” (tipo indiciário) – agente (A), ação típica (homicídio), objeto da ação (B), resultado (morte), bem jurídico (vida), imputação objetiva (do resultado à conduta do agente). Estando reunidos todos os elementos, pode concluir-se pela tipicidade.

Em DP só se pode ser punido por dolo ou negligência: é preciso averiguar se quando A dispara sobre B atua com dolo ou com negligência. Consoante a solução, usa-se o 131º ou 137º.

1. Com base no elemento objetivo ***agente***, distinguem-se:

* **Crime comum:** pode ser realizado por qualquer pessoa;
* **Crime específico:** só pode ser realizado por determinadas pessoas, com certas qualidades.
* **próprio**: não têm correspondência com outros crimes; não existe crime paralelo que possa ser praticado por qualquer pessoa (omissão impura – só pode ser praticada por quem tem um especial dever de agir);
* **impróprio**: variante de um crime fundamental que pode ser praticado por qualquer pessoa, mas o facto de o crime ser praticado por *aquela* pessoa agrava a responsabilidade.

Por exemplo: **crime de peculato (artigo 375º)** – se for praticado por uma pessoa qualquer é punido por abuso de confiança (**artigo 205º**), se for praticado por funcionário público, passa a ser crime de peculato (**artigo 375º**).

1. Quanto ao elemento ***ação***, distinguem-se os **crimes por açã*o*** e por **omissão** (ver aulas anteriores).
2. Quanto ao ***objeto da ação***: objeto no qual se realiza a ação (ver acima).
3. O ***bem jurídico*** é tudo o que satisfaz uma necessidade ou preferência tutelada pelo Direito. Quanto a este, distinguem-se:

* **Crime de dano:** crime para cuja consumação a lei exige a efetiva lesão do bem jurídico (por exemplo: só há homicídio quando houver lesão do bem jurídico vida);
* **Crime de perigo**[[3]](#footnote-4): não implica a efetiva lesão do bem jurídico e o perigo surge como fundamento da punição. Dentro destes, há 3 **distinções**:
* **Crime de perigo abstrato:** para o tipo estar preenchido, basta uma ação adequada a produzir um perigo. Basta que, abstratamente, o meio utilizado seja perigoso, independentemente de se ter criado um perigo ou não (exemplo: **artigo 292º**);
* **Crime de perigo concreto:** exige-se, para que seja consumado, que determinado bem jurídico seja colocado em perigo (ou seja, para o tipo ficar preenchido, é necessário que seja criado um perigo concreto, por exemplo: **artigo 138º**);
* **Crime de perigo abstrato-concreto:** exige-se que haja uma conduta que seja considerada adequada a produzir um crime.

1. O ***resultado*** é um evento espácio-temporalmente separado da ação. Quando não há este elemento (esta separação), trata-se de um **crime de mera atividade.**

* **Crimes formais:** aqueles em que não é preciso verificar-se um certo resultado para o tipo ficar preenchido, bastando uma ação (em sentido amplo). Se houver uma ação em sentido estrito, trata-se de crime de mera atividade; se houver omissão, trata-se de omissão pura;
* **Crimes materiais ou de resultado:** crimes que pressupõem a verificação de um certo resultado para o tipo ficar preenchido. Existem **crimes materiais por ação** e por **omissão** (omissões impuras).

**Não deve confundir-se resultado com lesão de bem jurídico**: o resultado pode não se traduzir na lesão do bem jurídico; pode, por vezes, ser apenas criação de perigo para o bem jurídico.

Além disso, há crimes de lesão que não são crimes de resultado: por exemplo, o **crime de violação de domicílio** (**artigo 190º**) – este é um crime de mera atividade, porque não é possível separar um evento espácio-temporalmente da ação. Porém, não deixa de ser um crime de lesão, porque lesa o domicílio/vida privada.

1. É a propósito dos crimes de resultado que surge o último elemento objetivo do tipo indiciário: a ***imputação objetiva do resultado à conduta do agente*.**

***Quando se pode imputar objetivamente o resultado à conduta do agente?***

A primeira informação a reter é que, em DP, **a relação causal não basta**: para se afirmar a responsabilidade jurídico-penal do autor pelo resultado, não basta haver uma relação causal entre ação e resultado; coloca-se a questão de saber se o resultado pode ou não ser atribuído a alguém, sob o prisma de uma justa punição (ou seja, de acordo com os valores e princípios do DP).

Tal conclusão pode retirar-se logo do **artigo 10º/1:** o legislador usou a palavra "adequação" para chamar a atenção que o que é importante em DP é determinar se o resultado produzido pertence ou não ao universo de resultados que a norma quer incluir com a proibição.

No fundo, **é necessário que o resultado produzido seja controlado ou controlável pelo agente** (mais uma vez, tem-se presente a ideia de controlo, aqui não numa relação agente-ação, mas sim numa relação agente-resultado da ação, pois pode acontecer que a ação esteja no campo de domínio da pessoa, mas que o resultado não).

Apesar de em DP não ser suficiente a relação causa-efeito, em todos os casos, **a imputação objetiva pressupõe causalidade entre a ação e o resultado**. Ou seja, apesar de a relação causal não ser suficiente, nunca é prescindível.

**Bárbara Sousa e Brito**: apesar de a causalidade não ser suficiente, precisa de ocorrer para que haja imputação objetiva. No caso das omissões impuras, há quem defenda que não há causalidade e que há apenas causalidade potencial, o que significa que se o agente tivesse actuado, em vez de omitir, teria evitado o resultado.

A Professora defende que, para haver relação causal, basta que algo seja um antecedente da produção do resultado. Este antecedente tanto pode ser uma ação como uma omissão (daí que Bárbara Sousa e Brito defenda que as omissões são causais, tal como as ações em sentido estrito).

**3.**  **Tipo Objetivo**

**Teoria *condicio sine qua non***

Sempre que há um resultado, tem de se apurar se há relação de causalidade, mediante a teoria *condicio sine qua non* (ou teoria das condições equivalentes).

De acordo com esta teoria, **uma ação é causa do resultado quando esta não pode suprimir-se mentalmente sem que desapareça o resultado tal como se produziu, nas mesmas circunstâncias de tempo, modo e lugar**.

De acordo com esta teoria, deve recorrer-se a um juízo hipotético onde se elimina a ação em sentido amplo e pergunta-se se, ainda assim, subsiste o resultado – se subsistir, não há causalidade; se não, há causalidade (casos em que sem ação não há resultado). Havendo causalidade, há imputação objetiva do resultado à conduta do agente.

Esta teoria (que tem de se utilizar **sempre** para aferir causalidade) **não é suficiente**, porque, para além de haver *condicio*, é preciso saber se há ou não a possibilidade de atribuir um resultado à conduta do agente. No fundo, a causalidade é a exigência mínima na imputação penal (como o põe Figueiredo Dias).

Existem **duas teorias** para completar a exigência mínima da causalidade:

**1.** **Teoria da causalidade adequada** (ou **teoria da adequação**): para se poder imputar o resultado à conduta do agente, pergunta-se se era previsível a um homem médio, colocado na posição do agente, prever aquele resultado, segundo aquele processo causal em concreto.

**Exemplo**: A dispara sobre B, que vai para o hospital. Há um incêndio no hospital, do qual B acaba por ser vítima mortal. A podia prever o resultado morte, mas não poderia prevê-lo segundo aquele processo causal em concreto.

O homem médio, na teoria da adequação, está munido do conhecimento das leis causais que no momento da conduta eram conhecidas e, como é colocado na posição do agente, se este tiver poderes especiais, também estará munido desses poderes. Por isso se diz que a causalidade adequada é um **juízo de prognose póstuma.** Todavia, reporta-se ao momento da ação (é um juízo *ex-ante*).

Usando o **exemplo da Talidomida**: quando receitaram o medicamento, os médicos não sabiam quais seriam os resultados. O homem médio não chegaria a esta conclusão, pelo que não se pode considerar que há uma causalidade adequada.

O problema desta teoria é que não resolve de forma satisfatória uma série de situações em que não deve haver imputação objetiva (o que causa uma falta de justa punição) e é por isso que surgiu uma moderna teoria da imputação objetiva, a teoria do risco.

**2. Teoria do risco**: de acordo com esta teoria, **o resultado pode ser imputado à conduta do agente quando este cria, aumenta ou não diminui um risco proibido e esse risco concretiza-se no resultado** (conexão entre o risco criado e o resultado obtido).

Casos que a teoria do risco resolve de forma satisfatória:

1. **Casos de diminuição de risco**: situações em que o agente intervém num processo causal em curso, reduzindo ou atenuando o risco a que está sujeito o bem jurídico. De acordo com a teoria do risco, **não há imputação objetiva quando há diminuição do risco**.

Por exemplo: A dispara sobre B, apontando-lhe para a cabeça. C, que está ao pé, empurra A e faz com que este, em vez de acertar na cabeça de B, lhe acerte na perna. Pode imputar-se o resultado de ofensa à integridade física a C? Não, porque diminuiu o risco.

**Pela teoria da adequação, haveria imputação**: um homem médio, na posição de C, poderia prever que o tiro de A poderia acertar na perna de B (podia prever aquele resultado, segundo aquele processo causal).

* Para **Silva Dias**, estas situações não são situações a serem resolvidas no âmbito da imputação objetiva, porque podem enquadrar-se naquilo que denomina de **ações de salvamento**, sendo, por isso, adequadas socialmente;

1. **Casos de risco permitido**: o agente não cria um risco proibido. São situações em que há uma conduta adequada a produzir o resultado, só que o resultado não deve ser imputado ao agente porque a conduta que aquele praticou não é proibida.

Normalmente, a conduta não é proibida (ou seja, há um risco permitido) porque:

* **O agente atua dentro dos limites que a lei impõe**; há a existência de uma disciplina jurídica daquela atividade, dentro da qual o agente atua.

Exemplo: boxe - desde que actue dentro das regras do desporto, se o *boxeur* cria um risco para um bem jurídico, a sua conduta é permitida, pelo que não deve haver imputação objetiva);

* **A ação decorre dentro do âmbito de uma atividade regulada por regras de cuidado, que o agente não desrespeita.**

Exemplo**:** filho que compra bilhete de avião ao pai, na esperança que o avião se despenhe;

1. **Critério do comportamento lícito alternativo**: casos em que é possível afastar a imputação objetiva porque, **ainda que o agente tivesse actuado licitamente**, i.e., cumprido todas as regras que disciplinam a sua conduta, mesmo assim, **o resultado ter-se-ia produzido nas mesmas circunstâncias de tempo, modo e lugar**[[4]](#footnote-5).

Exemplo: o gerente de fábrica entregou para o fabrico de pincéis, pêlos de cabra, sem a sua prévia desinfecção. Certos trabalhadores contraíram uma infecção, vinda de uma bactéria, e morreram; mas veio a provar-se que mesmo que o gerente tivesse cumprido as regras de cuidado (feito o processo de desinfecção que se conhecia na altura), como a bactéria era desconhecida nessa época, a desinfecção não seria eficaz e aquela bactéria estaria naqueles pelos e infectaria os trabalhadores, de qualquer modo.

Outro exemplo: um farmacêutico vende um medicamento letal a uma pessoa, esquecendo-se de pedir a receita (mas a pessoa tem a receita no bolso). Se o farmacêutico tivesse pedido a receita (comportamento lícito), o resultado verificar-se-ia nas mesmas circunstâncias (tempo, modo e lugar).

**Exemplo de Roxin:** ciclista bêbado é ultrapassado por um carro que, ao fazê-lo, não obedece às regras de cuidado rodoviário, acabando por atropelá-lo. Provou-se, no entanto, que, por o ciclista estar bêbado e andar aos ziguezagues, aquele resultado verificar-se-ia.

A propósito destes tipos de caso (do comportamento lícito alternativo), há uma querela doutrinária: há uma parte da Doutrina que defende que **só se pode usar este critério quando há certeza de que o resultado se verificaria nas mesmas circunstâncias** (só com esta certeza se pode afastar a imputação objetiva).

Nestes dois exemplos provou-se, com toda a certeza, que mesmo que o agente tivesse actuado licitamente, o resultado ter-se-ia verificado nas mesmas circunstâncias de modo, tempo e lugar.

***O que acontece quando não há certeza, mas mera probabilidade?***

**Roxin** afirma que não se pode usar o critério do comportamento lícito alternativo: se não há resposta segura, não há motivo para libertar o agente do risco que ele próprio criou.

Por outro lado, **Exbert** afirma que deve usar-se o critério, sob pena de violação do princípio *in dubio pro reu*(se não se usar o critério, está a assumir-se que o réu é culpado, quando há possibilidade de não o ser).

Quanto à possível verificação do resultado, discute-se na Doutrina qual o grau de certeza de verificação que é necessário.

Durante muito tempo, a Doutrina defendeu que este critério só se aplicava aos crimes negligentes. **Atualmente, maior parte da Doutrina defende que este critério deve também aplicar-se no caso dos crimes dolosos**: afasta-se a imputação objetiva, mas pune-se a tentativa. Este critério só serve para afastar a imputação objetiva.

**Exemplo**: um nadador salvador que não salva alguém que está a afogar-se, por notar que a pessoa está demasiado longe para ser alcançada (ou seja, morreria na mesma), não pode ser alvo de imputação objetiva (não há homicídio), mas não ficará impune (será punido por tentativa), pois tem um dever especial de agir.

***O que acontece nos casos de substituição do risco?***

Exemplo: A atira-se da janela para se suicidar. B, que limpava a sua arma no seu quarto, dispara e acerta na cabeça de A. O resultado não se deu nas mesmas circunstâncias de modo, tempo e lugar.

**Silva Dias** argumenta que, no fundo, a **causa real** apenas mudou o "como" do resultado, não mudou o "se" e o "quando"; o comportamento não tirou nada ao bem jurídico e, como tal, o DP não deve intervir e não há imputação objetiva. Para este Professor, a **causa virtual** importa.

1. **Casos em que o resultado cai fora do fim da proteção da norma:** situações em que não deve haver imputação objetiva porque o resultado produzido não é nenhum daqueles que a norma visou salvaguardar ou evitar, ao proibir determinado comportamento.

Por exemplo **(exemplo de Roxin):** dois ciclistas circulam nas suas bicicletas, de noite, sem as luzes dianteiras acesas. De repente, aparece um terceiro ciclista, que embate no primeiro. Deste embate resulta a morte do ciclista que aparece subitamente. Pode imputar-se a morte ao segundo ciclista?

Ao não ter a luz acesa aumentou o perigo, que se concretizou na verificação do crime de resultado; o seu comportamento é contrário as regras. Porém, a norma que foi violada só tem como fim evitar acidentes causados diretamente pelo veículo e não impedir que o veículo choque com outros. Assim sendo, a morte do terceiro ciclista não lhe pode ser imputada.

**Outro exemplo:** A inicia uma manobra de ultrapassagem de B. Este, enquanto decorre a manobra do outro, vira à esquerda. Os dois veículos acabam por chocar. Deste choque, resulta a morte de C, acompanhante de B.

Verificou-se que A circulava a 80 km/h, ao invés dos 50 km/h exigidos. Pode imputar-se a morte de C a A?

É certo que A circulava a uma velocidade não permitida; todavia, soube-se que a velocidade exigida o era por aproximação de uma passagem para peões. A norma violada não tinha como fim a prevenção de acidentes provenientes de manobras como aquelas. O resultado não cai dentro do âmbito de proteção da norma. Assim, não há imputação objetiva.

**4 de Março de 2016**

**Imputação objetiva do resultado à conduta do agente** (continuação)

No **artigo 10º/1**, o legislador refere “ação ou omissão adequada a produzi-lo ou evitá-lo”.

Para **Figueiredo Dias**, quando o legislador usa o termo *adequação* significa que o CP adotou como critério básico da imputação objetiva a teoria da adequação.

Porém, **Bárbara Sousa de Brito** afirma que o facto de o legislador utilizar aquela cláusula não significa que indica uma teoria a utilizar, até porque o termo *adequação* é um conceito aberto; significa apenas que a utiliza como cláusula geral, considerando que **a teoria a utilizar deve ser aquela que se adeque à justa punição**.

Deste número, no entanto, resulta que não basta a causalidade.

Portanto, **para saber se há imputação objetiva** (em resolução de casos práticos):

1. Recorrer à ***teoria condicio sine qua non*** (tem de se avaliar a existência de causalidade);
2. Para **Figueiredo Dias**, recorre-se à ***teoria da adequação***.
3. Para **Bárbara Sousa de Brito**, em determinados casos, recorre-se à ***teoria da adequação*** e, naqueles que seja necessário (aqueles que a teoria da adequação é incapaz de resolver), recorre-se à ***teoria do risco***.

Exemplo**:** naquele caso do filho que compra o bilhete de avião ao pai, segundo a ***teoria da adequação*** há punição, pois o agente não só previu o resultado, como era sua intenção que aquele existisse; pela ***teoria do risco***, não há punição: o agente não cria, aumenta nem se omite à diminuição de um risco proibido.

A teoria da causalidade adequada ajuda, numa primeira perspetiva, a averiguar se há ou não imputação objetiva. Porém, deve ter-se em conta que esta não resolve todas as situações que existem.

**Casos de causas cumulativas e casos de causas alternativas** (casos especiais de imputação objetiva)

* **Causas cumulativas**: casos em que há mais do que uma conduta e ambas são necessárias para a produção do resultado. Uma conduta, por si só, não é idónea a produzir o resultado.

Exemplo: A deita dose de veneno num copo, que não é suficiente para matar. B, sem saber de A, coloca também uma dose de veneno, mas que também, por si só, não é suficiente para matar. Todavia, as doses juntas já são suficientes. Há imputação objetiva do resultado morte a A e a B?

O resultado era previsível, logo, segundo a ***teoria da adequação***, há imputação objetiva. Segundo a ***teoria do risco***, o agente cria o risco, porém, o risco criado não se concretiza (porque a dose de cada um não era suficiente), logo, não há imputação objetiva. Não esquecer que, na teoria do risco, não basta criar, aumentar ou não diminuir um risco; é necessário que a criação, aumento ou não diminuição do risco leve a que o risco se concretize no resultado.

A situação das causas cumulativas é diferente daqueles em que há co-autoria.

* **Causas alternativas** (ou ***dupla causalidade*** ou ***causalidade redundante***): são colocados dois processos causais paralelos a funcionar e cada um é suficiente para causar o resultado.

Exemplo: tanto A como B colocam no mesmo copo uma dose de veneno suficiente para matar. Há imputação objetiva do resultado a cada um: ambos criam um risco proibido e esse risco é concretizado.

**HIPÓTESE 5:**

A e B são casados. Certo dia, ao chegar a casa, A constatou que B se encontrava deitada no chão, a esvair-se em sangue, presumivelmente por ter caído e batido com a cabeça na esquina de uma mesa.

A decidiu que não a ajudaria, voltando imediatamente a sair.

Pouco depois chegou C, empregada doméstica, que ligou para o posto médico da aldeia, solicitando a presença de D, o médico de serviço.

Aconteceu, porém, que este se encontrava profundamente embriagado, ainda consequência do regado almoço que acabara de saborear, não estando sequer em condições de se suster em pé.

Foi, por isso, solicitada a presença do médico da aldeia mais próxima que, devido à distância e ao mau estado das estradas, chegou tarde demais.

**Analise, até ao momento da tipicidade, os comportamentos de A e D.**

Há uma **omissão impura** por parte de A (homicídio por omissão), pois estava na sua esfera de controlo ajudar B e decidiu não o fazer e, como consequência, deu-se o resultado morte (ou seja, a conduta está causalmente ligada ao resultado).

A sua ação (em sentido amplo) é típica, estando prevista no **artigo 131º**. A conclusão pela tipicidade advém da conjugação do artigo 131º com o **artigo 10º**. Importa, especialmente, o artigo **10º/2**, pois A tem o especial dever de agir, de acordo com o critério material (solidariedade natural apoiada em vínculo jurídico).

**Elementos objetivos do tipo indiciário, de modo a encontrar a tipicidade:**

1. Vistoque **A** tem o especial dever de agir, pode ser ***agente*** do crime de homicídio por omissão;
2. Há ***ação típica*** (por força da conjugação dos artigos 131º e 10º);
3. **B** é o ***objeto*** da ação;
4. O ***bem jurídico*** em causa é a **vida**;
5. O ***resultado*** é a **morte** – sendo um crime de resultado, importa averiguar se existe imputação objetiva do resultado à conduta do agente.

Desde logo, **há causalidade**: o resultado não se verificaria no mesmo tempo, modo e lugar se o agente não tivesse agido daquela forma (**teoria *condicio sine qua non***).

Recorre-se à ***teoria da adequação***: A tem a possibilidade de prever o resultado. Pode prevê-lo segundo aquele processo causal? Respondendo-se sim ou não, importa dar uso à ***teoria do risco***: desde logo, o agente não diminuiu o risco proibido, mas este risco não se concretizou, pelo que não há conexão entre o risco criado e o resultado obtido.

Não houve concretização do risco proibido não diminuído por A, simplesmente porque se interpôs outro risco proibido, criado pelo médico, o que se traduz na interrupção no processo causal de A – aliás, é o risco criado pelo médico que se concretiza no resultado.

**Não há imputação objetiva da morte de B a A**, mas, visto que actuou com dolo, A seria punido com tentativa do crime de resultado (**pune-se por tentativa quando não há resultado ou quando não há imputação objetiva).**

Há uma **omissão impura** da parte de **D**, pois tinha o especial de agir e não o fez: enquanto médico de serviço, tinha a obrigação de estar apto a socorrer quem quer que fosse, algo que não se verificou por culpa sua (critério da assunção voluntária de deveres de cuidado). Pode preencher a norma (**artigo 131º e 10º**).

Há ***ação típica***; ***bem jurídico*** vida, ***resultado*** morte; ***objeto*** é B. Há imputação objetiva? **Sim**. O comportamento do médico traduz-se na não diminuição do risco proibido que, como consequência, acaba por se concretizar (**discutir-se-ia depois, dolo ou negligência**).

A conduta do segundo médico já **não tem relevância jurídico-penal**.

**HIPÓTESE 6:**

A e B discutem irritadamente. A certa altura, A decide pôr fim à discussão, apontando uma pistola ao peito de B.

No momento em que dispara, C, que estava ao lado de A, empurra a mão deste e, com isso, consegue que o projétil só acerte nos intestinos, em vez de acertar no peito de B. Este é transportado de urgência para o Hospital, constatando-se aí que só sofrera uma perfuração traumática do intestino.

**Suponha, alternadamente, as seguintes sub-hipóteses:**

1. **B morre logo após ter chegado ao hospital. Porém, na autópsia, constata-se que sofria de um cancro em estado avançado, que lhe provocaria a morte em escasso tempo;**
2. **Operado de urgência, B vem, todavia, a falecer dois dias mais tarde, em consequência de uma infecção intestinal;**
3. **D, esposa de B, que se encontrava no local da discussão e sofre do coração, ao ver o desenrolar dos acontecimentos, sofre de ataque cardíaco, vindo também a falecer.**
4. Há uma ***ação jurídico-penalmente relevante*** da parte de **A**, pois este decidiu (controlou) agir daquele modo, disparando sobre B e, como consequência, este morreu. Esta conduta está prevista no **artigo 131º**, pelo que **há tipicidade**.

Estão verificados todos os elementos objetivos do tipo indiciário: **A** pode ser ***agente***, há uma ***ação típica***, cujo ***objeto*** é **B**, o ***bem jurídico*** lesado é a **vida** e é um crime de ***resultado***.

Sendo um crime de resultado, importa averiguar a **imputação objetiva**. De acordo com a ***teoria condicio sine qua non***, **há causalidade**: sem a ação de A, aquele resultado (a morte de B) não se verificaria no mesmo tempo, modo e lugar (se morresse de cancro, mesmo que uns dias depois, não morreria nas mesmas condições em que morreu efetivamente).

Sabendo-se que há causalidade, deve recorrer-se à ***teoria da adequação:*** apesar de A poder prever aquele resultado, não o poderia prever de acordo com aquele processo causal, uma vez que não estava à espera que C o empurrasse (a sua bala acertaria no peito e não nos intestinos de B). Deste modo, **não pode considerar-se que haja imputação objetiva do resultado à conduta do agente**.

Porém, A cria um risco que acaba por se concretizar no resultado, o que, de acordo com a ***teoria do risco*** é suficiente para que haja imputação objetiva. Assim sendo, **é possível punir A pela morte de B**.

1. O problema colocava-se ao nível da imputação objectiva, tendo em conta que o B tinha morrido por uma infecção intestinal. Temos de averiguar se há interrupção do processo causal, i.e., se há um risco novo proibido que se interpõe e faz com que o risco causado pelo A não se concretize.

Há uma parte da Doutrina que diz que, actualmente, as infecções hospitalares são tão comuns que, de acordo com a **teoria da actuação*,*** é previsível que quando uma pessoa dispara sobre a outra, ela depois venha a morrer no hospital, por outra causa.

A Professora ***Teresa Serra*** vai nesse sentido, mas ***Bárbara Sousa e Brito*** acha que é insuficiente. Ela acha que temos de atender à **teoria do risco**.

Tudo depende do que aconteceu no hospital: actuou o médico como um médico normal? Ocorreram os procedimentos de diligência normal? E o hospital obedeceu às obrigações higiénicas exigidas por lei? Se tudo tiver ocorrido de forma normal, não há interrupção do processo causal; **se estes procedimentos não ocorreram, então houve um novo risco ocorrido de uma actuação proibida**, que cause a interrupção do processo causal, e a criação subsequente de um novo risco. Nesse caso, então não havia imputação ao A do processo causal. E aí teríamos de ver por exemplo se o médico tinha preenchido a tentativa do crime de homicídio por negligência, conjugando os **artigos 131º e 22º CP**.

**9 de Março de 2016**

1. **Tipo Subjetivo**
   1. **O elemento cognitivo e volitivo do Dolo**

Para se punir em DP não basta verificar-se o tipo objetivo, sendo necessário averiguar se estão presentes os elementos subjetivos do tipo. A análise da tipicidade começa pelos elementos objetivos do tipo e só depois se analisa a presença dos elementos subjetivos.

Em DP só se pode ser punido de duas formas:

1. a título de **dolo**;
2. a título de **negligência**.

A lei penal, por regra, requer dolo, só punindo a negligencia em casos excepcionais – **artigo 13º**: só se a lei revir a possibilidade de punir a título de negligência é que esta situação é possível.

1. **Dolo**

Há dolo quando há conhecimento e vontade de realização do facto típico e, por isso, para grande parte da doutrina são dois os **elementos constitutivos do dolo**:

* **Elemento intelectual/cognitivo:** traduz-se na representação do facto típico;
* **elemento volitivo:** traduz-se na vontade de realizar o facto típico.

*Além destes dois existe o elemento emocional do dolo?*

Este elemento seria (a existir) a consciência ética que permita ao agente resolver o problema da ilicitude do seu comportamento.

***Roxin*** e ***Sousa e Brito***, por um lado, defendem que o **dolo só tem os elementos intelectual e volitivo**. Por sua vez, ***Figueiredo Dias*** considera que **o dolo só pode ser afirmado se, além daqueles dois elementos, existir um terceiro elemento (o de natureza emocional)** que se traduz na atitude pessoal do agente, contrária ou diferente ao dever jurídico-penal.

**Figueiredo Dias:** Para este, o dolo não se esgota no tipo de ilícito, tendo também relevância logo ao nível do tipo de culpa e, por isso, para ele **a diferença essencial entre dolo e negligência tem de ser uma diferença de culpa.**

O que F.Dias quer dizer é que quando a pessoa conhece e quer realizar o facto típico, assume uma posição face ao OJ, pois é difícil desligar os elementos intelectuais e volitivos do emocional. Acha que há uma unidade entre os elementos.

**Bárbara Sousa e Brito**: o terceiro elemento que F.Dias introduz é um elemento que se analisa na culpa; é comum ao dolo e à negligência. Ou seja, quer haja comportamento doloso ou negligente, a certa altura tem de se analisar a atitude do agente face ao OJ – esta análise é algo que se faz ao nível da culpa.

Assim, não há necessidade de individualizar essa atitude como elemento autónomo do dolo (visto que existe tanto no dolo como na negligência).

* **Elemento Intelectual/Cognitivo**

Este elemento consiste no conhecimento da realização do facto típico e isto significa, por um lado, que o agente tem de ter a representação dos elementos essenciais da factualidade típica (**tem de representar *todos* os elementos que fazem parte do tipo objetivo**), mas essa representação, por outro lado, tem de ser atual e efetiva. Ou seja, **no momento em que atua** é que importa saber se tem a representação desses elementos essenciais.

**Exemplo**: médico sabe que doente X é alérgico. Passado um ano, o doente aparece de urgência no hospital e o médico desconsidera este facto, administrando-lhe um medicamento ao qual é alérgico. Não há dolo porque não há atualidade (pode haver negligência).

Para certos elementos do crime, esta consciência atual traduz-se numa **consciencialização difusa**, não absoluta: por exemplo, nos crimes sexuais, basta que o agente tenha consciência difusa que se trata de um menor, não precisa de saber que tem 14 anos.

A representação que se exige no dolo tem de ser **concreta**: não basta contar com a eventualidade da verificação de um certo elemento como perigo abstrato e irreal. Antes sim, como possibilidade real no caso concreto.

**Exemplo**: quem guia um carro, em termos abstratos, sabe que pode haver um acidente, mas não é por aí que se afirma que há dolo. Para haver dolo, num acidente o condutor tem de ser capaz de prever concretamente que há a possibilidade de haver um acidente (como ir em excesso de velocidade numa zona residencial).

Quanto ao elemento cognitivo importa conhecer as situações de ***erro*,** isto é, em determinadas situações o que pode suceder é haver uma **discrepância entre a representação do autor e a realidade**. Erro também no sentido de **falta de conhecimento** (ou seja, erro em direito penal é a dita discrepância e a falta de conhecimento dos elementos essenciais).

Nestes casos de erro, vamos aplicar o **artigo 16º/1** e a consequência é a **exclusão do dolo**, mas fica ressalvada a **punibilidade a título de negligência** (**artigo 16º/3**).

Há vários **tipos de erro**, consoante o elemento sobre o qual incide:

* **Erro sobre o objeto da ação –** dentro deste há que distinguir duas situações:

1. Há erro sobre o objeto, mas **há identidade típica dos objetos**.

Exemplo: A quer matar B, mas confunde-o com C, seu irmão gémeo. Nestas situações, a maior parte da doutrina considera que é irrelevante o erro porque o agente representa matar uma pessoa e quer matar uma pessoa. Do ponto de vista do 131º, é irrelevante;

Outro exemplo: A atira para trás dos arbustos, pensando que estava lá um veado, mas afinal era o seu colega. Neste caso, exclui-se o dolo pela aplicação do **artigo 16º/1** (e poderá, eventualmente, ser punido a título de negligência, se estiverem reunidos os requisitos);

1. Há erro sobre o objeto, mas **não há identidade típica dos objetos**.

* **Erro sobre o processo causal –** há duas situações:

1. Erro sobre o processo causal**, mas não há um desvio essencial entre o processo causal pensado e o processo causal realizado.**

Exemplo: A atira B da ponte, pensando que B vai morrer com o embate na água (este é o processo causal representado) mas B, afinal, morre porque bate com a cabeça no pilar da ponte (este é o processo causal real). Aqui há imputação objetiva e subjetiva (para maior parte da Doutrina – ***Jakobs*** diz que só há tentativa).

1. Erro sobre o processo causal, em que **há um desvio essencial, imprevisível (segundo critério da causalidade adequada) entre o processo causal pensado e o real.**

Exemplo: A atira B da ponte, pensando que vai morrer afogado e afinal morre porque aparece um tubarão que o come. Nestas situações, não há desde logo, imputação objetiva porque não há conexão entre o risco criado e o resultado obtido e, por isso, o dolo permanece, sendo o agente apenas condenado por tentativa.

Outro exemplo: A dispara sobre B, que é levado de ambulância para o hospital. Aqui há um incêndio e B, que provoca a morte de B. Ou seja, estes são casos em que o real processo causal não é, de todo, previsível.

* **Erro sobre os elementos normativos do tipo:** antes de mais, importa diferenciar os elementos descritos dos elementos normativos do tipo:

1. **Elementos descritivos:** são imediatamente apreensíveis pelos sentidos.

Exemplo: pessoa, ofensa na integridade física – corpo;

1. **Elementos normativos:** são aqueles que implicam uma certa valoração para serem apreensíveis. Isto é, só podem ser pensados partindo da sua compreensão intelectual (/social). Exemplo: documento – só se consegue perceber a partir da sua valoração.

Raramente existem elementos puramente descritivos ou normativos. O mais correto é dizer que há elementos predominantemente descritivos ou predominantemente normativos.

Dentro doselementos predominantemente normativoshá a distinção entre:

* **Elementos normativos com estrutura eminentemente jurídica**(o agente tem de conhecer os critérios determinantes da sua qualificação)
* **Elementos normativos** em que pelo contrário, **basta que o agente conheça os seus pressupostos materiais para que haja afirmação do dolo**.

Exemplo: o documento – não é preciso que se conheça a definição jurídica de documento para se dizer que tenha conhecimento de que é documento; basta que tenha a imagem do seu valor social como documento.

* **Erro sobre proibições de comportamentos axiologicamente neutros:** consiste num erro sobre proibições cujo conhecimento é indispensável para que o agente possa tomar consciência do carácter desvalioso da sua conduta.

Exemplo: por causa de uma visita de um chefe de estado num fim de semana, sai uma lei a dizer que é proibido andar com armas de fogo no carro. B, que todas as semanas vai à caça, tem sempre a caçadeira no carro.

Nesse fim-de-semana, é parado pela polícia e diz que preenche o tipo de crime. Nesta situação, o agente tinha de conhecer a proibição para se aperceber da ilicitude do seu comportamento. Trata de condutas irrelevantes do ponto de vista ético, pelo que o seu desconhecimento impede o conhecimento total necessário para haver dolo do facto.

Nestes casos aplica-se o **16º/1** e **exclui-se o dolo**.

**NOTA:**

Este erro não deve confundir-se com o **erro sobre a ilicitude:** aqui a pessoa já está em erro sobre proibições que não é preciso o seu conhecimento para se aperceber da ilicitude do facto.

**Exemplo**: Dinamarquesa vem a Portugal e pensa que, tal como acontece na Dinamarca, é permitido o aborto até à 14ª semana.

Nesta situação, o agente está em erro sobre uma proibição, mas não uma que recai sobre um comportamento axiologicamente neutro. Aqui não é preciso conhecer a norma para se aperceber do desvalor do seu comportamento (**não se aplica 16º/1, mas o 17º** – poderá excluir-se a culpa, mas não o dolo).

**Outros tipos de erro:**

* ***Dolo generalis*:** situações em que, em vez de uma ação, **há duas ações e o resultado consuma-se em dois atos, mas o autor (agente) previu erradamente criar o resultado apenas com a primeira ação**. Num primeiro momento, o agente pensa erroneamente ter produzido o resultado com uma ação e o que se passa é que o resultado só veio efetivamente a acontecer com a segunda ação.

Exemplo: A dispara sobre B e depois esconde o corpo debaixo da terra, achando-o morto. Mas, na verdade, B só morreu sufocado (e não pelo tiro).

***Pode o agente ser punido pelas duas ações ou será apenas punido por uma conduta?***

1. **Straatenvert** considera que se antes de praticar a 1ª ação, o agente pensou na segunda, o dolo que ele aplicou na primeira conduta irá abarcar toda a situação no momento prévio e, por isso, abrange todo o processo causal que conduziu ao resultado. Por isso, será punido apenas por um crime doloso. Se o agente, antes de praticar a 1ª conduta, não prevê/antecipa/desenha a segunda ação, nesses casos não se aplica a figura do *dolo generalis* e, por isso, o agente será punido por tentativa do crime de homicídio na primeira ação e crime a título de negligencia pela segunda ação.

2. **Figueiredo Dias:** se o risco que se concretiza no resultado pode reconduzir-se ao quadro dos riscos criados pela 1ª ação, isto é, se a segunda ação é, segundo as regras da experiência, previsível e normal (ou seja, ser um risco caracteristicamente ligado à ação), o agente será punido pelo crime doloso consumado. Se for previsível e normal, será abarcada/consumida pelo dolo da 1ª ação. Porém, se a segunda ação não é uma ação previsível e normal da 1a conduta, nesse caso, o agente será punido em concurso por tentativa do crime da primeira conduta e, eventualmente, pelo crime que realizou na segunda conduta.

* **Execução defeituosa (*aberratio ictus*)** literalmente “desvio no caminho” – diferença entre esta e erro sobre o objeto: no erro sobre objeto, o resultado produz-se no objeto elegido pelo autor; na *aberratio*, **o resultado produz-se num objeto distintivo do elegido pelo autor**.

Nestas situações, a maioria da doutrina (nomeadamente ***Roxin***) entende que o **agente deve ser punido em concurso por tentativa do crime que visou realizar e pelo crime que realizou, na forma negligente.**

Exemplo: A quer matar B, mas por falta de pontaria, acerta em C. O agente apontou para B, há atos de execução em relação a este; só por falta de pontaria é que não acertou (daí que haja tentativa).

* 1. **As Formas do Dolo**

Há três modalidades, de acordo com o **artigo 14º**:

1. **Dolo direto (dolo de 1º grau):** o agente prevê e quer a realização do facto típico como fim último da sua conduta (tem a intenção de realizar o facto típico). A previsão não tem de ter um certo grau, basta que haja previsão e que o agente queira o resultado previsto. Também há dolo direto quando a realização do facto não constitui fim último da atuação do agente, mas aparece como pressuposto ou estádio intermédio necessário da sua conduta e do seu fim último.

**Exemplo**: A quer assaltar um banco e a única forma que vê para o fazer é se matar o vigilante C; A quer receber a herança da tia, então mata-a para receber a herança. O fim último é assaltar o banco ou receber a herança, mas o resultado típico aparece como estádio necessário para alcançar esse fim. A finalidade imediata da ação é, em primeira linha, matar a tia ou o vigilante;

1. **Dolo necessário (dolo de 2º grau):** a realização do facto típico não surge como degrau intermédio para alcançar a finalidade última da conduta, mas como consequência necessária, no sentido de inevitável, embora lateral, relativamente ao fim da sua conduta.

**Exemplo**: A põe uma bomba no avião para matar B. Mas esse avião leva mais 3 pessoas. A morte dessas três pessoas surge como consequência inevitável, lateral, da sua conduta. Em relação a essas 3 pessoas, A atua com dolo necessário.

* Para distinguir este do anterior o mais importante é o elemento intelectual.

1. **Dolo eventual (artigo 14º/3):** o agente prevê a realização do facto típico como possível e conforma-se com essa realização. Há uma larga controvérsia na doutrina sobre o que é que distingue esta figura da chamada negligência consciente. Nesta, tal como no dolo eventual, o agente prevê a realização do facto típico como possível, mas não se conforma.

Para já, importa referir que o legislador usou o **critério da conformação** para distinguir as duas figuras (teoria da conformação). Quer num, quer noutro, o agente prevê a realização do facto típico como possível, só que no dolo conforma-se com aquela realização e na negligência não.

Há outras **teorias para distinguir**:

* ***Teoria da probabilidade:*** o dolo eventual deve distinguir-se da negligência consciente com base no elemento intelectual e, por isso, no dolo eventual, o agente prevê a realização do facto típico como provável (com probabilidade relativamente alta); na negligência, o agente prevê a realização do facto típico como consequência possível. Esta teoria (nomeadamente Jakobs) procura ancorar o dolo eventual no seguinte elemento: o agente toma a realização do facto típico como concretamente possível. Esta teoria não se aplica na nossa OJ, porque não se distingue as duas figuras com base no elemento intelectual. Alem disso, não é fácil estabelecer fronteiras entre o possível e o provável;
* ***Teoria da vontade ou da aceitação (Enghis e Cavaleiro Ferreira)*:** para esta teoria, no dolo eventual o agente aprova a realização do facto típico, aceita intimamente a verificação do resultado, ao passo que na negligência consciente, o agente repudia intimamente a verificação do resultado. Não se usa no nosso OJ, a nossa ordem jurídica não é tao exigente: não é necessário que o agente aceite para que haja dolo eventual, basta que se conforme.
* ***Teoria da conformação*** (hoje largamente dominante)***:*** de acordo com esta não interessa tanto se o agente confiou ou não que o resultado não se verificaria, o que importa é se o agente toma como sério o risco da possível lesão do bem jurídico e, não obstante, decide-se pela realização do facto (ou seja, conforma-se).

O mais difícil, face ao caso concreto, é saber quando o agente se conformou ou não. Para isto, surgiram as fórmulas de Frank**:** este juiz começou por optar por aplicar a fórmula hipotética. Segundo esta, ficciona-se que o agente prevê como certa a realização do facto típico e, de seguida, questiona-se se ainda assim, o agente actuou. Se sim, há dolo eventual; se não, há negligência consciente.

Esta formula, hoje, é de afastar, pois falhava em casos concretos. Falhou no caso dos mendigos russos: havia uma associação criminosa que tinha como finalidade cortar membros a crianças para, dessa forma, obter a esmola. O que acontecia é que, por vezes, havia crianças que morriam. A duvida que existiu foi: há dolo eventual ou negligencia consciente quanto à morte da criança? Por esta formula de Frank, há negligência pois, se tivesse previsto a morte, não teriam actuado, pois a criança de nada lhes servia morta. A solução face a este caso era injusta, o que levou o próprio Frank a afastá-la. Outra crítica é que parte de uma ficção e não da realidade.

**Fórmula Positiva de Frank** (aquela que se deve usar hoje)**:** o que tem de se perguntar é se o agente, ao actuar, previu como possível a realização do facto típico e pensou “aconteça o que acontecer, atuo”, há dolo eventual; se não, há negligência consciente. Esta fórmula ajuda a aplicar o critério da conformação, mas não resolve todos os problemas.

**Fernanda Palma** propõe alguns critérios práticos para ajudar a aplicar a fórmula positiva de Frank.

Para FP, para se conseguir averiguar se no caso em concreto o agente pensou “aconteça o que acontecer, eu atuo”, temos de ter em conta elementos objetivos provados. São importantes, enquanto elementos objetivos:

* **Critério da coerência das motivações**: quanto mais forte for a motivação, maior o indício do dolo eventual.

Exemplo: A vai a alta velocidade no meio da cidade e mata H e surge a dúvida se actuou com dolo eventual ou negligência consciente (ou seja, conformou-se ou não com a morte de H?). FP diz que se a motivação é forte, a probabilidade de ter pensado aconteça o que acontecer é maior. Logo, se vai a alta velocidade porque recebeu a noticia que o seu filho está em risco de vida no hospital pensou “aconteça o que acontecer, eu atuo”, de acordo com os critérios com a normalidade; se vai a alta velocidade para ver um jogo de futebol, não pensou “aconteça o que acontecer, eu atuo”. Apesar de chocar, aqui haverá diferenças ao nível da culpa.

* **Grau de probabilidade da realização do facto típico:** quando o grau de probabilidade de acidente é alto, atua a favor do dolo eventual; nos casos de transmissão de SIDA, a maior parte da doutrina considera que, dada a baixíssima probabilidade de transmissão (menos de 1%), em principio não há dolo eventual de morte ou de ofensa à integridade física.

Com base nesta resposta, ***Roxin* e *F.Dias*** propõe a criação do **crime de perigo abstrato** para a transmissão do vírus da SIDA.

***F.Dias*** cria a hipótese de, no futuro, criar uma 3ª figura entre o dolo e a negligência que se chamaria *temeridade*. Sugere isto por ser muito difícil distinguir dolo eventual de negligencia e esta distinção ter consequências práticas muito graves (se se tomar a excecionalidade da punição por negligencia e até a medida das penas). A temeridade abrangeria os casos de dúvida entre dolo eventual e negligência consciente.

(*outra modalidade de dolo – para os* ***crimes de perigo concreto***)

* **Dolo de perigo**: perigo é a possibilidade ou probabilidade de dano. Os crimes de perigo concreto caracterizam-se por ter de haver perigo para o bem jurídico. Se perigo é possibilidade de dano e no crime de perigo concreto temos de provar a existência de perigo, há uma relação do agente com o dano. Nos crimes de perigo concreto, em que há dolo de perigo, não pode haver dolo quanto ao dano. Se houver dolo quanto ao dano, há um crime de dano.

**Exemplo**: mãe que abandona filho com o dolo face à morte, pune-se pelo crime de homicídio e não pelo crime de exposição ou abandono. O dolo de perigo pressupõe uma negligência consciente quanto ao dano.

Para a maior parte da Doutrina: quanto ao perigo entende-se que tem de haver dolo necessário (modalidade de dolo quando há dolo de perigo), porque se houver dolo direto de perigo (se o agente representa e quer a criação do perigo para o bem jurídico) então prevê a possibilidade de dano como certa e ter intenção, então tem dolo de dano e dolo de dano seria crime de dano).

Dolo eventual é de afastar porque é a pessoa prever como possível e conformar-se. O dolo eventual de perigo seria prever como possível a possibilidade, o que seria dolo eventual de dano.

**11 de Março de 2016**

**HIPÓTESE 7:**

A e B discutem irritadamente. A certa altura, A decide pôr fim à discussão, apontando uma pistola ao peito de B. No momento em que dispara, C, que estava ao lado de A, empurra a mão deste e, com isso, consegue que o projétil só acerte nos intestinos, em vez de acertar no peito, de B. Este é transportado de urgência para o Hospital, constatando-se aí que sofrera uma perfuração traumática do intestino.

**Suponha, alternadamente, as seguintes sub-hipóteses:**

**a)** B morre logo após ter chegado ao hospital. Porém, na autópsia, constata-se que sofria de um cancro em estado avançado, que lhe provocaria a morte em escasso tempo;

**b)** Operado de urgência, B vem, todavia, a falecer, dois dias mais tarde, em consequência de uma infecção intestinal;

**c)** D, esposa de B, que se encontrava no local da discussão e sofre do coração, ao ver o desenrolar dos acontecimentos, sofre de ataque cardíaco, vindo também a falecer.

**a)** Há uma ação jurídico-penalmente relevante da parte de A, pois este decidiu (controlo, pela vontade) agir daquele modo, disparando sobre B e, como consequência, este morreu. Esta conduta está prevista no **artigo 131º**, pelo que há tipicidade (é deste tipo que se vão subsumir os elementos da tipicidade).

​ Quanto aos elementos subjetivos: há dolo direto, pois A tinha efetivamente a intenção de matar B (**artigo 14º/1**).

Estão verificados todos os elementos objetivos do tipo indiciário: A é o agente, há uma ação típica (a prevista no **131º**), cujo objeto é B, o bem jurídico lesado é a vida e é um crime de resultado (o resultado é a morte).

​Sendo um crime de resultado, importa averiguar a imputação objetiva. De acordo com a teoria *condicio sine qua non*, há causalidade natural: sem a ação de A, aquele resultado (a morte de B) não se verificaria no mesmo tempo, modo e lugar (se morresse de cancro, mesmo que uns dias depois, não morreria nas mesmas condições em que morreu efetivamente). O facto de se provar que B iria morrer pouco tempo depois não é relevante, pois, em Direito Penal, não há relevância da causa virtual (sempre que se prevê o resultado morte – que foi o que fez o agente – o DP tem o dever de intervir).

​Sabendo-se que há causalidade, deve recorrer-se à teoria da adequação: A pode prever aquele resultado, de acordo com aquele processo causal. Apesar da interferência de C, considera-se que o resultado morte era previsível como consequência do tiro (ou seja, ainda que não se considere que A previsse que C o empurraria, este facto só alterou o sítio onde a bala acertou; a morte continuou a ser resultado do tiro). Deste modo, pode considerar-se que há imputação objetiva do resultado à conduta do agente.

​A minha resolução, com que a Bárbara Sousa de Brito concorda: não há imputação objetiva de acordo com a teoria da adequação porque A não poderia prever que seria empurrado por C. Ou seja, ainda que pudesse prever o resultado, não o preveria de acordo com aquele processo causal.

​Porém, segundo a teoria do risco, há imputação objetiva: A criou um risco proibido, que acabou por se concretizar no resultado.

Para **Silva Dias** (e maior parte da Doutrina, onde se inclui **Bárbara Sousa de Brito**), a ação de C não é jurídico-penalmente relevante, pois é socialmente aceite (**conceito social de ação**) – trata-se de uma chamada **ação de salvamento**, que é adequada socialmente.

​Considerando que há uma ação jurídico-penalmente relevante, há causalidade (*condicio sine qua non*): sem a ação de C, aquele resultado não se manteria no mesmo tempo, modo e lugar. Mas pode, desde logo, argumentar-se que a sua ação não preenche nenhum tipo de ilícito.

​De acordo com a teoria do risco não há imputação objetiva, pois C diminui um risco proibido.

​Quanto aos elementos subjetivos: não era necessário analisar, porque já se tinha excluído a imputação objetiva. Porém, a considerar estes elementos, tem de discutir-se se se trata de dolo eventual ou negligência consciente.

**b)** Há uma ação jurídico-penalmente relevante da parte de A e a sua conduta é típica, estando verificados os elementos objetivos do tipo indiciário. Discute-se se há ou não imputação objetiva da morte de B à conduta de A, sabendo que a vítima morreu devido a uma infecção intestinal. Deve averiguar-se se há um risco novo que se interpõe, que faz com que o risco criado por A deixe de ser relevante.

**Teresa Serra** defende que atualmente as infeções hospitalares são tão comuns que é previsível que quando se dispara, a vítima possa morrer não do disparo, mas de uma infecção (***teoria da adequação***).

**Bárbara Sousa e Brito** prefere a teoria do risco: se o Hospital e o médico agiram de acordo com a normalidade (respeitando todas as regras de cuidado) não há interrupção do processo causal. Pelo contrário, se não tomaram as medidas necessárias/exigidas, há um novo risco, que interrompe o processo causal de A, fazendo com que não seja o risco criado por A que se concretiza no resultado, mas sim o risco criado pelo Hospital. Se se verificar esta hipótese, então não há imputação objetiva ao agente.

Não havendo imputação objetiva do resultado morte ao agente A, como este actuou com dolo, preenche o tipo da tentativa do crime de homicídio (**artigo 131º e artigo 22º**).

**c)** Tudo igual até à ***teoria condicio sine qua non***, havendo causalidade (se A não matasse B, D não morreria de um ataque do coração).

***Teoria da adequação:*** segundo o homem médio não seria previsível aquele resultado, de acordo com aquele processo causal (exceto se o agente conhecesse a doença do coração da D).

Recorrendo à ***teoria do risco***, assumindo que A conhecia a doença de D, esta é uma situação que está fora do âmbito de proteção da norma: o homicídio negligente (**artigo 137º**) não foi estabelecido para este tipo de situações.

**HIPÓTESE 8:**

Na autoestrada Lisboa-Porto, António lançou uma pedra sobre um automóvel conduzido por Bento. Este, atingido no rosto por fragmentos do pára-brisas (que se partiu), guinou, subitamente, embatendo num automóvel conduzido por Carlota.

Em consequência dos factos descritos, Carlota foi conduzida ao hospital, onde viria a falecer por não ter sido sujeita a uma intervenção cirúrgica, porque o único médico de serviço estava embriagado. Provou-se que, se a intervenção tivesse sido levada a cabo, se teria salvo.

Bento, por seu turno, sofreu ferimentos graves e foi-lhe extraído um rim. Provou-se que Bento conduzia, na ocasião do acidente, com uma taxa de 0,9 g/l de álcool no sangue.

Entretanto, António, que veio a confessar ter lançado a pedra, afirmou que nunca pensou que ela pudesse quebrar o vidro de um automóvel e provocar ferimentos em alguém.

**1. Com a sua conduta, António preencheu algum/alguns tipo/s de crime?**

**2. Bento praticou alguma ação jurídico-penalmente relevante?**

**3. A que conduta pode ser imputada objetivamente a morte de Carlota?**

**4. A que conduta pode ser imputada objetivamente a ofensa corporal de Bento?**

**1**. Apesar de António alegar que nunca pensou que a sua ação poderia ter aquelas consequências, um homem médio, colocado na sua posição (ou seja, mediante um contexto de razoabilidade) poderia prever, de acordo com aquele processo causal, aquelas consequências (aquele resultado). Deste modo, há uma ação jurídico-penalmente relevante.

​ Quanto aos elementos subjetivos, há **negligência consciente**, precisamente, ainda que António alegue que não representou aquele resultado como possível, o homem médio fá-lo-ia, pelo que se afirma que o agente previu o resultado, mas conformou-se com ele.

​ Desde logo, António preenche o tipo de crime previsto no **artigo 293º** – é um crime de mera atividade e de perigo abstrato, pois não é necessário que o perigo se verifique efetivamente).

​ António preenche também o tipo de **ofensas à integridade física (artigo 143º e seguintes)**: é o agente de uma ação típica, cujo objeto é Bento, prejudicando o bem jurídico integridade física, num crime de resultado.

​ Há causalidade natural (***teoria condicio sine qua non***), pois se António não tivesse atuado, aquele resultado não subsiste no mesmo tempo, modo e lugar (pois sem atirar a pedra, Bento não sofreria ofensas à integridade física).

​ Recorrendo à ***teoria da adequação***, há causalidade, visto que era possível, ao homem médio, mediante aquele processo causal, prever aquele resultado. Assim sendo, há imputação objetiva do resultado à conduta de António. Pela **teoria do risco** chegar-se-ia à mesma conclusão, visto que o agente criou um risco proibido, que se concretizou no resultado.

​ A morte de Carlota era previsível, mas não o era segundo aquele processo causal (não era previsível que o médico estivesse embriagado e que, como tal, fosse incapaz de operar Carlota), pelo que não há imputação objetiva da morte à conduta do agente, de acordo com a teoria da adequação. Segundo a teoria do risco também não há imputação porque, apesar de criar um risco proibido, esse risco não se concretiza no resultado, visto que há um novo risco proibido que se interpõe (a embriaguez do médico).

Em conclusão, António preenche dois crimes: ofensa à integridade física de B por negligência (artigo 148º) e lançamento de projétil (artigo 293º).

**2.** Quanto a embater no carro conduzido por Carlota, não há, da parte de Bento, uma ação jurídico-penalmente relevante, pois guinar com o carro não estava na sua esfera de controlo, tendo em conta que foi uma reação automática ao proteger-se dos fragmentos; Bento não pode representar o resultado e não teve sequer capacidade de observar os sinais objetivos de perigo. O facto de estar ligeiramente embriagado, para o caso concreto, não é relevante: mesmo que estivesse completamente sóbrio, ao ser atingido com vidros na cara, teria uma ação semelhante.

​ Quanto a ter uma taxa de 0,9 g/l de álcool no sangue, só há uma ação que importa para o DMOS e não para o Direito Penal, visto que só há crime a partir de uma taxa de 1,2 g/l (artigo 292º/1).

​ Não preenche o tipo de ilícito do artigo 291º pois este prevê um crime de perigo concreto e Bento, só por estar embriagado, não criou perigo para a vida ou integridade física de outrem.

​ Em conclusão, Bento não preenche qualquer tipo de crime.

**3**. Quanto ao médico há uma ação jurídico-penalmente relevante (sem sentido lato). Há um homicídio por omissão.

Se, no momento que é chamado a operar, prevê o resultado morte, caso não opere, é este o momento relevante para a omissão.

Em princípio, há dolo eventual: quando decide beber, prevê o resultado como possível, mas conforma-se com ele.

**4**. A ofensa corporal de Bento é imputável a António (ver resposta 1). Não interessa que Bento esteja bêbado; não se coloca a questão do comportamento lícito alternativo.

**HIPÓTESE 9:**

Embriagado, de regresso a casa, já de madrugada após uma noite de pândega, Abílio confundiu o seu apartamento com o de Beatriz, senhora idosa, sua vizinha. Meteu a chave à porta e, desesperado por não conseguir abri-la, arrombou-a com um estrondo, introduzindo-se no que supôs ser a sua habitação. Entretanto, Beatriz acordou aterrorizada com o “assalto” e morreu, devido a um ataque cardíaco.

**1**. **Abílio cometeu os crimes previstos nos artigos 190º e 212º?**

**Artigo 190o (violação do domicílio):**

Estão verificados todos os elementos? Ele está embriagado, mas não ao ponto de ter uma acção controlada ou controlável pela vontade.

É uma acção típica? Tem de se verificar se estavam presentes os elementos subjectivo e objectivo do tipo.

Elementos objectivos: agente (Abílio), acção típica (introduzir em casa alheia), objecto da acção (casa alheia), bem jurídico (reserva da vida privada); mas e o resultado? Neste caso, não existe um crime de resultado, portanto, considera-se que este é **crime de mera actividade**, não surgindo assim os problemas de imputação objectiva da conduta ao agente.

Elementos subjectivos: estamos perante dolo ou negligência por parte do agente? Ele pensava que estava a entrar em casa, logo, não existe uma representação intelectual correta. Para haver dolo era preciso que ele representasse que a casa não era dele e tivesse vontade de entrar.

Estamos então perante um erro sobre o objecto. Os objectos são tipicamente idênticos? Não. Se fossem tipicamente idênticos isto teria alguma relevância ao nível do tipo? Sim, porque não se exclui o dolo, devido aos objectos serem idênticos e a norma visar proteger o objecto em si.

Aqui importa o carácter alheio enquanto elemento do tipo – dicotomia entre elementos descritivos e elementos normativos. Aqui o carácter alheio é um elemento predominantemente normativo. É preciso recorrer a uma valoração para dizer que estou perante algo que é considerado alheio.

Estando perante um elemento normativo do tipo a consequência é, segundo o **artigo 16o/1** (era um erro sobre os elementos de direito ou predominantemente normativo de direito), a exclusão do dolo. A exclusão do dolo está no **nº1**, mas fica ressalvada a negligência; no entanto, o **artigo 190o** não representa a possibilidade de punir com mera negligência (independentemente de arguirmos se estava em causa negligência consciente ou inconsciente, tinha de se verificar se o crime era punível a título de negligência).

**Artigo 212o (crime de dano):**

Não estão preenchidos os elementos do tipo. O crime de dano exige que a pessoa represente que está a danificar coisa alheia, e tal não ocorre. Ele está em erro sobre um objecto normativo do tipo e a consequência é, mais uma vez, excluir o dolo (**artigo 16o/1**). Também aqui não se poderia punir por negligência (que havia), porque também este crime não tipifica o tipo na forma negligente. Existe uma relação de subsidiariedade entre os **artigos 212o** e o **190º.**

**NOTA:**

* Quando falamos em análise do crime, podemos distinguir:
* Análise lógica: deve surgir por natureza. Acção, punibilidade, culpa, ilicitude, tipicidade…
* Analise prática: às vezes, esta por razões de conveniência, leva logo ao problema que se coloca. Se está em causa um problema de ilicitude, escusamos de ir para os outros. Mas como estamos a aprender é melhor dar todos os passos (exame).
* Os problemas de concurso só se podem resolver depois de preenchermos os elementos do tipo.

**2**. **Abílio cometeu o crime previsto no artigo 137º?**

O **artigo 137o** prevê o crime de homicídio por negligência.

Ele não tinha a possibilidade de representar a morte da senhora (ele não tinha a cognoscibilidade individual da morte de alguém), ou seja, não há ação jurídico-penalmente relevante.

Uma parte da doutrina resolveria este problema ao nível da **imputação objectiva**: há uma acção típica, há um objecto de acção, há o resultado morte e, quando se ao problema da imputação do resultado à conduta do agente, surgem dúvidas. Isto porque para haver imputação objectiva do resultado à conduta do agente é preciso que o agente crie, aumente ou não diminua um perigo e esse se concretize no resultado, e, no caso sub judicie, não acontece isso. Partindo do pressuposto que há uma acção (porque já vimos que não existe), também não já conexão entre o risco criado e o resultado obtido.

Outra parte da doutrina resolveria este caso pelo **critério da protecção da norma**, que diz que, neste caso, como a morte é um risco indirecto, não está abrangido pela conduta negligente do Abílio.

Segundo a teoria da adequação, o homem médio com conhecimento que o agente tinha, não poderia prever aquele resultado segundo aquele processo causal. Esta teoria permite a resolução do problema.

**HIPÓTESE 10:**

Xavier apostou 100€ com Zacarias em como este não seria capaz de percorrer 5 km de estrada em sentido contrário. Zacarias aceitou a aposta e, a meio do percurso, embateu no carro de Célia, causando-lhe a morte.

**Deve Zacarias ser punido por um homicídio doloso ou negligente?**

Estando presente o elemento intelectual (ele representou a morte de alguém como possível) teríamos então segundo a formula positiva de Frank se ele actuava ou não. De acordo com os critérios da Fernanda palma.

A motivação não é forte o suficiente. Pelo facto da aposta ter um valor tão baixo, mostra a motivação suficiente. Apesar do valor ser baixo, consegue-se ver que ele quer mesmo: não é tanto o valor do prémio, mas é ele mostrar que ele consegue. Assim, a motivação existe. Havia assim dolo eventual, porque ele se conforma e para além disso, não quer saber. Aconteça o que acontecer vai tentar cumprir a aposta. Segundo a FP tínhamos de analisar a motivação (se era forte) e o grau de probabilidade (se era forte ou não).

Tínhamos discutir nesta hipótese se havia dolo eventual ou antes, negligência consciente. Mais do que saber o critério da conformação, o difícil é na prática, saber onde nos apoiar para saber qual deles aplicar. A fórmula positiva de Frank ajuda e a prof Fernanda palma tenta dizer quais são os elementos objectivos dos quais podemos arguir que o agente se apoiou.

**16 de Março de 2016**

* 1. **Elemento subjetivos especiais do tipo**

Nos crimes dolosos, por vezes, além do dolo, exige-se a presença de outro elemento subjetivo: os elementos subjetivos especiais. Estes são especiais porque não recaem sobre os elementos objetivos do tipo, apesar de não deixarem de se ligar à vontade do agente.

Exemplo: **crime de furto** (**203o CP**) – para o tipo subjetivo deste crime estar preenchido, não basta que a pessoa saiba que está perante coisa alheia e a queira subtrair; para estar preenchido, para além desse dolo, é preciso provar que o agente tinha intenção de se apropriar dessa coisa. Ou seja, para determinar factos dolosos, não basta o dolo; é preciso algo que esteja relacionado com a vontade do agente, mas que não recai sobre os elementos objetivos do tipo.

O crime de furto é considerado um **crime de resultado cortado ou parcial**, pois para este estar consumando, basta haver subtração. A apropriação é um resultado que não tem de se verificar; só tem de haver a intenção de o fazer.

Outro exemplo: **fraude fiscal** (**Lei nº 15/2001**) – para haver este crime tem de haver a intenção de produzir um resultado lesivo sobre o património fiscal, ou seja, objetivamente, não tem de haver um resultado lesivo sobre propriedade fiscal; o que interessa é que o agente teve a intenção de produzir este resultado lesivo.

Por vezes é difícil distinguir os elementos subjetivos especiais da culpa.

**Exemplo**: homicídio pode assumir a forma de homicídio qualificado (forma agravada de homicídio – **132º**). Há várias circunstancias que levam a que haja a consideração de qualificado, por exemplo: **alínea j**.

São elementos subjetivos que o legislador exige, mas que é difícil de identificar se pertencem ao tipo de ilícito ou ao tipo de culpa – os elementos especiais relacionam-se com o **tipo de ilícito**; não entram no tipo de culpa.

Por isso, nesses casos, o que se deve ver é se aquele elemento serve ou não para caracterizar a valoração da ação como ilícita. No fundo, perceber se aquele elemento fundamenta/agrava a ilicitude do comportamento.

Normalmente, para isso acontecer, o elemento tem de referir ao **bem jurídico protegido**, caracteriza o **objeto da ação**, refere-se à **forma de lesão do bem jurídico**, e não quanto à atitude do agente face ao Direito. Se o elemento estiver relacionado com esta atitude deixa de pertencer ao tipo ilícito, para ser um elemento subjetivo que tem relevância ao nível da culpa.

Para a maior parte da Doutrina, esta alínea (agir com frieza de ânimo) tem que ver com a culpa e não com o tipo de ilícito, porque está relacionado com a atitude do agente face ao Direito.

* 1. **Negligência consciente e inconsciente**

**2) Negligência**

A negligência surge ou como elemento subjetivo do tipo (a par do dolo) ou como ação típica e ilícita. Isto é importante, porque vai ter interferência na própria organização dos manuais de Direito, como por exemplo no de F.Dias, em que há um capítulo diferente para cada perspetiva.

A primeira grande questão que se coloca é: ***o que é que caracteriza a negligência?***

Para ***Figueiredo Dias***, o momento caracterizador do crime negligente é a **violação do dever de cuidado**, entendido como violação de normas de cuidado que servem concreta e especificamente o tipo de ilícito respetivo. Ou seja, para ele o que caracteriza a negligência são os elementos objetivos.

Crítica de Bárbara de Sousa Brito: não é por aí, porque violação das normas de cuidado pode acontecer tanto nos crimes dolosos, como nos crimes negligentes. Por isso, o que vai distinguir estas situações vai ser o elemento subjetivo.

E por isso, para esta outra parte da Doutrina (***Jakobs, Fernanda Palma e Bárbara***), o que caracteriza a negligência é o **elemento subjetivo**, mas isto não retira a importância às normas de cuidado, até para saber se o agente ultrapassou a imputação objetiva.

***Roxin*** refere que o que caracteriza a negligência é a **ultrapassagem do risco primitivo**; mais uma vez, a Professora faz a crítica de que aqui se está a dar importância ao elemento objetivo, em vez de ao elemento subjectivo.

O estudo da negligência como elemento subjetivo do tipo:

Há **duas formas de negligência**, ambas previstas no **artigo 15o, alínea a) e b) do CP**:

1. **NegligênciaConsciente**: o que a caracteriza é que o agente prevê a realização do facto típico como possível, mas não se conforma com a sua realização. Ver distinção entre dolo eventual e negligência consciente – (fórmula positiva de Frank: se o agente ao actuar pensou, há dolo eventual; se não, há negligência consciente).

F.Dias sugere a criação de uma terceira figura (***temeridade***) em que cabem ambas as situações, por ser tão difícil distingui-las.

1. **Negligência Inconsciente*:*** o que a caracteriza é que o agente não prevê a realização do facto típico, mas tem a possibilidade efetiva de o prever – ou seja, o elemento fulcro desta modalidade é a ***cognoscibilidade individual da realização do facto típico*.**

A grande questão aqui é: *quando é que acontece a* *cognoscibilidade individual da realização do facto típico*? Isto porque em DP só se pode punir com dolo ou negligência, e a negligência inconsciente é o que faz a fronteira entre aquilo que se considera uma ação jurídico-penalmente relevante.

Critérios para saber **se há cognoscibilidade:**

1. ***Consciência ou possibilidade de ter consciência de sinais objetivos de perigo***, ou seja, a pessoa teve consciência de algo que lhe permitisse prever a realização do facto típico? Se sim, há cognoscibilidade.

Exemplo 1**:** um homem vai a conduzir em alta velocidade e vê um sinal de aproximação de escola, mas não abranda. Ele tem noção esse sinal objetivo de perigo, mas escolhe ignorá-lo, pelo que há negligência inconsciente.

Exemplo 2:o pai que vai em “piloto automático” não tinha essa consciência.

1. ***Consciência ou possibilidade de ter consciência do perigo abstrato e do perigo concreto da ação e da capacidade de evitar a realização do facto típico.***

Exemplo: Uma mulher, em 1930, numa pequena aldeia sem conhecimentos científicos, que põe o filho raquítico em agua a ferver (porque é crença generalizada que a água a ferver cura), não tem consciência, nem sequer possibilidade de ter do perigo concreto da ação, pelo que não há cognoscibilidade.

Outra grande questão é a de saber se se deve adotar um critério objetivo ou um critério individual na análise do crime negligente.

De acordo com ***Bárbara de Sousa Brito***, há três **critérios para adotar o critério individual**:

* O primeiro está relacionado com o facto de **os argumentos que a Doutrina normalmente apresenta contra a individualização, não procedem**.

Estes são:

* **O critério individualizador põe em causa o carácter geral e abstrato das normas jurídicas**.

Crítica: este argumento confunde o âmbito da norma com a concretização da norma. Ou seja, o critério individualizador não deixa de ser um critério geral e abstrato e, por isso, quando se aplica um critério individual na analise da negligência não se esta a retirar o carácter geral e objetivo à norma;

* **O critério individualizador põe em causa o carácter de orientação da norma e, dessa forma, também põe em causa a prevenção geral**.

Crítica: quem defende este critério, mais uma vez, confunde âmbito da norma com concretização da norma. Não é pelo facto de se ter em conta as capacidades pessoais ao nível da concretização da norma, que o comando deixa de ser geral e abstrato e, como tal, estabelece padrões e serve de orientação para comportamentos;

* **O critério individualizador impede a clara distinção entre ilícito e culpa**.

Crítica: este critério não impede a distinção entre ilícito e culpa porque na ilicitude continuamos a analisar o poder de evitar o risco, enquanto na culpa se analise a capacidade do autor de se determinar pelo Direito. Quer nos crimes dolosos quer nos negligentes, a distinção entre ilícito e culpa tem de ser a mesma: na ilicitude analisa-se o comportamento, ao passo que na culpa se analisa a motivação do sujeito de acordo com o Direito;

* **Quem defende a individualização das exigências de cuidado levaria a que o especialmente capaz estivesse sempre obrigado a prestações máximas, levando a que as pessoas não quisessem ter essas capacidades sob pena de serem punidos**.

Crítica: o esforço exigido não deixa de corresponder à sua capacidade. O ter em conta as tais capacidades superiores, significa ter em conta as capacidades que na situação em concreto o agente poderia ter utilizado. Como diz Straatenvert, não há razoa para que o cirurgião especialmente capaz não possa aplicar o que sabe a mais que o cirurgião normal, pois o contrário implicaria um sacrifício injustificado dos bens jurídicos.

* O segundo é que **adotar o critério generalizador/objetivo na análise da negligência, não traz qualquer vantagem prática**, isto porque o critério objetivo é aquele que recorre ao cuidado médio e implica a determinação de modelos médios de conduta. O cuidado médio é muito mais difícil de determinar do que aplicar o critério individual. Além disso, corre-se o risco de transformar os crimes negligentes de resultado em crimes de perigo abstrato. Se eu, de acordo com o critério objetivo só me interessa saber se o homem médio podia naquele caso prever o resultado típico, o que vai muitas vezes acontecer é punir uma pessoa que, em concreto, não tinha possibilidade de prever o resultado típico. Ou seja, diz-se que, em concreto, escusava de prever o resultado, bastava que em abstrato previsse o resultado (confundindo assim os crimes de resultado com os crimes de perigo abstrato):

A tese generalizadora também não serve porque, ao defende-la, é-se obrigado a fazer círculos: faz um conjunto de tipos para aplicar esse critério. Os homens médios médicos com especialidade em cirurgia; os advogados médios com especialidade em direito fiscal…. Isto é uma concessão implícita à tese individualizadora.

* O terceiro é que **são princípios fundamentais do DP que, em ultima analise, exigem um critério individual**. Desde logo, o princípio da culpa, porque decorre deste que só se pode ser punido quando se atua no âmbito da sua liberdade e da sua autonomia. Ora, só se atua neste âmbito se se puder evitar individualmente determinado facto e não se o homem médio podia ter evitado a realização do facto. O que interessa é que aquela pessoa em concreto tinha podido ou não evitar a realização do facto típico (só aí se pode afirmar que a pessoa atou no âmbito da sua autonomia).

Princípio da necessidade da pena: de acordo com este, a pena só é necessária de acordo com a proteção dos bens jurídicos. Esta proteção faz-se pela prevenção. Ora, só se pode prevenir comportamentos controláveis/evitáveis pelo sujeito em concreto. Não se pode prevenir comportamentos que não são controláveis pelo sujeito em concreto.

Princípio da igualdade: impõe a adoção de um critério individual porque só dessa forma se irá tratar igual o que é igual e diferente o que é diferente.

**18 de Março de 2016**

**HIPÓTESE 11:**

Ana, grávida, está na praia com um grupo de amigos. A certa altura, os amigos decidem iniciar um jogo de râguebi e desafiam Ana a participar.

Ela começa por rejeitar, invocando que é perigoso, dado o estado de gravidez, mas alguns minutos depois, sem nada dizer, começa a participar no jogo. Também alguns minutos depois cai e aborta.

**Pode Ana ser punida por um crime de aborto?**

Há uma ação jurídico-penalmente relevante, pois participar no jogo é uma ação que faz parte da esfera de controlo/de vontade de Ana. Importa, então, analisar a tipicidade da conduta: o crime de aborto está previsto no artigo 140º, sendo este um crime de resultado. Ora, Ana é a agente, o bem jurídico em causa é a vida intra-uterina, o resultado é a morte e o objeto da ação é o feto.

Há imputação objetiva do resultado à conduta do agente. De acordo com a teoria *sine qua non*, há imputação objetiva, visto que, sem a ação de Ana, aquele resultado não se verificaria. Segundo a teoria da causalidade adequada, há imputação objetiva, pois o homem médio, colocado na posição do agente, seria capaz de prever aquele resultado segundo aquele processo causal. A mesma solução seria dada pela teoria do risco, uma vez que Ana criou um risco proibido, que acabou por se concretizar no resultado.

Deste modo, estão reunidos os elementos objetivos da tipicidade. Resta analisar os elementos subjetivos, discutindo se há dolo ou negligência.

Desde logo, tem-se que o agente representou o facto como possível, pois, inicialmente, recusou-se a participar no jogo, com receio pela sua gravidez. Assim, exclui-se a negligência inconsciente (artigo 15º/b). Podem também excluir-se o dolo direto e o dolo necessário (artigo 14º/1 e 2). A discussão centra-se, então, entre ser uma situação em que há dolo eventual ou negligência consciente.

Ora, deve apurar-se se Ana se conformou ou não com o resultado (critério da conformação), de forma a esclarecer a questão.

Seguindo o critério da coerência das motivações não parece que o resultado da fórmula positiva de Frank aponte para o dolo eventual, pois não se pode considerar que participar num jogo de râguebi na praia seja uma forte motivação. Porém, mediante o critério do grau de probabilidade de realização do facto típico, parece que Ana se conformou com aquele resultado, pensando “aconteça o que acontecer, eu atuo”. Todavia, sendo os dois critérios cumulativos, não pode considerar-se que houve conformação.

Assim, tem-se que a agente actuou com negligência consciente, não sendo punida ao abrigo do artigo 140º/3. Visto que não há previsão de punição do crime de aborto na forma negligente, não há, de todo, punição (artigo 13º).

**HIPÓTESE 12:**

António jurou vingar-se do guarda florestal Fernando. Colocou-se diante da cabana deste e disparou contra João, que ia encontrar-se com Fernando, mas que no escuro fora confundido com o guarda.

1. **Quais as consequências do erro de António?**
2. **Seria alterado o julgamento se António tivesse atirado contra Fernando, mas errado o alvo e ferido mortalmente Maria, que se encontrava dentro da cabana ao pé da janela?**
3. **Como seria se António, às margens de um lago, tivesse disparado contra Fernando, tomasse-o por morto e o atirasse à água, ocasião em que ocorreu a sua morte por afogamento?**

1. Considerando que António queria disparar sobre Fernando, mas, por erro, disparou sobre João, há um erro sobre o objeto. Aqui há uma identidade típica dos objetos, pois o agente queria efetivamente matar alguém (representou matar uma pessoa e matou uma pessoa). Assim, para a maior parte da Doutrina, o seu erro é irrelevante e António será punido nos termos do artigo 131º.

2. Sim. Nesse caso tratar-se-ia de um erro de execução (e não erro sobre o objeto): o agente elegeu um objeto para a sua ação (Fernando), mas o resultado desta concretiza-se noutro objeto (Maria).

A maioria da Doutrina considera que o agente deverá ser punido por tentativa de homicídio de Fernando (pois, efetivamente era este que pretendia matar) (artigos 131º e 23º) em concurso com o homicídio simples de Maria, na forma negligente (artigo 137º). Uma posição minoritária da Doutrina apoia a punição apenas do crime doloso. Ou seja, punir-se-ia apenas o homicídio de Maria.

3. Esta é uma situação de *dolo generalis*: o agente previu criar o resultado morte com a sua primeira ação, que foi o disparo, porém, o resultado só se concretizou com a segunda ação, quando o guarda é atirado à água.

De acordo com Straatenvert, pode concluir-se que o agente será punido por homicídio doloso pelo afogamento. Isto porque, tratando-se de uma vingança, há associada uma ideia de planeamento, pelo que se pode assumir que António, quando planeou matar Fernando, planeou que, depois do disparo, atiraria o seu corpo à água.

Figueiredo Dias chegaria à mesma conclusão: a ação de se libertar do corpo (que é o que pretende o agente quando atira a vítima água) é um risco que pode conduzir-se ao quadro de riscos da primeira ação (a segunda ação é previsível e normal, de acordo com as regras da experiência), pelo que o agente deve ser punido apenas pelo crime doloso consumado.

**HIPÓTESE 13:**

No preciso momento em que A se preparava para realizar uma curva mais apertada, entra no carro que conduzia uma abelha. A, num gesto “instintivo” tira as mãos do volante, para se proteger, acabando por embater em B, motociclista, que circulava em sentido contrário. Assustado, A decidiu fugir sem prestar auxílio a B.

C, polícia que circulava alguns metros atrás de A, tendo visto o acidente e a fuga, segue em perseguição de A, não prestando qualquer auxílio ao B. O polícia fê-lo porque julgou que, dada a violência do embate, B já estaria morto, o que, naquele momento, não era verdade. B acabou por morrer algum tempo depois.

**Determine a responsabilidade jurídico-criminal de A e de C.**

Quanto ao embater no carro, não há uma ação jurídico-penalmente relevante da parte de A, uma vez que foi uma consequência de um ato reflexo. Ou seja, A não tinha como controlar aquele comportamento, nem como representar a possibilidade de resultado da ação.

Todavia, quanto à fuga do local do crime, há uma ação em sentido lato, pois estava na esfera de controlo do agente prestar o auxílio devido. Quanto a esta, o comportamento de A preenche o tipo do crime de omissão de auxílio previsto no artigo 200º. Quanto a este crime há dolo direto: A representa o não auxílio e escolhe esse caminho. Mas só importa saber se este crime está preenchido quando não se consegue punir o agente por um crime de resultado (questão de **concurso aparente**).

O agente prevê também a possibilidade de o motociclista morrer, pelo que há uma ação controlável pela vontade. Estar assustado não lhe retira a faculdade de representar o resultado (até porque teve racionalidade suficiente para fugir). Trata-se de uma omissão: o condutor não afasta um perigo que ele próprio criou (ingerência). É uma omissão impura: precisamente por ser ele a criar o perigo, tinha um dever especial de agir (comportamento prévio perigoso, ainda que lícito) – artigo 10º. O seu comportamento prévio é perigoso, mas ficou assente que não esse não era uma ação jurídico-penalmente relevante. Há uma discussão na Doutrina sobre se o comportamento prévio perigoso tem de ser uma ação jurídica-penalmente relevante ou pode simplesmente ser um mero comportamento.

Quanto a este crime (homicídio, como previsto no **artigo 131º**) não há dolo, mas há negligência consciente (**artigo 15º/a**). Porém, apesar de se verificarem os elementos subjetivos, não se verificam todos os elementos objetivos da tipicidade, nomeadamente a imputação objetiva do resultado à conduta do agente.

Ainda que, pela teoria da *condicio* *sine qua non,* se considere que há uma causalidade natural (sem a ação de A, aquele resultado não se verificaria), não há uma causalidade de acordo com a teoria da adequação, pois ainda que seja previsível aquele resultado, não o seria segundo aquele processo causal (há um novo risco que se interpõe – o risco criado por C – que interrompe o processo causal de A). O mesmo se teria pela teoria do risco: A criou um risco proibido, mas não se concretiza no resultado obtido, precisamente pela interposição do risco de C.

Deste modo, A não poderá ser punido por homicídio.

A é, então, punido por tentativa de homicídio (consome a omissão de auxílio).

C não atua porque julga que o motociclista estava morto, mas poderia ter pensado que estava e deveria ter verificado. Além disto, enquanto polícia, tem o especial dever de agir. Este polícia poderia ser punido pelo crime de homicídio por omissão, por negligência: há causalidade, segundo a teoria *condicio sine qua non* e também segundo a teoria da adequação (aquele resultado era previsível de acordo com aquele processo causal).

O erro do polícia, ao pensar que o homem estava morto, enquadra-se na categoria do erro sobre o objeto, não havendo identidade típica dos objetos (uma pessoa morta *vs.* uma pessoa viva), pelo que se exclui o dolo (artigo 16º/1).

**30 de Março de 2016**

**Comparticipação**

Existe comparticipação criminosa quando há uma pluralidade de agentes a realizar o facto típico. Importa determinar que papel desempenharam no cometimento do crime:

1. **Autores**
2. **Participantes**.

Quase todos os crimes da PE estão previstos apenas com a forma de autoria singular e direta. O modo de prever e punir outras formas de participar num crime é através dos **artigos 26º e 27º (PG)**. Ou seja, se estes artigos não existissem, não seria possível punir quem apenas fosse cúmplice de determinado crime.

A comparticipação, em muitos manuais, surge ao lado dos crimes negligentes, sendo vista, por exemplo, como uma forma especial de crime. Em Teoria do Crime estudá-la-emos como **elemento da tipicidade**, porque determinar qual o papel do participante no crime (i.e., se actuou como agente direto, como autor ou apenas como participante) é um elemento essencial do tipo de ilícito.

A primeira distinção a ter em conta é a entre ***crimes dolosos*** e ***crimes negligentes***, porque o conceito de autoria e de participação varia consoante se esteja perante um crime doloso ou negligente.

* **Crimes negligentes:** é autor todo aquele que contribui causalmente para o resultado a título de negligência. Adota-se o denominado **conceito unitário de autoria**. Por isso, na negligência, para alguém ser punido como autor, basta demonstrar que contribuiu causalmente para a produção do resultado.

Porém, além disto, tem de demonstrar-se o elemento caracterizador da negligência (Para Bárbara Sousa e Brito, este é a cognoscibilidade individual da realização do facto típico). Para Figueiredo Dias, o elemento caracterizador da negligência é a violação do dever objetivo de cuidado.

* **Crimes dolosos:** considera-se que o legislador adota um conceito restritivo de autoria e, de acordo com a **teoria do domínio do facto**, que é a teoria dominante para determinar quem é autor, será autor quem tem o domínio do facto, o que se traduz em ter o domínio do *se* e do *como* da realização do facto típico.

Portanto, é autor quem tem o domínio negativo e/ou positivo do facto, no sentido de ter nas suas mãos o poder de fazer falhar a execução do crime (domínio negativo) e, em simultâneo, de fazer prosseguir até à consumação a realização do facto típico (domínio positivo). Portanto, é quem controla o processo causal e, em simultâneo, quem o pode parar.

Para a **Professora Conceição Valdágua** não basta ser titular do domínio do facto para ser autor; é necessário exercer esse domínio.

Exemplo de situação em que há titularidade, mas não há exercício do domínio: uma situação de co-autoria num crime de furto – A fura a porta de um Banco e B põe a bomba no cofre, enquanto C vigia a porta. Imagine-se que C, assim que chega ao Banco, volta para trás. Este agente tinha o domínio, mas não chegou a exercê-lo, pelo que não pode ser considerado autor.

Dentro dos crimes dolosos há ainda quem distinga o conceito de autoria consoante seja um ***crime doloso geral*** ou comum ou um ***crime doloso específico***. Esta distinção importa porque, para **Roxin** (que é um dos principais responsáveis pelo desenvolvimento desta teoria do domínio facto), o conceito restritivo de autor só se aplica aos crimes dolosos gerais.

Para este, no caso de haver um crime doloso específico ou de dever, quer seja por ação, quer seja por omissão, será autor quem violar o dever. Portanto, para Roxin, nos crimes específicos não tem de haver domínio do facto para se ser autor; para tal, basta ser titular do dever e violá-lo, independentemente do contributo que a pessoa tenha para o facto.

Por sua vez, **Figueiredo Dias**, defende que nos crimes específicos não basta a violação do dever especial do titular para se poder falar em autoria e, por isso, para este, à violação do dever típico especial acresce o critério do domínio do facto. Ou seja, não basta o agente ter o dever e violá-lo, havendo a necessidade de ter também o domínio do facto (o domínio do *se* e do *como* da realização fáctica).

**Portanto, esta distinção entre autoria e participação, para parte da Doutrina aplica-se aos crimes dolosos gerais e específicos, enquanto para outra se aplica apenas aos crimes dolosos gerais. Tudo isto tendo em conta a teoria do domínio do facto.**

Apesar de a teoria do domínio do facto ser a teoria dominante para distinguir autor de participante, há **outras que relevaram ao longo do tempo:**

* + **Teoria formal objetiva:** de acordo com esta, é autor todo aquele que executa o facto por si mesmo, total ou parcialmente. Esta teoria veio revelar-se **insatisfatória** porque era incapaz de abarcar as situações de autoria mediata, bem como certas situações de co-autoria;
* **Teoria subjetiva:** segundo esta, para se distinguir autoria e participação, deve ter-se em conta o elemento subjetivo e será autor quem atua com *animus autoris* (será autor quem quer o crime como seu), ao passo que será participante quem atua com *animus socii* (quem só quer participar no crime).

**Esta teoria é totalmente inaceitável** porque pode levar ao absurdo de punir como cúmplice quem executa o facto por si mesmo, por incapacidade de provar que há *animus autoris*;

* **Teoria material objetiva:** seria autor quem dá a causa essencial e participante quem não contribui para a causa essencial.

**Esta teoria é de rejeitar** porque faz depender a qualificação do agente como autor da conduta de outras pessoas.

Por exemplo: um farmacêutico que vende um produto abortivo a determinada grávida na 16ª semana será punido como autor ou como cúmplice consoante exista um outro farmacêutico disposto a vender o medicamento ou não.

De acordo com o CP português (que adota a teoria do domínio do facto), há **três formas de *autoria***:

1. **Autoria imediata**: é-se autor através do domínio da ação, em que é o próprio que procede à execução do facto;
2. **Autoria mediata**: tem-se o domínio do facto através do domínio da vontade, o que significa que o autor não executa a ação, mas domina o facto porque domina a vontade de o executar;
3. **Co-autoria**: tem-se o domínio do facto através do domínio funcional do facto (isto é, quando alguém possui uma função relevante na execução fáctica).

Por outro lado, há **duas formas de *participação*** – desde logo, importa saber que só há participação se houver autor, pois só são participantes aqueles que não forem autores. Assim, há acessoriedade limitada da participação: só se pode punir alguém como participante se se conseguir punir um autor (mesmo que em forma de tentativa).

1. **Instigação;**
2. **Cumplicidade.**

**1) Autoria**

**1.**  **Autoria direta singular (Autoria Imediata)**

**Artigo 26º/1ª proposição:** quando se refere à prática do facto *por si mesmo*, o legislador refere-se aos casos em que o agente executa o facto pelas suas próprias mãos, tendo o domínio do facto porque tem o domínio da ação.

**2. Autoria Mediata**

Esta encontra-se na **2ª proposição do artigo 26º** (*por intermédio de outrem*). O *outrem* que é referido é utilizado como instrumento da vontade do autor mediato. Assim, nestes casos, há um autor mediato e um autor imediato. Todavia, o autor mediato nunca perde o domínio do facto, pois domina a vontade do autor imediato, por várias formas.

As principais e mais comuns **formas de dominar a vontade do autor imediato** são quatro (as duas primeiras são óbvias, ao passo que as duas últimas são objeto de discussão na Doutrina enquanto reais formas de domínio da vontade do autor imediato):

1. Domínio da vontade através do erro que exclua o dolo ou a culpa do executor;
2. Domínio da vontade por coação, que exclua a culpa do autor imediato;
3. Domínio da vontade por domínio da organização;
4. Domínio da vontade por utilização de inimputáveis (por exemplo: se o agente usa uma criança de 13 anos para matar alguém, em princípio, enquadrar-se-á esta categoria).

**NOTA:** Quando não há ação por parte do autor imediato, para maior parte da Doutrina, não se pode falar em autoria mediata.

**Por exemplo:** A empurra B contra C para magoar este. A utiliza B como instrumento, que é o que caracteriza a autoria mediata. Porém, não há qualquer ação da parte de B, logo não pode ser considerado autor imediato. A não controla a vontade B, pois este nem vontade tem. Há uma parte da Doutrina que, ainda assim, considera estes casos, casos de autoria mediata.

1. ***Domínio da vontade através do erro que exclua o dolo ou a culpa do executor***

O autor mediato induz o autor imediato em erro ou explora o erro do autor imediato e alcança, dessa forma, o **domínio do elemento intelectual do autor imediato**, obtendo, dessa forma, a capacidade de dirigir o facto.

Há vários tipos de erro:

* **Erro sobre elementos do facto típico**

Exemplo: o médico B dá à enfermeira C uma injeção com um produto letal para administrar a um paciente, dizendo-lhe que se trata de vitaminas. B domina a vontade de C através do erro, pelo que é o autor mediato, enquanto C é autor imediato (todavia, por ser assim considerada, não significa, necessariamente, que não será punida).

* **Erro sobre circunstâncias justificativas**

Exemplo: A diz a B que C está pronto a disparar sobre B. Este, então, dispara sobre C. O autor imediato é B, enquanto A é o autor mediato, pois este, através do erro, consegue dominar a vontade daquele, fazendo-o pensar que está a agir em legítima defesa.

* **Erro sobre a ilicitude** (a estudar dentro do elemento *culpa*)

Exemplo: H, advogada, diz à sua vizinha que pode abortar até à 16ª semana. A vizinha, então, aborta. Esta mulher está em erro sobre a ilicitude da sua conduta e, em princípio, este erro não será censurável (fez tudo o que podia para se informar, incluindo questionar uma advogada). Assim, H será autora mediata.

1. ***Domínio da vontade por coação, que exclua a culpa do autor imediato***

Nestas situações, o domínio do facto ocorre através do **domínio do elemento volitivo da decisão do autor mediato** e este, por norma, atua ao abrigo do ***estado de necessidade desculpante***, previsto no **artigo 35º**. O autor mediato, dolosamente, por coação, coloca outrem numa situação de estado de necessidade desculpante ou aproveita-se da situação de necessidade em que o agente se encontra.

**Exemplo** (de estado de necessidade desculpante):estão duas pessoas numa tábua que só suporta uma delas, então a mais forte empurra a mais fraca, para poder sobreviver. Esta pessoa não será punida, pois não é razoável exigir-lhe outro comportamento.

Há **três formas de autoria mediata por coação:**

1. **Criação do estado de necessidade de outrem**.

Por exemplo: A aponta uma pistola à cabeça de B e diz-lhe que se não matar C, matá-lo-á a ele. B, que dispara sobre C, atua ao abrigo do estado de necessidade desculpante, pelo que se exclui a culpa (artigo 35º). A, que criou esta situação de estado de necessidade ao B, será punido como autor mediato por coação;

1. **Situações em que o autor mediato se aproveita de um estado de necessidade que já decorria**.

Por exemplo: há três alpinistas e o 1º, ao ver o 2º em apuros, diz-lhe que só o salva caso corte a corda ao 3º alpinista. O 1º alpinista é punido como autor mediato, por se aproveitar do estado de necessidade do 2º;

1. **Situações em que o autor mediato coage alguém a atacar uma pessoa para que, dessa forma, essa outra pessoa actue em legítima defesa.**

Por exemplo: A aponta uma pistola a B para este agredir C, mas com o objetivo de C matar B em legítima defesa. Portanto, A é autor mediato da morte de B, pois coagiu-o a agir de forma a que, como consequência, C o matasse em legítima defesa.

1. ***Domínio da vontade por domínio da organização*** (ou autoria mediata pela fungibilidade do instrumento no âmbito de aparelhos organizados de controlo)

Por regra, esta autoria ocorre quando se está perante organizações estruturadas hierarquicamente e com forte disciplina interna, em que o modo de funcionamento dos seus elementos é quase automático (no sentido em que os subalternos agem de forma mecânica às ordens). Além disto, a atuação da organização situa-se fora da ordem jurídica. Aqui incluem-se os casos ocorridos sob a égide nazi em tempos da II Guerra Mundial.

Há uma controvérsia na Doutrina sobre se se pode considerar que aqui há autoria mediata.

**Roxin** argumenta que, nestes casos, por norma, continua a haver uma responsabilidade plena por parte do autor material. Roxin afirma que o autor mediato tem o domínio social do facto e este domínio social é suficiente para se falar em autoria mediata.

Já **Figueiredo Dias** considera que nestes casos em que só há domínio social do facto, só se poderá falar em autoria mediata se houver erro ou coação por parte do *homem de trás*. Ou seja, para haver autoria mediata, além de haver o domínio da organização é necessário provar o domínio do facto por erro ou domínio do facto por coação.

**Bárbara Sousa e Brito** considera que a melhor argumentação é a de **Roxin**: se não se puder considerar como autor mediato aqueles que eram dirigentes no tempo do nazismo, seria difícil puni-los, pois não poderiam sequer ser considerados instigadores. Ou seja, na prática, entende que o propósito deste tipo de autoria é responsabilizar os mais altos dirigentes de uma cadeia, sem necessariamente excluir a punibilidade dos executores.

1. ***Domínio da vontade por utilização de inimputáveis***

A inimputabilidade é uma causa de exclusão da culpa. Portanto, para **Figueiredo Dias** haverá autoria mediata sempre que se utilize inimputáveis porque, para este, pode falar-se em domínio ético-social do facto.

Porém, há uma **outra parte da Doutrina** que defende que, para haver autoria mediata, no caso de utilização de inimputáveis, para alem desta utilização tem de se provar que há um domínio do facto por parte do autor mediato. Ou seja, para além do domínio ético-social do facto, tem de se provar que há o domínio da vontade do inimputável (quer pelo elemento intelectual, quer pelo elemento volitivo).

Assim, se se utilizar um inimputável de 15 anos com completa consciência e vontade de o fazer, para esta parte da Doutrina, não pode haver autoria mediata. Só poderá falar-se em autoria mediata se o autor mediato, além de utilizar o jovem de 15 anos, tenha o domínio da sua vontade. Para esta parte da Doutrina, quanto muito, poderá haver instigação.

A **Professora Conceição Valdágua** acrescenta outra situação à autoria mediata: pode falar-se em autoria mediata em todos os casos em que o executor material se subordina voluntariamente à decisão do *homem de trás* e até ao último momento a decisão ou vontade de executar o facto é condicionada pela decisão do *homem de trás*.

Nestas situações, para a Professora, o que se passa é que o autor imediato não tem uma vontade própria; a sua vontade está totalmente dependente do *homem de trás.* Portanto, aqui cabem não só os casos de domínio da organização (que deixam de ter autonomia, segundo esta Professora), mas também em todos os casos em que resulta expressamente que o agente imediato se compromete a não executar o facto no caso de o agente da retaguarda o dizer – isto acontece no caso em que a Professora denomina ***acordo/ajuste/pacto criminoso***, em que o agente de trás se compromete a realizar determinada prestação e, em contrapartida, o agente imediato obriga-se ao cometimento do crime e faz depender, até ao último momento, a sua vontade do homem de trás.

**Para grande parte da Doutrina**, a subordinação voluntária não é suficiente para se considerar que há domínio do facto, logo não haverá autoria mediata (mas antes instigação).

***Quando se inicia a tentativa, para o autor mediato?***

Para parte da Doutrina, nomeadamente **Jakobs**, a tentativa começa logo com a ação de instrumentalização sobre o executor.

Para **Roxin**, a tentativa inicia-se, para o autor mediato, com a perda de controlo sobre o instrumento (ou seja, sobre o executor).

Outra parte, ainda, entende que o comportamento do autor mediato e do executor deve ser visto como uma ação total e, por isso, só há tentativa com o início da execução por parte do autor imediato (posição de **Straatenvert**).

Por sua vez, **Conceição Valdágua** defende que se a ação do autor mediato for de natureza já de fazer esperar, nos termos do plano criminoso, que se lhe sigam, imediatamente, atos de execução, de acordo com as **alíneas b) e c) do artigo 22º**, dá-se o início da tentativa para o autor mediato.

Exemplo: há uma caçada, em que A diz a B que atrás daquela árvore está um veado, mas sabe que lá está o C.

Para Conceição Valdágua a tentativa para o A inicia-se quando este diz ao B que lá está um veado, pois sabe que o ato que se segue será o disparo. Para outra parte da doutrina, seria necessário que B disparasse efetivamente.

**3. Co-Autoria**

Encontra-se na **3ª proposição do artigo 26º** (*tomar parte direta na sua execução, por acordo ou juntamente com outro ou outros*).

São elementos da co-autoria (i) a ***execução conjunta*** e (ii) ***decisão conjunta ou acordo***. Só se se verificarem estes dois elementos é que se pode considerar que há co-autoria (por haver domínio funcional da ação).

1. Execução conjunta**:** numa interpretação literal, significa que **cada co-autor toma parte direta na execução do crime**. Mas para maior parte da Doutrina, nomeadamente **Roxin**, para se falar em execução conjunta (e logo, co-autoria), **tem de haver o domínio funcional do facto por parte de cada um dos co-autores** e há domínio funcional sempre que, para além de cada um dos co-autores ter domínio da sua parte na execução, i.e., para além de cada co-autor ter o domínio do seu contributo, **tem ainda de se provar que o contributo de cada dos co-autores, nos termos do plano, é considerado indispensável à realização do crime**, ao ponto de cada co-autor ter aquilo que denomina de domínio negativo do facto. Isto quer dizer que tem de se provar que cada co-autor tem o poder de fazer gorar o plano com a não prestação do seu contributo (só neste caso se poderá falar em co-autoria).

**Para parte da Doutrina**, basta a titularidade do domínio negativo para se poder falar em domínio funcional do facto; **outra** considera que não basta a titularidade do domínio negativo no plano, sendo necessário que, em concreto, esse contributo tenha sido essencial.

Durante muito tempo discutiu-se se haveria co-autoria quando alguém tem um contributo essencial na preparação do crime.

Por exemplo**:** A é o único que sabe resolver uma chave para um cofre, para outros o assaltarem. Pode A ser considerado co-autor? Para grande parte da Doutrina, como **Roxin**, não será co-autor porque, apesar de a sua participação ser essencial e necessária, não há um elemento essencial da co-autoria que é a execução conjunta. A participou apenas na preparação e não na prática do facto.

***Até que ponto os indivíduos que participaram no início do plano comum poderão ser punidos por tentativa?***

Há duas soluções:

***Roxin***, durante muito tempo, defendeu a **solução global**, de acordo com a qual a tentativa começa, para todos, a partir do momento em que é praticado dado ato de execução por qualquer um deles.

Os **argumentos** de quem defende esta solução global são dois:

* A partir do momento em que os agentes participaram, elaboraram o plano comum e, nos termos desse plano, têm um contributo essencial na execução do crime, i.e., nos termos do plano têm a titularidade do domínio funcional do facto, tal é suficiente para que quando um, ou uns deles, pratiquem atos de execução, os outros sejam punidos por tentativa;
* Argumento do acaso: apenas por acaso é que um dos autores não executou o acto de execução que lhe cabia; seria injusto punir apenas o co-autor que no plano tem o ato de execução inicial e não punir os restantes co-autores que, no plano, têm o domínio funcional do facto.

A outra solução é a denominada **solução individual**, que começou por ser defendido pela ***Professora Conceição Valdágua*** e que atualmente ***Roxin*** também defende (este alterou a sua posição, depois de ter lido o artigo daquela sobre este tema).

Para a Professora **só será punido por tentativa o co-autor que exercer atos de execução**. Os restantes co-autores serão punidos como cúmplices morais. O argumento fulcral desta teoria é que não basta a titularidade do domínio funcional ao nível do plano; é ainda necessário o exercício do domínio funcional do facto por parte do co-autor.

Nestes casos, em que só o primeiro autor pratica um ato de execução, os restantes co-autores não exercem o domínio funcional no facto. Ou seja, para o co-autor exercer o domínio funcional do facto, tem de ter, para além do domínio do seu contributo, o chamado domínio negativo do facto (a possibilidade de fazer fracassar o plano, evitando o crime). Nestes casos, os restantes não exercem o domínio funcional porque não exercem o tal domínio negativo do facto, que se traduz no domínio negativo na consumação.

A desistência só tem relevância quando é voluntária. Por exemplo: se a pessoa desiste porque viu a polícia, não tem relevância a sua desistência.

1. Decisão conjunta ou acordo: na co-autoria tem de haver sempre acordo em sentido amplo e esse acordo pode ser prévio (***acordo em sentido estrito***) ou pode ocorrer durante a execução (***ação concertada***). Desta necessidade de um acordo expresso ou tácito decorrem determinadas consequências.

No caso de haver excesso na execução, esse excesso, por norma, não será imputado ao co-autor, a não ser que fosse previsível. Porém, nesse caso, esse excesso é-lhe atribuído não como co-autor, mas como autor direto e negligente.

**Por exemplo:** A e B combinam dar uma sova a C. B, sem o A saber, leva uma arma, com a qual dispara sobre C. Pode A ou não ser punido como autor do homicídio?

Em princípio não, porque não há uma decisão conjunta (aquilo que tinham combinado era apenas dar uma sova a C). Todavia, se A sabe que B é agressivo por natureza, de modo a que seja previsível aquele resultado (a passagem de ofensa à integridade física a homicídio), poderá ser punido como autor do crime de homicídio a título de negligência (na negligência é autor todo aquele que contribui causalmente para o resultado).

**1 de Abril de 2016**

**2) Participação**

Para se punir por participação, **tem sempre de haver *execução* ou** ***começo da execução***.

Numa hipótese de participação deve sempre analisar-se, em primeiro lugar, o autor material e só depois se analisa a responsabilidade dos demais participantes, face ao **principio da acessoriedade limitada**, de acordo com o qual a responsabilidade do participante é determinada em função do autor material.

Ou seja, o participante só será punido se o autor material praticar o facto típico ilícito. Já a culpa é analisada individualmente (**artigo 29º**).

1. **Instigação**

Vem referida na **última parte do artigo 26º** quando refere *quem dolosamente determinar outra pessoa à prática do facto, desde que haja execução ou começo de execução.*

Deve discutir-se, desde logo, se o instigador deve ser considerado autor ou participante.

**Para parte da Doutrina**, não é pelo facto de a instigação vir no artigo 26º (cuja epígrafe é *autoria)* que significa que o instigador é autor; significa apenas que o **instigador deve ser punido como autor**, porque o fundamento da punibilidade do instigador é diferente do fundamento da punibilidade do autor (sendo este o domínio do facto: o *se* e o *como* da realização do facto típico). O fundamento da punibilidade do instigador é o determinar outrem à prática do crime e esse outrem tem o domínio da sua vontade, livre e esclarecida.

**Figueiredo Dias** considera que, **no caso de haver verdadeira determinação, o** **instigador deve ser considerado autor**. Para este, o domínio da decisão constitui o domínio do facto (surge como dono da decisão do instigado).

Este argumento serve, para **Conceição Váldagua**, para considerar o **instigador como autor mediato**[[5]](#footnote-6).

Os elementos da instigação, para a maior parte da Doutrina, são dois:

1. **Determinação de outrem a executar dolosamente o crime;**
2. **Dolo do instigador.**
3. Este elemento implica **que alguém crie no executor a decisão de realizar o crime**. Não basta haver uma influência na motivação do *homem da frente* através de um conselho, incentivo ou motivação; é preciso que a motivação, pelo facto concreto, seja produzida pelo instigador.

Deve também haver **dolo por parte do agente instigado**. Isto é, apesar de o instigador ter criado a decisão de realizar o crime por parte do instigado, a decisão criminosa é do autor material (do executor). Se, por exemplo, o tipo de crime exigir elementos subjetivos especiais, estes têm de existir também no agente instigado.

Mais, para se poder falar em instigação, **tem de haver execução do facto por parte do agente instigado, mesmo que a execução se fique pela tentativa** (tem de haver começo da execução).

1. Tem de ser **duplo dolo**, o que significa que o instigador, para além de ter dolo da própria determinação, i.e., **além de ter de querer determinar o outro à prática do facto, tem também de ter dolo da ação instigada**. Ou seja, tem de ter dolo em relação ao crime que o instigado vai praticar.

O dolo do facto que se irá praticar não tem de compreender a espécie e o modo de execução, basta que tenha dolo, na medida em que represente o ilícito típico que se pratique. Se houver excesso por parte do instigado na execução, não se poderá punir o instigador como tal.

Há uma discussão na Doutrina sobre o **dolo da ação instigada**.

**Exemplo**: A instiga B a um crime de droga com o intuito de o apanhar em flagrante delito. Há instigação?

Uma parte da Doutrina defende que não há instigação, mas um ***agent provocateur*,** em que determina o outro à prática, mas não quer que haja a consumação (porque quer apanhá-lo em flagrante).

Já **Figueiredo Dias** considera que há instigação, pois A quer que B pratique o facto, mesmo que o queira apanhar (há dolo de atos de execução). A única forma de não o punir como instigador, de acordo com Figueiredo Dias, é se a lei excluir a sua punibilidade.

Uma consequência relevante da instigação e que o excesso por parte do instigado não é imputável ao instigador, salvo se lhe for previsível. Mas aí será punido apenas como **autor paralelo negligente**. Semelhantemente, se houver erro sobre o objeto por parte do instigado, em principio, esse erro equivale a uma ***aberratio ictus* para o instigador**.

Exemplo**:** o instigador manda A matar B e A, por erro, mata o C. Pune-se o instigador pelo homicídio de C?

Há **parte da Doutrina** que considera este erro uma *aberratio* para o instigador, pelo que será punido pela tentativa de homicídio de B e homicídio de C, por negligência.

Já ***Rui Pereira*** defende que deverá haver punição por homicídio doloso de C, pois o crime foi exatamente o mesmo que foi pedido pelo instigador, só que noutro objeto. Esta é uma solução confusa, pois o instigador não tem dolo da morte de C.

* **Instigação em cadeia** (instigação da instigação)

Casos em que o agente não tem contacto direto com o executor do facto, no entanto, surge como elo de uma cadeia conducente à determinação da prática do facto típico ilícito.

**Exemplo**: A, amante de B, convence-o a determinar C a matar D, marido de A. A nunca entra em contacto com C. Pune-se A como instigador?

Há uma controvérsia na Doutrina: uma parte defende que sim, porque o legislador, no artigo 26º, refere quem *dolosamente determinar outra pessoa*, mas não refere que haja necessidade de o fazer diretamente, pelo que há punibilidade mesmo que não haja contacto entre o instigador e o executor. Outra parte defende que o legislador se refere à determinação direta.

***João Raposo, F.Dias e BSB:***o que importa é determinar se a atuação do agente determinou à prática do facto por parte do executor.

Ou seja, temos de partir do executor e averiguar o que foi determinante para ele ter decidido praticar o facto. Se o que foi determinante foi algo que o A lhe oferece, apesar de não ter sido este a entrar em contacto com ele, então pode ser considerado instigador.

Assim, se o que motiva C é a quantia paga por A, este é instigador, mas se o que o motiva é a sua amizade com B, A não pode ser considerado instigador.

1. **Cumplicidade**

Esta vem referida no **artigo 27º** e também se pode falar nos elementos objetivos e subjetivos da cumplicidade.

* Elementos Objetivos**:**
* **Contributo direto do cúmplice para facilitar ou preparar a execução:** o contributo poderá ser material ou moral. No caso de ser ***material***, não pode ser essencial ao ponto de se poder falar em co-autoria. No caso de ser ***moral***, não pode ser essencial ao ponto de se poder falar em instigação.

Portanto, os grandes problemas de cumplicidade são os casos de fronteira. Por isso, ***Figueiredo Dias*** advoga que no caso de haver um ***contributo material*** à prática do facto do autor, a prática do facto não pode ficar na dependência do contributo do cúmplice; no caso de ser um ***contributo moral***, tem de se traduzir no favorecimento ou fortalecimento da decisão do autor;

* **Tem de haver causalidade em relação ao resultado, tal como se produziu;**
* **Aumento do risco da ofensa do bem jurídico:** o contributo tem de aumentar o risco para o bem jurídico; se só dificultou não há cumplicidade;
* **Execução ou começo da execução por parte do autor material;**
* **Dolo do autor material**.
* Elementos Subjetivos:
* **Dolo do cúmplice:** tem de ser um duplo dolo – tem de haver dolo quanto ao auxílio e dolo quanto ao facto praticado. O dolo quanto ao facto praticado não significa que o cúmplice tenha de conhecer todas as circunstancias concretas em que se desenrola o facto, basta que tenha conhecimento da dimensão essencial do ilícito típico praticado.

**HIPÓTESE 14:**

Amadeu prometeu pagar a Bento e a Carlos uma certa quantia se estes subtraíssem uma pintura numa determinada galeria de arte. Bento perguntou dada informação a Duarte, segurança da galeria, alegando que tencionava candidatar-se a guarda noturno da mesma. Bento e Carlos introduziram-se, à noite, pelo telhado da galeria e, a dada altura, Bento, que levava uma arma sem dizer nada a Carlos, acerta em Frederico, pensando que era um cão.

Bento e Carlos apoderaram-se de um quadro, mas só mais tarde se aperceberam que não era a pintura pedida por Amadeu. Carlos telefona a Amadeu, ameaçando que o mataria caso não pagasse o valor acordado pelo outro quadro. Nn

**Determine a responsabilidade jurídico-criminal dos intervenientes.**

Tanto Bento como Carlos são punidos pelo furto do quadro, nos termos do artigo 203º: subtraíram coisa móvel alheia, com ilegítima intenção de apropriação para outra pessoa (que era Amadeu). Há co-autoria: há uma decisão conjunta, bem como execução conjunta da conduta. Há furto qualificado porque também está preenchido o crime de introdução em casa alheia.

Há erro sobre o objeto, em que há identidade dos objetos. Esta identidade faz com que o erro seja irrelevante para motivos de punição.

Quanto a disparar sobre Frederico, partindo do pressuposto que o matou, Bento é o autor imediato do seu homicídio (artigo 131º). Mas há um erro sobre o objeto, em que não há identidade típica dos objetos. Assim, é punido em concurso: tentativa de crime de dano (pensava que era um cão que matava) e por homicídio negligente, assumindo que se preenchem todos os elementos da negligência (matou Frederico).

Carlos não será considerado co-autor porque não há decisão conjunta, nem sequer cúmplice porque não conhecia que Bento levava a arma. Poderia, no entanto, ser punido a título negligente porque há excesso de execução da parte de Bento (se Carlos, ainda que não soubesse que Bento levava a arma, soubesse que este é um homem violento).

Carlos, sozinho, comete o crime de ameaça (sobre Amadeu).

Amadeu é instigador, pois foi responsável pela motivação de cometimento de um ilícito, tanto da parte de Bento como de Carlos, mais especificamente do crime de furto, previsto no artigo 203º. Visto que Bento e Carlos decidiram cometer o crime e chegaram a executá-lo, está preenchido o primeiro requisito da instigação (determinação de outrem a executar dolosamente o crime). Está também preenchido o segundo elemento, pois Amadeu tem dolo na ação: quer, efetivamente, que o quadro seja furtado.

Por haver erro sobre o objeto (pois B e C furtam outro quadro que não o que tinha sido pedido), Amadeu, de acordo com parte da Doutrina, seria punido em concurso pela tentativa de furto do quadro que pediu e pela execução do furto do quadro, de forma negligente[[6]](#footnote-7) (seria considerado execução defeituosa). Seguindo a concepção de Rui Pereira, Amadeu será punido apenas pelo furto do quadro que B e C tiraram da galeria, uma vez que o crime foi exatamente o mesmo que foi pedido pelo instigador, só que noutro objeto (o erro não tem qualquer relevância para o *homem de trás*).

Quanto ao homicídio de Frederico, há um excesso na execução da parte de Bento, pelo que Amadeu não será punido como instigador. Porém, Amadeu contribuiu causalmente para o resultado morte de Frederico, pelo que será punido, à luz do conceito unitário de autoria, por este resultado, como autor paralelo, desde que se prove que aquele era um resultado previsível.

Duarte não pode ser considerado cúmplice porque, apesar de ter dado a Bento um contributo direto que facilitou a execução do crime, não o fez dolosamente, uma vez que Bento lhe disse que pretendia ser guarda noturno na galeria e não que pretendia furtar um quadro. Também se pode considerar que não há uma ação jurídico-penalmente relevante, pois o comportamento de Duarte é socialmente adequado.

**6 de Abril de 2016**

**HIPÓTESE 15:**

Artur, Bento e Carlos decidiram assaltar uma ourivesaria em Lisboa e elaboraram um plano, nos termos do qual, durante a noite, o 1º arrombaria a porta com um pé-de-cabra, o 2º, armado com uma pistola, ficaria na rua, para verificar se alguém se aproximava, e o 3º entraria na loja para retirar o mais depressa possível as jóias mais valiosas. De seguida, por-se-iam em fuga, num automóvel conduzido por Artur, que haviam pedido emprestado a Duarte.

Ainda Artur não acabara de forçar a porta da ourivesaria, quando surgiu o 1º contratempo: Ernesto, policia de serviço, passou ocasionalmente pelo local. Bento disparou contra ele dois tiros. O primeiro acertou-lhe no tórax e o segundo, que lhe passou ao lado, acabou por acertar em Hermínio.

Atraído pelo ruído, Fernando, que viva nas redondezas, aproximou-se para ver o que se passava. Viu Ernesto, que se esvaía em sangue, mas decidiu não pedir ou prestar qualquer auxílio, porque pensou que, não sendo polícia nem bombeiro, não tinha nenhum dever de ajudar Ernesto. Este e Hermínio acabam por morrer.

**Determine a responsabilidade jurídico-criminal dos intervenientes.**

1ª Conduta:

Há um acto de execução: de acordo com a hipótese, Artur não acaba de forçar a porta quando surge o primeiro contratempo, pelo que se pode considerar que há um acto de execução do crime de furto por parte de Artur.

Em relação aos outros co-autores – Bento e Carlos: Bento está a vigiar, pelo que ainda haverá um acto de execução, até porque vê o guarda a aproximar-se. Mas a dúvida persiste; C nada fez. Pode ou não ser punido como co-autor da tentativa de crime de furto praticada por A e B?

Nos termos do plano, C tinha como função entrar na ourivesaria o mais depressa possível e retirar as jóias mais valiosas, mas ele não fez isso. Aqui surge a dúvida e a discussão da Doutrina. Há quem defenda uma solução global; há quem defenda uma solução individual (***Conceição Valdágua* e *Roxin***, em consequência desta).

De acordo com a **global**, a tentativa começa, para todos, a partir do momento em que há um acto de execução. Já para a **individual**, a tentativa só será oponível ao co-autor que executou os actos de execução, pelo que no caso, segundo esta teoria, C não seria punido.

1. Argumentos da solução global: «argumento do acaso», apenas por acaso é que um dos autores não executou o acto de execução que lhe cabia.
2. Argumentos da solução individual: para alguém ser co-autor, tem que ter não apenas a titularidade do domínio funcional, tem também de exercer. Não basta a pessoa ser titular de ter uma contribuição que é essencial para o facto, é preciso que esta exerça.

2ª Conduta:

Ernesto, polícia de serviço, passa pelo local e Bento dispara contra ele dois tiros. O primeiro tiro acerta no tórax de Ernesto e o segundo tiro em Herminio; sendo que os dois tiros eram para Ernesto. Considera-se, em primeiro lugar, o tipo de crime em causa – neste caso, seria o crime do art. 132º/2, alínea l) – homicídio qualificado. Verificar-se-ia se o facto se subsumia a esta norma. Os elementos objectivos (agente - B, objecto – Ernesto, acção – matar, resultado – morte, imputação objectiva – risco proibido verificado) estavam preenchidos, bem como os subjectivos, na medida em que existia dolo de acertar.

[**A teoria do crime existe para nos ajudar a aplicar a lei penal e a conseguir resolver casos práticos, pelo que uma maneira de analisar uma hipótese como esta, é analisar conduta a conduta; podendo ser possível analisar agente a agente. O facto de nos ser pedido para analisar a responsabilidade do agente não faz com que não tenhamos que analisar a conduta.**]

Antes de Ernesto morrer ficou ferido e Fernando, que vivia nas redondezas, aproximou-se para ver o que se passava e vê-o a esvair-se em sangue, mas decidiu nada fazer, abandonando o local. Só depois desta acção é que vem o parágrafo que determina que acabaram por morrer. Há um problema de imputação objectiva que implica analisar a conduta de F – omissão. Temos duas condutas:

1. B acerta no tórax e fere Ernesto;

2. F vê Ernesto e abandona-o.

Assim, poderíamos discutir a solução por via do homicídio qualificado, uma vez que se poderia tratar de um caso de interrupção do processo causal, sendo o resultado imputado à conduta de F e não de B. para estar preenchido o tipo do homicídio temos de analisar o tipo objectivo e o tipo subjectivo [a professora considera que será aconselhável iniciar pelo tipo subjectivo; mas a maior parte dos autores pensa o contrário]. Neste caso, há um problema ao nível objectivo, uma vez que B dispara e E fica ferido e, entretanto, F passa por ali e nada faz. Fernando pode ser punido? Seria punido apenas pelo crime de omissão de auxílio ou também por homicídio por omissão?

Trata-se de uma omissão impura, pelo que tínhamos de aferir se havia ou não especial dever de agir. No caso verifica-se este dever. Fernando vê uma pessoa a morrer e não auxilia. A dúvida: temos uma omissão pura ou impura? E deve ser punido por omissão pura ou impura?

O que caracteriza as omissões impuras é que estas pressupõem, para o preenchimento do tipo, a realização de um resultado. Estão ligadas causalmente ao resultado. É por isso que se dá como exemplo de omissão pura o art. 200º CP (da omissão de auxílio). Para o art. 200º estar preenchido basta que a pessoa omita auxílio. Não é necessário mais nada: a pessoa não tem de morrer, nada.

Só poderíamos punir Fernando conjugando o art. 10º com o art. 200º, pelo que só pode se punido por omissão impura quem tiver o dever jurídico que pessoalmente o obrigue a evitar aquele resultado, i.e., um especial dever de agir. Tendo em conta que Fernando estava apenas a passear na rua, seria isto suficiente para dizer que há especial dever de agir? Entram aqui as fontes do especial dever de agir:

1. Fonte Formal – contrato, lei ou pela situação de ingerência (introdução numa esfera jurídica alheia, houve um comportamento prévio perigoso por parte daquele agente). Fernando não teve um comportamento prévio perigoso, pelo que este critério não se aplicava.
2. Fonte Material – situações de monopólio, i.e., para grande parte da Doutrina, nas situações em que aquela pessoa, para fazer face àquele perigo, não põe em causa qualquer um dos seus bens jurídicos, não exige um especial esforço, e ela é a única que está em posição de o fazer, há um especial dever de agir. Para FIGUEIREDO DIAS nem precisa ser a única em posição de o fazer; basta que não lhe exija grande esforço evitar o resultado.

Se considerássemos que havia especial dever de agir, Fernando seria punido pelo crime de homicídio de omissão. Mas, para uma parte da Doutrina, é questionável até que ponto o DP pode exigir solidariedade para responsabilizar um sujeito pelo crime de homicídio, ou seja, para grande parte da Doutrina, apenas seria punido pelo crime do art. 200º.

Caso concluíssemos que podia ser punido pelo crime de homicídio por omissão porque tinha um especial dever de agir nesta situação de monopólio, a morte de Ernesto já não se poderia imputar ao tiro do Bento. Haveria assim uma interrupção do processo causal e não poderia haver imputação objectiva do resultado morte de Ernesto à conduta de Bento. Quando estamos preocupados com o problema da imputação objectiva, queremos saber se é possível imputar objectivamente aquele resultado à conduta do agente. Há várias maneiras de resolver este problema:

**1.** A primeira teoria a aplicar é a teoria da conditio sine qua non. Procura demonstrar que há causalidade, i.e., que há uma relação entre a conduta e o resultado. Sabemos que há causalidade quando eliminando a acção (ou omissão) mentalmente, o resultado não subsiste nas mesmas circunstâncias de tempo, modo e lugar. Se o resultado subsiste, quer dizer que não é causal.

**2.** Mas em DP, não basta a causalidade, tem de haver imputação objectiva do resultado à conduta do agente. Assim, temos de analisar duas teorias:

**2.1**.Teoria da adequação ou da causalidade adequada – pode atribuir-se o resultado à conduta do agente quando o homem médio - colocado na posição do agente - pode prever o resultado, segundo aquele processo causal.

**2.2.**Teoria do Risco – há imputação quando o agente aumenta, cria ou não diminui o risco proibido.

Quer aplicando a teoria conditio sine qua non, quer aplicando a teoria da adequação chegaríamos à conclusão de que Bento seria culpado pelo homicídio de Ernesto? Eliminando a acção mentalmente, o resultado não se mantinha nas mesmas circunstâncias de tempo, modo e lugar, pelo que não havia causalidade. Mas já seria discutível se, colocado na posição do agente, o homem médio podia prever aquele resultado. De qualquer forma, poderíamos ainda observar a terceira teoria.

Problema: B dá dois disparos que acertam em pessoas diferenciadas. É a situação paradigmática da execução defeituosa. É aqui que se aplica a aberratio ictus. O agente, em princípio, vai ser punido em concurso pela tentativa do crime que visou realizar e pelo crime que realizou na modalidade da negligência. A maior parte da Doutrina entende que a aberratio de um dos autores equivale a aberratio para os restantes co-autores (se fizesse parte do plano, porque se não fizesse parte, seria um excesso que não pode ser imputável). O problema visado é o de saber de que forma a aberratio de um dos autores influencia ou tem impacto quando aos co-autores. Se acharmos que a negligência é óbvia, não temos de a debater; mas se não acharmos, devemos colocar o problema.

3a Conduta:

D empresta o carro. Neste caso, e pela falta de informação na hipótese, não parece que exista o duplo dolo do cúmplice – dolo de auxiliar e dolo quanto ao facto típico. Nada se dizendo, partimos da ideia de que não há o elemento subjectivo da cumplicidade.

**HIPÓTESE 16:**

A é professor primário. A certa altura, já farto das tropelias de B, um dos alunos, atira-lhe com um pedaço de giz que lhe acerta no nariz.

B, que era hemofílico, acabou por falecer dado que não foi possível estancar-lhe o sangue a tempo de evitar a morte.

**1. Diga se A pode ser punido pela pratica de um crime de homicídio negligente previsto no artigo 137º do CP**.

Tendo em conta que se trata de um professor primário, presume-se que esteja informado sobre as condições de saúde dos seus alunos ou, pelo menos, que deveria estar informado. O que complica a questão é determinar se esse dever era actual e efectivo no momento da prática do facto. Assim, o primeiro problema era verificar a existência de uma acção jurídico-penalmente relevante. Assim, começávamos por determinar se ele sabia ou não que era um aluno hemofílico. A possibilidade de dever saber e não saber poderia verificar-se se o professor tivesse faltado à reunião em que se fala aluno a aluno. Mas podíamos ainda levantar a questão de nem os pais saberem da doença da criança. Nesse caso, o professor nunca poderia ser punido com o resultado morte.

Para BSB, o elemento subjectivo da negligência consciente é essencial para que exista uma acção. Mas aquilo que se queria logo era verificar se havia ou não negligência inconsciente, ou seja, se o agente não prevê aquele resultado, mas tinha a possibilidade de o fazer. Se ninguém soubesse que era doente, nunca poderia considerar-se negligência. Na hipótese contrária, de saber que tem um aluno hemofílico, ainda por cima o aluno que faz barulho e visa acertar com o giz, é discutível. Contudo, a hipótese refere que atira especificamente a B porque está farto das tropelias dele, ou seja, não é um acto reflexo ou automático.

Mas também podíamos debater o problema com base na imputação objectiva, i.e., saber se era previsível o resultado segundo aquele processo causal. Mas tudo depende do elemento subjectivo – ou representa ou não que há um perigo, que pode decorrer aquele resultado. Se não representa, é impossível puni-lo de acordo com a imputação.

**2. Imagine agora que A, constatando que B ficou em perigo de vida, nada fazia para o ajudar. Em que termos podia ser responsabilizado?**

Dá-se a entender que o professor não pede ajuda médica por forma a evitar a morte do rapaz. Há uma caso de ingerência, i.e., houve um comportamento prévio perigoso do professor. Estava ainda em causa a omissão. A conduta à qual se deve imputar objectivamente o resultado morte deve ser à conduta do agente que omitiu o auxílio; sendo que no caso foi o mesmo agente que provocou aquele resultado.

Ainda não se conseguiu provar que há homicídio por acção, uma vez que ainda não se conseguiu provar que há negligência inconsciente. Assim, à partida, o que haveria era um crime de homicídio por omissão. Se por acaso provasse que além do crime de homicídio por omissão, deveria ser punido com o crime de homicídio por acção, haveria concurso aparente para estabelecer a medida da pena.

**8 de Abril de 2016**

**HIPÓTESE 17:**

Num restaurante em Bragança, após acalorada discussão, Aníbal, exaltado, puxa da sua arma e dispara na direção do seu interlocutor, Bruno, com intenção de matar. O tiro, porém, apenas atinge Bruno de raspão no ombro esquerdo e, após ricochete, vem a acertar na mão direita de Clotilde, que se preparava para iniciar a sua refeição. Foi então chamar uma ambulância, que transportou Bruno e Clotilde para o hospital.

Entretanto, no meio da confusão, *Rex*, cão de Daniel, o cozinheiro, devorou a refeição que estava destinada a Clotilde e acabou por morrer. Provou-se mais tarde que a comida ingerida por Rex continha uma dose mortal do veneno X, que Daniel, por engano, ministrara enquanto preparava a refeição de Clotilde.

Clotilde só não morreu envenenada devido ao tiro disparado por Aníbal, que a atingiu na mão. No hospital, e após tratamento médico, Bruno e Clotilde apenas ficaram com ligeiros ferimentos.

**Qual a responsabilidade jurídico-penal de Aníbal e Daniel?**

Em relação ao B:

Está em causa um caso de *aberratio ictus*: ele queria matar, mas não conseguiu. Há divergência doutrinária quanto a como é que se deverá punir o agente quando este acerta num objecto diferente daquele que visava atingir. Nesta hipótese, ele acerta no objecto que pretendia atingir, só que é de raspão, acabando a bala por fazer ricochete. Uma parte da doutrina diz que não há *aberratio*.

Mas há outra parte da doutrina, nomeadamente **Conceição Valdágua**, que diz que o facto dele ter acertado de raspão não implica que não se aplique a figura em causa, porque ele também acertou num objecto que ele não pretendia atingir e por isso, continua a falar-se de uma execução defeituosa. Quando há uma execução defeituosa, em princípio, o agente é punido em concurso de tentativa do crime visado e o crime que se cometeu (mas ainda assim teríamos de ver se estavam preenchidos os pressupostos).

A primeira conduta que tem relevância é a de A. Há, de facto, uma acção jurídico-penalmente relevante. Tentaríamos subsumir ao crime do 131º (homicídio); ele tinha a intenção (há dolo); é um crime de resultado, mas não está preenchido o elemento do resultado. Há actos de execução adequados a produzir esse resultado (que não se produziu – não morreu), pelo que poderia ser punido por tentativa (art.22º em conjugação com o art.131º). Ele preencheu o tipo da tentativa.

Há outra parte da doutrina que acha que poderia punir-se pelo crime de ofensa à integridade física de forma dolosa: ele raspou no braço do B (art.143ºCP). Se alguém tem dolo de matar, também tem dolo de ofensas à integridade física. Ele preencheu o tipo deste crime. **O facto de sequer dizer que há crime de homicídio não impede que se puna por crime de integridade física**. Como há a possibilidade de aplicar duas normas, está em causa um concurso aparente de crimes, porque, segundo a tese de Figueiredo Dias, está em causa um único sentido social. Basta punir por um dos tipos para abarcar a substancia ilícita do seu comportamento. Há uma relação de consunção porque há uma relação entre meio e fim.

Em relação ao C:

Os elementos objectivos do crime de ofensa à integridade física estão preenchidos. Quanto à imputação objectiva, o comportamento do A diminuiu o risco em relação ao C. Aplicando a teoria do risco, como a maioria da doutrina, tendo em conta o que ocorreu em termos objectivos, o A, sem saber, diminuiu o risco para a vida do C.

Não se atribui relevância há causa virtual, devendo esta ser afastada, porque, por exemplo. não está em causa uma pessoa em risco de vida.

A resolução da imputação objectiva depende da questão da imputação subjectiva, pelo que a primeira deverá ser analisada em 1º lugar, segundo a prof.

Quanto aos elementos subjectivos, havia negligência, porque, estando num restaurante (ainda que não se saiba o tamanho e a quantidade de pessoas que lá estavam) ele poderia representar que era possível acertar noutra pessoa. Depois, teríamos se discutir se era negligência consciente ou inconsciente, ou dolo eventual. Partindo do pressuposto que o restaurante estava cheio, ele pode prever que pode acertar noutra pessoa, mas, caso contrário, não (teríamos de fazer esta discussão). Ele tem consciência de uma série de riscos de perigo, logo estaria em causa uma negligência consciente.

A maior parte da doutrina entende que a teoria do risco deve ser aplicada em termos objectivos, pelo que o que interessa é averiguar se, na realidade, o agente criou, aumentou ou não diminuiu um risco proibido e o risco proibido concretizou-se no resultado. A maior parte da doutrina, quando analisa o tipo, começa pelos elementos objectivos e só depois é que parte para os elementos subjectivos. Assim, em certo sentido, o que importa é saber se efectivamente houve ou não esse risco. Se, na realidade, o agente diminui o risco, independentemente da sua cognoscibilidade (de o saber ou não), não há imputação objectiva.

Partindo pela análise dos elementos objectivos, diríamos que há um agente, um objecto da acção, um resultado, mas há uma diminuição do risco e, por isso, afasta-se a imputação objectiva. Se chegarmos à conclusão que, através da teoria do risco, não haveria a imputação objectiva da ofensa à integridade física de A a Clotilde. Assim, a única hipótese era punir por tentativa, mas não há nada. A maior parte da doutrina diria que houve diminuição do risco para a vida de Clotilde, assim só pode ser punido por tentativa. Sendo que não há tentativa negligente, não é punido em relação a C. A prof acha que a tipicidade deve ser analisada primeiro ao nível dos elementos subjectivos. Neste caso, em relação à Clotilde, como havia negligência, não se poderia dizer que houve verdadeiramente diminuição do risco, porque o agente não sabe, nem tem hipótese de saber, se estava a diminuir o risco.

Em relação ao cozinheiro:

O objecto do tipo de crime não se verifica, porque se exige que o cão seja alheio, e na verdade é dele, pelo que não há acção jurídico penalmente relevante. Ainda assim a prof diz que o importante é o motivo pelo qual ele pôs veneno na comida e analisar se ele actuou em negligência ou não. Então, ignorando a questão o objecto, poderia existir subsunção de um dano por mortis causa? De acordo com o art. 13º a regra é de que os crimes só podem ser punidos por dolo, salvo lei expressa por negligência. No caso não há dolo, pelo que não cabe na previsão da norma. Por isso, quer de uma forma, quer de outra, a conclusão é que ele não seria punido.

**HIPÓTESE 18:**

O arguido acompanhava com regularidade a claque, no dia 18 dirigiu-se ao estádio integrado na claque NN para assistir à final da Taça de Portugal. Ficou nas primeiras filas do sector 14 do topo sul. Em frente, separada pelo relvado ficam as bancados do topo norte, a ser ocupadas pela JuveLeo.

Antes do inicio do jogo, quando alguns pára-quedistas, largados de helicóptero faziam a sua aproximação ao relvado, o arguido lançou um *very light*. Este atingiu umas árvores junto aos balneários tendo provocado um incêndio nestas. O arguido previa que o foguete sobrevoasse o campo e atingisse a bancada reservada aos adeptos sportinguistas.

Após o primeiro golo do Benfica atirou outro *very light* que chocou com o corpo de uma vítima, adepto sportinguista, penetrando a região do peito.

***Quid iuris?***

A questão do caso em apreço é se ele actuou com dolo eventual ou com negligência consciente relativamente ao homicídio de Rui. Ele não se conformou, pelo que o dolo eventual está excluído. Ele não representou o facto de ir acertar noutra pessoa, ainda que houvesse possibilidade de o fazer, pelo que seria negligência inconsciente.

A prof Fernanda Palma quando fala em representa o facto típico, não é apenas representar a acção típica, mas basta que ele represente a possibilidade de desvio do foguete para ser suficiente para o elemento intelectual do dolo eventual estar preenchido. Mas ainda assim afasta o dolo eventual com o elemento volitivo, uma vez que ele não se conformou (ele só soube da consequência ao pé de um amigo em casa ao ver a notícia e ficou extremamente contornado). Acresce que a motivação era lúdica: festejar o golo.

Em suma, haveria **negligência inconsciente**.

Para o professor **Figueiredo Dias**, ainda que tivesse preenchido o elemento intelectual do dolo, o autor autonomiza uma parte do dolo na culpa e, face à posição do agente, a reacção que ele teve com o colega, torna quase impossível a culpa dolosa do agente (tendo em conta as qualidades dele presente no facto). Ele diria provavelmente que não há o dolo ao nível da culpa porque não há a consciência ética.

A **forma positiva de Frank** não parte do pressuposto que o agente prevê o facto como certo. O que interessa é que representando o facto como possível, acontecendo o que acontecer, eu actuo. E estar a celebrar um golo do Benfica não é uma motivação suficientemente forte para ele decidir actuar independentemente de tudo.

**Fernanda Palma** afasta a negligência consciente pelo elemento emocional; apesar de estar presente o elemento intelectual do dolo eventual e da negligência consciente, não se verifica o elemento volitivo (não há conformação), face à reacção que ele teve quando soube que uma pessoa morreu.

**Bárbara Sousa Brito** afasta a negligência consciente, não pelo elemento da FP, porque não basta demonstrar que ele representou a possibilidade de desvio de trajecto; ele teria que representar a possibilidade de desvio ao ponto de acertar numa pessoa. **Ac.:** «Na medida em que o arguido não previu que pudesse atingir e consequentemente, matar qualquer dos espectadores, agiu necessariamente com negligência inconsciente (não previu, mas poderia ter previsto.).

Ensina **Roxin** que a distinção entre a negligência consciente a negligência inconsciente não comporta grande relevância, uma vez que o legislador não lhe fez corresponder, de forma vinculativa, diferentes consequências jurídicas. Qualquer uma delas pode corresponder à negligência grosseira»

**(Caso do Acórdão 1998.02.13 do Tribunal de Oeiras) –** «Na situação sub júdice, o arguido actuou com total ausência dos cuidados mínimos que se exigia a qualquer pessoa colocada no seu lugar, ainda que muito desleixada ou imprevidente. Ele não colocou nenhum empenho no sentido de se poder assegurar minimamente que, dessa sua actuação não viesse a resultar nenhuns danos, mormente físicos, para terceiros. Há violação de deveres de cuidado»

**15 de Abril de 2016**

**IV**

**O Facto Ilícito**

**1. Tipicidade e exclusão da ilicitude**

Para maior parte da Doutrina, a ilicitude analisa-se pela **técnica negativa da exclusão**: para se saber se se está perante uma ação ilícita ou não, há que verificar se ocorre ou não alguma causa de exclusão da ilicitude (as também chamadas **causas de justificação do comportamento**[[7]](#footnote-8)) – se houver alguma causa de exclusão, não há ilicitude.

O juízo mais importante que se pode fazer ao nível do crime é o **juízo de ilicitude** e, por isso, o tipo deve ser um tipo de ilícito. Ou seja, a tipicidade é apenas o fundamento positivo da ilicitude. Quando se averigua se uma ação é típica ou não, no fundo, está a fundamentar-se positivamente o juízo de ilicitude (diz-se “em princípio, aquele facto é ilícito”). Por outras palavras, ao preencher o tipo está indiciado o preenchimento da ilicitude – **Teoria do ilícito pessoal (Roxin).**

Quando se analisa a ilicitude está apenas a verificar-se se existe alguma causa de exclusão da ilicitude (e deixa de haver o juízo essencial de ilicitude), daí que seja necessário conhecer as causas de exclusão de ilicitude.

***O que é a ilicitude?***

* **Critério formal:** é a contrariedade à Ordem Jurídica;
* **Critério material:** é um **comportamento desvalioso porque lesa um bem jurídico**; apresenta danosidade social. Mas a ilicitude não se basta com a lesão de um bem jurídico: para haver um comportamento ilícito, é necessário ter em conta o elemento subjetivo, no sentido em que **tem de haver uma vontade/representação do sujeito pela realização do facto típico**.

Daqui resulta que o juízo de ilicitude é um juízo de desvalor, sendo este composto por duas partes: (i) há o desvalor da ação; e (ii) há o desvalor do resultado.

1. O ***desvalor da ação*** traduz-se no conhecimento (ou possibilidade de conhecimento) de que se está a realizar um facto típico e ilícito.
2. O ***desvalor do resultado*** traduz-se na lesão ou perigo de lesão de bens jurídicos protegidos pelo tipo.

Uma maneira de distinguir a ilicitude da culpa é perceber o que é objeto do juízo de cada uma. O objeto de juízo de ilicitude é o comportamento/a conduta, ao passo que na culpa o juízo de censura recai sobre o agente (e recai sobre ele porque tinha conhecimento da ilicitude, tinha a possibilidade de se motivar pelo Direito e, mesmo assim, não se motivou por este).

**2. Causas de justificação gerais (Causas de exclusão da ilicitude)**

**Artigo 31º**: o número 2 do artigo apresenta uma enumeração exemplificativa, pelo que não se refere a todas as causas de exclusão de ilicitude, mas apenas às mais relevantes (aquelas que vamos aprofundar em Teoria do Crime). Logo, no número 1 entende-se que se **deve ter em conta outros ramos do Direito**, que podem fundamentar a exclusão da ilicitude. Se, por exemplo, no Direito Civil houver uma causa de exclusão da ilicitude que não está consagrada no CP, esta causa deve ser tida em conta.

Exemplo**:** a **ação direta** é uma causa de exclusão da ilicitude para Direito Penal, ainda que não esteja consagrada no CP, face ao artigo 31º/1.

Além disto, há causas de exclusão da ilicitude específicas de determinados crimes.

Exemplo**:** o **aborto (artigo 140º)** apresenta causas de exclusão de ilicitude próprias (**artigo 142º**).

Há ainda outra figura: **causas de exclusão da ilicitude supra-legais**. Estas são causas que não estão previstas na ordem jurídica (daí serem supra-legais), mas que são de admitir face aos princípios enformadores das causas de exclusão previstas pelo legislador. Ou seja, há princípios que justificam a existência das causas de justificação do comportamento, que explicam por que em certos casos faz sentido excluir a ilicitude.

Exemplo:porque é que se exclui a ilicitude em legítima defesa? Há uma discussão na Doutrina sobre o princípio que justifica esta causa. **Figueiredo Dias** afirma que aqui atua o **princípio da defesa do direito face ao ilícito**.

Por outro lado, **Fernanda Palma** afirma que o que está em causa é a **dignidade da pessoa humana**. Ora, com base nos princípios que estão por detrás da legítima defesa, podemos criar uma causa de justificação. Uma causa de justificação supra-legal é a **legítima defesa preventiva**.

A legítima defesa consiste na defesa perante uma agressão atual e ilícita. Para atuar em legítima defesa é preciso provar que houve uma agressão nestes termos. A **legítima defesa preventiva**, que é de admitir face ao princípio enformador da legítima defesa, é a legítima defesa perante uma agressão ilícita, não atual, mas iminente.

**Exemplo**:A está preso a uma cadeira e está num prédio a olhar para determinada janela, quando vê B a atravessar a rua. A sabe que B vai entrar no prédio para o matar, mas, devido à sua posição, a única hipótese que tem de se defender é se disparar no momento em que está a atravessar a rua. Se A disparar e matar B, atua, para grande parte da Doutrina, em legitima defesa preventiva porque, apesar de não haver uma agressão atual, a única forma de evitar a morte é actuando naquele momento.

O princípio da legalidade aplica-se apenas às normas que fundamentam ou agravam a responsabilidade criminal e não às normas penais negativas (aquelas que excluem ou diminuem a responsabilidade do agente), pelo que **a existência de causas de exclusão da ilicitude supra-legais não viola o princípio da legalidade**, pois este tem como principal função proteger o cidadão face ao poder arbitrário do Estado.

Existem duas questões que se colocam em relação a todas as causas de exclusão da ilicitude:

**3. Os elementos subjetivos das causas de justificação**

1. Para determinado comportamento estar justificado e excluída a sua ilicitude é ou não necessário, para além do preenchimento dos elementos objetivos exigidos pela lei, que se verifiquem elementos subjetivos?Isto é, é ou não necessário, para se verificar uma causa de exclusão da ilicitude, o conhecimento da situação justificadora por parte do agente? Aqui verificam-se os elementos objetivos e questiona-se se tem de se verificar os elementos subjetivos.

**Exemplo:** para atuar em legítima defesa, basta que exista uma agressão atual e ilícita ou tem o agente também de saber que há uma agressão atual e ilícita?

Durante muito tempo, defendeu-se que os tipos justificadores integravam apenas elementos objetivos: para haver causa de justificação, bastava verificarem-se os elementos objetivos dessa causa.

Atualmente, **maior parte da Doutrina entende que as causas de exclusão da ilicitude integram elementos subjetivos:** exigem o conhecimento da situação justificadora por parte do agente. A principal razão apresentada, hoje, é a de que só se consegue a plena justificação do comportamento se houver o conhecimento da situação por parte do agente, porque só esse conhecimento poderá eliminar o desvalor da ação.

Com a presença dos elementos objetivos das causas de justificação vai conseguir-se atenuar ou eliminar o desvalor do resultado e só com a presença dos elementos subjetivos se conseguirá atenuar ou eliminar o desvalor da ação. Se o juízo de ilicitude é composto pelo desvalor da ação e desvalor do resultado, para excluir a ilicitude tem de se compensar quer o desvalor da ação, quer o desvalor do resultado.

**Por exemplo:** A dispara sobre B e este estava pronto a disparar sobre aquele. B morre. O desvalor do resultado é a morte (lesão do bem jurídico). Este desvalor é atenuado pelo facto de haver uma agressão atual e ilícita da parte de B. O facto de, na realidade, existir uma agressão atual e ilícita da parte de B vai permitir atenuar o desvalor do resultado da conduta de A.

**Outro exemplo:** A disparou sobre B por vingança, mas veio a provar-se que B estava pronto a disparar sobre A (ainda que este não fizesse ideia). Pode dizer-se que A actuou ao abrigo de legítima defesa? Para maior parte da Doutrina, não, pois não conhecia a situação (não se faz uma compensação da conduta). Só com a presença do elemento subjetivo da causa de justificação é que se vai conseguir compensar/atenuar o desvalor da ação de A. Neste caso, em que A disparou sobre B por vingança, mas não sabia que este estava pronto a disparar sobre, não se poderá compensar ou atenuar a sua conduta, pois agiu da mesma forma que alguém que comete um crime doloso (representa e age com intenção de matar B).

**Figueiredo Dias:** “Quem desconhece a situação justificadora, atua com um desvalor de ação equivalente, do lado subjetivo, ao autor de um facto relativamente ao qual não se verifica qualquer situação de justificação”.

Além de ser esta a posição da doutrina maioritária, é necessário atender ao disposto no **artigo 38º/4**: **havendo causa de exclusão da ilicitude, mas não for conhecida, o agente é punido por tentativa**. Ou seja, o legislador obriga a que haja elementos subjetivos da ilicitude. É punido por tentativa porque, não havendo desvalor do resultado, pune-se apenas o desvalor da ação. Em Direito Penal é a tentativa que pune o desvalor da ação; o que caracteriza a tentativa é não haver desvalor do resultado, porque ou não existe resultado ou o resultado não é imputável àquele agente. Por isto mesmo é que só existem tentativas dolosas.

Apesar de se ter um crime consumado, tem-se uma situação de analogia com a tentativa porque o elemento que permanece é o desvalor da ação.

O legislador responde à pergunta sobre se é necessário ou não elementos subjetivos, pois, claramente, vem exigir a presença destes elementos no caso do consentimento do ofendido. E, para maior parte da Doutrina, o artigo 38º/4 aplica-se por analogia a todas as causas de justificação. A analogia aqui é possível porque é favorável ao agente. Se não se fizesse a analogia, punir-se-ia o agente por crime consumado (o que não poderia ser considerado justa punição).

A **Professora Conceição Valdágua** considera que mesmo que o artigo 38º/4 não existisse, poder-se-ia, por **analogia com o artigo 23º/3**, punir o agente por tentativa (a solução seria a mesma).

Ao exigir o elemento subjetivo, está a exigir-se um elemento extra, pelo que há quem defenda que há violação do princípio da legalidade (pois faz-se uma interpretação extensiva).

**HIPÓTESE 19:**

蚂﷽﷽﷽﷽﷽﷽﷽﷽iva e Hugo at

A vai na estrada, vê um volume no chão, tapado com um cartão, e passa-lhe por cima. Por baixo desse volume estava B, que estava deitado com o objetivo de forçar o condutor a parar e, mal saísse do carro, disparar.

**Determine a responsabilidade jurídico criminal de A.**

Há uma ação jurídico-penalmente relevante, porque A tinha a possibilidade de controlar o comportamento (passar ou não por cima do cartão). Mas haver ação depende também da cognoscibilidade do agente da realização do facto típico (elemento mínimo para que possa haver intervenção penal – negligência inconsciente). Havia sinais objetivos de perigo que permitissem ao agente ter consciência do perigo da sua ação? O conceito de ação jurídico-penalmente relevante está dependente da existência do elemento subjetivo da negligência inconsciente (não se pune objetivamente em Direito Penal).

Há sinais objetivos de perigo e tem a possibilidade de representar a realização do facto típico, pelo que há **negligência inconsciente** (ou seja, há ação jurídico-penalmente relevante).

Como B estava deitado na estrada de propósito, para disparar sobre A, estão presentes os **elementos objetivos da causa de exclusão de ilicitude**: há uma agressão atual e ilícita (pressupostos da legítima defesa). Porém, A desconhece esta realidade.

A actuou ao abrigo da negligência inconsciente. Nos crimes negligentes, para haver justificação, para além dos elementos objetivos é preciso verificar-se o elemento subjetivo da causa de justificação? **Para atuar uma causa de exclusão da ilicitude, nos crimes negligentes, ao contrário dos dolosos, porque o desvalor da ação é diminuto, não é necessário compensá-lo, pelo que não se exigem os elementos subjetivos**. Ou seja, justifica-se o comportamento simplesmente com os elementos objetivos (compensa-se apenas o desvalor do resultado).

Neste caso, então, exclui-se a ilicitude e A não é punido: o agente agiu em legítima defesa (havia uma agressão atual e ilícita).

**4. O erro sobre os pressupostos objetivos de uma causa de justificação**

1. Quais são as consequências no caso de haver um erro sobre os pressupostos de facto (sobre os elementos objetivos) de uma causa de justificação?Ao contrário da questão anterior, aqui verificam-se os elementos subjetivos, mas não os elementos objetivos.

**Exemplo**: A pensa que B o vai agredir, mas, afinal, B só foi tirar a carteira do bolso. Ou seja, A representou uma agressão atual e ilícita da parte de B. Qual é o regime a aplicar?

**Outro exemplo:** A aproxima-se de B para o cumprimentar e, ao tirar a mão do bolso, em punho, B pensa que A o vai atacar e defende-se, agredindo-o. Aqui há um erro da parte de A sobre os pressupostos de facto de uma causa de exclusão da ilicitude, que é a legítima defesa: representa uma agressão atual e ilícita, mas esta não existe – **legítima defesa putativa**.

Surgiram várias teorias para resolver esta questão:

* **Teoria do Dolo (Eduardo Correia):** de acordo com esta teoria, considera-se que a consciência do ilícito é elemento do dolo, a par do conhecimento e vontade da realização do facto típico. No caso de erro sobre os pressupostos de facto de uma causa de justificação, não há a consciência do ilícito e, por isso, a consequência é a **exclusão do dolo**;
* **Teorias da Culpa:**
* Teoria da culpa rigorosa ou estrita: de acordo com esta, o dolo ocorre sempre que houver conhecimento e vontade da realização do facto típico e, como neste caso de erro sobre os pressupostos de facto de uma causa de justificação, há esse conhecimento e vontade, **não se poderá excluir o dolo**. As únicas consequências deste erro só se dão ao nível da culpa, excluindo-se esta;
* Teoria moderada ou limitada da culpa (**defendida por maior parte da Doutrina**): de acordo com esta, nos casos de erro sobre os pressupostos de facto de uma causa de exclusão da ilicitude está-se na presença de um **erro *sui generis***, ou seja, um erro entre o erro sobre o facto típico e o erro sobre a ilicitude.

É um erro que, tal como o erro sobre os elementos essenciais da factualidade típica, é um erro de natureza fáctica (há uma representação errada da realidade), mas, por outro lado, tal como o erro sobre a ilicitude, a vontade do agente é conforme ao Direito (estudaremos o erro sobre ilicitude quando se estudar a culpa – mas, **por exemplo**: uma mulher pensa que em Portugal pode abortar até às 16 semanas e aborta neste país. Pensa que está a atuar ao abrigo de uma causa de exclusão da ilicitude, mas, na realidade, não está).

No caso em que A pensa que B o vai agredir, quando atua pensa que está a atuar de acordo com o OJ, pois pensa que está a atuar ao abrigo de uma causa de exclusão da ilicitude (só mais tarde se veio a provar que tal não era verdade). Assim, aplica-se o **artigo 16º/1**;

* **Posição de Rui Pereira**: para este, nestas situações, há um caso incompatível com a situação do dolo, uma vez que, nestes casos, o desvalor da ação é tão diminuto que não é compatível com a figura do dolo e, por isso, considera que o desvalor da ação que existe é similar ao desvalor da ação dos crimes negligentes.

Tal como nestes crimes, o agente representou mal a realidade, violou o dever de cuidado ao interpretar a situação como interpretou e, por isso, nos casos de erro sobre os pressupostos de facto de causas de justificação, exclui-se o dolo e o agente deve ser punido por negligência, por razões de analogia com a figura da negligência;

* **Posição de Figueiredo Dias:** este defende que, nestes casos, exclui-se o dolo em sede de culpa, porque falta o elemento emocional do dolo. Neste caso em que o agente pensa que há uma agressão atual e ilícita do outro, mas não há, nunca teve consciência da ilicitude do seu ato (pode afirmar-se o dolo do tipo, mas exclui-se o dolo da culpa);
* **Artigo 16º/2:** exclui-se o dolo quando há um estado de coisas que, a existir, excluiria a ilicitude.

Por exemplo: quando A representa que B o vai atacar, representa uma situação que lhe permitiria excluir a ilicitude da sua conduta, se fosse real.

**20 de Abril de 2016**

**Fernanda Palma** afirma que para tomar uma posição sobre o regime a aplicar ao erro sobre os pressupostos de facto de uma causa de exclusão da ilicitude, não é necessário aceitar os pressupostos da teoria do dolo ou da teoria da culpa. O que importa é analisar o sentido substancial deste erro. Ou seja, o que importa, para descobrir o regime aplicável, é preciso saber se o erro é de natureza factual ou de natureza moral.

* **Erro factual:** representação errónea da realidade;
* **Erro moral:** representação errónea da ordem jurídica.

Assim, nos casos em que A representa uma agressão da parte de B que não existe, há um erro factual. O erro factual é totalmente diferente do erro moral (este refere-se ao exemplo da dinamarquesa que vem a Portugal, pensando que há uma causa de exclusão da ilicitude do aborto até à 13ª semana).

O erro moral deve ter um regime mais severo que o erro factual. Quando há ***erro factual***, deve **excluir-se o dolo** (aplicando-se o **artigo 16º/2**); já quando o agente representa corretamente a realidade, mas tem uma ideia errada da ordem jurídica, há um ***erro de natureza moral*** (erro de valoração), sendo a única consequência **excluir a culpa, se o erro não for censurável** (**artigo 17º/1**). Se a pessoa não tem uma ideia correta da ordem jurídica, não pode ter consciência da ilicitude, pelo que esta deve ser excluída.

Aqui entra em jogo a distinção entre culpa e ilicitude: quando se analisa se um facto é ilícito, olha-se para o comportamento do agente; analisando a culpa, faz-se um juízo de censura em relação ao agente. Na primeira, o objeto de análise é o comportamento; na segunda, é o próprio agente.

Para se poder afirmar a presença de uma causa de exclusão de ilicitude, temos de verificar se estão reunidos os elementos objetivos dessa causa de exclusão e, depois, se está preenchido o elemento subjetivo.

O **Professor Cavaleiro Ferreira** não dividia as causas de exclusão da ilicitude em elementos objetivos subjetivos, mas sim em pressupostos e requisitos. Seriam pressupostos as condições sem as quais não se verificava uma causa de justificação (elementos que tinham de ocorrer no momento da ação para se dizer que se verificava aquela causa), e os requisitos seriam os elementos intrínsecos da causa de justificação e que caracterizavam o comportamento do agente e, nesse sentido, fixam limites ao este mesmo comportamento.

A destrinça entre elementos objetivos e subjetivos é mais prática, até porque o legislador quando fixa os regimes a aplicar quanto às causas de justificação, interessa-se apenas com a diferença entre elementos objetivos e subjetivos.

As **causas de exclusão da ilicitude** estão enumeradas no **artigo 31º/2**:

**1. Legítima Defesa (artigo 32º)**

* Elementos objetivos:
* **Existência de uma agressão atual e ilícita** (para Cavaleiro Ferreira seria requisito): só se pode falar em agressão quando houver uma ação jurídico-penalmente relevante (quer uma ação em sentido estrito, quer uma omissão). Deste pressuposto (agressão) pode retirar-se que está **excluída a legitima defesa contra animais, coisas e contra ações que não sejam jurídico-penalmente relevantes** (ou seja, reagir a um ataque de um sonâmbulo não é legitima defesa).

Entende-se também que só se pode falar em agressão se houver uma **possibilidade efetiva da lesão de um bem jurídico**, i.e., se houver uma agressão possível. **Se se estiver perante uma tentativa impossível** (conceito que estudaremos mais à frente), **não se atua em legítima defesa**.

Por exemplo: A ataca B, que já está morto, e C atua em legítima defesa alheia. Aqui, não há uma real legítima defesa porque há uma tentativa impossível da parte de A.

* + - **A agressão tem de ser ilícita**: a ação jurídico-penalmente relevante não pode estar justificada (não pode estar excluída a sua ilicitude). Ou seja, não há legítima defesa contra legítima defesa. Esta exigência não deve confundir-se com uma agressão violenta: uma agressão pode ser ilícita e não ser, de todo, violenta.

Por exemplo: o furto não é violento. Se A é vítima de furto, pode defender-se com um murro.

Quando se exige que a ação seja ilícita, não significa que esta tenha de ser dolosa ou culposa. Assim, **pode haver legítima defesa contra agressões negligentes e até contra ações desculpáveis.**

Por exemplo: se alguém que é inimputável agride outrem, este pode atuar em legítima defesa (pois só se exclui a culpa e não a ilicitude).

* + - **A ação tem de ser atual**, ou seja, tem de estar em execução ou ser iminente. Para maior parte da Doutrina, a palavra *atual* significa que têm de haver atos de execução, de acordo com a **alínea c) do artigo 22º**.

Deste pressuposto também se pode retirar que **não é admissível legítima defesa contra agressão já consumada**. Do mesmo modo, **não é possível legítima defesa contra agressão futura, mas não iminente**.

**Como se reage então a uma agressão futura, mas não iminente?** Partindo do pressuposto que a única forma de a pessoa se defender é atuar daquela forma (o exemplo do homem amarrado à cadeira e sabe que alguém vai entrar no quarto para o matar). Age-se em **legítima defesa preventiva** (que é uma causa de exclusão da ilicitude supra-legal).

* **Necessidade de existência de interesses juridicamente protegidos do agente ou de terceiro** (para Cavaleiro Ferreira seria pressuposto): significa que pode **haver legítima defesa alheia** – pode agir-se em legítima defesa para defender um terceiro.
* Uma questão que se costuma colocar é se se pode ou não atuar em legítima defesa de terceiro quando a pessoa que se pretende defender dispõe dos meios para o fazer e não se quer defender: deve analisar-se se o bem em causa é um bem disponível ou indisponível. **Se o bem for disponível e houver consentimento, em princípio, não poderá haver legítima defesa alheia**;
* Outra questão é se a pessoa que atua em legítima defesa tem a **posição de garante**: neste caso, a maior parte da Doutrina defende que a pessoa **pode atuar em legítima defesa, mesmo que o agredido não queira.**
* **O meio de defesa ser necessário** (para Cavaleiro Ferreira seria requisito):
  + **É preciso que não seja possível recorrer à força pública** (ou seja, se for possível, deixa de haver legítima defesa).
  + **É preciso que o meio utilizado pelo agente seja eficaz**, no sentido de seguro, e seja o **menos gravoso entre todos aqueles que o agente tiver ao seu alcance.** Quando se diz “o menos gravoso” também é necessário aquele meio seja o **único possível**.

Por exemplo: A vai constantemente ao pomar de B roubar-lhe as maçãs. B já fez de tudo: já chamou a polícia, comprou um cão, falou com os pais de A e outros, mas A continua a roubar-lhe as maçãs.Até que, numa certa altura, B pega numa caçadeira e dispara sobre A.

Este meio era o necessário? Apesar de este não ser o meio menos gravoso, é o único que existe (pois B já tentou de tudo), pelo que é o meio necessário. Mas pode falar-se em legítima defesa? Considera-se que não se pode resolver a questão através do elemento do meio necessário (porque este é o único).

Maior parte da Doutrina afirma, então, que a legítima defesa está sujeita a limites ético-sociais e desses limites resulta que **tem de haver uma proporcionalidade entre o bem jurídico lesado e o bem jurídico defendido**. Neste caso concreto não há proporcionalidade, logo, não se justifica o comportamento.

Mas esta é uma questão sujeita a discussão na Doutrina: **Figueiredo Dias** recorre à figura do abuso do direito, afirmando que legítima defesa é um direito e, como tal, está sujeita aos limites do abuso do direito (que era o que se verificaria neste caso). Já **Fernanda Palma** refere-se ao princípio enformador da legítima defesa (há princípios do Direito que explicam por que é que em determinada situação faz sentido excluir a ilicitude).

Normalmente, o princípio que justifica a legítima defesa é a defesa do direito face ao ilícito (o direito não pode ceder perante um ilícito). **Fernanda Palma**, todavia, considera que o princípio justificador da legítima defesa é a dignidade da pessoa humana e o critério para aferir da presença ou não da figura da legítima defesa é o da **insuportabilidade do bem jurídico**[[8]](#footnote-9) (**para a dignidade da pessoa**). Assim, neste caso, não sendo insuportável para a dignidade do dono do pomar aquela lesão, não se poderá falar em legítima defesa.

Normalmente só se sabe se o meio usado foi o menos gravoso depois de usado. Mas o critério para aferir desta gravidade é o **critério do homem médio**: coloca-se o homem médio na posição do agente e tenta concluir-se se aquele era ou não previsível como o meio menos gravoso dos disponíveis.

* **Não haver uma provocação pré-ordenada:** esta é uma agressão dirigida a alguém precisamente para obter desse alguém uma reação agressiva, para se poder afirmar que se actuou ao abrigo da legítima defesa, i.e., se houver uma provocação pré-ordenada, não se pode falar que quem provocou atua ao abrigo da legítima defesa.

Não pode haver uma provocação pré-ordenada porque não se justifica o princípio enformador da legítima defesa (não há defesa do direito face ao ilícito).

* Elemento subjetivo:

Considera-se que o elemento subjetivo da legítima defesa tem uma componente intelectual e uma componente volitiva, i.e., para se poder falar em *animus defendendi*, **para além de o agente ter de representar a agressão atual e ilícita, é necessário que tenha a vontade de repelir essa agressão.**

Também aqui age a proporcionalidade do bem jurídico posto em causa e o bem jurídico defendido pela legítima defesa.

Tal como nos elementos objetivos, a Doutrina discute onde se origina (com os mesmos fundamentos).

**2. Direito de Necessidade (artigo 34º)**

* Elementos Objetivos:
* **Existência de um perigo atual e real e que ameace interesses juridicamente protegidos do agente ou de terceiro**: perigo é a possibilidade ou probabilidade de dano – o perigo tem de ser *atual* (é aquele que, em termos temporais, se encontra próximo da lesão); e tem também de ser *real* (se não existir e o agente pensar que existe, aplica-se o **artigo 16º/2**).
* **A causa do perigo não pode ser uma agressão**: se o for, é-se reconduzido à legítima defesa.
* **O facto praticado tem de ser, de acordo com o legislador, o meio adequado para afastar o perigo:** entende-se que quando o legislador faz esta exigência, está não só a exigir que o **meio seja o necessário** (i.e., capaz de afastar o perigo e o menos gravoso dos disponíveis), mas também um **meio socialmente aceitável**, i.e., que responda de forma adequada, socialmente aceitável à situação.

Por exemplo: um senhor idoso já fez de tudo para comprar um medicamento vital e não conseguiu obter dinheiro para o fazer. Então, vai a uma farmácia e furta-o. Pode ser punido pelo crime de furto?

Para **Rui Pereira**, este homem atua ao abrigo do direito de necessidade: o meio é o único de que dispõe e a única forma de evitar a sua é furtar o medicamento, pelo que a sua ação é considerada socialmente aceitável (considera que o farmacêutico deve, então, suportar o custo do medicamento – a figura está, então, relacionada com a solidariedade).

Se o meio não for adequado, há excesso. Havendo excesso no direito de necessidade, aplica-se a figura do **estado de necessidade desculpante**: não se exclui a ilicitude, mas **exclui-se a culpa**.

* **Não pode existir uma provocação voluntária pelo agente da situação de perigo**: a maior parte da Doutrina entende que este elemento só se justifica quando a situação de perigo tenha sido criada dolosamente pelo próprio para o colocar numa situação de perigo e, dessa forma, atuar ao abrigo do direito de necessidade. Portanto, **se o agente se coloca numa situação de perigo negligentemente, já poderá atuar ao abrigo do direito de necessidade.**

Além disso, considera-se que este elemento só se aplica quando estão em causa interesses do próprio (porque também se pode atuar ao abrigo do direito de necessidade para salvaguardar interesses de terceiro, caso em que este requisito já não é exigível).

Este elemento encontra-se previsto na **alínea a) do artigo 34º**.

* **Deve haver sensível superioridade do interesse a salvaguardar relativamente ao interesse sacrificado (artigo 34º/b):** o legislador utiliza a palavra interesse e não bem jurídico. Daqui pode retirar-se que o que está em causa não é a mera comparação de bens jurídicos, mas sim outros factores, nomeadamente, o **reflexo subjetivo do bem na esfera do seu titular**.

Por exemplo: um mesmo bem jurídico pode ter um valor diferente consoante o seu titular, precisamente por causa do peso desse bem na esfera jurídica de cada um. Para A, que tem um ordenado de 500€, este bem jurídico tem um valor mais elevado do que 500€ têm para B, que é milionário.

A **intensidade provável da lesão e a proximidade e o grau de perigo** também são elementos presentes nesta alínea.

Por exemplo**:** uma lesão muito longínqua da vida pode não valer tanto como uma lesão iminente da integridade física – uma ambulância que vai a alta velocidade, para evitar que X perca uma perna, evita uma lesão iminente da integridade física, mas há uma lesão longínqua da vida das pessoas que estão na estrada. Aqui, há uma sensível superioridade do interesse a salvaguardar face ao interesse sacrificado.

Por *sensivelmente superior* entende-se que a superioridade apela aos sentidos a nível social e cultural, i.e., o que **importa é o sentido geral da comunidade face ao valor de um interesse em relação ao outro**. Isto significa que *sensível*, na realidade quer dizer *manifesta, inequívoca.*

Por exemplo: se para salvar as flores do cão do vizinho, o agente resolve matar o cão, não há sensível superioridade. Porem, se as flores forem o seu sustento, poderá haver.

* **A razoabilidade da imposição do sacrifício que resulta do exercício do direito de necessidade (artigo 34º/c):**

Por exemplo: alguém no hospital precisa de certo tipo de sangue e estão três pessoas no hospital, sendo que uma delas tem esse tipo de sangue. Pode tirar-se compulsivamente o sangue a essa pessoa, caso esta não queira para salvar a vida à pessoa que precisa do sangue? **Aqui não é razoável impor este sacrifício.**

Por outro lado, se A dá empurrão a B para evitar um incêndio num prédio, é razoável impor ao lesado o sacrifício do seu interesse.

A **alínea c)** serve para impor limites à solidariedade que é exigida. Para saber se é razoável ou não a imposição, deve observar-se se é posta em causa a dignidade da pessoa humana(se “a pessoa surge como menos pessoa” – *Fernanda Palma*).

No fundo, a pergunta a fazer é: **faz sentido tirar a esta pessoa o direito de defesa?** Pois se se atuar ao abrigo do direito de necessidade, exclui-se o direito de defesa.

**Caso do homem gordo**: o homem gordo está numa gruta com mais 10 pessoas e, numa situação de perigo, entala-se na saída da gruta. A única forma de salvar as 10 pessoas que estão dentro da gruta é explodir o homem gordo.

Estão aqui presentes os elementos do direito de necessidade? Considera-se que o interesse a salvaguardar é superior ao interesse a sacrificar: ou morrem todos ou só morre o homem gordo (este morrerá sempre). No entanto, não é razoável exigir que se expluda o homem gordo; assim, o facto é ilícito (ainda que depois se exclua a culpa).

Para grande parte da Doutrina, **na situação do homem gordo não se aplica o direito de necessidade, mas uma causa de exclusão da ilicitude supra-legal, que é o estado de necessidade defensivo:** são as situações em que não há uma agressão e, por isso, não pode atuar a legítima defesa, mas também não pode atuar o artigo 34º, porque o interesse não é sensivelmente superior. Porém, não deixa de se verificar o princípio enformador do direito de necessidade.

* Elemento subjetivo:

É necessário que o **agente conheça que há um perigo que ameaça interesses juridicamente protegidos**. No entanto, este é constituído apenas pelo elemento intelectual; basta que o agente represente o perigo, para poder atuar ao abrigo do direito de necessidade.

**Se não houver elemento subjetivo, aplica-se o artigo 38º/4.** Mesmo que não existisse este artigo, por analogia com a tentativa, aplicar-se-ia o regime de punição da tentativa.

**22 de Abril de 2016**

1. **Conflito de deveres (artigo 36º)**

Aqui atua o **princípio da ponderação de interesses**, de acordo com o qual o preservar um interesse mais alto ou igual à custa de um mais baixo ou igual, conforma o exercício de uma causa de justificação. A ideia de que, quando se cumpre um dever, tem-se em vista a proteção de interesse.

Assim, o conflito de deveres tem natureza idêntica ao conflito de interesses (e o que importa é a hierarquia entre os deveres e os interesses conflituantes). A única diferença é que, no conflito de deveres, **o agente não é livre de interferir ou não no conflito: tem de cumprir, pelo menos, um dos deveres.**

* Elementos objetivos:
* **É necessário existir um** **conflito no cumprimento de deveres jurídicos ou de ordens legítimas**: ou seja, tem de haver uma situação em que concorrem dois ou mais deveres e nenhum deles pode ser cumprido sem violação do outro.

**Por exemplo:** dois doentes estão em perigo idêntico de morrer e ambos precisam de ser ligados a uma máquina. O médico vai ter de escolher um dos doentes, deixando morrer o outro. Neste caso, o comportamento que se traduz na morte do outro doente está justificado face ao conflito de deveres.

* Para grande parte da Doutrina, **este** **conflito de deveres tem de ser de** **natureza idêntica**: havendo um conflito entre um dever de agir e um dever de omitir, normalmente, o dever de omitir prevalece sobre o dever de agir, uma vez que o não cumprimento do dever de omitir implica matar por ação e o não cumprimento do dever de agir, implica matar por omissão.

**Por exemplo:** A já está ligado à maquina e chega B, que também precisa de ser ligado, para sobreviver. Aqui, o conflito não é entre dois deveres de agir, mas sim entre um dever de omitir e o dever de agir. O dever de omitir (desligar a máquina) traduz-se no matar por ação.

Se o médico cumprir o dever de agir, ligando B à máquina, não pode aplicar-se o conflito de deveres (**ainda que, em abstrato, se possa excluir a culpa, mediante o estado de necessidade desculpante**).

Face à nossa Ordem Jurídica, **é mais desvalioso matar por ação do que por omissão** (basta ter em conta o **artigo 10º/3**, que prevê uma atenuação da pena em caso de omissão).

* **Ter de se cumprir um dever de valor igual ou superior àquele que se não cumpre**: muitas vezes, para saber qual é o interesse superior (o interesse a salvaguardar), é necessário considerar que se a pessoa atua ao conflito de deveres, não se pode atuar em legítima defesa contra essa pessoa.
* Elemento subjetivo:

Traduz-se num elemento de carácter intelectual – **tem de haver o conhecimento da situação de conflito e conhecimento do valor relativo dos deveres ou ordens envolvidas no conflito**.

Havendo erro, aplica-se o **artigo 16º**; faltando o elemento subjetivo, aplica-se o **artigo 38º/4**.

1. **Consentimento do ofendido (artigo 38º)**

Pode surgir como elemento positivo do tipo, como elemento negativo do tipo e, por fim, pode surgir como causa de exclusão da ilicitude (o consentimento nem sempre surge como causa de exclusão da ilicitude).

Surge como ***elemento positivo do tipo*** nas situações em que, se não houver consentimento, o tipo não está preenchido. A existência do consentimento leva ao preenchimento do tipo.

**Por exemplo:** o homicídio a pedido da vítima (**artigo 134º**) – pune-se alguém por um homicídio a pedido, se houve o consentimento por parte da vítima e, não havendo esse consentimento, pune-se por homicídio.

Surge como ***elemento negativo do tipo*** no caso de a sua existência levar ao não preenchimento, e tal ocorre nas situações em que o bem jurídico em causa só tem valor quando associado à sua livre disposição pelo titular.

**Por exemplo:** o crime de introdução em casa alheia só existe se a pessoa entrar em casa alheia sem autorização (havendo consentimento, este crime não existe). Por isso, o consentimento surge como **causa de exclusão da tipicidade (e não causa de exclusão da ilicitude).**

Há quem considere que os bens jurídicos protegidos pelas normas incriminadoras não são os bens jurídicos entendidos objetivamente, mas sim a livre disposição do bem jurídico.

A Professora **Conceição Valdágua** defende que o que a norma jurídica protege é a livre disposição do bem e não o bem jurídico em si e, por isso, se a pessoa livremente dispõe do bem, a ação não é sequer típica (pelo que o consentimento surge como elemento negativo do tipo). **Só no caso do consentimento presumido é que o consentimento pode atuar como causa de exclusão da ilicitude.**

Mas outra parte da Doutrina continua a distinguir entre bens jurídicos que só têm valor associados à sua livre disposição (e aqui o consentimento surge como causa de exclusão da tipicidade) dos bens jurídicos que têm valor objetivamente, independentemente da disposição do seu titular face a esses bens. Esta é a posição de **Figueiredo Dias**.

Para este, nos casos em que a autodeterminação do bem constitui o único objeto de proteção da norma, o consentimento surge como causa de exclusão da tipicidade; já nos outros casos, surge como causa de exclusão da ilicitude.

**Por exemplo:** na generalidade dos atos sexuais, se houver um consentimento (entre dois adultos), esses atos são praticados em pleno **acordo**, o que é suficiente para afirmar que o tipo não está sequer preenchido (o consentimento funciona como elemento de exclusão da tipicidade). Já nas situações em que A consente que B lhe dê um murro ou destrua um objeto seu, a lei dará prevalência à autodeterminação da pessoa, mas fá-lo em detrimento de um bem que visa proteger objetivamente (a integridade física ou a propriedade).

O princípio enformador do consentimento é, então, para parte da Doutrina, nomeadamente **Figueiredo Dias**, o princípio da ponderação entre os interesses em conflito. Neste caso, significa que terá mais valor a liberdade de disposição do bem do que o próprio interesse na preservação do bem jurídico.

Outra parte da Doutrina defende que, nos casos do consentimento, há o abandono dointeresse (há uma renúncia à proteção penal, por parte do titular do bem jurídico).

* Elementos objetivos**:**
* **Existência de bens jurídicos livremente disponíveis;**
* **Idade ser superior a 16 anos** (o discernimento necessário de quem consente);
* **Não ofensa aos bons costumes pelo facto consentido:** para averiguar se há ou não ofensa aos bons costumes, é possível recorrer-se do **artigo 149º**, que aponta para critérios como motivação do agente e da vítima; fins do agente e da ofensa; os meios empregues e a amplitude da ofensa. Por exemplo: A consentir que B lhe corte o braço é contrário aos bons costumes.
* **Necessidade de o consentimento dever ser expresso e traduzir uma vontade séria, livre e esclarecida**.
* Elemento subjetivo:

Consiste no **conhecimento do consentimento** (não havendo, aplica-se o **artigo 38º/4**).

**HIPÓTESE 20:**

António, carteirista, procura as horas de ponta do metro para ganhar a vida. Durante uma viagem, nota que o bolso de um passageiro, Bernardo, se encontra particularmente volumoso. Ato contínuo, introduz-lhe a mão no bolso, com o objetivo de o assaltar.

Bernardo, sentindo uma mão no bolso e julgando que era a de C, que se encontrava mesmo atrás de si, desfere-lhe um violento soco. Vendo que Bernardo se preparava para o agredir de novo, C procura antecipar-se-lhe, mas, como este se baixa, acaba por agredir D, que, no aperto do metro, se encontrava muito próximo daquele.

**Determine a responsabilidade criminal dos intervenientes.**

A primeira ação relevante é a de António. Crime de furto: não se sabe se conseguiu realmente tirar a carteira ou não; deste facto depende estar-se perante furto consumado ou furto tentado. Estão preenchidos os elementos subjetivos. Quanto à verificação dos elementos objetivos, importa ver se houve ou não resultado (pois daqui depende a imputação objetiva do resultado à conduta do agente). Mais, estão reunidos os elementos subjetivos especiais: sendo carteirista de profissão, tem certamente a intenção de apropriação.

Bernardo, ao sentir uma mão no bolso, age em legítima defesa (quanto ao primeiro soco): há a representação de uma agressão atual e ilícita da parte de C, mas há um erro sobre os elementos de facto da causa de exclusão de ilicitude, pois esta agressão não vem, na realidade, da parte de C (legítima defesa putativa), pelo que se aplica o artigo 16º/2, excluindo-se o dolo (não há desvalor da ação). Fica ressalvada a punibilidade por negligência (artigo 16º/3). Assim, B é punido por ofensas à integridade física de C, na forma negligente (artigo 143º). Pode discutir-se se dar um soco é um meio necessário para repelir a agressão – mas, ao avaliar a necessidade do meio, faz-se um juízo de prognose póstuma: tem de se ter em conta o tempo que B tinha para reagir. Se se concluísse que o meio não era necessário, não se poderia aplicar o regime da legítima defesa (respondendo B por ofensas à integridade física). A conduta de B continua, então, a ser ilícita.

B desvia-se, o que faz com que C atinja D. Esta é uma situação de *aberratio ictus,* pelo que B será punido pela tentativa de ofensa à integridade física de B e crime de ofensa à integridade física na forma negligente a D. Tem de se apurar se estão reunidos os pressupostos da tentativa, bem como da negligência, no crime de ofensas à integridade física.

**HIPÓTESE 21:**

K, cozinheira da veterinária D, tem um encontro marcado, num hospital, com P, seu amigo e paciente do hospital. A fim de se apresentar melhor, K usa a sombrinha pertencente a T, que se encontrava num congresso.

No caminho, para o ponto de encontro, ao atravessar um bosque deserto, K é atacada por uma raposa raivosa. Como não viu outra hipótese, mata a raposa com a sombrinha, que fica quebrada.

Enquanto isto, P também se encontrava às voltas com a má sorte. A fim de evitar a morte de S, ferido gravemente e chegado recentemente ao hospital, A, médico do hospital, retira, por meio de violência, sangue a P, necessário para a transfusão de S (transfusão a que P se opõe veementemente).

Apesar de se indicar a P que, de outra forma, S estaria perdido e que um outro dador do seu raro grupo sanguíneo não se encontrava no hospital, o robusto P desfere um soco no rosto de A, partindo-lhe os dentes, enquanto este continuava a retirar-lhe sangue.

**Como deve julgar a conduta dos participantes em relação à sua licitude ou ilicitude?**

Conduta de K:

K, ao utilizar a sombrinha de T, que se encontrava num congresso, pratica uma ação jurídico-penalmente relevante, pois tal comportamento está na sua esfera de controlo. Porém, a sua conduta não é típica. Ainda que possa parecer enquadrar-se no preceito do artigo 203º, nada permite concluir que estejam reunidos os elementos subjetivos especiais (a ilegítima intenção de apropriação), pois K apenas queria apresentar-se melhor, pelo que não poderá ser punida pelo simples facto de ter usado uma coisa móvel alheia.

Parece haver, depois, a prática de dois crimes de dano (artigo 212º): um ao matar a raposa e outro ao destruir a sombrinha. Porém, K não poderá ser punida por nenhum deles.

Há, da parte de K, uma ação jurídico-penalmente relevante, porque a agente representa o perigo e age de acordo com este (ou seja, há um ato de vontade). Porém, a agente continua a não poder ser punida pelo crime de dano: quanto à raposa, ainda que se verifiquem os elementos subjetivos da tipicidade, a conduta, *per se*, não é típica, uma vez que existe a exigência de a coisa destruída seja *coisa alheia*. Ora, tratando-se de uma raposa, que é um animal selvagem, não se pode considerar que há uma coisa móvel alheia, pelo que K não poderá ser punida por a matar.

Quanto à sombrinha, K não deixará de ser punida porque não se verifica a tipicidade da sua conduta, mas sim porque não se verifica a ilicitude. Estão reunidos os elementos objetivos da tipicidade: K é a agente; a conduta é usar a sombrinha (que é o objeto da ação) para se defender; o bem jurídico é o património e o resultado é o dano (do património). Ora, há imputação objetiva do resultado à conduta da agente, pois há causalidade natural, visto que sem o seu comportamento aquele resultado não se verificaria; há causalidade adequada pois o homem médio, colocado na posição de K, poderia prever que usar uma sombrinha para se defender de um ataque de um animal selvagem poderia resultar na destruição dessa mesma sombrinha; além disso, há a criação de um risco proibido.

Estão também verificados os elementos subjetivos da tipicidade: há dolo eventual, pois a agente, naquela situação, pensa “*aconteça o que acontecer, atuo*” (o que, de acordo com a fórmula positiva de Frank, é suficiente para distinguir o dolo eventual da negligência consciente).

Contudo, K encontra-se numa situação de direito de necessidade: há um perigo real e atual que ameaça os seus interesses juridicamente protegidos (artigo 34º). Simultaneamente, a situação de perigo não foi voluntariamente criada por si (alínea a); há uma sensível superioridade do interesse a salvaguardar (vida) relativamente ao interesse sacrificado (dano) – alínea b; e é razoável impor ao lesado (a dona da sombrinha) o sacrifício do seu interesse (alínea c). O meio utilizado por K é adequado porque é o único possível e é socialmente aceitável. Havendo o exercício do direito de necessidade, o facto praticado por K deixa de ser considerado ilícito (tanto à luz do artigo 34º como do artigo 31º/2/b).

Verifica-se o elemento subjetivo: K representa o perigo e quer afastá-lo.

Não se pode afirmar que há legítima defesa porque, para tal, a agente teria de estar a defender-se de uma ação jurídico-penalmente relevante. Estando a agente a defender-se de um comportamento de um animal, este requisito não se verifica (só o Homem pratica ações jurídico-penalmente relevantes).

Conduta de A:

Quanto a P, então, estão em causa, eventualmente, os tipos de ofensa à integridade física e a coação.

Está-se perante uma situação de direito de necessidade? Há um perigo atual e real que ameaça direitos juridicamente protegidos (a vida de S). Quanto à adequação do meio, sabe-se que o tipo de sangue é raro e, dada a veemente oposição de P, o meio utilizado pelo médico é o único, logo, adequado. Quanto à razoabilidade da imposição do sacrifício, há Doutrina, como Fernanda Palma, que defende que não põe em causa a dignidade da pessoa humana (e, como tal, é razoável tal imposição), mas outra parte da Doutrina defende que a dignidade é posta em causa, sendo a conduta ilícita – aplicar-se-ia, depois, o estado de necessidade defensivo, o que conduzia à exclusão da culpa.

Não pode atuar a legítima defesa alheia porque não há agressão (P não agride o médico).

Conduta de P:

P pratica um crime de ofensas à integridade física simples (artigo 143º), porém, não ser punido por este crime, na medida em que actuou ao abrigo da legítima defesa (artigo 32º).

Há uma agressão atual, pois P defende-se de uma ação em execução e ilícita, que é o facto de A estar a retirar-lhe sangue por meio de violência (que, de si, representa uma ofensa à integridade física), sem que a esta conduta esteja subjacente uma causa de exclusão da ilicitude. Se se seguir a concepção de Fernanda Palma, não se considerando a conduta de A ilícita, P deixa de poder defender-se (ou seja, deixa de haver legítima defesa). P atua, deste modo, para defender os seus interesses juridicamente protegidos, nomeadamente a sua integridade física.

O meio de defesa é necessário: P não poderia recorrer às forças públicas porque estava num Hospital, sendo o seu agressor um médico. Dar um murro ao seu agressor é o único meio de, naquela situação, repelir o ataque eficazmente (por exemplo, se só o empurrasse, o médico rapidamente voltaria a retirar-lhe sangue). Considera-se também que estaria a haver uma lesão insuportável para a dignidade de P enquanto pessoa humana, o que justifica a legítima defesa (recurso ao princípio enformador desta causa de exclusão da ilicitude).

Tendo em conta que não houve uma provocação pré-ordenada de P, verificam-se todos os elementos da legítima defesa, pelo que este não será punido pelo crime de ofensas à integridade física de A.

**27 de Abril de 2016**

**V**

**O Facto Culposo**

**1. Conteúdo e Limites da Culpa**

***Teresa Beleza*** e ***Conceição Valdágua*** propõem um esquema para analisar a culpa em Direito Penal.

Devemos analisar a culpa, à semelhança da ilicitude, através da **técnica negativa da exclusão**, ou seja, depois de se concluir que um facto é ilícito, importa averiguar se ocorre ou não alguma causa de exclusão da culpa, em sentido amplo. Importa, então, saber quais são as causas de exclusão da culpa:

1. **Inimputabilidade**

1. Em razão de Idade (**artigo** **19o CP**)
2. Em razão de Anomalia psíquica (**artigo** **20o CP**)

2. **Erro não censurável sobre a ilicitude (artigo 17o/1)**

3. **Causas de exclusão da culpa em sentido estrito**(também denominadas de **causas de desculpa**):

1. Estado de necessidade desculpante (**artigo** **35o**)
2. Excesso de defesa por medo, susto ou perturbação não censurada (**artigo** **33o**)
3. Obediência indevida desculpante (**artigo** **37o**)

Esta é a forma mais fácil (e correta) de aplicar. Porém, há outra parte da Doutrina que analisa a culpa de forma diferente, começando por verificar, em primeiro lugar, se estão ou não presentes os chamados elementos da culpa, como a imputabilidade, i.e., a capacidade de culpa, e a consciência da ilicitude e, só depois de averiguar estes elementos, procuram se se verifica alguma causa de exclusão da culpa em sentido estrito.

Esta maneira de ver a culpa tem a vantagem de chamar a atenção para os elementos da culpa, mas, na realidade, também não deixa de dar importância aos casos em que ou não existe imputabilidade ou não existe consciência da ilicitude. Portanto, na prática, acaba por não ser uma forma muito diferente de analisar a culpa.

**2. Causas de Exclusão da Culpa**

1. **Inimputabilidade**: quando o sujeito não é capaz de culpa.
2. **Inimputabilidade em razão da idade**

É o que se passa em relação aos menores de 16 anos, face ao **artigo 19o**. Ou seja, só se pode ser responsabilizado criminalmente se, no momento da prática do facto, o agente tiver mais de 16 anos (inclusive).

Quanto a esta inimputabilidade, importa saber que há um regime especial para jovens entre os 16 e os 21 anos, previsto no **DL nº 401/82 de 23 de Setembro**. Entre os 12 e os 16 anos há também um regime aplicável a quem tenha praticado um facto qualificado na lei como crime; para este regime importam: a **Lei Tutelar Educativa** (aprovada pela Lei nº166/99 de 14 de Setembro) e ainda a **Lei de Proteção das Crianças e Jovens em Perigo** (aprovada pela Lei nº147/B).

1. **Inimputabilidade por anomalia psíquica**

Requisitos:

* **Que o agente sofra de uma anomalia psíquica no sentido de todo e qualquer transtorno ocorrido ao nível psíquico:** cabem aqui não só as ***psicoses*** (quer as *exógenas*, como anomalia psíquica provocada por uma intoxicação, quer *endógenas*, como a esquizofrenia) como também os casos de ***oligofrenia*** (uma fraqueza intelectual congênita ou não, como é o caso da denominada *idiotia*, em que o indivíduo não atinge o desenvolvimento mental de uma criança de 6 anos, e ainda a chamada *imbecilidade*, própria de quem não atinge o desenvolvimento próprio do início da puberdade). Por último, também cabem no conceito as ***perturbações da personalidade ou desvios ou anomalias do comportamento social sem fundamento orgânico-corporal*** (como é o caso das *psicopatias*).
* **Por força de anomalia psíquica é preciso que o agente perca, no momento da prática do facto, a capacidade para valorar o facto e/ou a capacidade volitiva de se motivar pelo Direito:**

**Exemplo**: no caso da embriaguez, em determinados estados, a pessoa perde a capacidade de valorar o facto. Mas, por vezes, mesmo tendo a capacidade de valorar o facto, o agente não tem capacidade de se motivar por essa valoração, como é o caso dos assassinos em série (conseguem valorar o facto, mas não se motivam pelo Direito).

Importa, quanto à anomalia psíquica, distinguir duas situações:

* **Casos em que a anomalia é provocada pelo agente, sem qualquer intenção**: nestes casos, o agente será considerado inimputável em relação ao crime que cometeu (não podendo ser punido por ele). Isto resulta do **artigo 20o/1**, mas também da **interpretação *a contrario* do artigo 20o/4**.

Porém, o agente poderá ser punido pelo crime previsto pelo **artigo 295o**.

* **Casos em que o agente provoca a situação de anomalia com intenção de praticar o facto**, ou seja, com dolo direito ou dolo necessário em relação ao facto **(artigo 20o/4).**

Exemplo: A está numa discoteca e vê entrar o seu pior inimigo. Sabendo que fica agressivo quando bebe, começa a embebedar-se para poder dar-lhe uma sova. O momento relevante é quando decide embriagar-se.

Nestes casos, a **inimputabilidade não é excluída e o agente será punido pela sua ação**, podendo falar-se aqui da figura da **ação livre na causa**.

1. **Erro não censurável sobre a ilicitude do facto**

O erro é capaz de excluir a culpa por falta de consciência da ilicitude, normalmente, em relação a dois tipos de erro:

* **Erro direto sobre a ilicitude:** erro sobre proibições que transportam consigo uma carga valorativa. É um **erro que recai sobre proibições cujo conhecimento é dispensável à tomada de consciência da ilicitude do facto**; por isso considera-se que este é um erro de **natureza moral**: o agente representa erroneamente a ordem jurídica; o que ele representa choca com valorações da ordem jurídica.

Exemplo: caso da Dinamarquesa (aborto). Nestes casos, a mulher não precisa de ter conhecimento da ordem jurídica do país onde aborta, para saber que este é um ato ilícito.

Não confundir este erro (**17o/1**) com o erro previsto do **16o/1**, o erro sobre proibições que recaem sobre comportamentos axiologicamente neutros e, por isso, são proibições cujo conhecimento é ***indispensável*** à tomada de consciência da ilicitude do facto. Este erro é considerado de **natureza intelectual**: tem a ver com o conhecimento e não com a ideia que a pessoa tem da ordem jurídica.

Este erro só exclui a culpa se for não censurável. Face ao **artigo 17o/1**, a maior parte da Doutrina defende o **critério da evitabilidade** para apurar se o erro é ou não censurável: o que importa saber é se o homem médio, com as particulares características do agente, poderia ter evitado esse erro – se sim, o erro é censurável; se era inevitável, não é censurável.

***Bárbara Sousa e Brito*** acrescenta um requisito: saber se o agente fez tudo o que estava ao seu alcance para evitar o erro e, mesmo assim, não evitou o erro, não é censurável.

***Figueiredo Dias***, por sua vez, vem propor o **critério da rectitude da consciência errónea**. De acordo com este, o que tem de se averiguar é se o agente, ao atuar, se pautou ou não por motivos que são permitidos pela ordem jurídica, só que se esqueceu de outros que a ordem jurídica considera preponderantes.

Exemplo: um sueco vem a Portugal e mata B que, por estar em estado de sofrimento, lhe pediu para o matar. Como na Suécia o homicídio a pedido é permitido e como a ação do sueco foi motivada/pautada pela autonomia e defesa da dignidade da pessoa humana, para F.Dias, este erro não é censurável (**para a maior parte da Doutrina, o sueco seria punido, pois o erro era evitável**).

Portanto, **o que importa é o agente se pautar por princípios que sejam aceites pela ordem jurídica.**

* **Erro indireto sobre a ilicitude:** quando há **erro sobre a existência de uma causa de justificação ou sobre os limites de uma dada causa de justificação**.

Também este é um **erro moral**, pois o agente tem uma ideia errada da ordem jurídica e caso este erro seja ***não censurável***, (aferido pelos mesmos critérios que atuam no erro direto), **exclui-se a culpa**. Quando o erro é ***censurável***, apesar de não excluir a culpa, pode interferir na medida da pena, face ao **artigo 17o/2**.

Não deve confundir-se este erro sobre as causas de exclusão da ilicitude com o **erro sobre os pressupostos de facto de uma causa de exclusão da ilicitude**: este é um **erro intelectual**, havendo uma discrepância entre o que o agente representa e o que ocorre na realidade – **aplica-se o artigo 16o/2, excluindo-se o dolo**. No erro indireto, o erro incide sobre a ordem jurídica: o agente acredita que existe uma causa de exclusão da ilicitude, quando na verdade não existe (pensa que o seu comportamento é correto e afinal não é.).

1. **Causas de exclusão da culpa em sentido estrito (causa de desculpa)**

Em todas estas causas está por detrás a ideia de inexigibilidade, isto é, **está presente a ideia de que não é razoável exigir do agente a adoção de outro comportamento**. Portanto, são todas elas situações em que, pondo o homem médio na posição do agente, pode retirar-se que não era razoável exigir dele outro comportamento ou, pelo menos, não lhe era exigível outro tipo de comportamento.

Tendo em conta esta ideia, há quem defenda que nestas causas de exclusão da culpa em sentido estrito (como é o caso de ***Kauffman***) que, apesar de a culpa subsistir, subsiste em grau diminuto, e, por isso, em vez de se falar em causas da exclusão da culpa em sentido estrito, deve-se falar em **causas de desculpa derivadas da inexigibilidade** e as verdadeiras causas de exclusão da culpa serão a **inimputabilidade** e o **erro não censurável. *Bárbara Sousa e Brito*** concorda com esta posição da Doutrina. Mas o facto de a Professora concordar com isso, não quer dizer que não concorde com a a ideia de ***Teresa Beleza*** e ***Conceição Valdágua***.

***Roxin*** considera que a inexigibilidade não é uma causa de exclusão da culpa, mas sim da responsabilidade, porque nas causas de desculpa há culpa, mas por razões preventivas (e desnecessidade de punição) o agente não deve ser chamado à responsabilidade. Em vez de analisar a culpa enquanto elemento autónomo, este autor analisa a responsabilidade e, dentro desta, a culpa.

***Figueiredo Dias*** considera que os casos de inexigibilidade são casos que têm que ver com o juízo de censura. Portanto, são situações em que face às circunstâncias concretas do facto e da atitude pessoal do agente no facto, não se deve fazer um juízo de censura. A generalidade dos homens fiéis ao Direito teria provavelmente actuado daquela maneira e, por isso, as qualidades pessoais reveladas no facto, não serão juridicamente censuráveis.

1. **Estado de necessidade desculpante (artigo 35o)**

Atua quando existe um perigo atual que se refira a um conjunto limitado de bens jurídicos elementares do agente ou de terceiro (ex: vida, integridade física, honra, liberdade). Se estiver em causa, por exemplo, o **património** ou outros bens jurídicos não referido no número 1do artigo 35o, não se poderá aplicar esta figura do estado de necessidade desculpante, não se excluindo a culpa (ainda que possa haver atenuação da pena).

Os **elementos necessários** para que haja estado de necessidade desculpante são:

* + **Que não seja razoável exigir do agente, segundo as circunstâncias do caso, outro comportamento:** mais uma vez, temos de colocar o homem médio na posição do agente, de modo a apurar se e era ou não razoável exigir-lhe outro comportamento;
  + **Que haja adequação do meio, bem como a sua necessidade;**
  + **Que o perigo não tenha sido intencionalmente criado pelo próprio, para mais tarde alegar a desculpa;**
  + **Que o agente tenha com o seu facto prosseguido a finalidade de salvação do bem jurídico ameaçado**: isto quer dizer que também no estado de necessidade desculpante tem de haver um elemento subjetivo.

Normalmente, o estado de necessidade desculpante actua quando não actua o direito de necessidade. Ou seja, o facto continua a ser típico e ilícito, mas exclui-se a culpa.

1. **Excesso de defesa em caso de medo, susto ou perturbação não censuráveis (artigo 33o/2)**

Esta causa só funciona nos chamados ***estados emocionais asténicos***, que são estados que resultam de uma tenção emocional inconsciente, como é o caso do medo, susto ou perturbação.

Já não se aplica esta causa de exclusão no caso de estarmos perante ***estados emocionais esténicos***, que são aqueles que não resultam da dita tenção emocional inconsciente e que comportam em si uma energia em excesso, como é o caso da cólera, ódio ou vingança.

Esta distinção é feita pela generalidade da Doutrina penalista, não se fundando na Ciência. Isto porque, normalmente, para esta, no estado asténico temos o medo e nos estados esténicos temos o pânico. A diferença entre eles é que, numa situação de medo, a pessoa reage; numa situação de pânico, a pessoa ou foge ou não responde.

Com base nesta divisão (defendida por parte da psicologia cognitiva), **na situação de medo pode-se aplicar o excesso de defesa; na situação de pânico, esta aplicação não faz sentido, porque o que caracteriza o pânico é a falta de reação.** O que importa reter, mais do que a divisão, é que o excesso de defesa atua quando há medo, susto ou perturbação não censuráveis.

Os estados emocionais têm de provocar excesso. Há dois tipos:

* **Excesso intensivo**: existe quando há utilização de meios superiores aos necessários para a defesa (ou seja, o meio não é considerado necessário), ou quando não há proporcionalidade entre a defesa e a ofensa (ex: caso do ladrão das maçãs);
* **Excesso extensivo:** existe **quando alguém se defende de uma agressão que deixou de ser atual**, por medo ou por susto, por exemplo, e, nesse caso, ou se aplica a **figura da causa direta** (causas de exclusão da ilicitude face ao direto civil, aplicável porque a ilicitude é aferida face à globalidade da ordem jurídica) ou aplica-se a **figura do excesso de defesa** **por analogia**, pois o **artigo 33o** só prevê as situações de excesso intensivo.
* No caso de se atuar perante uma agressão que ainda não é atual, a figura que podemos eventualmente aplicar é a da **legítima defesa preventiva** ou, caso esta não seja passível de aplicação, utiliza-se igualmente a **figura do excesso de defesa por medo**, **susto ou perturbação desculpante, por analogia com o excesso intensivo** (sendo que aqui esta é permitida, pois é favorável ao agente).

1. **Obediência indevida desculpante**

Esta ocorre **quando alguém cumpre uma ordem sem saber que ela conduz à pratica de um crime e quando tal não era evidente**. No fundo, a pessoa está em erro sobre a ilicitude do facto, mas, para além disso, existe a circunstância de haver uma ordem oficial.

Não interessa se o erro era censurável: **interessa apenas se era facilmente evitável**.

Exemplo: um funcionário falsifica um documento sem saber que o está a fazer e, ao mesmo tempo, está a cumprir uma ordem.

Também aqui podem haver **erros sobre os pressupostos de facto da exclusão da culpa** (ex: estar em erro quanto ao poder de alguém para dar ordens). O regime aplicável aqui é o do **artigo 16o/2** e **exclui-se o dolo** (o regime de erro sobre os pressupostos de facto da exclusão da culpa é o mesmo que o regime do erro sobre os pressupostos de facto da exclusão de ilicitude).

Exemplo: na situação em que A e B estão numa tábua que só aguenta com um e o primeiro empurra o segundo, quando mais tarde se prova que, afinal, a tábua aguentava com os dois, exclui-se o dolo, porque A estava em erro sobre os pressupostos de facto da causa de exclusão da culpa (aplica-se o artigo 16º/2).

De acordo com o nosso CP, um erro sobre os pressupostos de facto da exclusão da culpa exclui o dolo. Mas, pensando nestas situações, ao nível da culpa passa-se a mesma coisa que se a situação fosse real (ser real ou ser apenas potencial, mas o agente não saber é uma situação igual), pelo que não lhe é exigível outra atuação – dever-se-ia excluir a culpa.

Nos casos de erro sobre os pressupostos de facto de uma causa de exclusão da culpa, não interessa avaliar a atitude pessoal do agente, mas sim se no caso concreto era exigível a determinada pessoa que actuasse de outro modo, pelo que se excluiria a culpa. Mas o que o CP obriga é que se exclua o dolo.

O erro sobre a existência ou limites de uma causa de exclusão da culpa é irrelevante. O único erro relevante é o erro sobre a ilicitude.

**3 de Maio de 2016**

**HIPÓTESE 22:**

António, em gozo de férias, autoriza Bento a pernoitar em sua casa. Carlota, vizinha de António, que, não tendo conhecimento da autorização, e vendo Bento a tentar abrir a porta de A e pretendendo ser útil a este, fere o pretenso intruso com um martelo.

**Determine a responsabilidade jurídico-criminal de C.**

Bento estava a entrar em casa de António, mas estava autorizado a tal. Bento, então, não pratica nenhum crime por falta de tipicidade: há o consentimento do lesado. A vida privada trata-se de um bem jurídico que só tem valor quando associado à sua livre disposição por parte do titular. Nestes casos, maior parte da Doutrina entende que o consentimento não atua como causa de exclusão da ilicitude, mas como causa de exclusão da tipicidade. Para a Professora Conceição Valdágua, todos os bens jurídicos só têm valor quando aliados à sua disponibilidade, o que faz com que o consentimento do lesado seja sempre visto como causa de exclusão da tipicidade (sendo causa de exclusão da ilicitude apenas quando está em causa o consentimento presumido).

Da parte de Carlota há uma ação jurídico-penalmente relevante, estando tipificada no artigo 143o (ofensa à integridade física).

Carlota parece actuar em legítima defesa de terceiro (artigo 32o). Porém, a ação desta não poderia considerar-se praticada ao abrigo da legítima defesa porque o meio utilizado não é o necessário. Não se pode considerar que não era possível recorrer à força pública: Carlota poderia sempre telefonar para a polícia, reportando um assalto ou até alertar os vizinhos. Assim sendo, não estão reunidos os pressupostos da legítima defesa. Há excesso de legítima defesa (artigo 33o).

Além disto, ferir um pretenso intruso com um martelo não pode ser considerado o meio menos gravoso, especialmente quando analisado à luz do princípio enformador da legítima defesa, como proposto por Fernanda Palma (a dignidade da pessoa humana): a introdução de alguém desconhecido, sem autorização, na casa de António, violando a sua intimidade da vida privada, não seria uma lesão insuportável para a sua dignidade enquanto pessoa humana, pelo que uma ofensa à integridade física não poderia servir como resposta.

Pode, eventualmente, haver uma causa de exclusão da culpa, que é o facto de o excesso ser provocado por perturbação, medo ou susto não censuráveis (artigo 33o/2). Teria de se provar, então, que o medo de Carlota não era censurável.

Supondo que o meio usado não era o meio necessário (porque a senhora era idosa ou porque vivia num monte no meio do nada, por exemplo), continuaria a haver ilicitude, porque há uma discrepância entre o que se passa na realidade e aquilo que o agente representa. Estando, assim, em erro sobre os pressuposto de facto da ilicitude, aplica-se o artigo 16o/2, excluindo-se o dolo de Carlota. Está, no entanto, ressalvada a possibilidade de ser punida a título de negligência, por força do artigo 16o/3. Ou seja, a agente está errada sobre os pressupostos de facto da ilicitude: a agente julga que está a ocorrer uma agressão atual é ilícita porque vê Bento a entrar na casa de António (o que viola, em abstrato, o direito da reserva da intimidade da vida privada deste), quando, na realidade, esta não existe. Não existe porque Bento (de quem Carlota pensa estar a defender-se) está autorizado a introduzir-se na casa de António, o que faz com que uma ação que seria ilícita, deixe de o ser.

A situação de erro só teria relevância se se concluísse que o meio não era o necessário. De outro modo, não haveria sequer legítima defesa por falta de pressupostos, o que significa que não haveria erro sobre os pressupostos da causa de exclusão da ilicitude – a causa de exclusão da ilicitude simplesmente não existiria. Na situação de excesso, o único artigo que é, em abstrato, aplicável é o artigo 33o/2 (que exclui a culpa). Em conclusão, o **artigo 16o/2 nunca se aplica se não se puder aplicar uma causa de exclusão da ilicitude com o pensamento do sujeito).**

**HIPÓTESE 23:**

Havia já algum tempo que Carlos não gostava de Duarte. Porém, quando ficou a saber que este começara a namorar com a sua irmã, Elsa, ficou furioso.

Contava Carlos o seu drama a Filipe, seu amigo, quando este lhe disse: “Conheço um tipo, o Gustavo, que já limpou o sebo a uns quantos e anda com dificuldades económicas. Por algum dinheiro, ele faz o que quiseres.” Carlos pediu, então, a Filipe que, em seu nome, contactasse Gustavo e lhe oferecesse 500 euros para dar uma sova a Duarte. Gustavo aceitou prontamente a proposta.

Mais tarde, nessa noite, esperou por Duarte à porta de uma discoteca e, vendo sair uma pessoa de aspeto físico semelhante ao de Duarte, mas que era Hugo, agrediu-o violentamente.

Hugo foi transportado ao hospital, onde acabou por falecer por não ter sido possível realizar imediatamente uma transfusão de sangue, uma vez que aquele hospital não dispunha em *stock* sangue do seu tipo, que era efetivamente um tipo de sangue muito raro.

**Determine a responsabilidade jurídico-criminal dos intervenientes.**

Esta é uma situação de comparticipação criminosa, pelo que, recorrendo ao princípio da assessoriedade, começa-se pela análise da conduta do autor imediato.

Há uma ação jurídico-penalmente relevante da parte de Gustavo, tipificada no artigo 131o (homicídio). Gustavo é o autor imediato, mas Carlos serviu como instigador, pois, tendo-lhe oferecido dinheiro para dar uma sova a Duarte, determinou-o dolosamente à prática do crime e, simultaneamente, tinha dolo na realização do crime (Carlos queria, efetivamente, que Duarte levasse uma sova).

Apesar de se verificarem os elementos subjetivos do tipo, na forma de dolo direto de ofensa à integridade física (**artigo 14o/1**)[[9]](#footnote-10), há um erro sobre os elementos objetivos do tipo, pois Gustavo não ataca Duarte (que era o suposto objeto da sua ação), mas sim Hugo. Como há identidade típica dos objetos, o erro não é relevante, portanto, o dolo de Gustavo não se exclui (não se aplica o artigo 16o/1). Ao nível do tipo, os objetos são exatamente idênticos (trata-se de uma pessoa).

O resultado da ação de Gustavo foi a morte de Hugo. Porém, não se verifica um nexo de causalidade. Ainda que haja um nexo de causalidade natural, pois foi a ação de Gustavo que, ao violentar Hugo, provocou a morte deste, não há um nexo de causalidade adequado, uma vez que o homem médio colocado na posição do agente não seria capaz de prever, no momento da ação, que a sua vítima viria a morrer segundo aquele processo causal. Pela teoria do risco, chega-se à mesma conclusão: o agente cria um risco proibido com a sua conduta, mas este risco não se concretiza no resultado, porque há a interposição de um novo risco.

Este risco, todavia, só é relevante se a falta de reposição do *stock* tiver ocorrido por negligência do hospital. Se se assumir que o hospital não incumpriu nenhum dever de cuidado (por exemplo, por ser um hospital na santa terrinha e o sangue ser verdadeiramente raro), não há nenhuma interrupção do processo causal de Gustavo, havendo imputação objetiva do resultado à conduta do agente.

Se o sangue estiver em falta por negligência, havendo interrupção do processo causal, e houver dolo de homicídio, só se poderá punir por tentativa de homicídio (não havendo dolo de morte, o único que importa é o crime de ofensas à integridade física graves). Se não houver interrupção do processo causal, Gustavo é punido por homicídio.

Pode falar-se em instigação em cadeia? Carlos pede a Filipe que contacte Gustavo. Há instigação quando alguém determina outrem à prática do crime. O legislador só pretende punir como instigador quem determinar outrem à prática. Nesta hipótese, quem contacta com o autor material é Filipe. A dúvida é: pode considerar-se Carlos instigador, pois Filipe contactou Gustavo em nome de Carlos?

Uma parte da Doutrina (como Eduardo Correia) afirma que só pode ser punido como instigador quem entra em contacto direto com o autor material. A maior parte da Doutrina atual entende, no entanto, que “quem determinar outrem à prática do facto” pode englobar as situações de determinação indireta. Assim, deve partir-se do executor material e perguntar o que foi determinante para executar o facto: foram os 500 euros ou o pedido ter vindo de Filipe? Sabendo que tinha dificuldades económicas, o que parece ser determinante são os 500 euros. Assim, faz sentido considerar como instigador e puni-lo como tal, aquele que oferece os 500 euros (artigo 26o). Se Gustavo só fizesse o serviço por ser muito amigo de Filipe, por exemplo, este seria co-instigador.

Quanto a Filipe, este é cúmplice do crime de ofensas à integridade física graves, pois oferece um contributo direto que facilita a execução do crime (ao contactar Gustavo em nome de Carlos), tendo o seu comportamento aumentado o risco para o bem jurídico (se não tivesse contactado Gustavo, Carlos teria de arranjar outra forma de se entender com Duarte), houve execução do autor material e este agiu com dolo. Filipe agiu também com dolo de auxílio e dolo do facto praticado. Assim, será punido nos termos do artigo 27o.

Por Gustavo não ter batido em Duarte, mas em Hugo (erro sobre o objeto, mesmo sendo irrelevante), como é punido Carlos? Divergência doutrinária: maior parte da Doutrina entende que este erro corresponderia a uma *aberratio ictus* para Carlos, o que significa que, em princípio, este será punido em concurso por tentativa do crime que queria que se realizasse (ofensas à integridade física de Duarte) e pelo crime que Gustavo realizou, na forma negligente (se se provar que havia negligência por parte de Carlos – o que é muito difícil de fazer: dificilmente se prova que Carlos saberia que Gustavo iria errar o objeto).

Há ainda a questão do excesso de execução por parte de Gustavo. Como é que este é relevante para Carlos? Maior parte da Doutrina entende que Carlos poderá ser punido por este excesso apenas como autor negligente (se tal excesso for previsível).

**4 de Maio de 2016**

**VI**

**O Facto Punível**

Por norma, um facto típico, ilícito e culposo é também punível. Porém, pode acontecer que, no caso concreto, não se verifique uma condição de punibilidade em sentido amplo e só nestes casos é que importa analisar a punibilidade individualmente. A ideia por detrás deste elemento do crime (e que lhe dá autonomia) é a ideia de **dignidade penal**, ou seja, em função, fundamentalmente, de ideias preventivas, relacionadas com os fins das penas, o facto concreto fica aquém do limiar mínimo da dignidade penal. ***Figueiredo Dias*** diz que, apesar da realização do tipo de ilícito e do tipo de culpa, a imagem global do facto é uma tal que, em função de exigências preventivas, o facto concreto fica aquém do limiar mínimo da dignidade penal.

Portanto, **um facto ilícito e culposo é sempre punível, a não ser que se verifiquem as condições de punibilidade em sentido amplo**. Para saber se estas se verificam ou não, importa saber quais são.

**1. Condições objetivas de punibilidade**

Em determinados tipos de crime têm de se verificar certas circunstâncias extrínsecas ao facto típico ilícito para que este possa ser punível. Como são extrínsecas, não estão abrangidas pelo dolo.

Exemplo: na **tentativa** surge como condição objetiva de punibilidade a **pena aplicável ao crime consumado ser superior a 3 anos**. Ou seja, para que a tentativa seja punível é necessário que ao crime consumado seja aplicada aquela pena.

**Esta condição não tem nada que ver com a tipicidade ou ilicitude do facto, não estando relacionada nem com dolo nem com culpa; é apenas uma condição extrínseca que o legislador decidiu colocar, que tem de se verificar para que o facto seja punível.**

Outro exemplo**: artigo 295o** – crime de embriaguez ou intoxicação – para que o tipo deste crime esteja preenchido é preciso verificar, no mínimo, negligência e a colocação num estado de inimputabilidade por embriaguez e intoxicação (não é um crime de resultado – basta esta atividade para o tipo estar preenchido). Porém, o legislador exige, para que a punibilidade se verifique, que o **agente pratique um facto ilícito típico quando nesse estado**. Esta é uma condição objetiva de punibilidade (não tem de estar abrangida pelo dolo do agente, mas tem de se verificar para que o facto seja digno de prisão).

**2. Causas de exclusão da pena (ou causas pessoais de isenção da pena)**

São condições/circunstâncias que ocorrem após a pratica do facto e que podem condicionar a sua punibilidade. É uma **circunstância que ocorre depois de se praticar o facto e, pelo facto de ocorrer, vai impedir a punibilidade daquele facto.**

Exemplo: **desistência voluntária**. Na tentativa, se houver desistência voluntária, o facto deixa de ser punível porque, do ponto de vista da prevenção geral e especial, aquele facto deixa de exigir/de necessitar a punição.

**Não podem fazer parte desta categoria circunstâncias que façam parte do tipo de ilícito ou do tipo de culpa**. Mas também não fazem parte deste elemento da punibilidade, **situações que não têm que ver com o conceito de crime, mas com a pena (as consequências do crime)**.

Exemplo**:** o instituto da dispensa de pena (**artigo 75o**) – este instituto não tem nada que ver com a categoria da punibilidade, tem sim que ver com a Doutrina autónoma da consequências jurídica do crime.

Outro exemplo: as denominadas **condições de procedibilidade**, i.e., condições que são necessárias para que o processo penal se realize e, dessa forma, se determine a responsabilidade jurídico-criminal do agente. A queixa, em processos privados e semi-públicos, é o elemento essencial para que inicie o processo. Esta condição não está relacionada com o elemento da punibilidade.

Por isso mesmo, quando se afirma que um facto é punível, significa apenas que estão verificados, no crime, todos os pressupostos indispensáveis para que a punição se possa desencadear (ou seja, nota-se que o facto é típico, ilícito e culposo).

Porém, isto não quer dizer que haja punição, pois o **próprio regime jurídico da pena pode determinar que esta não se aplica ao caso concreto.** Ou seja, ainda que, em abstrato, possa haver responsabilidade jurídico-criminal, no caso concreto isso não se pode verificar.

**VII**

**As Formas Especiais do Crime**

**1. O Crime Tentado** (fora da análise do crime)

Este instituto, tal como a comparticipação, surge como uma forma especial de surgimento do crime. Nos tipos de crime da PE descrevem-se situações em que há autoria singular e direta e o crime na forma consumada, por isso considera-se que tanto a comparticipação como a tentativa são formas especiais de surgimento do crime. ***Bárbara Sousa e Brito*** considera que tanto a comparticipação como a tentativa têm que ver com o tipo de ilícito (incluindo o seu ensino no final da matéria por meras questões pedagógicas).

Todos os elementos que se aplicam a um crime consumado são aplicáveis à tentativa. Ou seja, a análise do crime faz-se da mesma forma: analisa-se a ilicitude, a culpa e a punibilidade. O que a tentativa tem de específico são os elementos objetivos.

É por a tentativa estar relacionada com o tipo de ilícito que os **artigos 22o e 23o da PG** são consideradas normas extensivas da tipicidade: permitem punir os casos de tentativa.

**Por exemplo:** O **artigo 131o** prevê o tipo de homicídio na forma consumada. Se o **artigo 22o** não previsse a punição da tentativa, face ao princípio da tipicidade, não seria possível punir a tentativa de homicídio.

**Para construir o tipo da tentativa, há que conjugar, sempre, o artigo 22o com a norma da PE incriminadora.**

* 1. **Os elementos da tentativa**

**Elemento subjetivo do tipo da tentativa**

O elemento subjetivo do tentativa é o **dolo**. **Não há tentativa negligente** (não se pode assumir que a pessoa tentou algo que não decidiu cometer). Tal resulta do **artigo 22o**.

Maior parte da Doutrina defende que o dolo pode revestir uma das suas três formas: dolo direito, dolo necessário e dolo eventual. O único autor que considera que não é possível haver tentativa numa destas formas é o ***Professor*** ***Faria e Costa***, considerando quenão há tentativa no dolo eventual. Considera que neste tipo de dolo, o agente não decidiu cometer o crime.

***Bárbara Sousa e Brito*** não concorda, pois defende que, ao representar o facto típico e ao conformar-se com o resultado, o agente está a tomar uma decisão criminosa. Ou seja, **no dolo eventual também há tentativa.**

Nos crimes dolosos em que, para além do dolo, se exige o elemento subjetivo especial para que o tipo subjetivo da tentativa esteja preenchido, é necessária a presença desses elementos subjetivos especiais.

**Exemplo:** crime de furto – não basta ter dolo subtraído, tem de ter a intenção de se apropriar – este é o elemento subjetivo especial. Ora, para alguém ser punido pela tentativa de dolo, tem de se demonstrar a presença do elemento subjetivo especial (intenção de apropriação).

**Elemento objetivo do tipo da tentativa**

Este traduz-se na **prática de atos de execução**. A grande questão que se coloca é quando é que a prática de um ato deixa de ser apenas preparatório e passa a ser considerado um ato de execução (porque só há tentativa se houver a prática de um ato de execução, não bastando os atos preparatórios). Para responder, recorre-se ao **artigo 22o**:

* **Artigo 22o/a:** de acordo com esta alínea, **são atos de execução todos aqueles que caiem sob a alçada de um tipo de ilícito e são abrangidos pelas palavras da norma incriminadora:** ora, estes atos que o legislador refere só podem acontecer nos crimes de forma vinculada, i.e., naqueles crimes que só podem ser praticados por determinada forma.

**Exemplo:** homicídio por envenenamento – este é um crime vinculado: só pode ser praticado daquela forma. O ato de execução, para estar abrangido pelas palavras da norma incriminadora, tem de ser o envenenamento.

**Outro exemplo:** crime de furto com introdução em casa alheia – o introduzir-se em casa alheia é um ato de execução abrangido pelas palavras da norma incriminadora.

Esta alínea consagra uma teoria construída por ***Liszt***, a chamada **teoria formal objetiva** (teoria que existiu para determinar quando havia atos de execução). Porém, esta Doutrina não chega, pois continua a ser necessário delimitar, noutras situações, quando se deixa de se ter atos de preparação e se começa a ter atos de execução;

* **Artigo 22o/b:** de acordo com esta alínea, **são actos de execução** **todos os atos idóneos a produzir o resultado típico e que, portanto, põe em perigo substancial o bem jurídico**.

Exemplo: quando se dispara sobre alguém, está-se a praticar um ato de execução (pois é um ato idóneo a realizar um facto típico). Se não acerto no alvo é outra questão, mas continua a ser um ato de execução à mesma. Esta ideia aqui consagrada corresponde à **teoria material objetiva,** defendida por ***Frank*** (esta teoria depende do elemento subjetivo);

* **Artigo 22o/c:** esta alínea estabelece a fronteira/limite mínimo entre atos preparatórios e atos de execução. De acordo com esta, **são actos de execução** **aqueles que, segundo a expedição comum, são de natureza a fazer esperar que imediatamente a seguir se lhes sigam os atos das alíneas a) e b).**

Mas maior parte da Doutrina entende que, para além de terem de ser atos que, segundo a experiência comum, são de natureza a fazer esperar que imediatamente a seguir se lhes sigam atos das alíneas a) ou b), **têm também de ser atos que, segundo o plano concreto do agente, são de natureza a fazer esperar que imediatamente a seguir se lhes sigam atos das alíneas a) ou b)**. Só neste caso é que se pode dizer que há um perigo concreto de lesão do bem jurídico.

Esta **necessidade de haver a criação de um perigo conceito de lesão do bem jurídico** é, para maior parte da Doutrina, o **fundamento da punibilidade da tentativa[[10]](#footnote-11)**.

Exemplo**:** A tira a pistola do bolso, mas, segundo o seu plano concreto, ele ainda há de colocar a pistola segura num muro, pronta a disparar, sem qualquer possibilidade de falhar. Se não se tivesse em conta o seu plano concreto, só o ato de tirar a arma do bolso já seria um ato de execução, nos termos da alínea b). Tendo em conta o plano, o mero acto de tirar a arma do bolso não é um ato de execução (apenas preparatório).

* ***Roxin*** diz que só se verifica um ato de execução quando temos um ato em estreita conexão temporal com a lesão efetiva do bem jurídico e também com uma relação direta ou indireta com a esfera da vítima. Só no caso de se verificarem cumulativamente estas situações é que, para Roxin, há a criação de um perigo concreto para o bem jurídico (que é o fundamento da punibilidade da tentativa).
* O critério consagrado aqui é o **critério final objetivo**, em que o plano do agente serve para saber se há uma estreita conexão temporal com a lesão do bem jurídico e se há uma relação com a esfera da vítima.

Quando se chega à conclusão que está preenchido o tipo da tentativa, para se punir o agente, é necessário verificar se aquela tentativa é ilícita, culposa e punível.

Quanto à ilicitude e à culpa, não há nenhuma especificidade em relação aos crimes consumados. Para ambas se apura se há alguma causa de exclusão da ilicitude/da culpa.

Só há especificidade na tentativa quanto à categoria da punibilidade.

**Condições objetivas da punibilidade da tentativa**

1. **É** **necessário que a pena prevista para o crime consumando seja superior a 3 anos, salvo disposição em contrário (artigo 23o/1)**;
2. **Só se exige na tentativa impossível:** há uma tentativa impossível quando, apesar de estarem presentes os elementos objetivos e subjetivos do tipo da tentativa, não poderá haver a produção de um resultado típico, por um de dois motivos:
3. Ou porque o meio utilizado não é idôneo a produzir o resultado (ex: a arma não estava carregada).
4. Ou porque o objeto típico do crime não existe (ex: alguém dispara sobre uma pessoa que já está morta).

Não confundir a figura da tentava impossível com a figura do **crime impossível:** neste, a pessoa pensa que determinado facto é crime, quando, na realidade, não o é (ex: A pensa que o adultério é crimee pensa que está a praticar um crime).

Já na **tentativa impossível**, há o elemento subjetivo da tentativa, mas não pode é haver a produção do resultado típico (ex: A pensa que está grávida, na 15a semana, e toma um produto abortivo, mas na verdade não está).

1. **Não ser manifesto/claro para a generalidade das pessoas que o meio era inidóneo ou que o objeto do crime era inexistente**. Se estas condições forem manifestas, a tentativa impossível não é punida.

Para descobrir se aquelas condições são manifestas recorre-se ao chamado **critério/teoria da impressão**. De acordo com este, se a um observador médio era previsível que o meio era inidóneo ou que o objeto não existia, então é porque é manifesto/claro que o objeto não existe ou o meio não serve. Caso contrário, se a generalidade das pessoas ficar impressionada, não é manifesto. Isto encontra-se no **artigo 23o/3**.

O **fundamento da punibilidade da tentativa impossível**, para maior parte da Doutrina, é a **aparência de colocação em perigo do bem jurídico.** O que a fundamenta, então, é a impressão para a generalidade das pessoas que foi criado um perigo para o bem jurídico. Esta fundamentação está ligada à dignidade penal (que é do que se ocupa a punibilidade). A dignidade penal, por sua vez, está relacionada com a necessidade de intervenção do Direito Penal, o que faz com que a comunidade entende seja relevante.

Outra parte da Doutrina defende que **se pune a tentativa impossível porque há desvalor da ação: porque há dolo**. Bárbara Sousa e Brito dá mais relevância a esta fundamentação, por se estar perante um Direito Penal de facto, que deve afastar-se “daquilo que as pessoas acham”.

* 1. **A Desistência**

**Causas pessoais de isenção da pena na tentativa**

1. **Desistência voluntária**: esta é uma causa pessoal de isenção de pena na tentativa, porque é uma circunstância que ocorre após a prática do facto e que impede a sua punibilidade, aproveitando apenas à pessoa que desistiu (daí que seja pessoal). A desistência voluntária está prevista nos **artigos 24o e 25o**.

Podem-se distinguir-se 3 momentos na desistência:

1. **Desistência após a consumação formal, mas antes da consumação material;**
2. **Desistência na tentativa acabada;**
3. **Desistência na tentativa inacabada**
4. **Desistência após a consumação formal, mas antes da consumação material**

A consumação formal de um crime está temporalmente desligada da consumação material, como sucede nos crimes de perigo concreto. Nestes crimes, **pode haver consumação formal, sem haver consumação material do crime.**

Exemplo: crime de exposição ao abandono (**artigo 168o**)– para a pessoa que abandona a criança ser punida, basta que se prove que criou perigo para a vida da criança (não é preciso que a criança morra). Nestes casos, **pode dizer-se que há desistência se, antes da consumação material, o agente fez tudo para que a consumação material fosse impedida (artigo 24o/1 *in fine*)**.

1. **Desistência na tentativa acabada**

**. atras﷽Ã﷽icaoaentaivaimerial,eocriancapoqueto, que deve afastar-se te.provar que havia negligenia** Fala-se em tentativa acabada **quando já houve a pratica de todos os atos de execução a cargo do agente.**

Para maior parte da Doutrina, devem ter-se em conta as representações do agente sobre o estado a alcançar, pelo que a tentativa é acabada quando o agente, ao tempo do ultimo de ato de execução, considera possível a verificação da consumação.

Para haver desistência é **necessário que o agente impeça a consumação do crime, mesmo após ter praticado todos os atos de execução a seu cargo** e, por isso, neste caso tem de haver uma ***desistência ativa***: o agente tem de fazer algo para impedir a consumação do crime.

Exemplo: A põe uma bomba num determinado local e já pôs o cronómetro a contar. Passados 30 minutos, volta atrás para tentar impedir a bomba de explodir.

1. **Desistência na tentativa inacabada**

Fala-se em tentativa inacabada **quando o agente ainda não praticou todos os atos de execução a seu cargo**. Portanto, para haver desistência basta que o agente não pratique os atos de execução que ainda faltam para a consumação do crime. No fundo, fala-se em ***desistência passiva***: o agente interrompe/omite os atos que ainda faltam.

Exemplo: A aponta uma pistola a B, contudo, ainda falta premir o gatilho. Se desistir de o fazer, desiste numa tentativa inacabada.

**Qualquer destas desistências, para ter relevância, tem de ser *voluntária*.** A desistência é voluntária quando o agente podia prosseguir a prática do crime, com êxito, segundo o que ele pensa, e, mesmo assim, decidir não prosseguir com a execução do crime (o que interessa é o que agente pensa em relação à realização do facto típico).

**Exemplo**: se um assaltante desiste de um assalto porque encontra um polícia, não se trata de uma desistência voluntária.

A desistência é ***involuntária*** quando o agente impede o resultado em virtude de receio, receio esse fundado numa modificação das circunstâncias exteriores.

O fundamento da desistência é um **incentivo à reversão do processo lesivo**. O que é decisivo é que a desistência possa ser entendida como obra pessoal do agente; que ele tomou nas próprias mãos a reversibilidade do processo lesivo do bem jurídico.

1. Além da desistência voluntária, existe outra causa pessoal de isenção da pena, prevista no **artigo 24o/2**,que **só se pode aplicar quando a consumação material do crime é impedida por facto independente da conduta do agente, mas o agente esforçou-se seriamente para impedir a consumação formal e/material do crime**.

“Esforçar-se seriamente” implica que haja actos que criaram, na perspetiva do agente, uma oportunidade de salvação do bem e “esforços sérios” é no sentido de o agente levar a cabo tudo aquilo que pensa que tem de fazer para evitar a consumação.

**Exemplo**: crime de exposição ao abandono – A abandona a criança na floresta e desaparece. Preenche o tipo, pois cria perigo para a vida da criança. Passados 5 minutos, um polícia encontra-a e acolhe-a, impedido que morresse (consumação material do crime). A, depois de ter andado 10 minutos, volta ao local para tentar salvar a criança. Aqui, a consumação material do crime não ocorreu por causa de terceiro, mas o agente esforçou-se seriamente para impedir a consumação.

No **artigo 24o/2** está, então, a possibilidade de, no caso de haver um esforço sério do agente, mesmo que a consumação não se tenha dado por causa de terceiro, **esse esforço serve como causa pessoal da isenção da pena.** Houve uma grande discussão na Doutrina sobre se deveria deixar de punir o agente em caso de desistência na tentativa.

A desistência só aproveita ao próprio (só aproveita àquele que desiste).

Na **comparticipação**, porém, **pode não ser punido não só aquele que impede a consumação do crime formal ou material** (porque desiste voluntariamente), **mas também aquele que se esforçar seriamente para impedir a consumação do crime, mas, mesmo assim, o crime consuma-se porque os demais comparticipantes prosseguiram na consumação**. Esta possibilidade é exclusiva da comparticipação. Esta possibilidade está prevista no **artigo 25o**.

1. **A comparticipação criminosa. Formas de autoria e de participação** (ver atrás)

**6 de Maio de 2016**

**Correção do Teste Intermédio I** (versão Professora)

**I**

(9 valores)

**Ana,** ao saber que o seu marido, **Bento,** pretende abandoná-la decide matá-lo. Para o efeito arranjou um veneno que o mataria em 12 horas para lhe juntar no café da manhã do dia seguinte e deitou-o no açucareiro. Porém, nesse dia, ao contrário do que era normal, **Bento** acordou mais cedo tendo preparado ele mesmo o café e, julgando tratar-se apenas de açúcar, juntou-lhe uma colher do venenoso pó. Minutos depois de ter saído de casa, quando atravessava a rua, **Bento** foi mortalmente atropelado por **Carlos**, que conduzia em excesso de velocidade. Provou-se que mesmo que **Carlos** conduzisse à velocidade regulamentar seria ainda muito provável que o acidente se tivesse verificado do mesmo modo, uma vez que a vítima atravessou inesperadamente a estrada.

Determine a responsabilidade criminal de **Ana** e **Carlos**.

Responsabilidade criminal de **Carlos:**

Relativamente a **Carlos** coloca-se um problema de imputação objetiva. A questão é a de saber se a morte de **Bento** pode ser objetivamente imputada à conduta de **Carlos**. Concretamente, a hipótese pede que seja discutida a possibilidade de aplicação do critério do comportamento lícito alternativo (CLA) em situações em que não é certo (mas apenas provável) que o resultado se teria igualmente verificado na hipótese de o agente ter adotado o comportamento lícito alternativo. Parte da doutrina (do meu ponto de vista corretamente) entende que só é de aplicar este critério, quando seja certo que o resultado se verificaria de igual forma em caso de adoção do CLA e outra parte entende que basta a dúvida sobre o que aconteceria caso o agente agisse licitamente para excluir a imputação objetiva do resultado (fazendo funcionar o princípio *in dúbio pro reo*).

Devia ainda discutir-se o problema do momento relevante para aferir se havia ou não uma ação jurídico-penalmente relevante por parte de **Carlos.** E o momento relevante seria o momento em que decide andar em excesso de velocidade na cidade. O facto de se provar que, mesmo que conduzisse à velocidade regulamentar, seria ainda muito provável que o acidente se tivesse verificado, teria importância para a aplicação do critério de comportamento lícito alternativo.

Responsabilidade criminal de **Ana:**

Podiam ser consideradas duas sub-hipóteses:

1. **Ana** só pode ser punida por tentativa do homicídio uma vez que há uma interrupção do nexo causal (por força do comportamento “negligente” do condutor, quer actue ou não o critério do comportamento lícito alternativo).

Há igualmente um erro sobre o processo causal. Deveria discutir-se se esse erro é relevante ou irrelevante (se exclui ou não o dolo).

1. **Ana** seria punida por homicídio caso o veneno utilizado provocasse “perdas de consciência” no marido e ela tivesse previsto (ou possibilidade de prever) essa possibilidade e as suas possíveis consequências (atropelamento, acidente de carro).Neste caso,seria punida como autora do crime de homicídio.

**II**

(9 valores)

**António, Bruno** e **Celso** decidiram aventurar-se numa descida pelos rápidos de um perigoso rio na zona norte do país. A certa altura **António** foi projetado para fora do bote em que se faziam transportar, embateu com a cabeça numa pedra e ficou a boiar inanimado. Quando **Bruno** se preparava para se lançar à água para o ajudar, **Celso** (que, verdadeiramente, nunca gostara de **António**) demoveu-o dessa ideia, dizendo-lhe que **António** andava há muito a traí-lo com a sua namorada, o que bem sabia não ser verdade. **Bruno** acreditou e nada fez, tendo **António** morrido afogado.

Determine a responsabilidade criminal **Bruno** e **Celso**.

Responsabilidade criminal de **Bruno:**

**Bruno** é autor de um crime de homicídio doloso (o erro é irrelevante e por isso Bruno não deixa de ser responsável pelo ilícito cometido. O princípio da auto-responsabilidade conduz a negar ao homem de frente a qualidade de instrumento) por omissão(tem posição de garante fundada em comunidade de perigo).

Responsabilidade criminal de **Celso:**

**Celso** é instigador do crime do homicídio (e não autor mediato, pois o erro de Bruno é irrelevante, não excluindo nem o dolo nem a culpa do autor imediato). **Celso** é ainda autor de um crime de homicídio doloso por omissão(pelas mesmas razões que o **Bruno**). Havendo um concurso de formas de comparticipação, a forma mais grave (autoria) prevalece sobre a menos grave (instigação).

**Nota final**: 2 valores são reservados para avaliar a clareza da exposição e a qualidade e consistência da argumentação de suporte às posições defendidas.

(versão Zé Ferrão)

**I**

(resposta classificada com 8/8,5 valores em 9)

Conduta de A:

De forma a conseguir determinar a responsabilidade criminal de Ana, há, em primeiro lugar, que saber se Ana praticou uma ação jurídico-penalmente relevante. Dada a dificuldade em conceber um conceito de ação penal universalmente válido, não obstante, os vários esforços como do conceito social de ação da escola neoclássica (defendido entre nós por Fernanda Palma), ou o conceito pessoal de ação elaborado por Roxin, devemos entender que existe uma ação jurídico-penalmente relevante quando o comportamento do agente é controlado ou controlável pela vontade. Ora, neste caso concreto, o comportamento de Ana é totalmente controlado pela sua vontade, pelo que este é penalmente relevante.

Verificado o primeiro elemento de qualquer crime (a ação), devemos então prosseguir para a análise dos restantes elementos que o compõe. O segundo elemento que importa agora analisar é a tipicidade, isto é, se o comportamento realizado por Ana se reporta a alguma previsão normativa da PE do CP. Para concretizar a técnica da subsunção, há então que analisar os elementos objetivos do tipo e, de seguida, os subjetivos.

O tipo que importa ter em consideração é o do **artigo 132o/2/b**, pois Ana decidiu matar o marido, tal como prevê a norma incriminadora. Em relação a este tipo de crime, temos um agente (Ana), uma ação típica (matar outrem), sendo que neste caso em concreto estamos perante um crime de resultado, pois o tipo exige um evento específico, temporalmente destacado da ação (a morte). O bem jurídico protegido é a vida, o que torna este um crime de dano, pois o tipo só está preenchido com a lesão deste bem jurídico; e o objecto da ação é Bento, que por ser marido de Ana implica uma qualificação do tipo de crime, sendo., portanto, o artigo 132o/2/b um crime específico impróprio, pois qualquer pessoa poderia matar Bento, mas se fosse Ana a fazê-lo, haveria uma agravação da pena.

Por este ser um crime de resultado, como já foi referido, há que verificar se o resultado se produziu e, se assim foi, se este pode ser objetivamente imputável à conduta de Ana. Dado que Bento veio a morrer, sobra analisar o último elemento do tipo objetivo, o nexo de causalidade. Para que consigamos perceber se existiu ou não nexo de causalidade, deveremos recorrer a 3 teorias, que fundamentam a imputação objetiva: a teoria da *condicio sine qua non*, a teoria da causalidade adequada e a teoria do risco.

De acordo com a teoria da *condicio sine qua non*, haverá imputação objetiva de um resultado à conduta de um agente quando não seja possível subtrair mentalmente a sua conduta sem que o resultado deixe de se verificar nas mesmas condições de tempo, modo e lugar. No caso em concreto, Bento veio a morrer atropelado pouco depois de ter saído de casa. Ora, dado que Ana colocou veneno no açucareiro, mas que só produziria efeito passado 12 horas, percebemos que, mesmo subtraindo mentalmente a sua ação, o resultado continuaria a verificar-se, pelo que não há causalidade natural. Assim sendo, dado que a teoria *condicio sine qua non* é o pressuposto necessário para que haja imputação objetiva, e ela não se verifica de acordo com os mesmos critérios, não faz sentido analisar nem a teoria da causalidade adequada nem a teoria do risco, pois elas vêm apenas restringir o âmbito de aplicação da teoria *condicio sine qua non*, pelo que a resposta das outras duas teorias há de ser sempre negativa quanto à existência de nexo de causalidade.

Excluída a imputação objetiva, fica salvaguardada a punição por tentativa, que só poderá existir se Ana tiver agido com dolo.

Pela análise dos elementos subjetivos, percebemos que Ana representa toda a factualidade típica do artigo 132o e quer produzir o resultado por ele proibido, sendo esse, aliás, o único propósito da sua conduta. Reunidos os elementos intelectual e volitivo do dolo, podemos afirmar com certeza que Ana actuou com dolo direto, de acordo com o artigo 14o/1 e, ao colocar veneno no açucareiro, pratica um ato de execução, pelo que será punida por tentativa do crime de homicídio qualificado.

Apesar de se verificar um desvio essencial quanto ao processo casual que levou à morte de Bento, este erro não exclui o dolo; apenas tem relevância ao nível dos elementos objetivos, como já foi exposto.

Conduta de C:

Importa então analisar a conduta de C, que conduziu efetivamente à morte de B. Dado que esta é controlada pela sua vontade, há novamente que analisar os elementos objetivos do tipo do 131o.

Temos o agente (C), o objeto da ação (B), o bem jurídico protegido (vida), a ação típica (matar outrem) e o resultado (morte), pelo que sobra analisar o nexo de causalidade.

Desta vez, de acordo com a teoria *condicio sine qua non*, não é possível subtrair mentalmente a ação de C sem que o resultado deixe de se verificar nas mesmas circunstâncias de tempo, modo e lugar, pelo que há causalidade natural. Aplicando a teoria da causalidade adequada, o resultado morte é previsível a qualquer homem médio colocado na posição de agente que circula a excesso de velocidade e também o é o processo causa que leva ao resultado, que é, neste caso, o atropelamento, pelo eu há que afirmar a imputação objetiva.

Por último, de acordo com a teoria do risco, C criou um risco proibido ao circular em excesso de velocidade, que se concretizou no resultado morte. No entanto, diz-nos a hipótese que seria muito provável que, mesmo que C conduzisse a velocidade permitida, aquele resultado ter-se-ia ainda assim verificado.

De acordo com a maioria da Doutrina, o critério do comportamento lícito alternativo, que se aplica a casos em que tanto a conduta lícita como a ilícita levam ao mesmo resultado (nas mesmas circunstâncias de tempo, modo e lugar), e exclui a imputação objetiva, apenas deve ser afirmado quando há uma certeza absoluta e contundente da verificação do mesmo resultado a que conduziria a conduta lícita e ilícita.

Como, neste caso, existe apenas uma alta probabilidade de isso acontecer, deverá ser afastado este critério e existirá imputação objetiva. Só não será assim para aqueles que como Herberg que defende que valerá aqui o princípio *in dubio pro reu*.

Se escolhermos a posição maioritária, teremos de analisar os elementos subjetivos. Neste caso, o agente não quer produzir aquele resultado nem era uma consequência necessária da sua conduta, pelo que é afastado o dolo direto e o dolo necessário. Também não parece que tenha existido uma representação daquele resultado, mas havia a cognoscibilidade individual dessa representação, isto é, havia a consciência dos sinais objetivos de perigo, pelo excesso de velocidade, bem como a possibilidade de evitar aquele resultado, pelo que deverá ser afirmada a negligência inconsciente, de acordo com o artigo 15o/b.

Assim sendo, A seria punida por tentativa dolosa do crime de homicídio qualificado e C por homicídio negligente na modalidade de negligência inconsciente.

**II**

(resposta classificada com 8 valores em 9)

Bruno e Celso deixaram de prestar, de forma consciente, auxílio à António. Esta afirmação vale quer para Figueiredo Dias, que defende uma omissão como uma não ação, quer para aqueles que, como Wenkel, olham para a omissão como uma realidade a par da ação.

O próximo passo é saber se estamos perante a omissão pura, ou perante uma omissão impura e os agentes poderão ser punidos por homicídio por omissão.

De acordo com o artigo 10o, só haverá omissão impura se existir especial dever de agir. Segundo o critério formal (lei, contrato e ingerência), não haverá especial dever de agir, sendo a ingerência afastada pelo princípio da auto-responsabilidade de cada um dos participantes. No entanto, recorrendo ao critério material, concretamente pela teoria das funções, percebemos que aqui havia uma função de garantia de bens jurídicos concretos, por força de uma comunidade de perigos. Assim sendo, há que averiguar a tipicidade do comportamento dos agentes em relação ao artigo 131o.

B e C são os agentes; A é o objeto da ação, matar outrem é a ação típica; o bem jurídico protegido é a vida; e o resultado é a morte. Em relação ao nexo de causalidade, percebemos que há causalidade natural, de acordo com a teoria *condicio sine qua non* (quer para Figueiredo Dias, que defende uma avaliação em relação à potencialidade da ação, quer para a restante Doutrina, que defende a omissão como um antecedente que leva a um consequente).

Atendendo à teoria da causalidade adequada, qualquer homem médio colocado na posição dos agentes poderia ter previsto aquele resultado, segundo aquele processo causal, e, de acordo com a teoria do risco, os agentes não afasta nem diminuem um risco para o bem jurídico protegido. Assim sendo, há nexo de causalidade entre as suas condutas e a morte de A.

Em relação aos elementos subjetivos, parece claro que ambos representaram aquele resultado é a sua omissão só existe para que ele se produza, pelo que agem com dolo direto, previsto no artigo 14o/1. No entanto, a eclosão de B parece que foi determinada pelo comportamento de C. Assim sendo, há ainda que averiguar se houve ou não instigação.

No caso em concreto, B teria ido salvar A se não fosse pela ação de C. Por este motivo, C determinou B, de forma dolosa, à prática de uma omissão. Este dolo do instigador traduz-se num duplo dolo, pois existe a determinação doloso de outrem à prática de um facto e o próprio instigador actuou com dolo, pois representou o facto é quer que ele se produza. Assim sendo, de acordo com o artigo 26o, C seria punido como autor do facto e B como autor imediato instigado.

De afastar será a autoria mediata, pois B atua de forma plenamente livre e consciente, não estando em erro nem a ser coagido de forma alguma, e C não tem o domínio negativo do facto, pois se B quisesse salvar A, C não teria como o impedir. Só assim não seria Conceição Valdágua, que defende que mesmo nos casos de de subordinação voluntária, se o instigado levou até ao fim o seu comportamento pela atuação do homem de trás, então haverá autoria mediata. É de referir ainda que, para Figueiredo Dias, a instigação é uma forma de autoria e não de cumplicidade.

Assim sendo, ambos os autores seriam punidos por homicídio por omissão de A, pela conjugação do artigo 131o com o artigo 10o, sendo C instigador e B autor imediato instigado.

**11 de Maio de 2016**

**HIPÓTESE 24:**

Um conhecido realizador de cinema italiano vem a Portugal rodar um filme, acerca das repercussões sociais da guerra de África, no início dos anos 70.

Quando era filmada uma carga policial em pleno Rossio, A, que por ali passava, atira-se a B, que simulava com notável veracidade agredir uma senhora idosa, causando-lhe ferimentos vários.

C, que desempenhava o papel de polícia, corre em auxílio de B, desferindo um soco em A, o qual, sentido-se vítima de repressão, apanha uma pistola caída do chão e dispara na direção da cabeça de C. Este nada sofreu, dado que a pistola era para as filmagens e só tinha pólvora seca.

Julgando ter morto C, A precipita-se na confusão e esconde-se debaixo de um automóvel. O realizador, que tudo vira e filmara do alto, encarando a crueldade como um preço a pagar, por amor à Arte, pede a D, figurante, que arranque com o automóvel, debaixo do qual A se escondeu. D viu os pés de A, mas julgando tratar-se de um boneco que lá tinha sido mandado colocar pelo realizador, põe o automóvel a andar, degolando A, que teve morte imediata.

***Quid juris?***

Conduta de A:

Há uma ação jurídico-penalmente relevante da parte de A, pois atacar outra pessoa é um comportamento controlável pela vontade do agente. Esta conduta está tipificada no artigo 143o (ofensas à integridade física simples). Verificam-se todos os elementos objetivos da tipicidade: A é o agente, B é o objeto, a conduta é o ataque, o bem jurídico em causa é a integridade física, o resultado é a ofensa à integridade física.

Sendo um crime de resultado, dever-se-ia apurar da imputação objetiva deste à conduta de A: B sofreu ferimentos vários como consequência da ação de A, pelo que há causalidade natural. Há também causalidade adequada, pois era expectável ao homem médio, colocado na posição do agente, que, ao agir daquele modo, se verificasse aquele resultado. Pela teoria do risco há também imputação objetiva do resultado à conduta de A, uma vez que este criou um risco não permitido através do seu ataque, que acabou por se concretizar no resultado (que são os ferimentos vários).

Quanto aos elementos subjetivos da tipicidade, encontra-se o dolo direto (artigo 14o/1), uma vez que o agente não só representou o facto ilícito, como agiu com intenção de o realizar.

A viu em legítima defesa de terceiro: acredita que há uma agressão atual e ilícita pré-preparadas por B contra a senhora idosa, agressão esta que ofende a integridade física (ou, no limite, o direito à vida da senhora, dada a notável veracidade com que B parece atuar). Por acreditar que está num motim, seria impossível recorrer eficazmente à força pública, pelo que o ataque de A a B é considerado o único meio eficaz de repelir a dita agressão (e há proporcionalidade entre o interesse lesado e o interesse defendido).

Sabendo que A está a ver a agressão a decorrer e quer repeli-la, há *animus defendendi,* estando então verificamos tanto os pressupostos objetivos como o subjetivo da legítima defesa (artigo 32o), o que determina a exclusão da ilicitude do comportamento de A (artigo 31o).

Todavia, A está em erro quanto aos elementos da causa de exclusão da ilicitude, na medida em que a agressão não era real, pois fazia parte do guião de um filme, mas o agente desconhecia este facto (há, então, legítima defesa putativa). Deste modo, aplica-se o disposto no artigo 16o/2 e exclui-se o dolo do agente, não podendo este ser punido ao abrigo do artigo 143o (ofensa à integridade física).

De acordo com o artigo 16o/3, fica ressalvada a punibilidade da negligência. Assim, o agente poderia ser punido pelo crime previsto no artigo 148o, se estiverem reunidos os elementos da negligência. Dificilmente se pode argumentar que há negligência inconsciente, pois o homem médio, colocado na posição do agente, não conseguiria prever que aquela não era uma agressão real, até porque é dito que o realizador filma do alto (logo, não é fácil qualquer pessoa se aperceber que se trata de uma filmagem). Pode argumentar-se que as roupas das personagens (por se tratar dos anos 70) levariam o agente a concluir que aquela não seria uma situação real.

Se não se aplicasse a questão da legítima defesa, dever-se-ia perguntar se há aqui alguma causa de exclusão da culpa. A única que, em abstrato, poderia atuar seria o estado de necessidade desculpante. Porém, não há um perigo atual que permita concluir por esta hipótese.

Conduta de C:

Se se concluir que há negligência da parte de A: C age em legítima defesa alheia (como A não agiu em legítima defesa, ainda que acreditasse que sim, não se pode argumentar que não há legítima defesa contra legítima defesa). A sua ação (dar um soco a A) está tipificada no artigo 143o, mas visto que não há excesso de defesa e que aquele era o meio adequado a repelir a agressão contra B, a única solução é excluir a ilicitude do comportamento de C (artigo 32o), não sendo este punido pela prática daquele facto (artigo 31o).

Se não houver negligência da parte de A: eventualmente, C não pode atuar ao abrigo da legítima defesa porque não há uma agressão ilícita da parte de A (não havendo negligência, não há ilicitude), mas pode atuar outra causa de exclusão da ilicitude. Outra causa que poderá eventualmente atuar era o direito de necessidade (se se concluir que não há requisitos para este, pode aplicar-se uma causa de justificação supralegal que é o estado de necessidade defensivo, que não pressupõe uma agressão atual e ilícita, nem exige que o interesse a salvaguardar seja sensivelmente superior). Só no caso de não haver, se passar para a culpa. Ou então, aplica-se a figura do erro na legítima defesa alheia.

Conduta de A:

A conduta de A está tipificada no artigo 131o (homicídio), porém, este é um crime de resultado (a morte, resultado este que não se verificou. Todavia, ainda que não haja desvalor do resultado, o desvalor da ação mantém-se, devendo, então, o agente ser punido por tentativa (artigo 22o/1).

O agente age com dolo direto quando dispara a arma, pois quer acertar em C (artigo 14o/1), verificando-se assim o elemento subjetivo da tentativa. Quanto ao elementos objetivo, verifica-se que este também está presente, pois o agente praticou atos de execução idóneos a produzir o resultado típico (artigo 22o/2/b).

Não se verificam causas de exclusão da ilicitude (não pode atuar a legítima defesa porque o meio não é o necessário, por não ser o único possível nem o menos gravoso de todos os existentes). Mais uma vez, A parece agir em legítima defesa (desta feita, defendendo os seus interesses e não interesses de terceiro), pois há uma agressão atual e ilícita (aparentemente) que ofende os seus interesses juridicamente protegidos, como é a liberdade. Porém, não há legítima defesa contra legítima defesa (e C estava, efetivamente, a atuar ao abrigo da legítima defesa, o que faz com que o seu comportamento não seja ilícito e, consequentemente, também não o seja a sua ação). Assim sendo, não pode excluir-se a ilicitude do comportamento de A.

Além disto, ainda que a ação de C fosse ilícita, verificar-se-ia excesso de defesa, não podendo, de igual modo, excluir-se a ilicitude do comportamento de A (artigo 33o/1). Este excesso adviria, fundamentalmente, da desproporcionalidade dos interesses defendido e lesado (liberdade e vida, respetivamente), mas também do meio utilizado: disparar uma arma contra alguém que desferiu um soco é um meio exagerado de repelir uma agressão.

Havendo excesso, não pode excluir-se a ilicitude do comportamento de A. Poder-se-ia excluir a culpa? Sabendo que este excesso não deriva de medo, susto ou perturbação não censuráveis, não é também excluída a culpa da sua conduta. O agente é imputável, não há um erro sobre a ilicitude do seu comportamento nem qualquer outra causa de exclusão da culpa em sentido estrito, pelo que o comportamento do agente é, em princípio, punível. O que tem de ser não censurável são os estados emocionais, no sentido de não ser razoável exigir do agente outro estado emocional (para tal utiliza-se o critério do homem médio).

Desde logo, a pena prevista para o crime consumado (homicídio) é superior a 3 anos, estando assim preenchido o requisito do artigo 23o/1.

Como esta se trata de uma tentativa impossível, pois o meio utilizado não é idôneo a produzir o resultado (pois é uma arma que apenas tinha pólvora seca), o agente só não será punido se for manifesta a inaptidão do meio utilizado (artigo 23o/3). Para se apurar a clareza da inaptidão do meio, recorre-se ao critério da impressão, que determina que se fosse previsível a um observador médio que o meio era inidóneo a produzir o resultado, o agente não é punido.

Se se considerar que todas as pessoas à volta daquele acontecimento são figurantes, pode, à partida, concluir-se que aquele meio é inidóneo a provocar a morte de C. Todavia, não se sabe se todos os presentes são, efetivamente, figurantes e, mesmo que o fossem, nem todos o viram a pegar na arma (ou seja, nem todos poderiam saber que era parte do cenário e não que era uma arma que o agente trazia consigo). Mais, qualquer pessoa (observador médio) consideraria o disparar de uma arma um meio idóneo a causar a morte do objeto da conduta.

Dito isto, sabendo que há desvalor da ação, o agente deve ser punido por tentativa de homicídio.

Conduta de D:

A conduta de D está tipificada no artigo 131o. No entanto, quando age, D encontra-se em erro sobre os elementos de facto, uma vez que não representa que quem se encontra debaixo do carro é A, mas sim um boneco. Não há identidade típica dos objetos (uma pessoa viva e um boneco inanimado não são tipicamente idênticos), pelo que se aplica o disposto no artigo 16o/1, excluindo-se o dolo.

O agente poderia ainda ser punido se se verificassem os pressupostos da negligência, mas tal não acontece: naquelas circunstâncias, i.e., na rodagem do filme, não parece razoável considerar que o homem médio previsse que o que se encontrava debaixo do carro era, na verdade, uma pessoa e não um boneco, ainda para mais tendo o realizador incitado ao atropelamento. Ou seja, havendo a ordem do realizador, durante as filmagens, para atropelar *alguém,* o homem médio não teria possibilidade de prever que o que estaria a fazer seria matar uma pessoa verdadeira. Como tal, não há negligência inconsciente, não podendo D ser punido.

Mesmo que se desconsidere o anteriormente dito, defendendo-se que se viu os pés de A debaixo do carro, D deveria ter-se certificado que era efetivamente um boneco, o agente continuaria a não ser punido, pois atua ao abrigo de uma causa de exclusão da culpa, que é a obediência indevida desculpante (artigo 37o).

Ora, D é um funcionário do realizador que, ao atuar, desconhece que a ordem dada por este conduz à prática do homicídio. Visto que D representou que o que ali estava era um boneco, não se pode afirmar que a prática deste crime lhe era evidente no quadro das circunstâncias que representou. Como tal, D não age com culpa, não podendo então ser punido.

Conduta do realizador:

O autor é autor mediato do crime de homicídio de A, pois agiu por intermédio de D (artigo 26o/2ª proposição) determinando a vontade deste através do erro que, como se viu, exclui tanto o seu dolo como a sua culpa. Desta feita, de acordo com o artigo 26o, o realizador será punido nos termos do artigo 131o.

**18 de Maio de 2016**

**VIII**

**Concurso de normas e concurso de crimes**

O problema do concurso de crimes existe sempre que o **comportamento global imputado ao agente, seja ele uma unidade ou pluralidade de ações, preenche mais do que o tipo legal de crime** (tal resulta do **artigo 30o/1**).

**Distinção entre concurso aparente e concurso efetivo**

Por exemplo: A cometeu o **crime de furto** e mais tarde resolve **destruir a coisa** que furtou para afastar suspeitas.

Para ***Figueiredo Dias***, neste caso, há um **concurso aparente**, pois apesar de haver duas normas que se podem aplicar a esta situação (crime de furto – 203o – e crime de dano – 212o), existe um certo tipo de relação entre elas. Assim, a aplicação de uma delas é excluída pela outra. Ou seja, a punição por uma das normas permite responsabilizar o agente pela lesão dos bens jurídicos em causa e esgota o conteúdo ilícito do facto. No fundo, a **substância criminosa do comportamento é abarcada pela aplicação de apenas um dos tipos legais que se podem aplicar** (esta é a noção de concurso aparente).

Com o crime de furto violou-se o direto de propriedade. Com o crime de dano apenas se continua a violar o direito de propriedade. Para F.Dias, o facto novo (destruir a coisa) não ocasiona ao ofendido um dano novo, porque não se dirige a um novo bem jurídico. O professor escolhe, então, punir, o agente apenas pelo crime de furto, considerando o crime de dano um mero facto posterior não punível.

Para ***Tereza Beleza***, neste casohá um **concurso efectivo** de crimes e, por isso, o agente deve ser punido pelo crime de furto e pelo crime de dano. No concurso efetivo, **as normas que se aplicam à situação não se excluem mutuamente, devendo ser todas aplicadas** (neste caso, ambas as normas). O que caracteriza este concurso é que a previsão não esgota o conteúdo ilícito do facto.

Tereza Beleza afirma que no crime de dano é também posto em causa o direito de propriedade, mas de uma forma mais radical, porque se o agente destruir a coisa não há qualquer hipótese de o proprietário vir a recuperá-la.

Já com o crime de furto, o proprietário perde a posse da coisa e pode exercer, eventualmente, o seu direito de propriedade através de uma ação de restituição ou reivindicação. Assim, a segunda conduta do agente traduz-se numa lesão mais grave do direito violado, pelo que se se punisse o agente apenas pelo crime de furto se iria abarcar todo o conteúdo do ilícito praticado pelo agente.

1. **Concurso verdadeiro ou efetivo**

A propósito do concurso efetivo, muitas vezes fala-se em **concurso real** e **concurso ideal**.

O concurso efetivo é ***real*** quando **à** **pluralidade de crimes cometidos corresponde uma pluralidade de ações** (como sucede no exemplo anterior, em que há duas condutas).

Já no concurso ***ideal***, **à pluralidade de crimes cometidos corresponde uma unidade de ação**. A ***aberratio ictus***é um exemplo de concurso efetivo ideal (tentativa do crime que visou realizar + crime que realizou na forma negligente). Há uma única ação que preenche dois tipos de crime, que devem ser punidos para abarcar a ilicitude do comportamento.

Quanto a esta classificação entre concurso real e ideal, o ***Professor Figueiredo Dias*** defende que não deve haver autonomização do concurso ideal face ao concurso real, porque para efeitos jurídico-penais, o concurso ideal deve ser equiparado ao concurso real.

**Concurso heterogéneo:** quando se preenchem diversos tipos de crime; quando há uma pluralidade de tipos violados (mais uma vez, o exemplo do crime de furto e de dano).

**Concurso homogêneo:** quando há uma pluralidade de violações do mesmo tipo.

Exemplo: alguém põe uma bomba num sítio e mata 5 pessoas.

No concurso verdadeiro aplica-se os vários tipos de crime que foram praticados e, de acordo com o **artigo 77o**, faz-se uma ponderação entre os vários crimes e a pena não é a soma de todas as partes aplicáveis, mas tem como limite essa soma. Face a este artigo, fala-se em **cúmulo jurídico mitigado**. Mas, se houver a figura do crime continuado, aplica-se o **artigo 76o**.

1. **Concurso aparente**
2. Factos posteriores não puníveis
3. Relação de consunção
4. Relação de subsidiariedade
5. Relação de especialidade

Há uma grande discrepância na Doutrina sobre a distinção entre os concursos aparentes, mas, como refere ***F.Dias***, tal não é particularmente grave porque, no fundo, o significado da distinção que se faz é muito mais conceitual-classificatório do que prático-normativo.

O que tem relevância prática é a distinção entre concurso aparente e concurso verdadeiro e já não tem relevância o averiguar dentro do concurso aparente o tipo de relação existente se ele morresse. Tanto melhor, uma vez que seria mais difícil.

**Se se está perante um concurso aparente e se punir de acordo com as regras do concurso efetivo, há uma violação do princípio consagrado no artigo 29o/5 CRP, pois, de acordo com este, não se pode punir uma pessoa mais do que uma vez pelo mesmo facto ilícito.** Apesar de não ser necessária a distinção das várias categorias, tal distinção auxilia na resolução do caso prático.

1. **Facto posterior não punível**

De acordo com ***F.Dias***, há um facto posterior não punível **quando a infração subsequente apenas se apropria ou aproveita das utilidades de uma infração penal passada, sem que haja um novo dano que se dirija a um novo bem jurídico.**

Exemplo: o crime de dano é a infração subsequente que não tem qualquer valor autónomo face à infração anterior, que é o crime de furto.

Para ***Teresa Beleza*** esta categoria enquadra-se o conceito de relações de consunção em sentido amplo.

1. **Relação de consunção**

Aqueles **casos em que a relação de um tipo de crime inclui, por norma, a realização de um outro crime e por isso, também por regra, a norma que prevê o crime menos grave deve considerar-se excluída**.

Exemplo: a relação existente entre **furto qualificado com introdução em casa alheia** e o **artigo 190o** (violação do domicílio), pois o furto pode ser cometido sem ser com introdução em casa alheia, mas há má forma frequente de cometer o furto, que é através de introdução em casa alheia. Por isso, face ao **artigo 204o/f**, o **furto qualificado consome o artigo 190o**.

Na consunção há duas distinções a fazer:

* **Consunção Pura:** quando a realização do tipo de crime punido mais gravemente inclui a realização de um outro tipo de crime punido mais levemente e, por isso, a norma que prevê o crime mais grave é excluída;.
* **Consunção Impura:** o crime mais grave acompanha um crime menos grave, portanto, a realização de um tipo de crime punido mais levemente inclui a realização de outro crime punido mais gravemente. Neste caso, a norma que em princípio consumiria a outra não deve ser aplicada. Pelo contrário, deve ser aplicada a pena que esteja na norma consumida.

Para o ***Professor Silva Dias*** há uma relação de consunção quando a relação entre as normas no que diz respeito ao seu campo abstrato de incidência é caracterizável como heterogénea, ou seja, **os factos que representam a violação de uma norma são totalmente diferentes dos que implicam a violação da outra**. Porém, apesar dessa total independência, devido a um fundamento teológico-valorativo, o concurso não é efetivo.

1. **Relação de subsidiariedade**

Existe **quando o legislador expressamente ou implicitamente pretende que uma norma só se aplique quando o agente não puder ser responsabilizado por outra norma mais grave.**

Exemplo: A pede a B que mate C, pagando-lhe *x*. Mas, além disto, A também participa na execução do crime. Portanto, A é tanto instigador como autor. Nesta situação, fala-se em relação de subsidiariedade porque a incriminação como instigador só intervém de forma subsidiária/auxiliar quando o facto não seja punido por outra norma mais grave (que, neste caso, é a autoria).

A subsidiariedade é ***implícita*** quando não resulta da lei, mas da interpretação; é ***expressa*** quando resulta da própria lei. Ou seja, é a lei que condiciona a aplicação de um preceito à não aplicação de outro.

Exemplo: nos **crimes de perigo** (como o é o **artigo 291o**) só é aplicada quando a pessoa não for punida por um crime de dano.

1. **Relação de Especialidade**

Existe, por exemplo, entre o **artigo 136o e o 131o** ou também entre o **132o e o 131o**. O 136o é especial, pois os elementos que fazem parte de uma norma, neste caso o 131o, incluem-se necessariamente na outra norma (neste caso, o 136o). O 131o surge como uma espécie de crime-base: o artigo 136o é construído com base no 131o.

O que acontece nestes casos é que **se afasta a aplicação da norma geral e aplica-se a norma especial**.

**Hipótese** (estilo exame):

A, sob o efeito de um ataque de sonambulismo, agrediu o marido C, atirando-lhe um cinzeiro à cabeça, para evitar que a situação pudesse repetir-se e, eventualmente, com consequências mais graves. A consultou o seu médico, B, a quem contou o sucedido e pediu um medicamento que pudesse eliminar os riscos de uma repetição. B, que amava A em segredo, viu ali uma oportunidade de se livrar de C. Então, deu a A um medicamento perfeitamente inócuo, dizendo-lhe que se o tomasse, não voltaria a ter problemas.

Nessa mesma noite, A, novamente sob o efeito do sonambulismo, pegou numa pistola que, no entanto, não chegará a carregar, e apontou-a a C. Este, que acordou no preciso momento em que A estava a apontar-lhe a pistola, só teve tempo de lhe dar um violento empurrão, que a projetos para trás e fez bater com a cabeça num dos móveis do quarto. A ficou paraplégica para o resto da vida.

Alguns dias depois, contava C a um amigo, D, o sucedido, quando este, no meio da conversa, lhe disse: “esse tipo merece morrer. Se fosse comigo, matava-o”. Aquela frase, a que na altura C nem deu muita importância, nos dias seguintes surgiu-lhe vezes sem conta na cabeça, até que finalmente decidiu matá-lo. C sabia que quando estava de serviço, B jantava num pequeno restaurante perto do hospital. Elaborou, então, o seguinte plano (que nessa mesma noite pôs em prática): ofereceu a um dos arrumadores de carro, que sempre estavam ali por perto, 50 euros para que fosse ao restaurante dizer a B que se dirigisse à rua porque lhe estavam a rebocar o automóvel.

O arrumador, E, que viu C com um pau na mão, desconfiou das intenções deste. Mas C “descansou-o” com mais 100 euros e dizendo-lhe que era só para dar a B um pequeno corretivo. E, que acreditou em C, ainda pensou “mesmo que venha a descobrir-se o que fiz, não posso ser punido. Afinal, é ele que lhe vai bater. Eu só vou dizer uma pequena mentira e, que eu saiba, isso não é crime.”

Quando B saiu do restaurante e se dirigiu rapidamente ao automóvel, C, que o esperava atrás de uma árvore, deu-lhe uma violentamente pancada na cabeça e desatou a fugir. E, que assistiu a tudo, reparou que B ainda estava vivo, mas decidiu nada fazer para o ajudar, pois pensou que se ele morresse, tanto melhor, uma vez que seria mais difícil ligá-lo ao que aconteceu. Efectivamente, B acabou por falecer mais tarde.

**Determine a responsabilidade jurídico-criminal dos intervenientes.**

Z

Conduta de B:

Como não há ação por parte de A, este é considerado autor mediato, pois utiliza aquela como instrumento. Então, B é punido por tentativa de homicídio.

Mas esta é uma tentativa impossível porque o meio utilizado não é idôneo a produzir o resultado (porque a arma não estava carregada). Esta tentaria é punível porque a inidoneidade do meio não é manifesta (artigo 23o/3). B age com dolo direto de homicídio.

Conduta de C:

**Quanto a A:** não se pode dizer que há legítima defesa, porque não há uma ação jurídico-penalmente relevante da parte de A. Não há direito de necessidade porque não se pode impor a A que fique paraplégica (não há objetivamente sensível superioridade do bem jurídico a salvaguardar, pois não se pode impor a A que abdique do seu direito de defesa).

Pode excluir-se a ilicitude mediante a aplicação do estado de necessidade defensivo (causa de exclusão da ilicitude supra-legal), que é uma figura híbrida entre a legítima defesa e o direito de necessidade. Este aplica-se quando não se pode aplicar a legítima defesa porque não há agressão nem se pode aplicar o direito de necessidade porque não se verificam os requisitos.

Não há um perigo atual para C, porque a arma não está carregada. Aplica-se o artigo 16o/2, excluindo-se o dolo.

**20 de Maio de 2016**

**Correção do Teste Intermédio II**

S não pratica uma ação jurídico-penalmente relevante, pois não tem consciência dos sinais objetivos de perigo. Ainda que pudesse considerar-se uma ação relevante, sempre seria atípica por inexistência de dolo ou negligência (2,5 valores).

B é autora de uma tentativa impossível, por inidoneidade do meio. É autora material – instigadora – (e não mediata) pois não chega a haver efetiva instrumentalização através de erro jurídico-penalmente relevante da parte de S (3 valores).

B não seria, contudo, punida pela tentativa impossível, pois desistiu voluntariamente da mesma nos termos do artigo 24º/1. Deveria ainda ser discutida a punibilidade da tentativa impossível à luz do critério que decorre do artigo 23º/3 (teoria da impressão) (3,5 valores).

O artigo 24º/2 só se aplica depois da tentativa e Hugo actuou logo antes de todo este processo de tentativa de homicídio se desencadear, pelo que o artigo aplicável é o 24º/1.

H não tem qualquer responsabilidade criminal, não sendo sequer cúmplice, quer porque não contribuiu materialmente para a realização do facto típico, quer porque não tem dolo duplo, que é pressuposto da cumplicidade (3,5 valores).

A é instigador de B (não é autor mediato porque não há coação relevante), sendo punido por tentativa impossível do crime de homicídio de Z (a desistência de B não se estende a A). (3 valores).

Pode dizer-se que é uma situação de autoria mediata tal como prevista pela Professora Conceição Valdágua. Dever-se-ia referir todos os requisitos, incluindo que B submeteu a sua vontade à vontade de A até ao último momento.

Z preenche os tipos do crime de dano e de furto qualificado por introdução em casa alheia, mas está em erro acerca de um estado de coisas que, a existir, excluiria a ilicitude. Aplica-se o artigo 16º/2, que exclui o dolo. Como os tipos legais destes crimes não são punidos na forma negligente (artigo 13º), Z não tem qualquer responsabilidade criminal (3,5 valores). Não era sequer preciso verificar se estavam reunidos os pressupostos da negligência precisamente porque os tipos de ilícito não prevêem a punibilidade da negligência.

**Hipótese:**

A, durante uma crise de sonambulismo, introduziu-se em casa de B, seu vizinho. Ainda no interior da casa, foi despertado pelas badaladas de um antigo relógio de parede. Assustado, pôs-se em fuga, destruindo pelo caminho uma valiosa jarra chinesa, que se encontrava sobre a mesa. Insatisfeito, B denunciou os factos ao MP, que acusa A da prática dos crimes de violação de domicílio (artigo 190º) e dano (artigo 212º).

1. **Diga se concorda com a acusação formulada pelo MP.**
2. Imagine agora que na hipótese anterior, B, ao ouvir passos dentro de casa e julgando tratar-se de um assaltante, pegou numa pistola e disparou na direção de onde vinha o barulho. O tiro, porém, não atingiu A, mas, ao sair por uma janela, acabou por ferir C, que se preparava, no momento em que foi atingido, para disparar ele próprio sobre D. C acabou por morrer, uma vez que, sendo hemofílico, não resistiu à perda de sangue provocada pelo tiro.

**Determine a responsabilidade criminal de B.**

1. Quando se introduziu no domicílio de B, A estava sob uma crise de sonambulismo, pelo que esta não é uma ação jurídico-penalmente relevante. Assim sendo, não pode ser punido pelo crime previsto no artigo 190º.

Quanto ao crime de dano: A não age com dolo, mas age com negligência inconsciente: ainda que não tenha previsto que poderia partir a valiosa jarra, numa situação de fuga dentro de uma casa mobilada, há sempre a possibilidade de que algo se parta (sendo tal até expectável pelo homem comum). Assim sendo, o comportamento de A é típico. Porém, não está prevista a punibilidade deste crime quando praticado na forma negligente, pelo que o agente não será punido (artigo 13º). Pode até considerar-se que não há sequer negligência inconsciente, pois acorda assustado numa casa estranha e foge assustado (automatismo).

1. Há uma situação de *aberratio ictus*: B pretende acertar em A, mas falha e acerta em C. B será punido por tentativa de homicídio de A e homicídio de C, na forma negligente (concurso efetivo).

Pode ser punido pela tentativa de homicídio de A? O tipo está preenchido: há dolo e atos de execução.

B parece atuar em legítima defesa, mas este argumento não se aplica, pois não havia da parte de A uma ação jurídico-penalmente relevante. Não pode sequer aplicar-se a figura do direito de necessidade (artigo 34º), pois ainda que B acreditasse existir um perigo atual que ameaçasse os seus interesses juridicamente protegidos, não há sensível superioridade do interesse a salvaguardar (que é o património, pois B julgava tratar-se de um ladrão) relativamente ao interesse sacrificado (que é a vida de A). Assim sendo, não se exclui a ilicitude da conduta de B.

Poderia, no entanto, excluir-se a culpa, se B acreditasse que o suposto assaltante o poderia matar (artigo 35º). Porém, tal hipótese nunca se verificaria, pois, mesmo que acreditasse naquilo, B estaria em erro sobre os pressupostos de facto da causa de exclusão (pois A não era nem assaltante, nem pretendia matá-lo). Assim, aplica-se o artigo 16º/2 e exclui-se o dolo de B.

Visto que não há tentativas negligentes, não se poderia punir B.

Quanto a C: não há interrupção do processo causal só por C ser hemofílico: um tiro é sempre idóneo a produzir o resultado morte, independentemente dessa condição de saúde.

O facto de C ter uma arma apontada a D significa apenas que B actuava em legítima defesa de terceiro sem saber que o fazia (não se verificam os elementos subjetivos). Esta inexistência de elementos subjetivos é irrelevante, a menos que se trate de um crime negligente. Como B seria punido pelo homicídio de C na forma negligente, não chega a ser punido.

1. Estes dois últimos elementos só são relevantes para os crimes de resultado. [↑](#footnote-ref-2)
2. Por exemplo: ***homicídio*** - da conjugação do artigo 131º com o artigo 22º resulta que está presente o tipo da tentativa do crime de homicídio (é este o tipo indiciário com que vamos trabalhar). Por outro lado, Se não existisse o artigo 27º (cumplicidade) não se poderia responsabilizar o cúmplice, pois o artigo 131º só prevê a punição do autor material. [↑](#footnote-ref-3)
3. Se é colocado em perigo um único bem jurídico, há um crime de perigo singular; se forem colocados em perigo vários bens jurídicos, tem-se um crime de perigo comum (por exemplo: artigo 272º). [↑](#footnote-ref-4)
4. Na realidade, é possível resolver estes casos apenas com recurso à *teoria condicio sine qua non*: mesmo que o agente tivesse tido o comportamento lícito, o comportamento verificar-se-ia no mesmo tempo, modo e lugar. Assim, não pode haver imputação objetiva de responsabilidade, uma vez que, retirando aquela ação, o resultado subsistiria, o que significa que não há causalidade. [↑](#footnote-ref-5)
5. **Bárbara Sousa e Brito, aqui, não segue a posição da Professora Conceição Valdágua** por considerar que não há uma instrumentalização do autor imediato como acontece na autoria mediata. [↑](#footnote-ref-6)
6. Porém, neste caso, não pode ser punido porque não há furto negligente, pois não há esta previsão na Parte Especial do CP (artigo 13º). Assim, a menos que se adote a concepção de Rui Pereira, Amadeu não será punido. [↑](#footnote-ref-7)
7. Não se pode dizer *causas de justificação da ilicitude.* [↑](#footnote-ref-8)
8. Bárbara Sousa e Brito concorda. [↑](#footnote-ref-9)
9. Não há dados na hipótese que indiquem que há dolo de morte. Ou seja, nada indica que, ao dar a sova àquela pessoa, o agente se tenha conformado com o resultado morte. [↑](#footnote-ref-10)
10. Há uma parte da Doutrina que considera que o fundamento da punibilidade é o desvalor da ação. [↑](#footnote-ref-11)