

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE NOVA DE LISBOA

2º SEMESTRE – 3º ANO

2018-2019

TEORIA DO CRIME

PROFESSORA DOUTORA ANA BÁRBARA SOUSA BRITO



ANTÓNIO PAULO LOPES GARCIA

INÊS FELDMANN MOTA PIMENTEL CARREIRO

TEORIA DO CRIME

Professora Doutora Ana Bárbara Sousa Brito

Inês Carreiro e António Garcia

NOÇÕES GERAIS

→ **MÉTODO DE AVALIAÇÃO:** exame (50%) + teste (50%)

→ **BIBLIOGRAFIA:** Figueiredo Dias, vol. II Pizarro Beleza, Taipa de Carvalho, Fernanda Palma que lançou uma nova edição agora (mas não interessa porque ela não gosta da gaja). Capítulo 4 do tomo II do Costa Pinto, *A categoria da Punibilidade na Teoria do Crime*, só para a matéria da evolução da teoria do crime na nossa OJ. Comentário do professor Paulo Pinto de Albuquerque ao código penal para tirar dúvidas.

MATÉRIA

EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA TEORIA DO CRIME



Como nos diz o professor Figueiredo Dias, princípio hoje indiscutivelmente aceite em matéria de dogmática jurídico-penal e de construção do conceito de crime é o de que todo o direito penal é **direito penal de facto**, não direito penal do agente. E num duplo sentido: no de que toda a regulamentação jurídico-penal liga a punibilidade a tipos de factos singulares e à sua natureza, não a tipos de agentes e às características da sua personalidade; e também no de que as sanções aplicadas ao agente constituem consequências daqueles factos singulares e neles se fundamentam, não sendo formas de reação contra uma certa personalidade ou tipo de personalidade.

Tendo isto em mente, para melhor entendermos o estado atual das coisas, é fundamental estudarmos a história que está por trás da evolução da teoria da infração. A teoria geral do crime aparece pela primeira vez nos tratados de direito penal no século XVI, através de *Tiraqueau* que já definia crime através da distinção dos seus elementos que depois vamos encontrar na chamada escola clássica. Este autor via o **crime como um facto ilícito e punível, praticado com dolo ou negligência**.

Escola Clássica

A formulação que se denomina de clássica é a que a teoria do crime tem em *Liszt*, em finais do século XIX e inícios do século XX. Esta chama-se de clássica porque foi a **primeira formulação perfeita desenvolvida**. Podemos dizer que todas as posteriores vêm desta primeira, assistindo-se a uma espécie de evolução da teoria da escola clássica.

Importa aqui falar da **evolução do pensamento filosófico** que influencia decididamente as várias escolas, ou a sua base. Filosoficamente, Liszt era um positivista, o que significa que acreditava que a realidade é dada pela experiência. Os positivistas negam a metafísica e acreditam que o saber não pode ir para além da realidade. Este é um dado importante, porque como filósofo positivista que era, **Liszt entendeu que o crime é uma realidade no mundo da experiência e os elementos que o constituem são parte dessa realidade, devendo fazer-se uma distinção material desses elementos.**

Neste sentido, Liszt considerava haver quatro elementos do crime: **ação, ilicitude, culpa e punibilidade.**

Quanto à **ação**, Liszt adotava um conceito naturalístico de ação, segundo o qual, a ação se traduz num **movimento corporal que leva a uma transformação no mundo exterior estando este movimento e essa transformação ligados por um nexo de causalidade.** Como iremos ver, ao desenvolver esse elemento, chama-se a este conceito de ação de conceito causal de ação.

Contudo, não bastava provar a existência de uma ação, era necessário provar a **ilicitude** que, nesta altura, consistia na **contrariedade a uma norma jurídica e era constituída apenas pelos elementos objetivos do crime.**

Já os chamados elementos subjetivos do crime como o dolo e a negligência, nesta formulação ainda faziam parte da **culpa** e, por isso, **todos os processos anímicos e espirituais que se desenrolavam no interior do autor ao praticar o crime pertenciam à culpa.** O dolo consistia na vontade de realizar o facto, enquanto que a negligência consistia na deficiente tenção da vontade, que não permitia ver a realização do facto. Assim, **o dolo e a negligência eram formas de culpa,** pois a culpa era apenas a ligação psicológica entre o agente e a ação.

Por último surge o elemento **punibilidade** que correspondia ao **conjunto de elementos adicionais, geralmente objetivos, que permitiam distinguir determinado crime de outros atos ilícitos e culposos.**

Como iremos perceber, as várias escolas também tiveram a sua evolução. Assim, dentro de cada escola, nomeadamente da clássica, há também uma grande evolução. Isto é relevante porque em 1901 surge um autor muito importante, *Beling*.

Beling faz uma alteração profunda na teoria geral do crime porque introduz um novo elemento, a tipicidade. Introduziu-o com a sua monografia “teoria da infração”. Em termos gerais, vem dizer que para haver um crime é necessário que também haja uma **correspondência ou conformidade do facto praticado com a previsão da norma incriminadora.** Assim, a tipicidade é a existência de correspondência entre o facto e um tipo legal.

Já na altura **este autor distinguiu dois conceitos de tipo** que continuam a ser essenciais: conceito de tipo indiciário ou provisório e o conceito de tipo essencial ou definitivo. O conceito de **tipo indiciário ou provisório abrange apenas as circunstâncias incluídas na norma incriminadora** e por isso, sempre que o facto corresponde às

circunstâncias descritas na previsão da norma, verifica-se a tipicidade desse facto. Por seu lado, o conceito de **tipo essencial ou definitivo** abrange o conjunto de elementos constitutivos do crime, isto é, abarca todas, mas mesmo todas, as circunstâncias de que depende a consequência final e, por isso, **além das circunstâncias descritas pela norma incriminadora inclui também as circunstâncias que têm a ver com a ilicitude ou com a culpa, e chega mesmo a incluir os elementos das normas processuais.**

Beling faz isto na sua monografia e **Liszt, principal autor da escola clássica, recebe e adere a este conceito.** Quando Liszt acolheu como elemento do crime a tipicidade, resolveu colocá-lo no fim da definição de crime: facto ilícito culposo punível e típico. Contudo, nas últimas edições do seu tratado, já coloca a tipicidade logo a seguir à ação e **crime passa a ser uma ação típica, ilícita, culposa e punível.**

Porque é que há esta hesitação de Liszt? Quando resolve por a tipicidade no fim está a pensar no conceito de tipo essencial, mas quando o passa para segundo elemento já está a pensar no tipo indiciário. Ora, a partir daqui o conceito de tipo passa a ser essencial na teoria do crime e por isso, importa referir alguns conceitos relacionados com o tipo que são fundamentais. Atualmente o crime é definido, para a maior parte da doutrina, como uma ação típica, e o tipo surge como tipo indiciário criado por *Beling*, mas este conceito que agora usamos como segundo elemento do crime, para além de abranger os elementos constitutivos do tipo legal, abarca também as circunstâncias que vêm descritas nas chamadas **normas extensivas na punibilidade** e que estão na parte geral do código penal. Um exemplo destas normas é a norma que prevê a tentativa. Esta é uma norma extensiva da punibilidade ou da tipicidade, visto que se ela não existisse a tentativa não poderia ser punida de todo.

Para além desta distinção entre tipo indiciário e tipo essencial, há que distinguir consoante o ponto de referência, o tipo em sentido abstrato do tipo em sentido concreto. **Se o ponto de referência é o facto concreto, se o ponto de análise é o caso concreto, as circunstâncias de que depende a consequência jurídica fazem parte do chamado tipo em sentido concreto** e depois pode ser indiciário ou essencial. Contrariamente, **se o ponto de referência é a previsão da norma incriminadora, estamos a falar do tipo em sentido abstrato**, daí que o ponto de referência seja a própria norma.

Isto é muito importante porque para averiguar se determinadas circunstâncias previstas na lei estão ou não presentes num determinado caso concreto, temos o chamado **método subsuntivo** que consiste **numa operação lógica pela qual o facto concreto se determina como um caso de certa norma.** Assim, o que faremos é saber se o facto concreto se subsume em certa norma através desta operação lógica. Isto faz-se através da interpretação do caso e da interpretação dos conceitos da norma e esta operação lógica é constante, estamos sempre a passar do caso para a norma e da norma para o caso, daí que se fale em técnica subsuntiva.

Há quem critique este método subsuntivo, considerando que implica uma dissociação analítico-objetiva de dois termos, o facto e a norma, e que, além disso, não existe um facto objetivo, o que existe é, através da aplicação do direito ao caso, a

construção de um caso. **Como é que se confronta esta crítica?** Em primeiro lugar, sempre que se critica uma doutrina, neste caso o método subsuntivo, não basta criticar, tem de se propor um método melhor ou alternativo. E esta doutrina não propõe um método alternativo. Além disso, o método subsuntivo também vê o caso penal como um caso em construção, isto porque para conseguirmos subsumir o caso estamos sempre a passar do caso para a norma e da norma para o caso. É claro que nem sempre basta fazer raciocínio subsuntivo, sendo muitas vezes necessário fazer valorações. Mas, ter de fazer valorações por vezes, não é suficiente para se deixar de usar o termo subsunção. Isto porque este termo introduzido por *Kant*, significa saber se algo cai ou não na norma legal.

Ainda a propósito do conceito de tipo, importa termos em conta que existem mais que não vamos estudar aqui na cadeira. Por exemplo o **tipo de garantia**, que será relevante do ponto de vista constitucional e que **abrange todos os elementos que fundamentam positivamente a punibilidade**, com exceção dos elementos negativos.

O conceito de **tipo de ilícito** vai abarcar **todos os elementos de que depende o juízo de ilicitude**. Esse conceito de tipo de ilícito, por sua vez, pode ser indiciário ou essencial. O tipo indiciário abarca só os elementos positivos, que fundamentam a ilicitude, o tipo ilícito essencial irá abarcar para além dos elementos positivos, também os elementos que excluem a ilicitude. O mesmo se aplica ao conceito de **tipo de culpa**.

Escola Neoclássica

O principal autor da escola neoclássica foi *Mezger* e o conceito que assumiu era dominante em 1930. É neoclássico porque é uma continuação do sistema anterior, e não um sistema autónomo. Contudo, além de partir do sistema anterior, parte das críticas ao sistema anterior e procura superá-las. A escola neoclássica é, do ponto de vista da filosofia, neokantiana, e por isso entende, ao contrário dos positivistas, que ao lado do mundo natural, há o mundo da cultura, dos valores, e esses valores são, no fundo, atributos não descritivos da realidade e são uma qualidade que fundamenta uma atitude positiva ou uma atitude negativa. **É importante saber que a escola neoclássica é uma escola neokantiana porque o direito passa a pertencer ao mundo dos valores**. A ilicitude e a culpa já não são comparadas pela sua distinção material, mas são consideradas enquanto valores.

O mais interessante é que **o próprio conceito de ação passa a ser um conceito valorativo**, deixando de ser apenas uma realidade do mundo natural. Para esta escola, o conceito de ação passa a ser o **conceito social de ação**, de acordo com o qual, **ação é o comportamento humano voluntário socialmente relevante**. O próprio conceito social de ação teve uma evolução e esta noção que estamos a referir é considerada a mais perfeita. Atualmente na doutrina, há autores que continuam a defender este conceito social de ação, daí a sua importância.

Quanto ao **tipo**, que passou a existir com *Beling*, deixa de se situar ao lado da ilicitude para se transformar no **tipo de ilícito**. Isto é, o tipo passa a ter a mera missão formal de conter os elementos da ilicitude e surge por isso como uma fundamentação positiva da

ilicitude. Por sua vez, a **ilicitude surge como um desvalor**, para além de conter elementos objetivos, passa a conter por vezes, mas só por vezes, elementos subjetivos. Nesta altura, começa a perceber-se que, para valorar um facto como furto, não bastaria a subtração, passando ser necessário provar a intenção de apropriação.

Mezger distingue **elementos positivos** de **elementos negativos do tipo da ilicitude**. Os positivos fundamentavam o juízo de ilicitude e os negativos seriam os que agora chamamos de causas de exclusão da ilicitude. Outra distinção importante feita pela escola neoclássica, e que continua a ser feita, ainda que noutros moldes, é entre a ilicitude formal e a ilicitude material. A **ilicitude formal** ocorre sempre que houver contrariedade à norma jurídica enquanto que a **ilicitude material** surge quando há danosidade social ou ofensa material dos bens jurídicos.

Assim, **já não interessa apenas saber se o facto é ilícito ou não, e passa a ser importante a gravidade da lesão dos bens jurídicos, a medida do desvalor.**

Quanto à **culpa**, surge uma nova teoria, a chamada **teoria normativa da culpa**. Esta teoria foi desenvolvida por *Frank*, de acordo com o qual, o essencial da culpa era um **juízo de censura** e esse juízo de censura só existiria **se fosse exigível ao agente um comportamento contrário ao adotado e se, além disso, houvesse uma motivação negativa do agente** e, portanto, esta ideia de exigibilidade é meramente normativa. Contudo, apesar de *Frank* ter feito esta evolução, **ainda considerava como formas de culpa, o dolo e a negligência**. Dolo existia quando a pessoa tinha condição para se motivar pelo direito e não o fazia, enquanto que a negligência era quando houvesse falta de atenção no cumprimento do dever de cuidado.

Desta forma, passam a existir **duas importantes valorações na escola neoclássica: a ilicitude e a culpa**. A primeira é uma valoração objetiva em que se analisa se o ato é contrário à ordem jurídica e se analisa a maior ou menor gravidade da ilicitude. A segunda é uma valoração subjetiva que se relaciona com a culpa e tem a ver com a possibilidade ou não de o agente se motivar pelo direito.

Escola Finalista

O principal representante da escola Finalista é *Welzel*. Esta escola surge a partir de 1930, determinou os caminhos da dogmática do crime até hoje e **corresponde, na filosofia, à escola fenomenológica ou ontológica**, de acordo com a qual é possível determinar as formas de ser através do método fenomenológico e ontológico. Quando se fala em formas de ser é no sentido de **essências** e, de acordo com esta ideologia, **os valores não são mais do que essências que existem numa zona da realidade** e por isso não resultam de atos de valoração. Os valores não dependem da valoração, pois existem **independentemente de juízos de valoração**, o que pode acontecer é as pessoas não conseguirem chegar a esses valores. Além disso, o direito deve partir da realidade objetiva, ôntica.

Figueiredo Dias refere, e a professor Bárbara Sousa Brito concorda, que após a segunda guerra mundial ficou claro que o normativismo de raiz neokantiana, base da escola neoclássica, não oferecia garantia bastante de justiça, e por isso, **há que**

substituir a ideia de estado de direito formal pela ideia de estado de direito material e há que tentar limitar a normatividade pela via ontológica, fenomenológica. No período do nazismo, vigoravam leis nazis, apesar de nunca ter chegado a haver um código penal nazi. Havia o direito penal de autor, por contraposição ao direito penal de facto, que é o que existe atualmente. Os finalistas sentiram a necessidade de abandonar o normativismo absoluto promovido pela escola neoclássica porque ficou claro que este não oferecia garantia bastante de justiça dos conteúdos das normas validamente editadas, mesmo que estas obedecessem ao formalismo democraticamente imposto.

Os finalistas defendem que a **ação** é uma **essência que o direito não pode alterar** e por isso existe independentemente do direito. O que passa a ser decisivo é determinar a estrutura dessa ação e, para os finalistas, daí a sua denominação, a **ação é essencialmente finalista**. Quer isto dizer que, para a escola finalista, a ação consiste num **processo causal conduzido pela vontade para determinado fim**. Em suma, a ação humana é uma essência e o central dela é ser uma supra determinação final de um processo causal. A novidade aqui é que o conceito de ação passa a conter a palavra “vontade”.

Como o conceito da ação é final, **quer o dolo quer a negligência passam a ser averiguados logo ao nível da tipicidade**. Ao partir deste conceito final de ação, começa-se a perceber que para afirmar que uma ação é típica temos de ter em conta os elementos subjetivos: **a tipicidade passa a resultar da conjugação do tipo objetivo com o tipo subjetivo**. E, portanto, nos crimes dolosos o tipo só estaria preenchido se houvesse dolo e nos crimes negligentes, o tipo só estaria preenchido com a violação do cuidado necessário. Na escola finalista, a tipicidade surge como uma valoração autónoma da ilicitude. Isto é, **apesar de ser uma valoração indiciária da ilicitude, não deixa de ser autónoma face à categoria da ilicitude**.

Além disso, como a **ilicitude** era uma valoração sobre o ato do Homem, quer na sua vertente objetiva como subjetiva, a ilicitude **passa a compreender dois desvalores: o desvalor da ação e o desvalor do resultado**. O primeiro tem a ver com a vontade ilícita, elementos subjetivos, enquanto que o segundo já tem a ver com o desvalor de lesão do bem jurídico. Ainda ao nível da ilicitude na escola finalista surge a chamada **teoria dos tipos permissivos** que estabelece que quando estes tipos se verificam se exclui a punibilidade.

Quanto à **culpa**, esta, no essencial, é um **juízo de censura pelo facto de o agente não ter agido de outra maneira**. A análise da culpa coincide com as causas de exclusão da culpa em sentido amplo. Quer isto dizer que sempre que se verificasse uma causa de exclusão em sentido amplo, excluía-se a culpa e acabava-se ali a análise. É a **técnica negativa da exclusão**.

Pós-finalistas

Atualmente, a maior parte da doutrina pode ser incluída nos pós-finalistas. Isto porque, a larga maioria da doutrina, tal como os finalistas, considera que o dolo e a negligência são elementos do tipo, não sendo possível dizer que um facto preenche

materialmente o tipo de crime se não houver dolo ou negligência. Consequentemente, a ilicitude, isto é, o tal juízo de contrariedade da ação face à norma jurídica, também só pode ser feito tendo em conta os elementos subjetivos. **Dolo e negligência, deixam de ser apenas formas de culpa, passam a fazer parte do tipo.**

Dentro dos pós-finalistas, encontramos nomes tão importantes como *Roxin* e *Jakobs*. Contudo, dentro desta ideologia, encontramos várias correntes que devem ser distinguidas.

Corrente teleológico-funcional ou racional-final do direito penal

Dentro da escola pós-finalista, temos a chamada corrente teleológico-funcional ou racional-final do direito penal. **Os defensores desta orientação vêm dizer que o sistema do direito penal só se pode guiar pelas finalidades do próprio direito penal.** O que quer isto dizer? Quem defende esta conceção racional-final, vem explicar que só conseguimos chegar ao conceito de direito penal partindo das próprias finalidades do direito penal, nomeadamente das chamadas teorias dos fins das penas, e das bases político-criminais da teoria do crime.

Roxin é que arranca com esta conceção em 1970 através de um estudo sobre as relações entre a política criminal e o sistema do facto punível (sistema do crime). A sua expressão paradigmática vem nos seus tratados que estão sempre a ser atualizados.

Roxin também aponta como defensor desta conceção racional-final *Jakobs*. Este segundo tem uma grande diferença: para *Jakobs* o **direito penal só pode determinar-se em concordância com as teorias dos fins das penas**. O grande defeito é que ao só partir das teorias dos fins das penas, esquece-se que o direito penal é composto por outros princípios e valorações, nomeadamente a culpabilidade e o princípio da culpa.

E por isso, ao contrário de *Jakobs*, *Roxin* **defende que a culpa não deve ser absorvida pelo conceito de prevenção geral positiva, deve existir por si só, através do princípio da culpa e do princípio da dignidade humana**. A culpa deve ser avaliada tendo em conta as capacidades concretas do agente. É por isso que há quem denomine o funcionalismo de *Roxin* como um **funcionalismo teleológico** e o funcionalismo de *Jakobs* como um **funcionalismo sociológico**.

Ainda dentro desta visão funcional racional, há uma corrente onde a **professora Ana Bárbara Sousa Brito** se insere, que considera que um direito penal que se proponha justificar cabalmente as suas propostas normativas como justas e eficazes não pode deixar de considerar os contributos das outras ciências sobre o seu próprio objeto de valoração. Quer-se com isto dizer que **o direito penal não pode ignorar os conhecimentos que as outras ciências têm acerca do seu objeto de estudo que é o comportamento humano, sob pena de não ser realista, nomeadamente a psicologia ou a neurociência**. O direito não surge isolado, é e tem de ser uma ciência interdisciplinar. Apesar de a professora defender esta corrente, isto não significa substituir o direito pelas outras ciências. Significa apenas que as afirmações de valor do direito têm que se basear em dados ontológicos firmes.

A **professora Fernanda Palma** defende algo diferente, dizendo que tem de haver uma imbricação, uma ligação, do direito com a realidade social. **A realidade social tem de ser um instrumento de interpretação do direito.** A professora Ana Bárbara Sousa Brito não discorda, mas acrescenta que não se pode deixar de ter em conta as ciências que estudam o comportamento humano e que nem sempre são conhecidas pela realidade social.

ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DO CRIME

Ação

O primeiro elemento constitutivo do crime é existir uma **ação jurídico-penalmente relevante**. Existem vários conceitos de ação: temos o conceito causal, conceito social, conceito final e conceito pessoal de ação. O conceito de ação aparece pela primeira vez no final de 1857 por **Albert Berner** como pedra basilar do sistema do crime.

A evolução do conceito de ação interessa para conseguirmos perceber melhor o conceito atual de ação. Mas antes de olharmos para isso, há que referir que, para quem defende que a análise do crime deve começar pelo conceito de ação, a maior parte da doutrina está de acordo quanto às funções que o conceito de ação deve cumprir.

Funções do conceito de ação

Um conceito de ação tem de cumprir fundamentalmente quatro funções. Em primeiro lugar há a **função classificatória ou função de elemento básico da sistemática do crime**. Isto significa que um conceito de ação deve abarcar em si todas as formas de comportamento humano que possam ser relevantes para o direito penal. Para além disso, o conceito de ação também deve cumprir a **função delimitadora**, isto é, o conceito de ação deve permitir por si só excluir todos os comportamentos irrelevantes para o direito penal. Por outras palavras, todos os comportamentos que à partida sabemos que não são relevantes para o direito penal têm de ser excluídas pelo conceito de ação.

A terceira função é a **função de definição**. Significa que o conceito de ação tem de ser um conceito com um conteúdo material suficientemente amplo para servir de suporte aos restantes elementos do crime. A existência de uma ação jurídico-socialmente relevante é o suporte ou o ponto de referência de todos os outros elementos e, nesse sentido, tem de ser suficientemente amplo.

A quarta é a **função de elemento de ligação** que significa que o conceito de ação deve ser neutral em relação aos restantes elementos do crime. Se o conceito de ação é a base de todos os outros elementos tem de ser neutral face a estes, sob pena de se confundir face a esses outros elementos.

→ **Figueiredo Dias**

A maior parte da doutrina defende que o conceito da ação é o primeiro elemento do crime. Contudo, o professor Figueiredo Dias considera que o primeiro elemento do crime é a **ação típica** e apresenta dois argumentos para fundamentar a sua posição: em

primeiro lugar, ao direito penal só interessam as ações típicas, pelo que não faz sentido começar pelo conceito de ação por si só.

O segundo argumento de Figueiredo Dias é que **não se pode ou não se consegue chegar a um conceito geral de ação previamente ao tipo**. Para este autor não é possível um conceito de ação que tenha um conteúdo material neutral, geral, em relação aos outros elementos.

Como se refuta estes argumentos? Em primeiro lugar, a professora Ana Bárbara Sousa Brito considera que **é possível chegar a um conceito de ação suficientemente geral para servir de base aos restantes elementos do crime**. Por outro lado, apesar de Figueiredo Dias defender que só interessa a ação típica, é certo que, quando ele se depara com casos como o do sonâmbulo, vai buscar o conceito de ação para excluir a relevância desse comportamento e assim temos a tal função do conceito da ação. Isto é, o autor acaba por também precisar desse conceito, apesar de dizer que não interessa. **A afirmação de que ao direito penal só interessam as ações típicas não é verdadeira.**

A professora Ana Bárbara Sousa Brito considera que esta tese não deve proceder, e temos de ter sempre a ação como substrato, a base de todos os outros elementos necessários. Ao contrário do que Figueiredo Dias pensa, diz-nos que é possível chegar a um conceito de ação e que este é mesmo indispensável já que estabelece o limite da responsabilidade penal, daí a importância prática de saber se há ou não uma ação jurídica penalmente relevante.

Evolução do conceito de ação

Atualmente há um certo acordo, mas o conceito de ação ainda está em construção e gera discussão. Vejamos algumas conceções.

→ Conceito causal

Surgiu com a Escola Clássica e de acordo com este conceito, há uma ação jurídico penalmente relevante quando houver um **movimento corporal que leva a uma transformação no mundo exterior, estando este movimento e essa transformação ligados por um nexó de causalidade**. Chama-se de conceito causal porque é importante saber que a causa da transformação no mundo exterior foi um movimento corporal. Os defensores do conceito causal ainda disseram, sem desenvolver, que o movimento corporal era **causado pela vontade**. Este conceito também é denominado de **conceito naturalístico** porque é uma forma de descrever a realidade, é o que se vê.

Este conceito foi sujeito a várias **críticas**. Desde logo, **não inclui a omissão**, figura central para o direito penal, já que nesta não há nenhum movimento corporal. *Beling* quando ouviu esta crítica refutou-a dizendo que não era verdade, já que na omissão havia a vontade de reter os músculos. *Roxin* discorda, porque muitas vezes o que caracteriza uma omissão é não haver vontade de fazer nada, nem sequer de reter os músculos. Além desta crítica, este conceito causal **é demasiado extenso**, o que é outra fragilidade. Isto porque há muitos comportamentos que refletem a vontade, mas não são jurídico-penalmente relevantes.

→ Conceito Social

Dentro da própria escola, este conceito sofreu alterações, portanto vamos olhar para aquela que foi a sua última formulação. De acordo com o conceito social de ação, **há uma ação sempre que houver um comportamento humano voluntário socialmente relevante**. Parece que a única coisa que este conceito vem acrescentar ao anterior é falar em socialmente relevante, mas não é bem assim.

Temos de entender o que é que esta escola entendia como comportamento humano voluntário. Desde já, fala-se em “comportamento humano”, o que significa que para termos uma ação jurídico-penalmente relevante **tem de ser do Homem**, e não de uma pessoa coletiva por exemplo. A pessoa coletiva não pratica uma ação jurídico-penalmente relevante.

Além de ter de ser praticado por um Homem singular, tem de ser “voluntário”, o que significa que **tem de ser uma resposta a uma situação reconhecida ou reconhecível**. Sempre que estivermos perante uma tomada de posição face a uma exigência situacional reconhecida ou reconhecível há uma ação jurídico-penalmente relevante que pode consistir numa atividade ou numa inatividade. É neste sentido que aparece a palavra voluntário. Por fim, este comportamento humano voluntário tem de ser socialmente relevante. Isto quer dizer que, por um lado, **tem de ter efeitos no exterior**, não bastando a mera intenção, e por outro, **tem de afetar a relação do indivíduo com a sociedade**.

Este conceito social de ação é tão importante que atualmente ainda há autores penalistas que o defendem, nomeadamente **Fernanda Palma e Silva Dias**.

A acrescentar que esta conceção sofreu várias **críticas**. A principal apontada foi que o conceito de ação proposto **não era suficientemente neutral**. O que os críticos vêm dizer é que muitas vezes uma ação é relevante por força da lei e que isso não confere suficientemente neutralidade ao conceito social de ação. O que os defensores vêm **contra-argumentar**, com razão, é que **quando se exige que um conceito de ação seja neutral é no sentido de ser possível afirmar a existência ou não de uma ação independentemente de ela ser típica ou não**. Não é pelo facto de algumas ações só serem socialmente relevantes porque são típicas, que deixamos de poder afirmar a existência de uma ação independentemente da sua tipicidade.

→ Conceito Final

Foi criado pela Escola finalista e o principal representante é **Welzel**. A principal característica da escola finalista é acreditar que existem essências que o direito não pode alterar e considera que a ação é uma dessas essências. Qual é a essência da ação? Para a escola finalista, **a essência da ação começou por ser a existência de um processo causal conduzido pela vontade para determinado fim**.

Por isso, para haver uma ação, era preciso haver três momentos: um primeiro momento em que **o agente antecipa mentalmente o seu objetivo**; no segundo ele **elege**

os meios necessários para prosseguir esse fim/objetivo; e no terceiro momento ele **põe em andamento os processos causais com vista à prossecução dos fins.**

Esta descrição do conceito de ação foi sujeita a **críticas**. Primeiro, se temos de ter um terceiro momento em que o agente “põe em andamento o processo causal”, **este conceito em princípio não abarca as omissões** e, por isso, deixa de fora uma realidade central do direito. Em segundo lugar, parece **não incluir as ações negligentes**, nomeadamente as ações negligentes e conscientes. Na negligência consciente, o agente prevê a realização do facto, mas não se conforma, afasta a ideia. Enquanto que na negligência inconsciente, o agente não prevê a realização do facto, mas podia prever, porque apesar de não ter representado o facto, ele tinha a possibilidade efetiva de o representar. Com base nessa possibilidade, podemos afirmar uma ligação subjetiva entre o sujeito e o facto. Se se descrever a ação jurídico-penalmente relevante desta forma, as ações negligentes dificilmente estarão aqui incluídas.

Face a estas críticas, **a escola finalista corrigiu o seu conceito final** e numa segunda fase vem dizer que quando exigem que uma ação seja final, **não estão a exigir que a ação seja intencional, mas sim que a ação seja conduzida ou conduzível por parte do sujeito**. Simplificando, para haver uma ação final o que tem de haver é a possibilidade de um comportamento alternativo por parte do agente. **Esta é que é a essência da ação: o agente tinha a possibilidade de um comportamento alternativo**. De acordo com esta segunda formulação, no caso paradigmático do sonâmbulo que dá um soco a alguém, o agente não tinha a possibilidade de conduzir a ação, logo não é uma ação jurídico-penalmente relevante. Esta segunda formulação foi melhor aceite.

→ **Conceito pessoal de ação**

O conceito pessoal de ação tem como principal defensor **Roxin**, mas já tinha surgido em 1966 com **Arthur Kaufmann**. Para **Roxin**, ação é a **exteriorização da personalidade do agente entendida como unidade de corpo e espírito**. O que é que isto quer dizer? Exteriorização significa que a conduta está sujeita ao controlo do eu, mas **Roxin** diz que além de ser esta realidade ôntica, traduz-se sempre numa **valorização social**. Portanto este conceito pessoal de ação acaba por ser também um conceito social.

Uma das **críticas** a que este conceito de ação foi sujeito foi que, dito desta forma, **este conceito parece dar a entender que só há ação quando ela for culposa**. Isto porque se exige que haja uma exteriorização da personalidade e na culpa há uma valorização da personalidade do agente. Contudo, a professora Ana Bárbara Sousa Brito discorda porque diz que uma coisa é a exteriorização da personalidade e outra é saber se se traduz ou não num desvalor dessa personalidade.

→ **Conceito de ação de Jakobs (conceito negativo de ação)**

Jakobs vem dizer que a ação surge como inevitabilidade de uma diferença de resultado. O que é que significa? Para Jakobs, **todo o comportamento que for evitável, é uma ação jurídico-penalmente relevante e um comportamento será evitável se for conhecido ou cognoscível pelo agente**.

→ Quais são os pontos comuns a todas as teorias?

O que há de comum a todas estas teorias é a **ideia de controlabilidade, evitabilidade, dirigibilidade**. Sempre que se tenha um comportamento humano controlado ou controlável pelo eu, pelo sujeito, pelo agente, há uma ação jurídico-penalmente relevante.

Quando é que temos um comportamento controlável? A única forma de dar uma resposta fundamentada, verdadeira quanto aos factos, é se se tiver em conta o que as outras ciências que estudam o comportamento humano dizem acerca desta matéria. Entre as várias disciplinas que têm este objeto de estudo, é a neurociência que tem alcançado os resultados mais importantes, não só pela sua novidade, mas pela influência que passou a ter nas outras ciências.

→ O que é que a neurociência descobriu acerca desta matéria?

Libet fez uma experiência muito importante. Ele participava em várias operações ao cérebro e percebeu que quando tocava no dedo de uma pessoa na operação, a pessoa não acusava logo, demorava algum tempo, pouco, mas demorava a dizer que estava a sentir o toque no dedo. Perante esta constatação, **Libet** passou a ter como objetivo saber se o mesmo se passava com as nossas decisões. Então, o que ele fez foi pedir a várias pessoas que fossem para uma sala e, tendo os seus cérebros ligados a uma máquina que media a atividade média que se passa no cérebro, pedia-lhes que dissessem onde estava o ponteiro do relógio quando decidissem levantar o pulso. Ora, com esta experiência, **Libet** descobriu que as pessoas diziam que decidiram levantar o pulso 350 milésimos de segundo depois de terem decidido levantar o pulso. Esta atividade elétrica, este RP, dava-se nessa altura. E depois, entre o dizer que se tinha decidido levantar o pulso e levantar o pulso passavam 200 milésimos de segundo. Isto levou à conclusão de que é o nosso inconsciente que toma a decisão e depois há uma altura em que tomamos consciência dessa mesma decisão.

Houve muitas pessoas que disseram que **Libet** veio demonstrar que não temos livre arbítrio uma vez que é o inconsciente que decide. É claro que esta descoberta tem uma grande relevância para o direito penal. O que **Libet** demonstrou e ele próprio afirma isso, é que não nega o livre arbítrio, o que descobriu é que **as pessoas quando decidem atuar decidem de forma inconsciente, mas há uma altura em que tomam consciência da sua decisão e podem continuar ou vetar essa decisão**. O que continua a ser um grande problema é que não sabemos se esse vetar a ação é determinado inconscientemente, mas, e o **Libet** diz que, apesar de não poder provar, não é inconsciente.

O neurocientista português António Damásio veio criticar esta conclusão, afirmando que não interessa que se demore 200 milésimos de segundo para tomar consciência, não é por aqui que se avalia o livre arbítrio, mas antes mediante a capacidade de pensar. Se repararmos bem, entre o momento em que tomamos uma decisão e o momento em que a executamos, ou mesmo entre o momento em que começamos a pensar num assunto e efetivamente decidimos, podem passar horas, dias meses, senão mesmo anos e este cientista afirma que é aqui que se vê o livre arbítrio e esta é a melhor prova da

sua existência. *Libet* concorda que as decisões podem demorar muito mais do que aquelas milésimas de segundo, mas há sempre uma altura em que a pessoa decide e executa essa decisão e é este decidir final que é tomado de forma inconsciente, tendo em conta a experiência que acima foi descrita.

A neurociência ocupa-se das ações voluntárias, em que o agente, por si só, decide agir. Em direito penal não é assim, porque, além de punirmos as ações voluntárias neste sentido, vamos punir as pessoas que não representam o facto, mas têm a mera possibilidade de o representar. O médico que atua negligentemente numa operação vai ser punido, bastando fazer prova de que ele tinha a possibilidade de representar esse resultado. É por isso que o direito penal se debruça sobre ações que nem a neurociência se debruça. É por isso que temos a questão da ação controlada ou controlável, dirigida ou dirigível.

Tem de ser uma possibilidade real de controlo da ação, também não basta qualquer coisa. Se o controlar dá-se com a consciência, uma ação será controlável se a pessoa tiver a possibilidade de a representar.

Caso prático 1. B dá um encontro a A e este cai sobre C que parte uma perna. Pode A ser responsabilizado pelo crime de ofensa à integridade física?

A não tinha sequer possibilidade de controlar a ação, pelo que não praticou uma ação jurídico-penalmente relevante. É uma **ação sob vis absoluta**.

Caso prático 2. Amadeu, condutor de um camião que viajava há três dias seguidos, parando só para comer, com o intuito de chegar mais cedo a casa, já perto de Coimbra, deixou-se adormecer ao volante e nesse estado acabou por embater no carro de Carlos, provocando a sua morte. *Quid juris?*

O momento relevante é aquele em que o A se apercebe que está cansado e mesmo assim continua a conduzir. Quando se dá o embate não há ação, ele está a dormir, não há controlo. O momento relevante não é a altura em que lesa o bem jurídico, mas no momento em que se apercebe que está com vontade de dormir e decide continuar a conduzir porque nesse momento tinha a possibilidade de prever a lesão e, portanto, tinha a possibilidade de a controlar. Esta é considerada uma **ação livre na causa**. Em princípio, este será um caso de negligência inconsciente.

Ação e Omissão

Omissão cabe no mesmo género da ação?

Quando falamos em conceito de ação jurídico-penalmente relevante, a maior parte da doutrina considera que se está a pensar na **ação em sentido amplo**. Isto quer dizer que o conceito de ação abarca quer as ações em sentido estrito, quer as omissões. **Uma das grandes discussões é saber se a omissão faz ou não parte do género comportamento humano.**

Para uma parte da doutrina, nomeadamente *Welzel* e, entre nós, **José de Sousa e Brito**, a omissão só faz sentido dentro do género comum à ação e omissão. Isto quer

dizer que **a omissão cabe no género comportamento humano e deve ser vista como uma realidade que tem existência no mundo exterior ao lado da ação**. A professora Ana Bárbara Sousa e Brito concorda e diz-nos que desta posição decorre que para haver omissão, o agente tem de ter capacidade de agir, de adotar uma ação alternativa.

Outra parte da doutrina, nomeadamente **Mezger** e, entre nós, **Eduardo Correia**, entende que **a omissão não existe como realidade no mundo exterior e que deve ser encarada como uma negação da ação**. Isto é, para estes autores, a omissão é um produto, um juízo por parte do julgador. Dentro desta corrente há quem defenda a chamada **teoria lógica ou normativa da ação esperada**, segundo a qual a omissão continua a ser um juízo efetuado por quem julga a ação ao relacionar o que aconteceu com a conduta esperada. Por outras palavras, a omissão será um produto avaliado consoante a ação que, naquela situação, deveria ter sido tomada.

Quais são as **críticas** que se pode fazer a esta parte da doutrina? Quem faz este juízo, do qual resulta a existência de uma omissão é o julgador. Será que faz sentido o direito penal efetuar valorações sobre juízos em vez de sobre os comportamentos do arguido? Mas a principal crítica vem da chamada **doutrina subjetiva da negação** que é a doutrina que está na base desta corrente (de *Mezger* e Eduardo Correia). Esta doutrina subjetiva da negação deve ser substituída pela chamada **doutrina diferenciada da negação**.

Numa palavra, **a doutrina subjetiva da negação traduz a negação na expressão “não ser isto”**. É a negação que se deve defender. Por outro lado, **de acordo com a doutrina diferenciada da negação há uma diferença entre “não ser isto” e “ser não isto”**. A afirmação “A não salvou B” pode ser verdadeira, não só porque o A nunca teve sequer oportunidade de salvar o B ou porque A podia salvar e não o fez, mas só significará que A omitiu salvar B se A teve o comportamento humano de não salvar B. Portanto “não ser isto” é diferente de “ser não isto”. **Para a doutrina subjetiva da negação a omissão é o não ser isto, não é uma ação, é um juízo. Já para a doutrina diferenciada da negação, a omissão só faz sentido se for vista dentro do mesmo género da ação, que é ser não isto, é um comportamento humano.**

Doutrina subjetiva da negação

- omissão é um juízo, não uma ação (“não ser isto”)



Doutrina diferenciada da negação

- omissão está dentro do género da ação (“ser não isto”)

Contudo, há ainda uma parte da doutrina, nomeadamente **Roxin**, que **entende que o sistema penal e os seus conceitos derivam só de valorações jurídico-criminais** e, por isso, a ação e a omissão são equiparáveis enquanto valorações. Para Roxin, a ação traduz-se numa exteriorização da personalidade como já vimos, mas este conceito é, para ele, um conceito valorativo. Ele não defende, na sua base, um conceito ôntico.

O mesmo para **Jakobs**, funcionalista, que tende a concluir que **ação e omissão não são distinguíveis na perspetiva da competência desempenhada pelo agente na interação social**. Isto quer dizer que para *Jakobs* o que importa é identificar, quer na ação como na omissão, estruturas comportamentais identificáveis socialmente. E,

portanto, a definição de comportamento humano não é naturalística, mas centra-se na significação social dos comportamentos.

Há ainda uma outra corrente, a do Professor **Figueiredo Dias** que nos diz que, como não há uma base comportamental no crime, tende a integrar na categoria do tipo, a ação e a omissão. Para este, **ação e omissão são duas formas de realização do tipo**. Por isso, se começarmos logo pela valoração-tipicidade, a tipicidade inclui ação e omissão que são equiparáveis. São formas específicas da realização típica.

Esta discussão, que parece demasiado teórica, não é tão teórica quanto isso. Isto é visível porque este autor estuda a omissão no final do manual, como uma forma alternativa de surgimento da ação e não no mesmo capítulo em que se estuda a ação. Como iremos ver, se estivermos perante uma omissão, a partir desse momento, a análise do crime vai ser diferente pelo que saber se é ou não omissão não é irrelevante na prática.

Desde logo, porque dentro das omissões há que distinguir entre omissão pura ou própria e a omissão impura ou imprópria. As **omissões puras ou próprias** serão aquelas que **independentemente do resultado integram o tipo**, caso da omissão de auxílio prevista no **artigo 200º**. Por sua vez, as **omissões impuras ou impróprias** são **aquelas que estão relacionadas causalmente com o resultado** e, de acordo com o **artigo 10º nº2** não é qualquer pessoa que preenche o tipo de omissão. Só pode ser punido por uma omissão impura, a pessoa ou pessoas sobre as quais recai um **especial dever de agir**. Será o caso do pai que tem de ajudar o filho que está a afogar-se. Se assim não fosse, a restrição que o direito penal impunha à liberdade dos cidadãos seria enorme já que a qualquer altura podia qualquer pessoa ser acusada de um crime por omissão impura.

Como é tão difícil distinguir na prática se há uma ação ou uma omissão, *Roxin* chegou a criar uma figura que ele chama **omissão por ação**. Um exemplo é **quando a pessoa empreende uma atividade de salvamento, mas no último momento desiste de salvar**. É o caso de um nadador salvador que vai ajudar a pessoa, mas quando chega lá percebe que é o seu pior inimigo e desiste de o salvar.

Critérios para saber se é omissão ou ação

Independentemente de sabemos se a ação ou omissão fazem parte do mesmo género, **há critérios que a doutrina propõe para saber se estamos perante uma ação ou uma omissão**.

Engisch diz que **para haver ação tem de haver dispêndio de energia**, que não existe na omissão. Para a professora Ana Bárbara Sousa Brito, não está cá a essência do crime omissivo: nele até pode haver um grande dispêndio de energia.

Arthur Kaufman dizia que, sempre que houver uma dúvida no caso concreto sobre a existência de ação ou omissão, a omissão só deve ter relevância quando aquele comportamento não puder ser encarado como ação. É uma espécie de subsidiariedade da figura da ação: **a omissão só pode ser afirmada quando não houver ação**. A

professora Ana Bárbara Sousa e Brito crítica esta tese por entender que isto não é bem um critério já que não nos diz o que é a ação ou o que é a omissão.

Stratenwerth, Roxin e Figueiredo Dias, partindo da tipicidade, vêm dizer que o que importa é a forma de criação do perigo para o bem jurídico tutelado pela norma em causa. Estes autores defendem que **na ação o agente cria ou aumento um perigo, enquanto que na omissão o agente não afasta um perigo.**

Há ainda quem fale noutro critério, dizendo que **na ação há uma intervenção modificadora da situação por parte do agente**, enquanto que na omissão não existe essa intervenção modificadora.

Especial dever de agir

Para considerarmos que determinada pessoa tem um especial dever de agir, surgiram dois critérios: o critério formal ou teoria formal dos deveres de garante e o critério material.

→ Critério formal

O **critério formal ou teoria formal dos deveres de garante** estabelece que podem ser três as fontes do especial dever de agir: **lei, contrato ou ingerência**. Sempre que de acordo com a lei, com um contrato ou com base na ingerência, o agente tenha um especial dever de agir, a omissão poderá ser punida. Como iremos aprofundar, a ingerência traduz-se numa ação perigosa precedente criada pelo omitente.

Este critério enfrentou várias críticas e encontra-se hoje abandonado quer pela jurisprudência quer pela doutrina. A principal crítica foi que ele não consegue proporcionar, ou não consegue abarcar todas as situações em que deve haver um especial dever de agir. Vejamos o exemplo da *babysitter*.

Imaginemos uma *babysitter* que tem um contrato verbal com um casal para tomar conta do seu filho até à meia noite. A essa hora os pais não aparecem e a *babysitter* vai embora, deixando a criança sozinha que acorda, cai e parte uma perna. *Quid juris?* De acordo com o critério formal, a partir da meia noite deixou de haver contrato, logo a *babysitter* deixaria de ter especial dever de agir e a sua atuação não poderia ser punida, o que parece descabido. Assim sendo, **este critério falha porque não abarca todas as situações em que há especial dever de agir em sentido material**. Concluímos que é um critério insuficiente porque deixa de fora situações que deviam estar incluídas.

→ Critério material

Face às fraquezas do critério formal, surge a defesa do chamado **critério material**. Considera-se material porque **este critério vai permitir ligar a infração do dever especial de agir a um sentido de ilicitude material face à nossa ordem jurídica**. Ou seja, tem de haver um critério que permita distinguir a relevância jurídica da relevância meramente ética, mas tem de vir do conceito de ilicitude material, daquilo que faz sentido punir face ao direito penal existente.

Quem apresentou este critério foi **Armin Kaufmann**. Foi com base neste critério que quase todas as teorias acerca desta questão atuais foram construídas, sendo, no fundo, variantes da concepção por este apresentada. De acordo com este autor, **deve haver uma divisão bipartida da posição do garante** (quem tem o especial dever de agir). O primeiro bloco engloba os casos em que há o dever específico de assistência a um titular de bens jurídicos independentemente da fonte de perigo. No segundo bloco, a posição de garante resulta do dever de vigiar uma fonte de perigo independentemente do titular do bem jurídico em casa. Assim, **o dever de garante pode advir do dever específico de assistir àquele titular de bens jurídicos ou do dever específico de vigiar um certo perigo**. Vejamos cada um destes blocos.

- **dever específico de assistência a um titular de bens jurídicos independentemente da fonte de perigo**

O dever específico de assistência a um titular de bens jurídicos pode derivar de uma de três fontes. Pode derivar da chamada **solidariedade natural para com o titular do bem jurídico apoiada num vínculo jurídico**. É a solidariedade natural que um pai tem para com o seu filho, apoiada num vínculo jurídico que é a relação familiar. Por outro lado, esse dever específico de assistência pode também resultar de **uma estreita relação de comunidade devida ou de proximidade**, como a relação entre pessoas que vivem juntas, união de facto, amigos ou entre vizinhos. Por fim, esse dever específico de assistência pode resultar de **uma assunção fática voluntária de deveres de custódia**. Estes serão os casos dos professores, baby-sitter, instrutor de condução, instrutor de natação, o polícia relativamente ao cidadão, e muitos mais.

Todos os autores concordam com estas três fontes. Apesar de não ser unânime, a maior parte da doutrina acrescenta uma quarta fonte: **as relações de comunidade de perigos** que são as situações em que há um conjunto de pessoas que decide em conjunto efetuar uma atividade perigosa no pressuposto de que se alguém estiver em perigo, as outras ajudam. Por outras palavras, **são relações entre grupos, que assumem riscos acrescidos no pressuposto de que ajudarão caso alguém fique em perigo**.

O professor **Figueiredo Dias** considera haver razão suficiente para que esta categoria seja autonomizada em relação às que já identificamos. Aqui é o carácter arriscado do empreendimento, conjuntamente reconhecido e aceite, que cria em cada um dos participantes um dever de garantia face a todos os restantes. Isto não significa, obviamente, que o dever de garante nasça integralmente da existência da comunidade, antes só dentro destes três pressupostos ou requisitos:

- Existência de uma **relação estreita e efetiva de confiança**;
- que a tal **realidade de perigos exista** realmente e não seja apenas presumida;
- que esteja **em perigo um bem jurídico concreto**.

Imaginemos que três pessoas decidem em conjunto fazer uma escalada e, a certa altura, uma delas escorrega. As outras duas têm um especial dever de agir? Em princípio sim, mas segundo o professor Figueiredo Dias temos de ver em concreto os

pressupostos. Se aquelas pessoas não se conheciam, não há a tal relação estreita. Seria necessário que tivessem combinado previamente que tinham de ajudar.

A **professora Fernanda Palma** vem dizer que só pode haver responsabilização nestes casos se fosse previsível para o agente a responsabilidade inerente à sua atividade. Para esta professora, tal **só existirá se houver uma auto vinculação de responsabilidades ainda que implícita por parte do agente**. Portanto, se houver uma situação em que não se possa admitir que o agente aceitaria o dever de ação se fosse confrontado com esse dever antes de iniciar a atividade, não há especial dever de agir.

Se dois amigos vão esquiar para um sítio perigoso e há uma avalanche, ficando um deles soterrado e só podendo o outro salvá-lo com algum risco pessoal, a professora Fernanda Palma considera que não é aceitável equiparar a omissão de socorro à ação causal de homicídio, à ação de matar. O amigo não tinha como prever aquela situação.

Este é o panorama quanto ao primeiro bloco de *Armin Kaufmann*, em que há o dever específico de assistência ao titular de bens jurídicos.

- **Dever específico de vigiar uma fonte de perigo, independentemente do titular do bem jurídico em causa**

Passemos agora ao segundo bloco, em que há um dever específico de vigiar uma fonte de perigo independentemente do titular do bem jurídico em causa. Este dever também pode ter várias fontes. Pode derivar de um **comportamento prévio perigoso**, que se chama **situações de ingerência**. Isto porque tenho o dever de vigiar uma fonte de perigo sempre que for eu a causa desse perigo.

Há uma discussão na doutrina de saber se esse **comportamento prévio perigoso pode ser uma conduta lícita ou terá de ser sempre uma conduta ilícita**. Imaginemos que alguém para se defender de uma arma, dá um soco no dono da arma e este fica caído no chão e precisa de ajuda. Quem atuou a legítima defesa tem o dever de vigiar os perigos que advêm do seu próprio comportamento perigoso? Há autores que defendem que sim e outros que defendem que não há especial dever de agir.

A **professora Fernanda Palma** considera que caso a pessoa tenha atuado em legítima defesa, não tem qualquer dever de agir porque não ultrapassou a sua esfera de liberdade de ação própria, não adquirindo, por isso, qualquer responsabilidade sobre os bens da esfera privada de outrem. Contrariamente, o **professor Figueiredo Dias** considera que nestes casos de legítima defesa, poderá haver especial dever de agir.

Aliás, para o professor Figueiredo Dias esta fonte só não coloca a pessoa numa posição de garante quando o seu facto precedente se contém dentro dos limites do risco permitido; como também quando, ultrapassando-os, todavia não é o risco assim criado, mas um outro, que se precipita no resultado típico; ou quando a conexão do risco deva ser negada por o comportamento prévio não caber no fim de proteção da norma.

Contudo, há uma situação que a professora Fernanda Palma considera que, apesar de a situação prévia ter sido ilícita, há especial dever de agir. Imagine-se que alguém está a guiar o seu carro e, a certa altura, os travões deixam de funcionar. Ela não

consegue travar e atropela umas pessoas que estavam no passeio. Em princípio não há aqui nenhuma ação jurídico-penalmente relevante porque se a pessoa não consegue controlar o carro, não pode controlar a ação (a não ser que pudesse prever, ou houvesse algum aviso no carro). A professora Fernanda Palma considera que quem tem um carro, tem o dever de vigiar essa fonte de perigo. Assim, para esta autora, dependerá qual o comportamento legítimo perigoso que está em causa, comparando a legítima defesa e a avaria no carro. Neste segundo, não faz sentido ser a outra pessoa a suportar o risco da intromissão do dono do carro na esfera dela, mesmo que tenha sido involuntária.

Outra fonte é o **âmbito social de domínio**, cujo fundamento material é o facto de a **comunidade poder confiar em que quem exerce um poder de disposição sobre um âmbito de domínio ou sobre um lugar determinado, que se encontram acessíveis a outras pessoas, deve também dominar os riscos que para estas podem resultar de estados ou de situações perigosas**. É o caso do controlador aéreo que tem o dever de vigiar aquela área ou o de qualquer pessoa que possua um estabelecimento comercial ou uma instalação tendo o dever de conservar as condições de segurança no sentido de controlar os perigos que podem advir dessa instalação, de um estádio ou de uma piscina. Também a responsabilidade do produtor pelo produto entra aqui.

Por último, pode resultar do **dever de vigiar a ação de terceiros por parte de quem exerce sobre esse terceiro um poder de domínio ou de controlo**. Cabem aqui todas as situações dos pais que assumem perante os filhos o dever de vigiar os perigos que advém dos próprios filhos, os instrutores de qualquer espécie que devem vigiar os perigos que advém dos seus alunos, ou a situação de um elemento da força armada de direção que tem o dever de vigiar os perigos que advenham dos inferiores.

Há um autor alemão, **Otto**, que diz que haverá posição de garante e, portanto, **haverá especial dever de agir sempre que a expectativa da ação por parte do agente tenha tal peso, que a sua violação signifique um dano à sociedade tão grave como a lesão do bem jurídico através da ação**. No fundo o que estamos a decidir é até onde é que deve ir a solidariedade. O que se discute é até onde é que se deve exigir a solidariedade humana.

O **professor Figueiredo Dias** propõe a conjugação das teorias material e formal. No fundo, propõe uma **conceção material formal**. Este autor vai buscar a ideia de **solidariedade natural para com o outro**, a principal fonte do especial dever de agir e, nesse sentido, é um critério material. Contudo, Figueiredo Dias diz-nos que isto não basta e que é preciso que essa solidariedade natural tenha **apoio num vínculo jurídico**. Ele retira esse vínculo jurídico ao sentido da ilicitude material. Quer isto dizer que **quando face a um certo tipo de crime se chegar à conclusão que o desvalor da omissão corresponde no essencial ao desvalor da ação, então, a solidariedade natural passa a ter um apoio na norma do ilícito**.

Esta forma de referir as fontes do especial dever de agir estão, de certo modo, relacionadas com a posição do alemão Otto que, como vimos, defende que quando o dano que aquela conduta causa à sociedade é significativo ou é tão grave como a lesão daquele bem por ação, deve haver equiparação entre ação e omissão. Contudo, a

professora Ana Bárbara Sousa Brito considera que Figueiredo Dias vai mais longe, porque explica quando é que ele acha que esse dano é tão grave ao ponto de ser comparado com ação ao ir buscar o conceito de solidariedade natural.

Ao impormos o tal especial dever de agir ao agente, vamos estar a restringir a liberdade desse agente porque caso ele não cumpra esse dever, ele vai ser punido pelo crime de resultado. No fundo, **O professor Figueiredo Dias concretiza melhor, é mais exigente, já que exige não só que ao nível do tipo haja equiparação entre omissão e ação, mas também que essa equiparação se baseie na ideia de solidariedade natural, não bastando que seja possível equiparar em termos de dano.**

Uma **discussão da doutrina** a propósito deste bloco (situações em que há dever de vigiar a fonte de perigo) é **saber se existe ou não especial dever de agir nas chamadas situações de monopólio**. A situação de monopólio caracteriza-se por ser uma situação que surge do acaso, é acidental, instantânea e é também uma situação limite porque **o agente é a única pessoa que está em posição de evitar o resultado e evitá-lo não exige grande esforço**.

O caso paradigmático é o do agente que está sozinho na praia, o mar está completamente calmo, sem ondulação e há uma pessoa desconhecida que se está a afogar. A única coisa que o agente tem de fazer é entrar na água e dar o braço à pessoa que se está a afogar para a salvar, sendo que é o único que está em posição de o fazer. Tem de agir ou não? É punido se não agir?

Por um lado, há uma parte da doutrina que entende que o agente em situação de monopólio só tem dever moral de agir, sendo que deveres ético-morais não são fontes de direito. Por outro lado, outra parte da doutrina entende que nestes casos faz sentido haver um especial dever de agir. Contudo, há que analisar a posição de alguns autores da nossa doutrina que têm algumas variações.

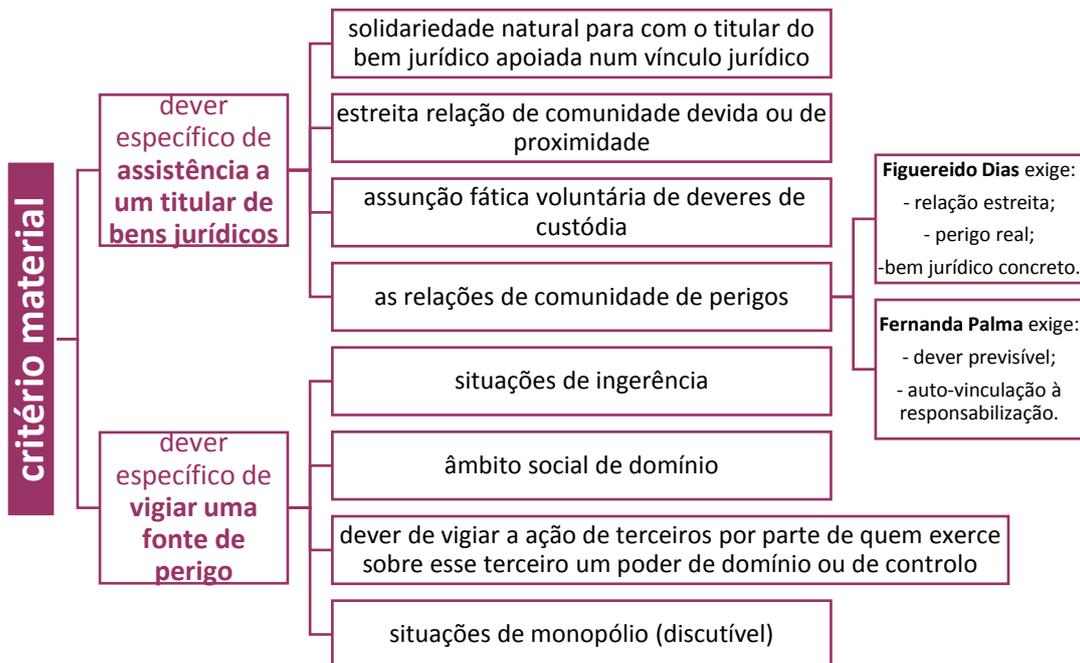
A professora **Ana Bárbara Sousa Brito** considera que está ligado à **solidariedade natural**, e que o direito deve exigir solidariedade nesse caso uma vez que o agente não se coloca em perigo e é a única pessoa em posição de afastar o resultado.

Para a professora **Fernanda Palma não há dever de agir** porque entende que não se pode ficcionar que o agente tenha aceite o dever de evitar a morte de outrem nestas situações. O que defende é que **quando se vai passear à praia não se está à espera que apareça uma situação dessas, e, portanto, não podemos dizer que há uma auto vinculação ao dever de evitar a morte de outrem**. Contudo, ela dá uma situação em que acha que já há especial dever de agir. Imaginemos que A acompanha B ao hotel para ter relações sexuais contratadas anteriormente e o B vem a ter um ataque cardíaco e o A sai do quarto, sendo que o B morre por falta de assistência. A professora Fernanda Palma acha que, nestes casos, a pessoa já aceitou implicitamente o dever, já se auto vinculou à responsabilidade pelo outro.

O professor **Figueiredo Dias defende que há especial dever de agir** e ainda vai mais longe e diz que não é preciso que seja uma situação em que só uma pessoa pode agir, basta que seja um grupo de pessoas rigorosamente definido. Se houver três pessoas

capazes de evitar o resultado e ninguém fizer nada, são todos punidos por homicídio por omissão. Assim, os pressupostos são que haja **i) uma situação de domínio fático absoluto, ii) um perigo para o bem jurídico iminente e iii) a pessoa ou grupo de pessoas determinado tenha a possibilidade de intervir sem ter de incorrer numa situação de perigo.** Assim, seria uma situação de monopólio na mesma se estivessemos em aula, a professora sente-se mal, tendo todos os alunos um especial dever de agir.

Esquemmatizando:



Caso prático 3. Uma rapariga ficou grávida e ocultou o facto a todos. Quando sentiu as dores do parto, fechou-se no quarto da sua residência e não pediu nem aceitou a possível ajuda da sua irmã. Nascida a criança, não laqueou o cordão umbilical nem desobstruiu as vias respiratórias do recém-nascido, o que ocasionou a sua morte. *Quid juris?*

Em primeiro lugar é preciso saber se há ou não uma ação jurídico-penalmente relevante, o que parece haver já que foi controlada pela vontade e mesmo que não se provasse que era controlada, era pelo menos controlável. Temos uma ação em sentido estrito ou uma omissão? Na ação o agente cria ou aumenta o risco, enquanto que na omissão, a pessoa não diminui o risco que já existe. Do ponto de vista do tipo de crime, o relevante é ela não ter ido ao hospital, não ter chamado pela irmã, não ter laqueado o cordão umbilical e não ter desobstruído as vias respiratórias do recém-nascido.

Chegando à conclusão que houve uma omissão, a próxima preocupação é saber se há ou não especial dever de agir. O critério aplicável neste caso seria o dever de assistência ao bebé por solidariedade natural apoiada no vínculo jurídico. Assim, havia especial dever de agir, ela não agiu, logo pode ser punida pelo crime de infanticídio por omissão.

Caso prático 4. A e B estavam a trabalhar num andaime a 5 metros do solo quando este último, vítima de um choque elétrico que o projetou para trás, empurrou A fazendo-o cair do andaime. A ficou gravemente ferido. B, emigrante brasileiro em situação ilegal, receando vir a ser descoberto, decidiu fugir do local sem prestar qualquer auxílio ao A. Determine a responsabilidade criminal de B na hipótese de A vir a falecer por não ter sido tempestivamente auxiliado.

A ação de empurrar o B em resultado do choque elétrico não é uma ação jurídico penalmente relevante porque não era possível um controlo por parte do agente. É uma **ação vis absoluta**, no sentido em que **é um ato em que o próprio corpo da pessoa não tem qualquer vontade, é um mero instrumento, uma massa inerte**.

Se A tivesse morrido com a queda não havia qualquer ação relevante do B. Contudo não foi isso que aconteceu já que o A cai, precisa de ajuda, e o B, por receio, foge. Ora, esta segunda ação (fugir, não prestando qualquer auxílio) já é jurídico penalmente relevante, uma vez que é o B que decide não fazer nada. Há uma omissão porque há risco para a vida do A e o B, podendo, não diminuir o risco.

Neste caso há um especial dever de agir? Porquê? Sim porque apesar de não ter qualquer responsabilidade, é o seu comportamento que cria o risco objetivamente, é um caso de ingerência. Não faz sentido correr o risco na espera do A. Assim, apesar de ser um comportamento lícito não deixa de ser um comportamento prévio, perigoso, objetivo que é fonte do dever de agir.

O facto de encontrarmos mais do que uma fonte de especial dever de agir não é problemático. Podíamos também discutir se era situação de monopólio ou não, se fosse o único que podia ajudar ou mesmo pela existência de uma estreita relação de comunidade de vida ou de proximidade que existe entre colegas de trabalho. Podíamos falar também numa assunção fática voluntária de deveres de custódia. Quantos mais argumentos existirem, maior probabilidade de provar o especial dever de agir.

Fim do caso

Ainda a propósito do especial dever de agir, importa ter em conta a **discussão da doutrina de saber se é ou não constitucional o artigo 10º nº2 código penal por equiparar a ação à omissão com base no especial dever de agir**. Isto porque para a maior parte da doutrina, o especial dever de agir deve ser determinado pelo critério material. Assim fica em causa o princípio da legalidade, concretamente no que diz respeito à tipicidade que estabelece o princípio da determinabilidade da norma jurídica.

A professora **Bárbara Sousa Brito** considera que **é constitucional** porque entende que ação e omissão são realidades que se inserem no mesmo género comum de comportamento humano. Ao nível ontológico, quando o legislador diz “quem matar outrem” está a prever matar quer por ação quer por omissão e por isso **o artigo 10º nº2 vai atuar como uma cláusula restritiva** e a interpretação restritiva em direito penal é permitida.

Quem não equipara a ação à omissão e considera que esta última é um juízo de valor, tem mais dificuldade em defender que mesmo recorrendo a um critério material, temos uma norma determinada. Também concordam com a constitucionalidade da norma em questão, mas o fundamento tem de ser outro. O professor **Figueiredo Dias**, como defende uma teoria material formal, acredita que o carácter da determinabilidade da norma não é posto em causa, o núcleo essencial está lá.

Tipicidade

A partir do momento em que se chega à conclusão de que há uma ação jurídico-penalmente relevante, o próximo passo é averiguar se essa ação é típica. Como já sabemos, quem criou a figura da tipicidade foi **Beling**, no âmbito da escola clássica.

Afirmar que uma ação é típica significa que aquela conduta se integra, se subsume, a um determinado tipo legal de crime. Este conceito de tipo, usado na análise do crime, é um conceito de tipo indiciário. Como já foi referido, no **tipo indiciário**, diferente do tipo essencial, o que queremos averiguar é se determinada conduta está conforme determinado tipo legal porque abrange as circunstâncias descritas na previsão do tipo legal. Contudo, o nosso tipo indiciário na área do crime é **mais amplo** do que o de *Beling* porque nesta altura **cabem também no tipo indiciário aquelas circunstâncias que se encontram nas chamadas normas extensivas da punibilidade ou tipicidade.**

Quando estamos perante um caso de tentativa ou de participação criminosa, o tipo a considerar é o tipo que resulta do tipo legal conjugado com essas normas extensivas que preveem a tentativa ou a participação criminosa, caso contrário a tentativa ou participação nunca poderiam ser punidas. Na altura de *Beling* ele não teve este cuidado. É um tipo indiciário porque quando está **preenchido o tipo, indicia-se a ilicitude** do comportamento. Isto porque a ilicitude se analisa pela técnica negativa da exclusão: para sabermos se é lícito ou ilícito é perceber se se verifica alguma das causas de exclusão da ilicitude. Vamos ver estas causas mais adiante.

Como é que um comportamento se subsume a um tipo legal de crime? Em primeiro lugar temos de ver se estão presentes os elementos objetivos do tipo e, a seguir, temos de averiguar se está presente o elemento subjetivo do tipo. É claro que isto pressupõe que saibamos quais são estes elementos:

Os **elementos subjetivos** do tipo são o **dolo** ou a **negligência**.

Os **elementos objetivos** do tipo são a **ação típica**, o **agente**, o **objeto da ação** (é o objeto do mundo exterior em qual ou em relação ao qual se realiza a ação), a **culpa**, o **bem jurídico** e o **resultado** (este último só nos crimes de resultado). Importa ter em conta que o resultado é o evento espaço-temporalmente separável da ação. Quando estamos perante um crime de resultado temos de ainda de atender à relação causal entre a ação e o resultado, ou seja, é fundamental conseguirmos fazer a **imputação objetiva do resultado à conduta do agente**. Esta acaba por ser uma das questões mais complexas na resolução dos crimes, a imputação objetiva do resultado à conduta do agente.

A maior parte da doutrina defende que, sempre que se tem de subsumir uma ação ao tipo tem, se verifique primeiro os elementos objetivos e só depois os elementos subjetivos. Resta dizer que a propósito dos elementos objetivos há classificações de crimes que são muito importantes.

Elementos objetivos do tipo

Classificações dos crimes tendo em conta os elementos objetivos do tipo

→ Com base no agente

A primeira classificação surge com base no elemento objetivo **agente**, segundo a qual se distinguem os crimes comuns dos crimes específicos. Um **crime comum** é um crime que **pode ser realizado por qualquer pessoa**. Por sua vez, o **crime específico** é um crime que **só pode ser efetuado por determinadas pessoas com certas qualidades**.

Dentro dos crimes específicos há uma divisão entre crimes específicos impróprios e os crimes específicos próprios. O **crime específico impróprio** é aquele que tem correspondência com outro crime que pode ser praticado por qualquer pessoa, isto é, um crime específico impróprio é uma **variante de um crime fundamental que pode ser praticado por qualquer pessoa, mas o facto de ter sido praticado por aquela pessoa agrava a responsabilidade**. Se, por exemplo, houver uma violação de domicílio praticada por qualquer pessoa, a norma aplicável é o **artigo 190º**, mas se essa pessoa for um funcionário, já será o **artigo 378º**.

NOTA: Perguntei sobre o infanticídio porque o infanticídio não agrava, atenua. A professora respondeu que este não é um crime específico, é um crime derivado.

Por sua vez, o **crime específico próprio** é aquele que **não tem correspondência com outros crimes e por isso só pode ser praticado por pessoas com determinadas qualidades**, como a omissão impura, porque só pode ser praticada por quem tem especial dever de agir. Uma outra forma de os distinguir, proposta pelo professor Figueiredo Dias, é que nos crimes específicos próprios a qualidade do autor ou o dever que sobre ele impende fundamentam a responsabilidade, ao passo que nos crimes específicos impróprios a qualidade ou dever não servem para fundamentar, mas para agravar a responsabilidade do agente.

Ainda a propósito desta classificação há uma outra denominação, os **crimes de mão própria**, que são aqueles que **só podem ser praticados na forma de autoria direta e singular**. Isto é, o crime só pode ser praticado pelo próprio. Um exemplo é o crime da bigamia, **artigo 247º**.

→ Com base na ação

Tendo por base o elemento objetivo **ação**, a classificação que é feita é entre **crime por ação** e **crime por omissão** que já vimos.

→ Com base no bem jurídico

Com base no **bem jurídico** faz-se uma distinção entre os crimes de dano ou de lesão e os crimes de perigo. O **crime de dano ou de lesão** é um crime para cuja consumação, **a lei exige a efetiva lesão do bem jurídico**. Para o crime de homicídio estar preenchido é preciso que haja a efetiva lesão do bem jurídico vida. Por sua vez, o **crime de perigo não implica a efetiva lesão do bem jurídico e o perigo surge como fundamento da punição/punibilidade**, isto é, a realização do tipo não pressupõe a lesão, mas antes se basta com a mera colocação em perigo do bem jurídico.

Dentro dos crimes de perigo é possível distinguir entre os crimes de perigo abstrato e os crimes de perigo concreto. No **crime de perigo abstrato**, para o tipo estar preenchido **basta haver uma ação adequada a produzir o perigo**, como conduzir embriagado. Neste crime, a colocação do bem em perigo é o resultado. Basta que esse condutor seja apanhado, não é preciso que lese qualquer bem jurídico. Isto leva-nos a concluir que o perigo não é elemento do tipo, mas antes o motivo da proibição.

Como nos diz o professor Figueiredo Dias, neste tipo de crimes são tipificados certos comportamentos em nome da sua perigosidade típica para um bem jurídico, mas sem que ela necessite de ser comprovada no caso concreto. É como que uma presunção inilidível de perigo e, por isso, a conduta do agente é punida independentemente de ter criado ou não um perigo efetivo para um bem jurídico.

Por outro lado, o **crime de perigo concreto** é aquele para cuja consumação **se exige que seja colocado em perigo determinado bem jurídico**, por outras palavras, o perigo faz parte do tipo e o tipo só está preenchido quando o bem jurídico tenha efetivamente sido posto em perigo. É o caso do crime de exposição ou abandono: se uma mãe deixa a criança à porta do orfanato, é preciso provar que a vida da criança correu efetivamente perigo para essa mãe ser punida pelo crime consumado, previsto no **artigo 138º**.

→ Com base no resultado

O resultado é outro elemento objetivo do tipo que, como já se disse, não existe sempre porque nem todos os crimes são crimes de resultado. Assim, a propósito deste elemento distinguem-se os crimes formais dos crimes materiais ou de resultado. Os **crimes formais** são aqueles em que **não é necessário verificar-se um certo resultado para o tipo ficar preenchido e por isso basta que se verifique uma certa conduta**. Há crimes formais por ação e crimes formais por omissão que são as omissões puras.

Os crimes formais opõem-se aos **crimes materiais ou de resultado** que, como o nome indica, são aqueles crimes que **pressupõem a verificação de um certo resultado para o tipo ficar preenchido**. Por outras palavras, só se dá a consumação do crime quando se verifica uma alteração externa espaço-temporalmente distinta da conduta.

Esta classificação tem muitos efeitos práticos, de entre os quais temos de destacar o facto de **apenas os crimes materiais (ou de resultado) suscitarem a questão da imputação objetiva do resultado a ação do agente**, ou seja, a questão de saber quais

os requisitos necessários para que um determinado evento possa ser considerado como produzido por uma certa ação.

Quanto a este elemento, o resultado, há que ressaltar que **não podemos confundir resultado com lesão do bem jurídico**. Para já porque o resultado às vezes não é a lesão do bem jurídico, pode ser a criação de um perigo, nos casos de crimes de perigo concreto. Além disso, há crimes de lesão que não são crimes de resultado, como a violação do domicílio em que há lesão do bem jurídico vida privada, mas não há um resultado porque não se consegue separar a ação do resultado, ou seja, a ação de ingerência em casa alheia não é separável da lesão.

→ Outras classificações

Já fora do elemento resultado, há outras classificações não tão importantes. A propósito do **momento da consumação** distinguem-se os crimes duradouros dos crimes instantâneos. Os **crimes instantâneos** estão preenchidos com a **provocação de determinado dano**, caso do homicídio. Enquanto que nos **crimes duradouros**, o crime fica preenchido com a criação de determinado estado, só que **o crime se mantém enquanto subsiste o estado criado pelo autor**, como conduzir embriagado ou o crime de sequestro.

Imputação objetiva do resultado à conduta do agente

Quando temos um crime de resultado, temos de conseguir imputar objetivamente esse resultado à conduta do agente. Atenção que é a **imputação objetiva do resultado à conduta** e não da conduta ao agente, já que esta segunda é apurada logo no primeiro elemento que analisamos, a ação.

Como é que sabemos se se pode ou não imputar objetivamente o resultado à conduta do agente? Em primeiro lugar temos de saber se aquele resultado foi causado por aquela ação. Portanto, a primeira coisa a provar é **uma relação de causa-efeito ou relação causal** entre a conduta e a alteração no mundo exterior, o resultado. Mas, em direito penal não basta provar a relação de causalidade, temos de ir mais longe, temos de conseguir atribuir o resultado à conduta do agente sobre o prisma de uma justa punição. No fundo, é **saber se aquele resultado pertence ao universo de resultados que a norma quer impedir com a proibição** e isto implica que aquele resultado seja, em última análise, controlado ou controlável pelo agente. Notar que aqui não estamos a falar no controlo da ação, mas do **controlo do resultado**.

O primeiro passo essencial é averiguar a relação de causalidade, como já tinha sido dito. Apesar de a relação causa-efeito não ser suficiente, ela é necessária. Esta relação é uma relação de legalidade, ou seja, é uma **relação estabelecida por uma lei causal, segundo a qual, verificados certos antecedentes, se verificam certos consequentes**. Esta lei é obtida pelo método da indução entre um antecedente e um consequente. Se se verificar o primeiro, dá-se o segundo. Se não houver uma relação causal, a análise acaba por aqui mesmo e não vamos conseguir imputar o resultado à conduta do agente.

Mas como é que na prática sabemos se uma ação foi causa do resultado?

→ Teoria da *conditio sine quo non*

A teoria que vamos aplicar é a **teoria da *conditio sine quo non* ou teoria das condições equivalentes**. Esta é a teoria mais antiga para imputar o resultado à conduta do agente em direito penal. 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, ou seja, nas mesmas circunstâncias de tempo, modo e lugar**. Assim, há que fazer um juízo hipotético que se traduz em eliminar mentalmente a ação e perguntar se o resultado mesmo assim subsistiria. Se subsiste, a ação não é causal. Se não subsiste, aquela ação é causa daquele resultado.

→ Teoria da adequação

Contudo, apesar de ser necessária, a relação de causalidade não é suficiente. É preciso conseguir atribuir aquele resultado, imputar aquele resultado à conduta do agente. Neste sentido surgiu uma teoria para saber se se pode ou não averiguar a imputação objetiva do resultado à conduta do agente, a **teoria da adequação**. Aplicamos esta teoria depois de chegarmos à conclusão de que existe uma relação causal. Na realidade, é um processo de três teorias para que se possa atribuir o resultado à conduta do tipo.

A teoria da adequação sofreu vários desenvolvimentos e até mesmo correções após a sua formulação inicial, pelo que vamos estudar apenas a última, a mais perfeita. Segundo esta teoria, **para se atribuir o resultado à conduta do agente, coloca-se um Homem médio na posição do agente e pergunta-se se lhe era previsível aquele resultado de acordo com aquele processo causal**. Utiliza-se a expressão Homem médio porque este Homem está munido do conhecimento das leis causais que no momento da conduta eram conhecidas. Isto é, **este Homem conhece as regras da experiência que naquele momento são conhecidas, mas na posição do agente**. Isto é muito importante porque se o agente tiver conhecimentos especiais, o homem médio terá esses conhecimentos especiais, como são os casos do médico ou do advogado. O que vamos fazer aqui é um **juízo de prognose póstuma**, um juízo de previsão à posteriori. Podemos ainda acrescentar que é um juízo feito ***ex ante***, no momento em que o agente atuou.

O que se quer dizer com esta teoria, basicamente, é que a imputação penal não pode ir além da capacidade geral do homem de dirigir e dominar os processos causais. Por outras palavras, esta teoria dita que para a valoração jurídica da ilicitude serão relevantes não todas as condições, mas aquelas que, segundo as máximas da experiência e normalidade do acontecer – e, portanto, segundo o que é previsível –, são idóneas a produzir o resultado, como já tínhamos visto. Isto é o mesmo que dizer que consequências imprevisíveis, anómalas ou de verificação rara serão pois juridicamente irrelevantes. Neste sentido deve ser entendido o **artigo 10º nº1**. A referência aí feita tanto a “ação adequada” a produzir um certo resultado, como à “omissão da ação adequada a evitá-lo” quer significar que o código penal português adotou, ao menos como critério básico da imputação objetiva, a teoria da adequação.

Retomemos os exemplos que vimos em teoria da lei penal:

“A dispara sobre o B, mas este não morre. Vem uma ambulância para transportar o B para o hospital, mas antes de chegar ao hospital, há um acidente na estrada e o B morre por causa do desastre da ambulância. Podemos continuar a atribuir a morte do B ao A? O resultado é imputável objetivamente à conduta do A? Atribuir a morte é completamente diferente do que atribuir a tentativa de morte. Podemos dizer que só a tentativa é que é imputável ao A e a morte ao condutor da ambulância?”

Imaginemos ainda um outro cenário, em que o A dispara sobre B, o B vai para o hospital na ambulância, mas não é recebido a tempo pelos médicos, morrendo no corredor. *Quid juris?* Há alguma diferença entre a primeira hipótese e esta?”

Nestes casos, há uma relação causal: se tirarmos a ação daquele que deu o tiro, desaparece o resultado (teoria das condições equivalentes). E segundo a teoria da adequação? É possível ao agente prever o resultado morte, mas não segundo aquele processo causal. Portanto, a teoria da adequação já resolve estes problemas, afastando a imputação objetiva por falta de preenchimento deste requisito.

Vejamos outro exemplo. Nos anos 60/70, um conjunto de mulheres grávidas que tinham certas perturbações nervosas, tomaram um medicamento que tinha talidomida, uma substância tipicamente prescrita para quem sofria dessas perturbações. Só mais tarde quando começaram a dar à luz é que se percebeu que os bebês nasciam com malformações. A dúvida que se colocou foi se se podia atribuir essas malformações ao médico que prescreveu o medicamento.

O médico médio, colocado na posição do médico que prescreveu conseguia prever aquele resultado? Não. O médico médio só está munido dos conhecimentos que existiam naquela altura em que fez a prescrição, é *ex ante*. Só depois é que se percebeu essa consequência e, portanto, não era previsível nem aquele resultado nem aquele processo causal. Aplicando a teoria das condições equivalentes havia causalidade? Sim, porque se retirasses o medicamento, não havia aquele resultado. Contudo, apesar de existir esta relação causal, não podemos imputar o resultado à conduta do médico, pela razão exposta.

Desta forma compreendemos que **a teoria da adequação ajudou a resolver casos que não estavam a ser resolvidos corretamente** mediante a aplicação exclusiva da teoria *sine qua non*. Contudo, também tem as suas falhas, uma vez que foram encontrados **quatro grupos de casos que a teoria da adequação não consegue resolver satisfatoriamente**, e foi por isso que surgiu a teoria do risco.

Estamos aqui a defender que devemos aplicar a teoria das condições equivalentes, depois a teoria da adequação e depois a teoria do risco para podemos dar uma resposta. Todavia, o professor Figueiredo Dias defende que basta aplicar as últimas duas.

→ Teoria do risco

De acordo com a **teoria do risco**, o resultado pode ser imputado à conduta do agente quando o agente cria, aumenta ou não diminui um risco proibido e esse risco concretiza-se no resultado, havendo uma conexão entre o risco criado e o resultado obtido.

Quais os casos que a teoria do risco resolve de forma satisfatória e as outras não?

○ Casos de diminuição do risco

Imaginemos que o A tem uma arma apontada à cabeça do B. O C que está perto do A dá-lhe um safanão no braço, com o objetivo de que a arma não dispare para a cabeça, mas para o pé do B, e é o que acontece. Podemos imputar objetivamente as ofensas corporais ao C? Vejamos as várias teorias.

Se eliminarmos mentalmente a ação do C, o resultado dá-se nas mesmas circunstâncias de tempo, modo e lugar? Não, então há uma relação causal de acordo com a teoria *conditio sine quo non*. O C previu aquele resultado segundo aquele processo causal? Sim, o C previu e causou aquele resultado pelo que, de acordo com a teoria da adequação, iríamos atribuir o resultado de ofensas corporais ao C. Só a teoria do risco é que responde corretamente a estas situações. **Segundo a teoria do risco, se o agente diminui o risco associado a determinada conduta, não há imputação objetiva.**

O professor Silva Dias defende que em rigor o que há nessas situações são **ações de salvamento** e por isso resolve a questão ao nível do conceito de ação, dizendo que não é jurídico-penalmente relevante porque não é socialmente relevante.

○ Casos de criação de risco permitido ou casos em que não há a criação de um risco juridicamente desaprovado

O segundo grupo de casos que só a teoria do risco resolve são as **situações em que há uma conduta adequada a produzir o resultado só que a conduta que o agente praticou não é proibida e não o é, ou porque o agente atuou dentro dos limites que a lei lhe impõe ou porque a ação ocorre dentro do âmbito de uma atividade social regulada por regras de cuidado**. Por outras palavras, nestes casos o agente pratica uma conduta socialmente normal. Vamos ver os exemplos académicos dados nesta temática.

Imagine-se o caso em que o sobrinho compra um bilhete de avião para a tia na pior companhia de aviação do mundo na esperança que o avião caia para receber a herança e este efetivamente cai. De acordo com a teoria da adequação haveria imputação objetiva porque o sobrinho previu aquele resultado segundo aquele processo causal. Por seu lado, a teoria do risco afasta essa imputação que não faz sentido porque o sobrinho criou um risco permitido já que é permitido oferecer bilhetes de avião, mesmo que da pior companhia do mundo. Só se o sobrinho soubesse de uma bomba no avião, por exemplo, é que a resposta seria diferente.

Imaginemos agora uma mulher que há mais de 10 anos compra cogumelos para fazer a sopa, na esperança de que um esteja envenenado e o marido morra. Um dia ela compra um cogumelo efetivamente venenoso e o marido morre. Novamente, segundo a teoria do risco, o resultado não pode ser atribuído a essa mulher. Comprar cogumelos e fazer sopa não representam a criação de um risco juridicamente desaprovado.

Como nos diz o professor Figueiredo Dias, este critério está relacionado com o facto de a vida social comportar uma multidão ineliminável de riscos e perigos tolerados pela própria sociedade, pois que estão associados a conquistas civilizacionais e a modelos de desenvolvimento de que a sociedade não pode, nem quer prescindir. Daí resulta que não pode o direito penal, dada a sua natureza de *ultima ratio*, sancionar comportamentos que tenham em virtude a materialização de riscos que são tolerados de forma geral.

- **Casos de comportamento lícito alternativo**

Aos casos deste grupo **temos de aplicar um critério complementar à teoria do risco.** Isto porque não conseguimos resolver estes casos só aplicando a formulação da teoria do risco, sendo necessário complementar a formulação inicial. De acordo com este critério, **deve-se afastar a imputação objetiva quando se demonstre que caso o agente tivesse atuado licitamente, mesmo assim o resultado ter-se-ia produzido nas mesmas circunstâncias de tempo, modo e lugar.** Há exemplos académicos a considerar.

O exemplo dos pêlos de cabra é um caso verídico de um fabricante chinês de pincéis com pêlos de cabra. O produtor dos pêlos de cabra, que estava a ser julgado pelo tribunal, esqueceu-se de passar os pêlos pelo processo de desinfeção obrigatório, tendo-os entregue ao fabricante dos pincéis. Dois ou três trabalhadores, recebendo esse material, apanharam uma infeção e morreram. A dúvida era sobre se se podia atribuir aquele resultado à conduta do agente, o produtor do pêlos. Isto porque se veio a provar que mesmo que tivesse havido o processo de desinfeção, a bactéria que matou os funcionários não teria desaparecido dos pêlos.

Assim sendo, **seria injusto punir o agente porque na realidade o seu comportamento foi irrelevante para o processo causal que conduziu ao resultado.** Notar que neste caso também a teoria das condições equivalentes resolvia de forma satisfatória o problema uma vez que se eliminarmos a conduta do agente, o resultado se mantém nas mesmas condições de tempo, modo e lugar.

O **Professor Silva Dias** apresenta-nos outro exemplo académico. Imaginemos o caso em que uma pessoa se atira do 15º andar com o objetivo de se suicidar, o senhor A está na sua casa a limpar a espingarda e, sem querer, dispara e acerta no homem que está a cair do 15º andar, matando-o antes da queda.

Neste caso a resposta da teoria do risco segundo o critério complementar é a mesma de que no caso anterior. Enquanto que a resposta da teoria das condições equivalentes já não é porque em vez de o homem morrer da queda, morre do tiro disparado pelo A, alterando as condições de tempo, modo e lugar do resultado. Assim concluímos que, neste caso, só a teoria do risco afasta a imputação objetiva do homem que disparou.

Vejamos agora um caso de uma matéria paralela, a **substituição do risco**: há um doente que, em princípio, só tem mais três dias de vida. Um médico opera-o, mas não segue as regras de cuidado, cortando uma veia que leva à morte do paciente. Podemos imputar o resultado à conduta do médico?

O **professor Silva Dias** defende que nos **casos de substituição do risco** em que o agente só substitui o “como”, não se podendo dizer que o agente substitui o “se” e o “quando”, **deve-se aplicar a mesma solução que se aplica ao comportamento lícito alternativo e, conseqüentemente, não se deve atribuir o resultado à conduta o agente**. Realce-se, todavia, que este autor está sozinho nesta posição. Para todos os outros, a morte do paciente deste caso seria atribuída ao agente.

Há outras situações em que se discute se o critério do comportamento lícito alternativo deve ou não ser aplicado. Imaginemos um camionista que ultrapassa um ciclista sem respeitar as regras de distância a que está obrigado e o ciclista, que estava bêbado, assusta-se com a ultrapassagem, dá uma guinada à esquerda e vai parar à roda de trás do camião. Mais tarde provou-se em tribunal que mesmo que o camionista tivesse cumprido a distância de ultrapassagem, **muito provavelmente o resultado ter-se-ia produzido nas mesmas circunstâncias de tempo, modo e lugar**.

A diferença entre este caso e o dos pêlos de cabras é a **probabilidade**, já que neste não se provou que o resultado seria, com toda a certeza, o mesmo. Há uma discussão entre *Roxin* e *Herzberg*. A diferença é que *Roxin* é muito mais exigente que *Herzberg* dizendo que **só se pode aplicar o critério de comportamento lícito alternativo quando a resposta é conclusiva**, isto é, quando for certo que o resultado ter-se-ia verificado nas mesmas circunstâncias de tempo, modo e lugar, como é o caso do caso dos pêlos de cabra. Por seu lado, *Herzberg* defende que, quando se provar que provavelmente o resultado ter-se-ia verificado nas mesmas circunstâncias, há que aplicar o **princípio in dubio pro reo**, segundo o qual, havendo dúvida, se decide a favor do réu.

Resta acrescentar que **este critério do comportamento lícito alternativo se aplica quer a crimes dolosos como a crimes negligentes**. Caso o agente atue dolosamente, este critério afasta a imputação, mas não a punibilidade. Assim, se o produtor dos pêlos não fizesse o tal processo de propósito, seria punido não pelo crime consumado, mas por tentativa.

- **Casos de aplicação do critério do âmbito de proteção da norma**

O grupo de casos que a teoria do risco resolve e as outras não é, mais uma vez, um grupo que precisa de um critério complementar: **critério do âmbito de proteção da norma**. Segundo este critério **não deve haver imputação objetiva quando o resultado produzido não é nenhum daqueles que a norma visou salvaguardar ou evitar ao punir determinado comportamento**. Por outras palavras, é necessário que o perigo que se concretizou no resultado seja um daqueles em vista dos quais a ação foi proibida, quer dizer, seja um daqueles que corresponde ao fim de proteção da norma de cuidado.

Roxin dá um exemplo. Imaginemos que estão dois ciclistas à noite a andar numa estrada um atrás do outro e nenhum deles leva a luz da bicicleta acesa, a certa altura, aparece um terceiro ciclista em sentido contrário e, como não os vê, choca com o primeiro e morre. Será que o segundo também pode ser punido? Coloca-se esta questão porque se o segundo tivesse cumprido a norma de cuidado a que estava adstrito (ir com a luz acesa), o resultado não se verificaria. Sendo assim, podemos ou não atribuir o resultado morte também ao segundo ciclista?

Pela teoria da causalidade atribuiríamos porque se retirássemos a conduta do segundo (“não ir com a luz acesa”), o resultado não subsistiria. Como vimos, não basta dizermos que a conduta foi causal para haver imputação objetiva. Então, passamos para a teoria da adequação, segundo a qual também há imputação objetiva porque ele podia prever que não ir com a luz acesa podia causar um choque com outros ciclistas. Por fim temos de aplicar a fórmula da teoria do risco. Segundo a fórmula inicial, há imputação porque o agente aumentou o risco proibido ao não cumprir a regra de cuidado de ir com a luz acesa e esse risco criado pelo segundo ciclista contribuiu para o aumento do risco do primeiro matar o terceiro.

Contudo, é aqui que surge o critério complementar, o da esfera da proteção da norma, que nos vem dizer que **a norma visa evitar os resultados diretos da sua conduta e não os indiretos**. Ou seja, a norma que exige que se ande com a luz acesa à noite visa evitar os resultados que advêm da conduta do agente e não dos riscos indiretos. Por isso, este critério complementar afasta a imputação objetiva já que **não cabe na norma evitar todo e qualquer resultado**. Concluindo, no caso concreto, o segundo ciclista podia ser punido por não ter a luz acesa, mas não podia ser punido pela morte do terceiro, já que este último foi um resultado indireto da sua conduta.

O professor Figueiredo Dias dá-nos outro exemplo baseado em jurisprudência portuguesa. O condutor A ultrapassou o condutor B perto de uma passadeira, infringindo a norma do código da estrada que proíbe esta ultrapassagem. O B que estava a ser ultrapassado virou drasticamente à esquerda sem qualquer aviso, matando o C, copiloto do carro que estava a fazer a ultrapassagem. A dúvida que se colocou foi se se pode ou não atribuir essa morte ao A que fez a ultrapassagem.

O que se concluiu foi que a norma que proíbe ultrapassagens perto das passadeiras fá-lo para proteger os peões, isto é, a esfera da proteção da norma são os peões e não o risco de alguém guinar sem avisar. E se o condutor, não respeitando as regras de ultrapassagem, não se apercebe de que o da frente parou para ceder passagem a um peão e acaba por atropelar esse peão na passadeira? Aqui, além de já estarmos no âmbito que esta norma visa regular, há uma ação controlável por parte deste condutor, sendo que o momento relevante é aquele em que ele decide ultrapassar e não o momento e que atropela. É por esta razão que se diz que este é um caso de **negligência na aceitação**.

→ Outros conceitos que surgem no âmbito da imputação objetiva

○ casos de causas cumulativas e casos de causas alternativas

Os casos de causas cumulativas ou causalidade cumulativa e os casos de causas alternativas são dois conceitos que surgem neste âmbito da imputação objetiva que temos de distinguir. Os **casos de causas cumulativas ou de causalidade cumulativa** são **situações em que há mais do que uma conduta e ambas são necessárias para a produção do resultado, mas uma por si só não é idónea a produzir o resultado.**

Imaginemos que A deita uma dose de veneno num copo, mas essa dose não é suficiente para matar C. B, sem saber da conduta do A, deita também ele uma dose de veneno no mesmo copo que também não é suficiente para matar. As duas doses juntas são suficientes para causar a morte. Há imputação objetiva do resultado morte aos agentes A e B? Vejamos as várias teorias.

Segundo a teoria das condições equivalentes, as condutas são causais porque se retiramos uma delas, o resultado não subsiste. Segundo a teoria da adequação, não há imputação do resultado aos agentes porque o homem médio colocado na sua posição não podia prever a morte, já que a dose individual não era suficiente para matar o C. E o que nos diz a **teoria do risco? O agente aumenta o risco, contudo, não há uma conexão entre o risco criado e o resultado obtido.** Não há conexão no sentido em que aquele risco, meia dose, não é passível de criar aquele resultado, morte por uma dose.

Contudo aqueles agentes seriam punidos, não pelo crime consumado, mas por tentativa. Isto se não soubessem que o veneno não era suficiente para matar, porque se soubesse que não era suficiente, seriam punidos não por tentativa, mas por ofensas à integridade física. Havendo dolo, apesar de não haver imputação objetiva, podiam ser punidos por tentativa, enquanto que se houvesse mera negligência, a única hipótese era puni-los por ofensas à integridade física.

Por sua vez, os **casos de causas alternativas, casos de dupla causalidade ou de causalidade redundante** são situações em que **são colocados dois processos causais paralelos a funcionar e cada um deles é suficiente para causar o resultado.** Um exemplo seria se o A colocasse uma dose suficiente para matar C num copo, o B colocasse outra no mesmo copo também ela suficiente e o C morresse. *Quid juris?*

Toda a doutrina concorda que nestas situações **há imputação objetiva à conduta do agente**, ou seja, **os dois agentes seriam punidos pela sua conduta**, já que ambos criaram risco e esse risco se concretizou no resultado. Também há uma relação causal porque se retirássemos uma das ações, o resultado não se teria verificado nas mesmas circunstâncias de tempo, modo e lugar. O modo não seria o mesmo, deixaria de morrer por duas doses, para morrer por uma dose.

Há mais dois tipos de casos que também podem suscitar algumas dúvidas acerca da imputação objetiva. Os primeiros são os casos de crimes agravados pelo resultado e os segundos são casos em que a vítima tem uma constituição anormal e o agente não sabia.

- **Casos de crime agravados pelo resultado**

Imaginemos que o A dá uma bofetada ao B. O B desequilibra-se, cai com a cabeça no bico da cómoda e morre. *Quid juris?*

A figura do crime agravado pelo resultado está prevista no **artigo 18º**: “Quando a pena aplicável a um facto for agravada em função da produção de um resultado, a agravação é sempre condicionada pela possibilidade de imputação desse resultado ao agente pelo menos a título de negligência.” O que caracteriza o crime do resultado é que **há dolo em relação ao resultado menos grave e negligência em relação ao resultado mais grave**.

No caso anteriormente exposto, o A tinha dolo de ofensas. Para se falar de crime agravado pelo resultado, ele tinha de ter pelo menos negligência pelo crime mais grave, neste caso homicídio. **Tudo depende de saber se era ou não previsível aquele segundo resultado mais grave**. Este caso resolve-se pela imputação subjetiva e não pela imputação objetiva. Só há imputação se for possível ao A prever o resultado mais grave. Temos de provar que o A **criou um risco que causou um resultado, havendo uma conexão ente ambos**. Essa conexão liga-se à tal ideia de previsibilidade.

- **Casos em que o agente desconhece a constituição anormal da vítima**

Imaginemos que o A faz um arranhão no B que é hemofílico (pessoa que não tem plaquetas no sangue) e este morre. Novamente, **a imputação objetiva do resultado à conduta do agente vai depender do juízo de previsibilidade**. Se A souber não há dúvidas quanto à imputação objetiva.

Caso prático 5. A e B discutem irritados. A certa altura, o A decide por fim à discussão apontando uma pistola ao peito de B. No momento em que A dispara, C que estava ao lado de A, empurra-lhe a mão e com isso consegue que o projétil só acerte nos intestinos de B em vez de acertar no peito. B é transportado de urgência para o hospital, constatando-se que só sofrera uma perfuração traumática do intestino. Suponha alternadamente as seguintes sub hipóteses.

- 1) operado de urgência, B vem, todavia, a falecer dois dias mais tarde em consequência de uma infeção intestinal.
- 2) B morre logo após ter chegado ao hospital, todavia, na autópsia constata-se que sofria de um cancro em estado avançado que lhe provocaria a morte em escasso tempo.
- 3) D, esposa de B, que se encontrava no local da discussão e sofre do coração, fica enervada com a situação e sofre um ataque cardíaco vindo também a falecer.

Há ou não imputação objetiva do resultado à conduta do A nas três sub hipóteses? E responsabilidade jurídica criminal de B?

Sobre o C. Este baixou o braço e dessa forma impediu que o tiro acertasse no peito, tendo sido redirecionado para o intestino. Há uma ação, mas não é jurídico-penalmente relevante. É sem dúvida controlada ou controlável, mas não é socialmente relevante nem tampouco afeta a relação do indivíduo com a sociedade. Isto porque se trata de

uma ação socialmente adequada, uma ação de salvamento, visto que impede que o bem jurídico da vítima, neste caso a sua vida, seja posto em perigo. O professor Silva Dias acabava aqui a sua análise.

Para quem não defende esta ideia do professor Silva Dias, a outra hipótese para resolver este caso é aplicar as várias teorias da imputação objetiva. Segundo a teoria das condições equivalentes, a ação do C é causal porque se retirarmos o seu comportamento, o resultado não se mantém nas mesmas circunstâncias de tempo, modo e lugar. Segundo a teoria da adequação também há imputação porque o homem médio colocado na posição do agente previu aquele resultado segundo aquele processo causal. Só a teoria do risco é que afastava a imputabilidade porque o agente diminuiu o risco para o bem jurídico. Assim, o C ou porque diminui o risco ou porque tem uma ação socialmente adequada não é punido.

Sobre o A. Na primeira situação há imputação do resultado morte do B à conduta do A? Se eliminarmos mentalmente a conduta do A, o resultado subsiste nas mesmas consequências de tempo, modo e lugar, o resultado subsiste? Sim, é causal. E de acordo com a teoria da adequação? Colocando um homem médio na posição do agente, ele podia prever o resultado morte. Mas segundo aquele processo causal? Teríamos de abrir sub hipóteses para perceber qual foi a causa da infeção intestinal.

2) Em direito penal, a causa virtual não tem relevância porque não vai permitir excluir a imputação objetiva. Aplicando a teoria do risco, o homem criou um risco que se materializou no resultado, pelo que é agora irrelevante saber que o homem ia morrer dali a três semanas, mesmo que não tivesse ocorrido este incidente. Claro que há casos em que é difícil perceber se é causa virtual ou comportamento lícito alternativo. Naquele tipo de situações como aquela em que o homem se atira do 19º andar e o outro que limpa a espingarda mata-o sem querer, vamos ou não atribuir a morte à conduta do agente? A maior parte da doutrina tende a dizer que sim, mas o professor Silva Dias diz que, nestes casos, em que o agente apenas alterou o “como” e não o “se” e o “quando”, pode ser afastada a imputação objetiva. Quanto ao C é o mesmo que respondemos em 1).

3) Não praticou uma ação jurídico penalmente relevante porque nunca teve a possibilidade de prever que a mulher ia morrer com um ataque de coração. Esta é a posição da professora Ana Bárbara Sousa Brito. Para a maior parte da doutrina havia uma ação jurídico penalmente relevante e íamos resolver ao nível da teoria da adequação, porque o agente não poderia prever aquele resultado segundo aquele processo causal. De acordo com a teoria do risco, podíamos ir pelo critério complementar do âmbito de proteção da norma, visto que a norma visa abarcar os riscos que resultam diretamente da conduta do agente e não os indiretos. Assim afastávamos a imputação objetiva neste caso.

Caso prático 6. A e B são casados. Certo dia, ao chegar a casa, A constatou que B se encontrava deitada no chão a esvaír-se em sangue, presumivelmente por ter caído e batido com a cabeça na esquina de uma mesa. Decidiu que não a ajudaria, voltando imediatamente a sair. Pouco depois de A ter saído de casa 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 em consequência do bem regado almoço que acabara de saborear, não estando sequer em condições de se sustentar 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 de mais. Analise até ao momento da tipicidade os comportamentos de A e D.

Começando pelo agente A. Temos uma ação jurídico penalmente relevante (controlada pela vontade), neste caso uma omissão impura, porque está relacionada causalmente com o resultado. Só pode ser punido por omissão impura quem tem especial dever de agir, nos termos do artigo 10º nº2, o que se verifica neste caso. A fonte do seu dever é contrato, critério formal, e materialmente também, dever de assistir a um titular de bens jurídicos, independentemente da fonte de perigo, e esse dever advinha de uma relação de solidariedade natural para com o titular do bem jurídico que, por sua vez, estava apoiada por um vínculo jurídico, o casamento. Temos aqui o agente típico da omissão impura, que resulta do artigo 10º e 131º.

O objeto da ação era a sua mulher, que estava no chão a esvaír-se em sangue, sendo que isto nos leva à identificação da vida como o bem jurídico em causa e à morte como o resultado. Passando agora à imputação objetiva do resultado à conduta do marido, neste caso omissão: aplicando em primeiro lugar a teoria da *conditio sine qua non*, vemos que este resultado é imputável porque se eliminarmos mentalmente a omissão de auxílio, o resultado não se teria verificado nas mesmas circunstâncias de tempo, modo e lugar; passando à teoria da causalidade adequada, por sua vez, se colocarmos o homem médio na posição do agente e lhe atribuirmos os conhecimentos que o marido tinha, até poderíamos concluir que ele poderia prever aquele resultado, mas nunca de acordo com aquele processo causal, o que só aconteceria se o médico fosse conhecido por estar sempre embriago; por fim temos a teoria do risco, segundo a qual temos de concluir que o marido aumentou um risco proibido, mas há uma interrupção no processo causal, visto que o médico não atuou quando ou como se esperava que atuasse e cria um novo risco, sendo que é esse risco que se vai materializar no resultado. Feita esta análise, temos de concluir que o resultado não pode ser objetivamente imputado ao marido.

Portanto, já sabemos para D, o médico que se encontrava bêbado, sendo que este vai ser acusado por homicídio por negligência. A, por sua vez, vai ser apenas acusado de tentativa de homicídio por omissão.

Caso prático 7. Na autoestrada Lisboa-Porto, António lançou uma pedra sobre um automóvel conduzido por Bento. Bento, atingido no rosto por fragmentos do vidro para-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. Provou-se que, se a intervenção tivesse sido levada a cabo, Carlota ter-se-ia salvo.

Bento, por seu turno, sofreu ferimentos graves. Provou-se que Bento conduzia, na ocasião do acidente, com taxa de 1,1 g/l de álcool no sangue. António veio a confessar ter lançado a pedra, mas afirmou que nunca pensou que ela pudesse quebrar o vidro de um automóvel, e muito menos provocar ferimentos a alguém.

a) António preencheu, com a sua conduta, algum ou alguns tipos de crime?

b) Bento praticou alguma ação jurídico-penalmente relevante?

c) A que conduta pode ser objetivamente imputada a morte de Carlota?

Que tipos de crime António preencheu com a sua conduta? Olhe-se para o artigo 293º (lançamento de projétil contra veículo) e para o artigo 290º (atentado à segurança de transporte rodoviário). Este último está pensado para as situações em que se colocam em causa vários bens jurídicos e trata-se de um crime de perigo concreto, ou seja, é preciso provar que a conduta do agente levou à criação de um perigo.

Mas aqui, o legislador antecipou-se e puniu a simples conduta: o artigo 293º está por isso mesmo numa relação de subsidiariedade com o artigo 290º. O artigo 290º protege todos os bens jurídicos postos em perigo com o atirar da pedra, enquanto que o artigo 293º visa proteger a integridade física de Bento, apenas. Por isso não fica abarcada toda a ilicitude do comportamento praticado por António.

Claro que a grande dificuldade, agora, é face a Carlota. Temos de saber a que conduta pode ser objetivamente imputada a morte de Carlota. Ora, não há dúvida de que a conduta de António foi causal em relação ao resultado morte de Carlota. Bento condutor do carro onde seguia Carlota, estava com um certo grau de álcool no sangue e isso podia, eventualmente, levar-nos a pensar se teria tido aquele tipo de comportamento a causa da morte.

Se ela não foi atendida a tempo porque o médico resolveu sair para visitar a namorada, então temos um problema de interrupção do nexo de causalidade, diferente de ter sido de outra maneira. Há que abrir pelo menos duas hipóteses. Não obstante a taxa de álcool, a professora Barbara Sousa Brito tende a considerar que uma pessoa que apanha com vidros nos olhos e guina para a direita está a praticar um ato automático e não uma ação jurídico-penalmente relevante.

Em direito penal, temos a prova possível; o *beyond reasonable doubt*. No caso da morte de Carlota, o mais importante era decidir se se podia ou não atribuir a morte a A. Em relação a B, se demos como resposta que B não praticou uma ação jurídico-penalmente relevante (e isso está correto), não lhe podemos imputar o resultado. O correto seria imputar a morte de Carlota a A, mas isso depende de vários fatores.

Se Carlota não foi atendida no hospital porque o médico estava embriagado, claro que o médico criou um novo risco não previsível pelo agente que atirou a pedra, e por isso não haveria imputação objetiva do resultado morte à conduta de A (e haveria, sim, à conduta do médico, visto que foi o risco criado por este que se materializou no resultado morte). Surge então a questão: a criação do risco afasta a imputação do risco à pessoa que atuou em primeiro lugar? Para a professora Bárbara Sousa Brito, pode

afastar. Sempre que há criação de um novo risco (veja-se, por exemplo, o caso da ambulância), deixa de ser previsível para o agente que atuou em primeiro lugar aquele processo causal, que levou resultado morte. Importante era, também, saber se o novo risco era previsível para o agente que atuou em primeiro lugar. Porém, se não foi atendida a tempo, mas não houve qualquer anormalidade (sabe-se que, às vezes, as pessoas não são atendidas a tempo no nosso SNS), já é diferente; isto pode ser previsível para quem atirou a pedra. Por isso é que este caso é muito diferente do que analisámos anteriormente, em que o médico se encontrava embriagado.

A guinada de B é um ato automático e não reflexo. Os atos reflexos são iguais para todos; nos atos automáticos, a resposta varia de pessoa para pessoa. Por isso é que Roxin diz que os atos automáticos podem ser considerados atos pessoais, ações jurídico-penalmente relevantes, mas esta não é a posição maioritária na doutrina. Veja-se que, neste caso, temos um ato automático, para a professora Bárbara Sousa Brito.

Só devemos imputar os resultados controláveis pelo sujeito, o que implica a tal cognoscibilidade por parte deste. Se o processo causal não é cognoscível, não é controlável por ele. A palavra controlável não vale apenas para a ação; vale também para o resultado. É possível que isto saia da alçada do agente e que não lhe possa ser atribuído.

d) A que conduta pode ser imputada objetivamente a ofensa corporal de Bento?

Aqui é preciso discutir a ideia do comportamento lícito alternativo, mas afastando-a, para a professora Ana Bárbara Sousa Brito.

Elementos subjetivos do tipo

Como já se disse, a maior parte da doutrina defende que, na subsunção de um comportamento a um tipo, se devem verificar primeiro os elementos objetivos e só depois os elementos subjetivos. O tipo subjetivo é constituído pelo **dolo** ou pela **negligência**.

O **artigo 13º** prevê que, **por regra, a lei penal exige o dolo** e só excepcionalmente podemos punir a título de negligência. Isto significa que **quando não temos um tipo de crime previsto na forma negligente não podemos punir aquele tipo de crime a título de negligência** porque se o legislador não o previr expressamente, não é possível punir aquele crime daquela forma. Exemplo em que isto é possível é o homicídio por negligência, previsto no **artigo 137º**. Já o furto, como não vem previsto nessa forma, não pode ser punido na forma negligente.

Dolo

Quando o legislador nada diz, é o dolo que importa. Há **dolo** quando existe **conhecimento e vontade de realização do facto típico**. É por isso que para a maior parte da doutrina, os elementos constitutivos do dolo são dois: **elemento intelectual ou cognitivo** que se traduz no **conhecimento da realização do facto típico**, e o **elemento volitivo** que consiste na **vontade de realizar o facto típico**.

Para uma parte da doutrina, nomeadamente para o **professor Figueiredo Dias** existe mais um elemento, o **elemento emocional**. Segundo este autor, para afirmar o dolo não basta que haja conhecimento das circunstâncias do facto e a vontade de o realizar, esse conhecimento está sempre acompanhado por uma consciência ética que vai permitir ao agente resolver a ilicitude do seu comportamento. Isto quer dizer que para além de termos de provar que o agente conhecia os elementos objetivos do facto e tinha vontade de o realizar, há que provar uma **atitude pessoal do agente contrária ao dever jurídico-penal**.

A **professora Ana Bárbara Sousa Brito discorda** porque considera que a atitude do agente face à ordem jurídica é um elemento comum ao dolo e à negligência e não deve ser analisado ao nível do dolo, mas ao nível da culpa. É na culpa que temos de analisar a atitude do agente face à ordem jurídica. Essa atitude pessoal face ao nosso ordenamento, provavelmente é mais forte no dolo do que na negligência, mas isso não significa que seja um elemento autónomo do dolo e da negligência, devendo ser analisado ao nível da culpa.

Porque é que o **professor Figueiredo Dias** defende este elemento emocional? Este autor **adota um conceito de culpa diferente** daquele que nós utilizamos. A ideia é de que quando o agente representa e quer realizar o facto ilícito, necessariamente tem uma atitude pessoal contrária à ordem jurídica, sendo muito difícil separar esse elemento do volitivo, estão associados.

A professora Ana Bárbara Sousa Brito diz que não há dúvida que está intrinsecamente ligado, só que ao decompor o crime em elementos, estamos a separar o inseparável, analisando um comportamento humano, e quem decide os elementos do crime são os conceitos que adotamos, embora a realidade analisada seja a mesma. Portanto, esta atitude do agente face ao ordenamento jurídico é claramente um elemento que interessa à culpa já que esta é um juízo de censura que se faz ao agente que podendo motivar-se pelo direito, não o fez.

Não obstante, o professor Figueiredo Dias lembra que estes dois elementos não se situam ao mesmo nível: o chamado **elemento intelectual** do dolo do tipo não pode, por si mesmo, considerar-se decisivo da distinção dos tipos de ilícito dolosos e dos negligentes, uma vez que também estes últimos podem conter a representação pelo agente de um facto que preenche um tipo de ilícito (negligência consciente). É pois o **elemento volitivo**, quando ligado ao elemento intelectual requerido, que verdadeiramente serve para indiciar uma posição ou atitude do agente contrária ou indiferente à norma de comportamento, numa palavra, uma culpa dolosa e a consequente possibilidade de o agente ser punido a título de dolo.

Vamos aprofundar os elementos do dolo: elemento intelectual e volitivo.

→ Elemento intelectual

Como já se disse, o **elemento intelectual exige que o agente conheça, saiba, represente corretamente ou tenha consciência das circunstâncias do facto que preenche um tipo de ilícito objetivo**. Esta representação pressupõe desde logo que o

sujeito conheça os elementos essenciais da factualidade típica, **os elementos objetivos do tipo**. Esta é a primeira característica.

Temos de entender esta exigência à luz da própria razão de ser deste elemento, ou seja, e como nos diz o professor Figueiredo Dias, o que se pretende é que, ao atuar, o agente conheça tudo quanto é necessário a uma correta orientação da sua consciência ética para o desvalor jurídico que concretamente se liga à ação intentada, para o seu carácter ilícito. Com a consequência de que sempre que o agente não represente, ou represente erradamente, um qualquer dos elementos do tipo de ilícito objetivo o dolo terá, desde logo, de ser negado.

Em segundo lugar, essa representação, esse conhecimento tem de ser um **conhecimento atual**. Imaginemos que um médico sabe que determinada pessoa é alérgica a uma certa substância. Passados dez anos, essa pessoa aparece no seu hospital e, não se lembrando ele da alergia, administra-lhe a tal substância. Neste caso, a representação do agente não é atual, pelo que só será punido a título de negligência e não de dolo.

Em terceiro lugar tem de ser uma **representação concreta**. Isto significa que, para haver dolo, não basta que o agente conte com a eventualidade de um perigo abstrato, é preciso que ele conte com a possibilidade real do perigo inerente à sua conduta. Este elemento é muito importante para distinguir das situações de erro.

Erro em direito penal traduz-se não só na discrepância entre a representação do autor e a realidade (o agente representa uma realidade quando ela não se verifica na realidade), mas também quando há falta de conhecimento da realidade. Qual é o regime que se aplica quando acontece essa situação? **Se há erro sobre um elemento essencial, não há dolo.**

- **Classificação dos erros sobre os elementos do facto típico**

- **erro sobre o objeto da ação**

Dentro do erro sobre o objeto da ação há que distinguir as situações em que não há identidade típica dos objetos e aquelas em que há.

A primeira é quando há **erro sobre o objeto e não há identidade típica dos objetos**. Este será o caso do caçador que vai à caça com o seu amigo e a certa altura pensa que atrás da árvore está um veado, quando na realidade está o seu amigo. Nesta situação, o caçador representa matar um veado, mas a realidade mata o amigo, pelo que não representa o objeto da ação. O que o caçador representa não é o mesmo objeto que vem previsto no tipo do **artigo 131º** e, por consequência, **exclui-se o dolo**, por força do **artigo 16º nº1**, sobre o erro sobre os elementos essenciais do facto, mas **há a possibilidade de punir a título de negligência**, por força do **nº3**. O caçador seria punido por homicídio do amigo na forma negligente.

Um caso diferente será o do A que quer matar o B, vai para a porta da casa do B e acabar por disparar sobre C, irmão gémeo do B. Aqui o agente representa matar o B, quer matar o B e acaba por matar o C. O objeto da ação do tipo do **artigo 131º** é uma

pessoa. Se o agente representou matar uma pessoa e matou uma pessoa, para o legislador isto basta, independentemente de ser B ou C. **Para a maior parte da doutrina, o erro sobre o objeto quando há identidade típica dos objetos é totalmente irrelevante.** O agente será punido pelo crime praticado.

Este caso será diferente do de alguém que pretende matar o pai, confunde-o com outra pessoa e acaba por disparar sobre essa outra pessoa. Porquê? Matar o pai preenche o tipo legal de homicídio qualificado que é diferente do homicídio simples, de matar outra pessoa qualquer. Para a maior parte da doutrina, não há uma verdadeira identidade típica dos objetos, porque importam os sujeitos e assim o agente deve ser punido por tentativa de homicídio qualificado e homicídio por negligência. Outra parte da doutrina defende que basta punir pelo crime de homicídio doloso. A professora considera que isto seria difícil de defender porque o agente teve dolo qualificado, porque representou matar o pai.

Se for ao contrário, ou seja, se o agente queria matar uma pessoa qualquer e acaba por se enganar e matar o pai, esse agente não representou o objeto do homicídio qualificado, pelo que será punido por homicídio doloso simples, que foi aquele que ele representou.

Ressalvar, contudo, que o importante é distinguir o erro sobre o objeto quando os objetos não são tipicamente idênticos de quando os objetos são tipicamente idênticos, sendo que no primeiro caso terá relevância para excluir o dolo e no segundo essa circunstância será irrelevante.

▪ Erro sobre o processo causal

Outro tipo de erro que se costuma analisar a propósito do elemento intelectual é o **erro sobre o processo causal**, dentro do qual se distingue se o desvio entre o processo causal pensado e o processo causal realizado é ou não essencial. A professora Fernanda Palma dá-nos exemplos para compreendermos a diferença.

O A atira o B da ponte, pensando que este morrerá devido ao embate na água, mas na realidade morre porque bateu com a cabeça num pilar. *Quid Juris?* É um caso de **erro sobre o processo causal, em que não há um desvio essencial entre o processo causal pensado e o processo causal realizado.** O A vai ser punido pelo crime de homicídio doloso do B, porque, não havendo um desvio essencial, a representação errada do processo causal **é totalmente irrelevante.**

E se A atirar B da ponte pensando que este morre da queda, mas um tubarão salta e engole o B antes de ele cair na água? Este já será um caso de **erro sobre o processo causal em que há um desvio essencial, no sentido de imprevisível, entre o processo causal pensado e o processo causal realizado.** Nesta situação há uma interrupção no processo causal. Este exemplo não tem nada que ver com o dolo, mas é importante para se perceber que não se afasta o dolo. **Se houver um desvio essencial não há imputação objetiva do resultado ao agente.** O agente apenas pode ser **punido por tentativa**, já que não há conexão entre o risco criado e o resultado.

▪ Erro sobre os elementos normativos do tipo

Antes de analisarmos este erro, há que reparar que a terminologia que temos estado a utilizar é a que divide os elementos objetivos e os elementos subjetivos. Mas há uma distinção que a doutrina faz que falta analisar: dentro dos elementos objetivos podem distinguir-se entre elementos descritivos do tipo e os elementos normativos do tipo. Um **elemento descritivo do tipo** é imediatamente apreensível pelos sentidos.

Por sua vez um **elemento normativo do tipo** não é imediatamente apreensível pelos sentidos e que **implica uma certa valoração para poder ser compreendido**. Os elementos normativos só podem ser pensados partindo da sua compreensão intelectual. Um exemplo é o crime de falsificação de documentos. Não basta apreender pelos sentidos para saber que é um documento, tenho de o saber face à ordem jurídica. São elementos que só podem ser representados sobre a lógica de uma norma jurídica.

Na realidade não há elementos totalmente descritivos ou totalmente normativos, mas sim predominantemente descritivos e predominantemente normativos. Os elementos normativos subdividem-se. Os **elementos normativos com uma estrutura iminentemente jurídica** são aqueles em que é preciso que o sujeito conheça os critérios determinantes da sua qualificação para haver dolo.

Enquanto que os **elementos normativos que não têm uma estrutura iminentemente jurídica** são, por norma, aqueles que exprimem imediatamente uma valoração moral, social ou cultural e, por isso, basta que o agente conheça os seus pressupostos materiais para a afirmação do dolo.

No direito penal secundário, que está ligado com a atividade económica e financeira, há elementos iminentemente jurídicos, como matéria coletável ou fraude fiscal, que conceitos que o agente tem de conhecer muito bem para poder ser considerado o dolo. Contudo, também neste ramo há outros conceitos que não são iminentemente jurídicos como a posição de garante nas omissões impuras, que é um elemento jurídico, mas não é iminentemente jurídico porque tem uma valoração moral, do pai que é garante do filho. Nestes casos não temos de conhecer de forma exata estes elementos para que haja dolo, isto porque ele comportam já uma valoração moral.

Vejamos outro exemplo. A vai a uma discoteca e deixa o casaco no bengaleiro. Quando sai da discoteca vai buscar o seu casaco, mas o senhor dá-lhe um parecido que não o dele. Pode o A ser punida por crime de furto? Não. O A não representou o carácter alheio do casaco, pelo que a consequência é a exclusão do dolo. Assim sendo, o A não pode ser punido porque não age com dolo e o furto exige sempre dolo, não é possível na forma negligente. Este é um caso de erro sobre um elemento normativo, visto que se trata da intenção de apropriar.

Estes erros que estivemos a ver cabem na **primeira parte artigo 16º nº1: “O erro sobre os elementos de facto ou de direito de um tipo de crime, ou sobre proibições cujo conhecimento for razoavelmente indispensável para que o agente possa tomar consciência da ilicitude do facto, exclui o dolo.”** Importa ver agora o erro sobre as proibições a que é feita referência na segunda parte desta norma.

- **Erro sobre as normas que recaem sobre comportamentos axiologicamente neutros (≠ erro sobre a ilicitude)**

A **segunda parte artigo 16º nº1** estabelece que sempre que houver um erro sobre proibições cujo conhecimento é indispensável para que o agente possa tomar consciência do carácter desvalioso da sua conduta, **é excluído o dolo**.

Notar que este erro se distingue do erro sobre a ilicitude. **No erro sobre a ilicitude também há um erro sobre normas, só que são normas que não precisam ser conhecidas para que o agente se aperceba do carácter desvalioso da sua conduta, ou pelo menos ponha em dúvida o carácter ilícito da sua conduta.** Um exemplo de erro sobre a ilicitude seria o caso da dinamarquesa que vem a Portugal e, pensando que o aborto é possível até à 13ª semana, aborta. Esta agente tinha de saber que o tema do aborto não é unânime, tendo por isso de procurar informar-se acerca da legislação portuguesa. Contudo, ela já sabia ou devia saber que o seu comportamento podia ser desvalioso.

Regressando ao **erro sobre normas que recaem sobre comportamentos axiologicamente neutros**, o agente tem de conhecer a proibição para ter a noção do **carácter desvalioso da sua ação**. Imaginemos que na próxima semana vem cá o chefe de estado de um país estrangeiro e o legislador por questões de segurança resolve criar uma lei que considera crime quem nesse fim de semana andar com armas de fogo, passando a ser punível até 1 ano. O senhor A todos os fins de semana vai à caça e não vê televisão. Nesse fim de semana é feita uma operação stop e o A tem uma caçadeira no carro. Este comportamento é completamente neutro, partindo do pressuposto que tem licença de porte de arma. O A teria de conhecer a norma para se aperceber da ilicitude do seu comportamento, ao contrário da dinamarquesa.

Uma proibição sobre um comportamento axiologicamente neutro é completamente diferente de uma proibição sobre um comportamento que temos a noção do seu carácter ilícito, independentemente da norma legal. Exemplificando, não preciso conhecer o artigo 131º ou o artigo 203º para saber que matar ou furtar é ilícito, mas preciso conhecer a norma daquele fim de semana para saber que apesar de ter porte de arma, não posso ir caçar naquela data.

Assim sendo, e aplicando o **artigo 16º nº1**, exclui-se o dolo do A que desconhecia uma proibição sobre um comportamento axiologicamente neutro, mas não da dinamarquesa. Tudo o que se podia fazer no caso da dinamarquesa seria excluir a culpa porque não tem uma atitude contra o direito. Se a dinamarquesa tivesse feito tudo para saber se era ou não proibido o aborto, o erro dela seria considerado não censurável e por isso excluído, não o dolo, mas a culpa. Já se tiver feito o aborto sem consultar nada, o erro já será censurável e não se exclui a culpa. Voltaremos a este caso da dinamarquesa, aquando do estudo da culpa.

Concluindo:

- todos estes erros vêm previsto no **artigo 16º nº1**;
- A consequência é a **exclusão do dolo**, porque não se verifica o elemento cognitivo ou intelectual;
- O agente só poderá ser **punido a título de negligência, artigo 16º nº3**. Para isso teremos de provar a negligência e o crime tem de estar previsto nessa forma, tal como exigido pelo **artigo 13º**.

Vamos agora distinguir estas situações de erro que estivemos a ver de outras duas figuras da dogmática penal: a ***aberratio ictus***, erro na execução ou execução defeituosa, quer do ***dolus generalis***. Não podem ser confundidas com as situações de erro.

○ ***Aberratio ictus* ou erro na execução ou execução defeituosa**

A tradução de *aberratio ictus* é “desvio no caminho”, mas esta figura também é conhecida como **erro na execução** ou **execução defeituosa**. Na ***aberratio ictus*** o **resultado produz-se num objeto distinto do representado pelo autor**.

O que a distingue do erro? Na execução defeituosa, o agente quer acertar num determinado objeto, mas devido à tal execução defeituosa, seja porque não tem pontaria ou porque a vítima se desvia, acerta num objeto distinto, enquanto que no erro sobre o objeto o agente representa um objeto e acerta nesse objeto que representa, apenas representa mal.

Imaginemos que o A quer acertar no B, mas falha a pontaria e acerta no C que estava ao lado do B. Neste caso, **o agente quer acertar num objeto, mas por desvio na execução acerta num objeto distinto daquele que ele queria e representou**. Não se pode confundir esta situação com o caso em que o atirador acerta no irmão gémeo daquele que queria matar por o ter confundido, porque aí seria erro no objeto já que ele representaria aquele objeto e atiraria naquele objeto e, não havendo qualquer desvio, o erro estaria na representação e não na execução.

Qual é a consequência da *aberratio ictus*? Há duas teorias.

Para a **teoria da concretização**, seguida pela maior parte da doutrina, **o agente deve ser punido pela tentativa do crime que representou e punido pelo crime que realizou na forma negligente**. Assim, de acordo com esta teoria, o A seria punido pelo homicídio do B e pelo homicídio negligente do C.

Contudo, há uma doutrina minoritária. Os seguidores da **teoria da equivalência** defendem que **quando há uma execução defeituosa e há coincidência típica entre o tipo de ilícito projetado e o tipo de ilícito consumado, o agente deve ser punido por um só crime consumado doloso**. Assim, no caso do A, como os tipos de ilícito são os mesmos (homicídio simples), este seria punido pelo crime de homicídio doloso de C.

Esta segunda teoria, apesar de minoritária, foi seguida no acórdão da Relação do Porto 20/10/2004, cujo relator foi Pinto Monteiro. Notar que a professora Ana Bárbara Sousa e Brito segue a primeira, a teoria da concretização, que pune ambas as condutas.

○ ***Dolus generalis***

A outra figura que não deve ser confundida com o erro é a do ***dolus generalis*** que é a figura que se aplica às **situações em que o resultado se consuma em dois atos, mas o autor, o agente, previu erradamente criar o resultado apenas com a primeira ação.**

O exemplo acadêmico é o caso do A que dispara sobre B e depois atira o corpo de B ao rio pensando que este estava morto, vindo-se a provar mais tarde que o B morreu afogado. Portanto, num primeiro momento o A pensa que conseguiu o resultado com a primeira ação, mas depois sabemos que foi só com a segunda que o resultado efetivamente se concretizou. Notar que **o *dolus generalis* só se aplica quando a pessoa pensa que conseguiu o resultado com a primeira ação, porque se tiver dúvidas sobre isso, só pode haver negligência.**

Portanto, há duas ações, mas tendo em conta a relação que existe entre essas ações, elas devem ser valoradas como uma só. Quando é que se pode aplicar o *dolus generalis* de modo a que as duas ações sejam tratadas como uma só? **Há dois critérios.**

O primeiro critério é o **critério de Stratenwerth** que nos diz **que se o agente, antes de praticar a primeira conduta, já tinha pensado e representado a segunda, o dolo abarca toda a situação num momento prévio**, isto é, o dolo abrange todo o processo causal que conduziu ao resultado, pelo que **o agente deve ser punido por um crime consumado a título de dolo.** O A seria punido pelo homicídio doloso do B.

O autor acrescenta que se não for esse o caso, ou seja, **se o agente antes de praticar a primeira conduta, não pensou na segunda, então deve ser punido por tentativa do crime que representou e pelo crime que realizou na forma negligente.** Isto significa que se o A não tinha pensado em atirar o B ao rio, mas apenas em dar-lhe um tiro, vai ser punido por tentativa de homicídio (dar o tiro) e homicídio negligente (atirar ao rio).

Outro critério é o **critério de Figueiredo Dias** que vem dizer que o que importa é determinar se o risco que se concretiza no resultado pode ou não se reconduzir ao quadro dos riscos criados pela primeira conduta. Isto significa que **o que interessa é saber se, segundo as regras da experiência, era previsível, era normal, que o agente praticasse a segunda conduta.** Se a segunda é uma conduta caracteristicamente associada à primeira, posso aplicar o *dolus generalis*, se não for, não posso. Normalmente quando a pessoa dispara, quer-se desfazer do corpo, portanto dizemos que atirar ao rio está caracteristicamente associado a matar a pessoa.

Atualmente a **jurisprudência** dominante e a doutrina atual, tende a não utilizar a expressão *dolus generalis* e considera que só se utiliza por uma questão de tradição jurídica, até porque **estas situações que normalmente se resolviam ao abrigo desta figura, podem ser resolvidas com base noutra figura que já estudamos, o desvio do processo causal.** Assim, se o desvio não for essencial, aplicamos o crime consumado com dolo, e se o desvio for essencial, aplicamos a tentativa porque se quebra a imputação objetiva. Isto seguindo a doutrina maioritária que vimos anteriormente.

Outra questão que importar referir: o que é que acontece se a situação for a inversa? **O que acontece se o agente quer alcançar o resultado com a segunda conduta, mas,**

sem querer, alcança-o com a primeira? Podemos ou não aplicar o mesmo raciocínio? Imaginemos que o A quer matar o B com duas pancadas, deixando-o apenas atordoado com a primeira, mas sem querer mata logo com a primeira. **A solução para a maior parte da doutrina é exatamente a mesma.** Em relação ao primeiro facto, à primeira ação, é homicídio negligente, e no segundo? Entraria aqui a questão do facto posterior não punível.

Roxin introduz uma outra questão. Imaginemos que A quer matar o B e dá-lhe uma pancada forte, mas quando vê a pessoa inconsciente arrepende-se e tenta reanimá-la. Contudo, convence-se que não conseguiu e, achando que o B está morto, deita-o ao rio. *Quid juris?* Roxin considera que este autor deve ser punido por tentativa de homicídio na primeira conduta e homicídio negligente na segunda. Só pode punir por homicídio doloso se o dolo inicial abarcar de modo previsível a segunda conduta.

→ Elemento volitivo

Com já foi dito, o **elemento volitivo** do dolo corresponde à **vontade do agente de praticar o facto típico**. Como nos diz o professor Figueiredo Dias, o conhecimento (previsão) das circunstâncias de facto e, na medida do necessário, do decurso do acontecimento não podem, só por si, indicar a contrariedade ou indiferença ao dever-ser jurídico-penal, manifestada pelo agente no seu facto, que dissemos caracterizar a culpa dolosa e, em definitivo, justificar a punição do agente e título de dolo. O dolo do tipo não pode bastar-se com aquele conhecimento, mas exige ainda que a prática do facto seja presidida por uma **vontade dirigida à sua realização**. É este elemento que constitui o momento volitivo do dolo do tipo.

O dolo pode assumir uma de três modalidades face ao **artigo 14º**: dolo direto, dolo necessário e dolo eventual.

○ Modalidades do dolo

▪ Dolo direto

Há **dolo direto** ou dolo de primeiro grau ou dolo direto intencional quando **o agente prevê e quer a realização do facto típico como fim último da sua conduta**. Note-se que a previsão não tem de ter um certo grau. Imaginemos que A está a uma distância considerável do B e aponta para o matar. Neste caso, há dolo direto. O grau não interessa, basta que preveja e queira matar o B.

Também há dolo direto quando a realização do tipo não constitui o fim último da atuação do agente, mas aparece como estado intermédio necessário da sua conduta e do seu fim último. Este será o caso do A que quer assaltar um banco (é este o seu fim último), mas apercebe-se que a única forma que tem para realizar o assalto é se matar o vigilante. Neste caso, o A mata o vigilante com dolo direto porque apesar de ser um ato intermédio do seu fim último, A não deixa de representar e querer matar o vigilante.

- **Dolo necessário**

Dolo necessário ou dolo de segundo grau ou dolo direto necessário é quando a **realização do facto típico não surge como de grau intermédio para alcançar a finalidade última da conduta, mas como consequência necessária no sentido de inevitável da sua conduta.** A quer matar B e põe uma bomba no avião. Ele prevê como consequência necessária da sua conduta a morte dos outros ocupantes.

- **Dolo eventual**

O **dolo eventual** caracteriza-se por **o agente prever a realização do tipo como provável/possível e conformar-se com essa realização.**

Esta figura é muito importante porque tem semelhanças com uma outra que já estudamos, a negligência consciente. Isto porque **quer no dolo eventual quer na negligência consciente, o agente prevê a realização do facto típico como possível,** com a diferença de que, no dolo eventual, esse agente prevê e conforma-se com a realização, enquanto que na negligência consciente, ele prevê, mas não se conforma. Nas duas figuras o elemento intelectual é o mesmo, em ambos os casos o agente prevê como possível, **o que varia é a parte volitiva, conformando-se ou não com a realização.**

Antes de chegarmos a esta distinção que é a distinção da **teoria da conformação** previstas no nosso código, **artigo 14º nº3 e artigo 15º**, importa ver as outras teorias que procuraram responder a esta distinção entre dolo eventual e negligência consciente.

- **Dolo eventual c. negligência consciente**

Surgiram várias teorias para dar resposta a esta distinção.

As **teorias intelectualistas ou da probabilidade** defendem que a distinção deve ser feita com **base no elemento intelectual** e defendem que no dolo o agente tem uma representação qualificada do facto típico. Para esta teoria, **há dolo eventual quando o agente prevê como provável a realização do facto típico.** Isto é, não basta que o agente preveja como possível, é preciso que veja como provável a realização do facto típico. Assim sendo, **há negligência consciente quando o agente prevê a realização do facto típico como consequência possível.** A diferença está entre o possível e o provável. Nem tudo o que é possível é provável.

Esta teoria foi, desde logo, alvo de várias **críticas**. Em primeiro lugar, não é fácil estabelecer a fronteira entre o possível e o provável, mas a crítica mais relevante face à nossa ordem jurídica é que não podemos fazer esta distinção tendo apenas em conta o elemento intelectual. Foi por isso que surgiram as teorias da vontade ou da aceitação.

De acordo com as **teorias da vontade ou da aceitação, no dolo eventual, o agente aprova a realização do facto típico,** ele aceita intimamente a realização do facto típico, enquanto que **na negligência consciente o agente repudia a verificação do resultado,** isto é, espera que o resultado não se verifique.

Também surgiram as **teorias emocionais** e como o próprio nome indiciam, estas teorias fazem a distinção entre dolo eventual e a negligência consciente com **base na**

atitude do agente face à ordem jurídica, em que, no dolo eventual, haveria uma atitude de indiferença face à ordem jurídica. A professora Ana Bárbara Sousa Brito discorda porque o elemento emocional não faz parte do dolo, e acrescenta que a atitude face à norma jurídica interessa apenas ao nível da culpa.

- **Teoria da conformação**

Pelo que já se disse inicialmente, compreendemos que a teoria que a nossa ordem jurídica adota é a **teoria da conformação** que está expressa legalmente no **artigo 14º nº3** e **artigo 15º**. Segundo esta teoria, **no dolo eventual, o agente prevê a realização do facto típico como possível e conforma-se com a sua realização**. Enquanto que, **na negligência consciente, o agente prevê a realização do facto típico, mas não se conforma com a sua realização**. A diferença está no elemento volitivo.

- **Fórmulas de Frank**

Quando é que se sabe se o agente se conformou com a realização do facto típico? Para dar resposta a esta questão surgiram as chamadas **fórmulas de Frank**. Frank era um juiz do supremo tribunal alemão, tinha imensos casos para decidir deste género e, como tinha grandes dúvidas se seriam de dolo eventual ou de negligência consciente, criou fórmulas para encontrar o elemento subjetivo do agente.

A sua primeira fórmula, a **fórmula hipotética de Frank**, dizia que para sabermos se é um ou outro, **ficciona-se que o agente previu como certo a realização do facto típico e de seguida questiona-se se o agente ainda assim atuaria**. Se sim, há dolo eventual, se não, há negligência consciente.

Esta fórmula teve de ser **afastada porque levava a resultados incorretos**, nomeadamente no caso da organização criminosa que estropiava membros de crianças para obter esmolas. Face a este caso, importava saber se era dolo eventual ou negligência consciente e, se aplicássemos esta fórmula, diríamos que era negligência consciente porque se estes agentes soubessem que as crianças iam morrer não iam atuar já que mortas estas não serviam o objetivo da organização criminosa. Contudo, não parece de todo acertado considerar mera negligência um caso tão flagrante.

Face a isto, surgiu a **fórmula positiva de Frank** que dizia que **se o agente, ao atuar, previu como possível a realização do facto típico e pensou “aconteça o que acontecer eu atuo”, há dolo eventual**. Pelo contrário, se o agente não confiar na realização do resultado, há negligência consciente. **Esta fórmula é defendida pela maior parte da doutrina e é compatível com o critério da conformação da nossa ordem jurídica**.

- **Critérios da professora Fernanda Palma**

A professora Fernanda Palma vem chamar a atenção de que a fórmula positiva de Frank pressupõe que se saiba no que é que o agente pensou. Das coisas mais difíceis em direito penal é provar o elemento subjetivo. Assim sendo, a professora Fernanda Palma acrescenta algo de novo a esta fórmula, propondo dois critérios para tentar determinar o que é que o agente pensou.

O primeiro é o **critério da coerência das motivações**: quanto mais forte for a **motivação, maior o indício do dolo eventual**. Estamos aqui a falar de possíveis benefícios que o agente possa obter com a prática do crime, por exemplo.

O segundo é o **critério do grau de previsibilidade ou de probabilidade de realização do facto típico**: quanto maior for o grau de previsão da realização do facto típico, maior probabilidade de termos dolo eventual. Quanto mais provável for a realização do facto típico, maior probabilidade de o agente se ter conformado com essa realização.

O exemplo que a professora Fernanda Palma dá é o caso da sida. Imaginemos que alguém infetado com o vírus da Sida tem relações sexuais com outra pessoa. É dolo? Se concluirmos que a transmissão do vírus era o fim da sua atividade sexual, teremos indubitavelmente dolo direto. Mas se não é este o caso e ele apenas tem consciência de que há essa possibilidade? Cientificamente, a probabilidade de transmissão situa-se entre os 0,1% e 1%, pelo que se costuma chegar à conclusão que neste caso não há dolo eventual porque a probabilidade é de tal forma baixa que não se justifica. Contudo, a professora Fernanda Palma acha que tendo em conta a lógica das emoções ligadas às situações, o agente deste caso tem dolo eventual. Ora, é algo estranho esta professora dar uma resposta e agora justificar desta forma, mas é assim o seu discurso.

Resta acrescentar a propósito da distinção entre dolo eventual e negligência consciente que esta é tão difícil de fazer e tem uma importância prática tão relevante que o professor **Figueiredo Dias coloca a hipótese de no futuro ser criada uma terceira figura que se denominaria de temeridade e que abarcaria as situações de dolo eventual e de negligência consciente**. Isto significaria uma transformação absoluta do nosso sistema penal: o dolo passaria a ter apenas duas formas, direta e indireta, e a negligência passaria a ser apenas a inconsciente.

Elemento subjetivo especial

Em certos crimes dolosos, o legislador além de exigir o dolo, exige que se verifique um **elemento subjetivo especial**. O que caracteriza o elemento subjetivo especial é que este **não se refere a elementos do tipo objetivo do ilícito, mas não deixa de ser um elemento ligado à vontade do agente**.

Um exemplo é o crime de **furto**. Para o tipo de crime de furto estar preenchido, não basta o dolo de subtrair, **é preciso provar que o agente tinha intenção de se apropriar do que subtraiu**. Esta intenção é um elemento subjetivo especial. A apropriação não é um elemento objetivo do tipo, apenas o é a subtração, mas o tipo subjetivo neste tipo de crime, só estará preenchido se estiver preenchido o elemento subjetivo especial. Outro exemplo é a **fraude fiscal**. Para o tipo de crime de fraude fiscal estar preenchido, o legislador exige que o agente para além de ter dolo da fraude, tenha **intenção de produzir um resultado lesivo para o património fiscal**. Mais um exemplo pode ser o do crime de **burla** porque não basta o dolo da burla, tem de haver **intenção de enriquecer** que é um elemento que se adiciona ao dolo.

Não obstante, e como nos diz o professor Figueiredo Dias, a questão mais delicada suscitada por estes especiais elementos subjetivos (intenções, motivos, pulsões afetivas,

elementos da atitude interna) reside no facto de tais elementos, pela sua própria natureza, não serem quase nunca reconduzíveis a um qualquer acontecimento exterior, mas, pelo contrário, se analisarem em dados e relações puramente ou predominantemente internos; sendo por isso muitas vezes difícil afirmar **se um concreto elemento respeita ainda ao tipo de ilícito ou antes ao tipo de culpa**. O critério deve ser, em tese, aquele que decorre do que acabou de ser dito: o elemento questionado pertence ao tipo de ilícito se ele serve ainda a definição de uma certa espécie de delito e se refere, por esta via, ao bem jurídico protegido, ou se visa caracterizar o objeto da ação, a forma da sua lesão, ou uma qualquer tendência relevante para o ilícito.

Negligência

Importa ter em conta de que o **artigo 15º** é, neste ponto, central. O seu proémio dita que age *“com negligência quem, por não proceder com o cuidado a que, segundo as circunstâncias, está obrigado e de que é capaz”*. As **alíneas a) e b)** enumeram as duas formas possíveis de negligência que vamos a baixo distinguir.

A negligência pode ser estudada como um elemento subjetivo do tipo, mas também pode ser estudada e vista como uma ação típica e ilícita. O professor Figueiredo Dias estuda a negligência no final do manual, como uma forma especial do surgimento do crime, em que olha para a negligência como uma ação típica ilícita. Contudo, a professora Ana Bárbara Sousa Brito considera que a negligência deve ser vista ao nível do tipo subjetivo porque é um elemento subjetivo.

Ao fazer a análise desta forma, Figueiredo Dias tem a preocupação de determinar qual é o elemento caracterizador da negligência. Está só a pensar no crime negligente como um todo e por isso procura caracterizá-lo. **Figueiredo Dias e uma parte da doutrina consideram que o que caracteriza a negligência é a violação do dever de cuidado**.

Ora, **na verdade podemos violar normas de cuidado e atuar de forma dolosa**: um médico pode matar uma pessoa querendo, através da violação de normas de cuidado. O que permite naquele caso dizer que o médico atuou com dolo e não com negligência é a caracterização do elemento subjetivo e não a violação das normas de cuidado, o que **afasta esta forma de tratamento proposta pelo professor Figueiredo Dias**. A professora Ana Bárbara Sousa e Brito considera que fazer esta pergunta de qual a caracterização da negligência é uma falácia que podia ser evitada se a identificasse como elemento subjetivo. Não estamos a dizer que não é importante saber quais são as normas de cuidado, contudo, não podemos dizer que há um crime negligente tendo em conta apenas essa violação porque é possível que haja essa violação e haja dolo.

O que vai decidir se há dolo é sabermos se o agente quis aquele resultado, ou se o representou e se conformou (dolo eventual). **O que nos permite dizer se é um caso negligente é o elemento subjetivo, é tentar perceber qual é a ligação subjetiva entre o sujeito e o facto**. Um autor que concorda com esta posição da professora Ana Bárbara Sousa Brito é **Jakobs** que estuda a negligência logo a seguir ao dolo e não como uma

forma especial de surgimento do crime. Para já a posição do professor Figueiredo Dias ainda é a maioritária, mas está a perder apoiantes. Relembrar, contudo, que o principal autor do código penal foi Figueiredo Dias, junto de uma comissão.

Seguindo a corrente da professora Ana Bárbara Sousa Brito, dizemos que a negligência deve ser encarada como um elemento subjetivo do tipo. Isto significa que o elemento central da negligência é o elemento subjetivo. Isto não significa que quando há um crime negligente não se deva prestar atenção às normas de conduta que o agente tinha de obedecer já que estas fazem parte da conduta típica na norma. O que se quer aqui defender é que o facto de termos de estar atentos a certas normas de cuidados, no caso da negligência médica por exemplo, não basta para caracterizar o crime, porque aí só estamos a caracterizar a conduta típica. Para apurar o elemento subjetivo, dolo ou negligência temos de ver o que é que o agente pensou.

→ Formas de negligência

A negligência pode assumir duas formas, a negligência consciente e a negligência inconsciente. A primeira já aprofundamos pela sua proximidade com a figura do dolo eventual. Numa frase, há **negligência consciente** quando o **agente representa a realização do facto típico, mas não se conforma com essa realização, artigo 15º a)**. Isto também de acordo com a teoria adotada pelo nosso código penal, **artigo 14º nº2 e artigo 15º, a teoria da conformação**.

A segunda, a **negligência inconsciente** é caracterizada por o **agente não prever a realização do facto típico, mas ter a possibilidade de o prever, artigo 15º b)**. Isto tem uma enorme dimensão prática uma vez que leva a que se puna uma pessoa que ao atuar não previu o facto típico, mas podia tê-lo previsto. Por outras palavras, na negligência inconsciente, **a realização do facto típico era cognoscível**.

A questão à qual se torna importante dar resposta: quando é que se pode afirmar que o agente, apesar de não ter previsto, tinha a possibilidade de prever? Em primeiro lugar, há que provar que **o agente teve consciência dos sinais objetivos de perigo que no fundo são elementos que podiam fazer prever a realização do facto típico**. Esta é a proposta da professora Ana Bárbara Sousa Brito.

O pai que se esquece do filho no carro sob circunstâncias de stress na primeira vez que está encarregue de o levar à escola, não teve oportunidade de prever que algum mal lhe podia acontecer, não é negligência, nem sequer inconsciente. Outro exemplo: imagine-se que uma pessoa, que é distraída por natureza, põe uma máquina de café a funcionar e esquece-se de a desligar, o que provoca um pequeno incêndio que essa mesma pessoa deteta e acaba por apagar. Noutra altura vai à cozinha, pode voltar a acender a máquina de café? O poder pode, mas se se voltar a esquecer de a apagar e voltar a causar um incêndio que tenha graves consequências, temos de dizer que ela tinha a possibilidade de o prever porque o facto de já se ter esquecido uma vez representa um sinal de perigo objetivo.

Se a pessoa tiver consciência de determinados elementos que a possam levar à realização do facto típico, aí em princípio há possibilidade de ela representar a realização

do facto típico, e por isso há negligência inconsciente e poderá ser punida em consequência disso mesmo.

Recuperando o exemplo do pai que se esqueceu do filho no carro: se já tivesse tido esta falha em situações de stress anteriores, tratar-se-ia de uma negligência inconsciente porque ele deveria saber que corria o risco de se esquecer de novo, face à observação dos sinais objetivos de perigo. Dizemos que aqui há uma **negligência consciente na aceitação**.

Mas não basta a consciência dos sinais objetivos de perigo para ser considerada a negligência inconsciente, também é relevante que o agente tenha a **possibilidade de ter consciência do perigo concreto e abstrato da sua conduta**. O exemplo que aqui importa utilizar é o da mulher alemã que vivia numa aldeia no século XVII, tinha um filho raquítico, e as pessoas da aldeia convenceram-na de que a forma de tratar o filho era colocá-lo em água a ferver. Esta senhora tem acesso aos sinais objetivos de perigo, mas não tem a possibilidade de ter consciência do perigo concreto e abstrato da sua conduta (é preciso ter em conta de que estamos a falar do tempo em que se acreditava que fazer um buraco na cabeça curava a loucura). Há autores que defendem que aqui não há sequer negligência porque a mulher não representou o facto típico. Outro exemplo é o da senhora que deixa as crianças a brincar num quarto com velas e com a porta fechada, e os meninos morrem do ar que respiram. Em ambos os exemplos, a agente não tem consciência do perigo concreto e abstrato da sua conduta, é ignorante face ao facto típico.

Porque é que é tão importante a figura da negligência inconsciente? Porque **a negligência inconsciente estabelece o limite subjetivo mínimo da responsabilidade penal. Abaixo da negligência inconsciente não se pode punir ninguém criminalmente**. Se o agente não tem sequer negligência inconsciente, não atua no âmbito da sua liberdade, não tinha a possibilidade de evitar o facto típico, não pode ser punido.

Dolo de dano c. dolo de perigo

Outra distinção ainda a propósito do elemento subjetivo é entre dolo de dano e dolo de perigo. Mas primeiro importa recuperar a distinção que já foi aqui estudada entre crime de dano e crime de perigo. No crime de dano é necessária a lesão do bem jurídico, enquanto que no crime de perigo não é necessária essa lesão. Este segundo subdivide-se entre crime de perigo abstrato e crime de perigo concreto.

O crime de perigo abstrato basta-se com a ação abstratamente perigosa, como conduzir embriagado. É claro que esta figura é extremamente anormal porque a definição de crime é comportamento que atenta contra um bem jurídico, pelo que o legislador só pode recorrer à figura do crime de bem abstrato raramente, sob pena de criar tipos inconstitucionais.

No crime de perigo concreto, o resultado é a **criação de um perigo para o bem jurídico. Criação de perigo para o bem não é dano, é possibilidade de dano**.

Um exemplo de crime de dano é o homicídio porque temos de provar que houve lesão do bem jurídico, a vida. Um exemplo de crime de perigo concreto é o crime de exposição ou abandono. É o caso da mãe que deixa a criança na floresta. Não é preciso que a criança morra porque é o perigo que fundamenta a punibilidade, mas no entanto não basta que a mãe abandone a criança para que este tipo se encontre satisfeito, há que comprovar que a criança esteve realmente exposta a um perigo.

A distinção entre dolo de dano e dolo de perigo só se coloca quando estão em causa crimes de perigo concreto, porque em relação aos crimes de perigo abstrato basta uma conduta abstratamente perigosa. Vamos ver o exemplo da mãe que abandona a criança na floresta. O dolo desta mãe é um **dolo de perigo**. O que é que isto significa? O dolo de perigo **é composto por negligência quanto ao dano e dolo necessário quanto ao perigo**. Como o perigo é a possibilidade de dano, significa que **para afirmarmos o dolo de perigo, temos de provar uma relação do sujeito com o dano**, mas essa relação não pode ser de dolo porque se for de dolo não há razão nenhuma para não punir o agente pelo crime de dano. **Como tem de haver uma relação com o dano, por exclusão de partes, se não for de dolo, só pode ser de negligência**.

E se a mãe ao abandonar, representa a morte da criança e conforma-se pensando “aconteça o que acontecer, eu atuo”? Aí já será dolo eventual (fórmula positiva de *Frank*). Se tem **dolo de dano**, punimos por homicídio se a criança morrer e por tentativa se não morrer. Isto se tiver dolo de dano (morte), porque caso contrário terá apenas dolo de perigo, o que significa que tem de haver uma representação (ou pelo menos a possibilidade de representação), sem conformação, da possibilidade da criança morrer.

O crime de perigo concreto pressupõe perigo e uma relação com o perigo e aqui há uma discussão sobre **qual é a forma que o dolo de perigo tem de assumir**.

O **professor Rui Pereira** defende que se o agente tiver dolo direto de perigo terá dolo de dano e se tem dolo de dano não pode haver crime de perigo e que se o agente tiver dolo eventual de perigo, ele terá dolo eventual de dano e por isso não podemos ir para o crime de perigo. Para este autor, **a única forma de dolo em relação ao perigo só pode ser o dolo necessário: tem de representar o perigo como consequência necessária da sua conduta**.

Se a mãe representa e quer a possibilidade de dano para a vida da criança, isto quer dizer que representa e quer o dano, logo não pode haver dolo de perigo. O dolo de perigo nunca pode assumir a forma de dolo direto.

Recapitulando... O crime de exposição ou abandono é o exemplo de crime de perigo concreto porque precisamos de provar que houve perigo para a vida da criança (esta é parte objetiva do tipo). Todos os tipos são constituídos por parte objetiva e subjetiva. Temos de construir a parte subjetiva do tipo de crime de perigo concreto. Se o perigo é a possibilidade de dano, temos de ter uma **relação entre o sujeito e o dano**. Que relação é essa? O que o professor Rui Pereira defende é que a relação com o dano não pode ser de dolo porque se o agente tiver dolo de dano vai ser punido pelo crime de dano. Se não pode ser de dolo, só sobra a negligência. Portanto, no **dolo de perigo** temos de ter

sempre **negligência quanto ao dano**. A tal mãe que abandona a criança na floresta tem de ter negligência quanto à morte da criança, não pode ter dolo.

Tem de haver uma relação com o perigo e não só com o dano. Que forma é que assume o dolo de perigo? **A relação com o perigo é o dolo necessário**, porque o agente representa a criação de perigo como consequência necessária da sua conduta. Não pode ser nem dolo direto de perigo nem dolo eventual de perigo, porque isto significaria que havia dolo de dano que já dissemos que não pode existir. Ou seja, se aquela mãe representou a possibilidade perigo para a vida de perigo e quis criar essa possibilidade de perigo ela teve de representar a morte da criança e conformar-se e por isso não pode haver crime de perigo. Portanto, por exclusão de partes, a única forma de dolo que sobra é o dolo necessário.

Concluindo, **num crime de perigo concreto há negligência quanto ao dano e dolo necessário quanto ao perigo**.

Como é que se resolve um caso prático?

O primeiro elemento a apurar é a ação, que é o comportamento controlado ou controlável pela consciência do sujeito. Em segundo lugar temos de averiguar se essa ação é típica, o que pressupõe que já elegemos os tipos em causa e se tivermos uma situação de concurso aparente temos de a resolver já ao nível do tipo. Depois de estabelecer o tipo temos de ver a ação se subsume ao tipo o que implica saber se a ação preenche todos os elementos objetivos do tipo. Aí teremos de ver se existe um sujeito (agente), uma ação típica, o objeto da ação, o bem jurídico e o resultado se for um crime de resultado. O passo seguinte é ver se se pode imputar objetivamente o resultado à conduta do agente.

Se todos estes elementos estiverem preenchidos passamos para o tipo subjetivo, traduzido em dolo ou numa situação de negligência. Se for uma situação de dolo temos de determinar se estão presentes os elementos constitutivos do dolo: elemento intelectual (representação de todos os elementos objetivos do tipo), elemento volitivo (vontade de praticar o facto típico) e elemento subjetivo especial em alguns casos que vão para além dos elementos objetivos. Os grandes problemas são as situações de erro. Havendo dolo temos de saber qual a sua forma: direto, indireto ou eventual, isto no elemento volitivo, embora também envolva o elemento intelectual. Só se não houver dolo é que vamos para a negligência e aí teremos de ver se é consciente ou inconsciente.

Estando presente quer o tipo objetivo, quer subjetivo daquele tipo de crime, o próximo passo é saber se a ação típica é ilícita, apesar de ao indicarmos que é típica, já haver indícios de que é ilícita. Aqui temos de aplicar a técnica negativa da exclusão, isto é, ver se há ou não causas de exclusão da ilicitude. Se houver, excluimos a ilicitude e acaba a análise do crime. Se não houver, temos de passar para o elemento seguinte que é a culpa. Mas averiguar se há ou não causa de exclusão da ilicitude é por vezes difícil porque também são compostas por elementos objetivos e elementos subjetivos, o que gera problemas como iremos ver. A seguir à ilicitude temos a culpa que se analisa também pela técnica negativa da exclusão. O que temos mais uma vez de averiguar é se

naquele caso concreto estão presentes ou não causas de exclusão da culpa em sentido amplo. Se estiverem, exclui-se a culpa e acabou. Se não estiverem, temos de continuar. Saber quais são umas e outras causas é a matéria seguinte. Se não se verificar nenhuma causa de exclusão da culpa temos de avaliar a punibilidade, que é uma espécie de figura residual porque vem no fundo acrescentar os elementos extrínsecos ao facto típico e ilícito que o legislador exige para que o comportamento tenha relevância penal. Aqui teremos de ver se estão reunidas as condições objetivas da punibilidade e por último se se verifica alguma causa pessoal de isenção da pena. Se se verificar uma causa destas, exclui-se a punibilidade e acabou. É assim que se analisa um crime.

Caso prático 8. Abel quer matar o cão de Carlos, seu vizinho, uma vez que o bicho lhe dá conta das galinhas. Ao ver mal ao longe, dispara sobre o próprio Carlos julgando tratar-se do cão. Carlos morre. *Quid juris?*

O tipo de crime em causa é o crime de homicídio, previsto no **artigo 131º**. Neste caso, há uma discrepância entre o que o agente representou e o que se verifica na realidade. Há um erro sobre o objeto da ação.

Não há problemas a nível da ação, é uma ação jurídico-penalmente relevante. Não é preciso aplicar o esquema todo, vamos logo ao problema. O problema está no erro, o que pressupõe que saibamos qual é o tipo de crime, pelo que deve ser identificado. Isto implica saber se estão presentes os elementos objetivos e subjetivos deste tipo. Não há problema nos elementos objetivos, não há qualquer problema de imputação objetiva, assim o único problema está ao nível do tipo subjetivo.

Então temos de identificar que erro é: erro sobre o objeto. Os objetos não são tipicamente equivalentes, pelo que é um erro relevante. Há um erro sobre os elementos de facto do tipo de crime previsto **artigo 16º nº1**. O A não representou uma pessoa, representou um animal. Se está em erro sobre o objeto exclui-se o dolo, **nº2**, e temos de saber se pode ser punido a título de negligência, já que no **nº3** se prevê a possibilidade de punir a título de negligência quando há erro.

Neste caso há negligência inconsciente porque se o A sabe que vê mal ao longe, não podia disparar sem saber muito bem o que está a fazer. Ele não previu, mas podia ter previsto que seria este o desfecho. Assim sendo, apesar de se excluir o dolo, o A podia ser punido pelo homicídio negligente de Carlos, **artigo 137º**.

Caso prático 9. Álvaro decidiu matar Bruno a golpes de enxada. De acordo com o seu plano, dar-lhe-ia um primeiro golpe que apenas o deixaria inconsciente e de seguida dar-lhe-ia um segundo golpe que o mataria. A autópsia, porém, provou que, ao contrário do que Álvaro planeou e representou, Bruno morreu logo por efeito do primeiro golpe. Qual a responsabilidade penal de Álvaro?

Para a doutrina atual, a figura do *dolus generalis* é dispensável, e só é usada por tradição jurídica. Para esta doutrina, esta é uma situação de erro sobre o processo causal, em que o desvio não é relevante pelo que não consequências ao nível da imputação subjetiva nem ao nível da imputação objetiva. Assim sendo, deve ser tratado como um só crime e o A deve ser punido pelo crime de homicídio doloso do B.

A professora Ana Bárbara Sousa Brito disse que o que se pretendia com este caso prático era explorar a figura do *dolus generalis*, relacionar com a ação inversa, e com a figura do desvio causal não relevante, relacionando as várias doutrinas.

Caso prático 10. Ana, grávida, está na praia com um grupo de amigos. A certa altura, os amigos decidem iniciar um jogo de rãguebi e desafiam Ana a participar. Ela começa por rejeitar, invocando que é perigoso dado o seu estado de gravidez, mas alguns minutos depois, sem nada dizer, começa a participar no jogo. Alguns minutos depois, cai e aborta. Ana pode ser punida por um crime de aborto?

O grande problema neste caso é saber se a Ana atuou com dolo eventual ou negligência consciente. O que há em comum entre estas duas figuras é o elemento intelectual: ela representa a possibilidade, ela representa o facto típico. A diferença é que, no dolo o agente se conforma com a realização do facto típico, enquanto que na negligência não se conforma, afasta essa realização.

Por ser tão difícil saber o elemento subjetivo, aquilo que o agente pensa, temos a fórmula positiva de Frank, segundo a qual se o agente ao atuar pensar “aconteça o que acontecer eu atuo” há dolo eventual, se não, há negligência consciente. Esta fórmula deve ser depois completada com os critérios da professora Fernanda Palma para tentar determinar o que é que o agente pensou, nomeadamente o critério da coerência das motivações e o grau de probabilidade de lesão do bem jurídico. Em princípio, a Ana só queria brincar e a probabilidade de correr mal nem era grande, porque estavam na praia, eram amigos que conheciam a sua condição, pelo que, a sua atuação seria meramente negligente. Como o nosso código não prevê o crime de aborto na forma negligente, ela não é punida, **artigo 13º**.

Caso prático 11. Abel quer matar a sua tia e, para esse efeito, envia-lhe uma caixa de bombons envenenados. Apure a responsabilidade criminal de Abel tendo em conta os cenários seguintes.

- a) Carlos, carteiro, amante daquele produto, não resiste ao aroma da encomenda e come alguns bombons vindo mais tarde a falecer.

Há uma execução defeituosa porque o A atinge um objeto distinto daquele que visava atingir. É um caso de *aberratio ictus*, é um desvio no caminho que atinge Carlos. Abel poderá em princípio ser punido em concurso por homicídio negligente do Carlos e tentativa de homicídio da tia.

Quando ao homicídio negligente do Carlos, teríamos de discutir se o A tinha possibilidade de representar que o carteiro comia os bombons. É um problema de imputação objetiva do resultado à conduta do agente. Se ele não previu nem podia prever, o resultado não lhe é imputável.

- b) Beatriz, recebendo a oferta, compartilha os bombons com as suas amigas durante o chá que todas as quartas feiras oferece em sua casa, acabando todas elas por morrer. Quid juris?

Neste caso do chá da tia, o Abel podia mais facilmente prever este resultado. Assim sendo, se ele tinha a possibilidade de representar o facto típico a sua conduta é no mínimo de negligência inconsciente, podendo-se discutir se ele se conformou ou não com a realização do facto típico.

Elementos objetivos do tipo: Agente

Até agora estivemos a ver o crime na perspectiva **de um único agente que pratica o crime diretamente**, é o autor material. Em quase todas as hipóteses que analisamos estivemos sempre perante a conduta de um agente imediato, do agente material que pratica a ação, **agente singular**. No entanto, há muitas formas de participar num crime e sempre que isso acontece entra uma figura fulcral na teoria do crime, a comparticipação criminosa.

Comparticipação criminosa

Sempre que há uma **pluralidade de agentes a realizar o facto típico** temos de determinar qual o papel que essas pessoas desempenharam no cometimento do crime. Se assumiram a forma de autores ou se são apenas participantes. De qualquer forma, **a comparticipação, em sentido amplo, abarca quer a autoria quer a participação.**

Porque é que vamos estudar as formas de comparticipação na tipicidade? A figura da comparticipação é normalmente estudada no final dos manuais como uma forma especial de surgimento do crime, ao lado da tentativa, dos crimes negligentes e dos crimes omissivos. No entanto, a professora Ana Bárbara Sousa Brito defende que a forma correta de encarar a comparticipação é ao nível da tipicidade.

Como já sabemos, um dos elementos objetivos do crime é o agente, pelo que faz sentido saber qual é a forma que o agente tem no crime: se é agente material, se é agente mediato, se é instigador ou se é cúmplice. Estudamos esta matéria ao nível do tipo para determinar o tipo de agente que existe.

→ Conceitos de autoria

Para percebermos as formas de autoria e de participação, temos de começar pela distinção entre crimes dolosos e crimes negligentes porque **o conceito de autoria nos crimes negligentes é diferente do utilizado nos crimes dolosos e, conseqüentemente, o conceito de participação também o é.**

Nos crimes negligentes, é autor todo aquele que contribui causalmente para o resultado. É a típica negligência. Este é o **conceito unitário ou extensivo de autoria**. Para punir alguém como autor por negligência basta provar que a pessoa contribuiu causalmente para aquele resultado, o que, para a professora Ana Bárbara Sousa Brito **implica a cognoscibilidade para essa realização.**

Já nos **crimes dolosos**, o nosso legislador adota um **conceito restritivo de autor**. Aplicando a teoria restritiva do facto que a doutrina dominante utiliza para determinar quem é o autor, **é autor quem tem o “se” e o “como” da realização do facto típico.**

Isto significa que, nos crimes dolosos, **é autor quem controlar o processo causal que leva ao resultado típico e por isso o facto surge como obra da sua vontade e numa vertente objetiva surge como fruto de uma contribuição para o acontecimento com determinado peso e significado objetivo.**

Ainda dentro dos crimes dolosos, há quem faça mais distinções consoante o crime doloso seja comum ou específico, distinção que já aqui foi feita. Vejamos.

Roxin, um dos principais responsáveis pela teoria do domínio e do facto, considera que **o conceito restritivo de autor só deve ser aplicado aos crimes dolosos comuns.** Para este autor, sempre que houver um crime doloso específico ou de dever não tem de haver domínio do facto para se falar em autoria. Por outras palavras, *Roxin* considera que **nos crimes dolosos específicos qualquer contributo para o facto, por mais longínquo que seja, funda a autoria desde que seja o contributo proveniente do titular do dever.** Ou seja, nos crimes específicos, que são aqueles que só podem ser praticados por pessoas que têm determinadas qualidades ou deveres, basta que seja titular desse dever para ser considerado autor, não é preciso que domine o facto.

Por seu lado, o professor **Figueiredo Dias** não concorda e diz que **mesmo nos crimes específicos não basta a violação do dever do titular para se falar em autoria, é necessário que haja domínio do facto.**

Imaginemos que um agente, titular de um dever específico, **intraneus**, utiliza um estranho para praticar um crime, **extraneus**, mas não domina a vontade desse estranho. Exemplificando, este seria o caso em que um juiz pede ao seu irmão para proferir uma sentença. O titular do dever é o juiz, mas quem pratica é o irmão. Para *Roxin*, isto basta para dizer que o titular do dever tem autoria, enquanto que para *Figueiredo Dias* além de utilizar o irmão, o juiz tinha de utilizar a vontade desse irmão, tendo o **domínio do facto**, para ser considerado com autor do crime.

- **Evolução do conceito de autoria**

Apesar de a teoria do domínio do facto ser aquela que é adotada pela doutrina atual, houve várias teorias ao longo do tempo que tentaram distinguir a autoria da participação. A **teoria formal objetiva** dizia que só podia ser **autor aquele que executa o facto por si mesmo.** Esta teoria veio a revelar-se insuficiente porque não abarcava a autoria mediata, que iremos definir.

Depois surgiu a **teoria subjetiva** que veio propor que a distinção entre autor e participante fosse feita com base no elemento subjetivo. **Seria autor quem atuasse com *animus de auctoris*, animus de autor, e seria participante quem atuasse com *animus socii*, animus de participante.** Esta teoria levou a alguns absurdos, nomeadamente o famoso caso russo em que o tribunal alemão condenou como cúmplice o espião que, a mando da URSS, matou dois conterrâneos seus na Alemanha. Seguindo esta teoria, considerou-se que esse agente era apenas participante porque atuou a mando de outrem e não tinha *animus* de autor.

Atualmente vigora a **teoria do domínio do facto**, encabeçada por Roxin. Como já se desenvolveu anteriormente, de acordo com esta doutrina, autor é o agente que tem o “se” e o “como” da realização do facto típico. **É autor quem controlar o processo causal que leva ao resultado típico e por isso o facto surge como obra da sua vontade e, numa vertente objetiva, como fruto de uma contribuição para o acontecimento com determinado peso e significado objetivo.**

Toda a doutrina está de acordo que esta teoria se aplica a todos os crimes dolosos comuns, mas depois há esta divergência acerca da aplicação aos crimes dolosos específicos ou de dever.

→ Formas de autoria e de participação

O nosso código penal distingue formas de autoria e formas de participação. Há três formas de autoria: autoria imediata, autoria mediata e coautoria. Quanto às formas de participação, há que realçar que **só há participação se houver autoria**. É por isso que se fala na **acessoriedade da participação**. Ou seja, se não houver autores, não pode haver participantes. Tendo esta ideia salvaguardada, importa dizer que as formas de participação previstas no nosso código penal são a instigação e a cumplicidade.

○ Formas de autoria

Na **autoria imediata** o autor tem domínio do facto através do domínio da ação. Isto significa que é ele próprio que executa ação.

Na **autoria mediata** o autor tem domínio do facto através do domínio da vontade. Ou seja, o autor não executa a ação, mas domina a vontade do executante. É quando o autor utiliza outrem como instrumento da sua vontade.

Na **coautoria** o domínio do facto obtém-se através do domínio funcional do facto. Isto é, o agente durante a execução possui uma função relevante para a realização típica em conjunto com outros agentes.

O **artigo 26º**, sob a epígrafe **autoria**, faz referência a estas três formas:

- É punível como autor quem executar o facto, por si mesmo (**autor imediato**);
- ... ou por intermédio de outrem (**autor mediato**);
- ... ou tomar parte direta na sua execução, por acordo ou juntamente com outro ou outros (**coautoria**).

Já que estamos a analisar esta norma, adiante-se que a parte final onde se lê “e ainda quem, dolosamente, determinar outra pessoa à prática do facto, desde que haja execução ou começo de execução” já é sobre uma das formas de participação, a instigação, e que a cumplicidade vem prevista no artigo seguinte.

A autoria imediata, mesmo em termos doutrinários, não deixa grandes dúvidas. Por isso mesmo basta a análise que temos vindo a fazer na resolução dos casos e vamos passar então às restantes formas de autoria, a começar pela autoria mediata.

▪ **Autoria mediata**

Quando é que o agente pratica o facto por intermédio de outrem? Quando esse **outrem** (o chamado **autor imediato** ou **autor material** ou **autor direto**) **é utilizado como instrumento da vontade do chamado autor mediato**. Como é que obtém esse domínio da vontade? Para a maior parte da doutrina, obtém-se de uma das seguintes formas:

- **por erro**, desde que esse erro exclua o dolo ou a culpa do executor;
- **por coação**, e tem de ser uma coação que exceda a culpa do executor;
- **por domínio da organização ou domínio da vontade no quadro de um aparelho organizado de poder**;
- **por utilização de inimputáveis**.

Antes de vermos cada uma delas, importa ter em conta que não há autoria mediata quando o autor material não chega sequer a praticar uma ação jurídico penalmente relevante. É o caso de A empurrar o B e este cair em cima do C, B foi um mero instrumento e não há domínio da vontade por parte deste. Nestes casos não se pode dizer que haja autoria mediata, porque na realidade a outra pessoa é utilizada como um instrumento propriamente dito e não como um instrumento da vontade.

Na **autoria mediata por erro o autor mediato induz o autor imediato, material ou direto em erro ou explora um erro já existente**. A e B são caçadores. A diz ao B que o que está atrás da árvore é um veado quando sabe perfeitamente que é C. Nesta situação, o A induziu o B em erro sobre os elementos do facto típico e dessa forma conseguiu dominar a sua vontade. É um caso de autoria mediata por erro. **Consequências? Exclui-se o dolo do autor material**. Assim sendo, o autor material pode ser punido pelo crime na forma negligente, se houver preenchimento dos requisitos da negligência, enquanto que o autor mediato será punido pelo crime doloso.

Este exemplo é um caso de erro sobre o objeto, mas há outros exemplos de erro. Imaginemos que o A diz ao B para disparar contra C porque este último estaria com uma arma apontada para D, seu filho. O B dispara, mas o C não estava a apontar qualquer arma. Aqui é um erro sobre uma causa de exclusão da ilicitude porque o agente acha que está a agir em legítima defesa de terceiro. Neste caso, o A, autor mediato, vai ser punido por homicídio doloso e o B, autor direto, pode vir a ser punido por homicídio negligente.

Outro exemplo de erro é o erro sobre a ilicitude. Imaginemos uma adaptação do já referido caso da dinamarquesa que vem a Portugal, pensa fazer um aborto na 13ª semana e a sua vizinha que é advogada diz-lhe que pode abortar. Nesse caso, a dinamarquesa fez tudo o que estava ao seu alcance para conhecer as nossas normas, pelo que ao abortar, age sob erro. Assim sendo, a advogada vai ser punida pelo crime de aborto por autoria mediata porque conseguiu dominar a vontade da dinamarquesa. E a dinamarquesa não vai ser punida. Não há sequer negligência porque ela não representou nem podia representar a realização do facto típico.

Na **autoria mediata por coação que exclua a culpa do executor** (estado de necessidade desculpante) o **autor mediato consegue o domínio do facto através do domínio do elemento volitivo da decisão do autor material**. Ou seja, o autor mediato domina a formação da vontade do autor imediato, material ou direto. A aponta uma pistola à cabeça do B dizendo-lhe “ou disparas contra o C ou disparo contra ti”. O B dispara. Qual é a sua responsabilidade criminal? Ele não é punido porque não tem culpa. É equivalente ao caso da tábua de Carneádes. Não se podia exigir que tivesse outro comportamento naquela situação.

Vejam os outros exemplos. A, B e C são alpinistas e estão a subir uma montanha por essa mesma ordem na vertical. O A virasse para o B e diz “ou cortas a corda ao C, ou eu corto a corda dos dois”. O B corta a corda do C. Nesse caso, o A é o autor mediato que novamente domina o elemento volitivo do autor imediato, excluindo a culpa deste.

Na **autoria mediata por domínio da organização ou por fungibilidade do instrumento no âmbito de aparelhos organizados de poder**, os exemplos paradigmáticos são os casos da máfia. **São situações em que temos uma organização estruturada hierarquicamente com uma forte disciplina interna em que o modo de funcionamento dos seus elementos é quase mecânico**. Isto é, eles reagem às ordens do chefe porque sabem que caso não cumpram, outro praticará. A maior parte da doutrina defende que as atividades destas organizações têm de se situar fora do quadro da ordem jurídica. **Aqui não retiramos a responsabilidade ao autor material** como fizemos com o alpinista, **vamos é punir também aquele que dá a ordem**: o chefe dessa organização é o autor mediato de todos os crimes que a organização praticar.

Para o professor Figueiredo Dias, nestes casos só haverá autoria mediata se o autor imediato estiver sob coação ou sob erro. Outra parte da doutrina, nomeadamente Roxin, defende que se o agente tiver sob erro ou coação não a forma de autoria mediata que se utiliza não é o domínio da organização, mas o erro ou a coação.

Passemos agora para a **autoria mediata por utilização de inimputáveis**. Pode-se ser inimputável em razão da idade ou de anomalia psíquica. Quando se utiliza inimputáveis, diz-se que o **autor mediato tem o domínio ético-social do facto**.

Contudo há uma discussão da doutrina. Há uma parte da doutrina que só considera autoria mediata nestes casos se se provar que além do domínio ético-social existe o domínio da vontade do autor imediato. Por outras palavras, **há uma parte da doutrina que considera que, para ser autoria mediata, o autor mediato também domina o elemento intelectual ou volitivo do inimputável**. Isto significa que para esta parte da doutrina se alguém utilizar um jovem para praticar um crime e se se provar que esse jovem tem capacidade para se motivar pelo direito, não há razão nenhuma para se considerar que há autoria mediata. **É por isso que o Roxin não autonomiza esta figura face à autoria mediata por erro ou coação**. Se se considerar este requisito mais apertado e chegar à conclusão que não há autoria mediata, então aquele que utiliza o menor vai ser punido por instigação e passará a ser participante em vez de autor.

A outra parte da doutrina defende que como se presume que estas pessoas inimputáveis não têm capacidade para se motivar, deve-se considerar sempre autoria mediata, independentemente do elemento intelectual ou volitivo do inimputável.

Ainda a propósito da autoria mediata, a **professora Conceição Valdágua** defende ainda outra forma. Segundo esta professora, **há autoria mediata também em todos os casos em que o executor material se subordina voluntariamente à decisão do homem de trás até ao último momento**. Isto é, o homem da frente (autor material) não tem uma vontade autónoma própria porque faz depender o fazer ou não fazer da vontade do homem de trás (seria o autor mediato). A decisão de subordinação é do homem da frente, mas a de praticar o crime é do homem de trás. Imaginemos que A paga ao B para matar o C. Ora, aqui o B faz depender a decisão de matar ou não matar à decisão do A. O B é que decide subordinar-se à vontade do A. São estas as situações que a professora Conceição Valdágua quer incluir na autoria mediata.

Notar que apenas a professora Conceição Valdágua defende esta possibilidade e dá-lhe o nome de **casos de acordo, ajuste ou pacto criminoso no qual o agente de trás se compromete a realizar determinada prestação e, em contrapartida, o agente imediato, o homem da frente, obriga-se ao cometimento de um crime, e faz depender até ao último momento esse cometimento à vontade do homem de trás**. Os outros autores, nomeadamente *Jakobs*, consideram que estes casos são de instigação.

▪ coautoria

A terceira forma de autoria é a coautoria. Para o professor Figueiredo Dias, ao referi-la expressamente como entre as formas de autoria, a lei terá querido afastar dúvidas que pudessem provir da circunstância de, nestes casos, o coautor não dominar o facto nem por si mesmo, nem por intermédio de outro (nenhum se serve do outro como instrumento), mas sim em conjunto com o outro ou outros.

Normalmente exigem-se dois elementos essenciais para que se considere uma situação como coautoria: tem de haver execução conjunta e tem de haver uma decisão conjunta. Vamos ver cada um deles.

Elemento subjetivo – ter de haver **decisão conjunta** – para se falar em coautoria tem de haver um **acordo em sentido amplo** e esse acordo **pode ser prévio, antes de se executar o facto, mas também pode ocorrer durante a execução, que são os casos de ação concertada**, que implicam uma espécie de consciência recíproca de se estar a colaborar na realização do facto. É possível tornar-se coautor até à consumação do crime.

Além disso, este acordo **pode ser expresso ou tácito**. A razão da exigência deste elemento compreende-se porque só através dele se pode justificar que responda pela totalidade do delito o agente que por si levou a cabo apenas uma parte da execução típica.

A e B combinam os dois dar uma sova em C. Esta é a combinação. O B sem dizer nada ao A leva uma pistola e durante a sova pega na pistola e mata o C. *Quid juris?* Quanto à sova A e B são os dois punidos em coautoria. E quanto à morte?

Se houver excesso na execução do facto típico, esse excesso, por regra, não poderá ser imputado ao coautor e, no caso de ser um excesso previsível, poderá ser atribuído ao autor a título de negligência, mas como autor, não como coautor. Nada do que foi dito muda ainda que aquele que não praticou o excesso dê o seu acordo posteriormente.

Respondendo agora à questão, quanto à morte do C, o A é punido por homicídio como autor, enquanto que o B só será punido se pudesse ter previsto o excesso, mas apenas como autor paralelo a título de negligência. Aqui entra uma figura que já vimos, o conceito de autoria nos crimes negligentes que é um conceito extensivo (nos crimes negligentes é autor todo aquele que contribui causalmente para o resultado).

Elemento objetivo – para haver coautoria tem de haver uma **execução conjunta**. Este segundo elemento gera várias questões. Da letra do **artigo 26º**, retiramos que **cada um dos coautores tem de ter o domínio da sua parte na execução**, isto é, tem de ter o domínio do seu contributo na execução.

Roxin acrescenta que para haver execução conjunta e consequentemente coautoria, além de termos de provar que cada um domina a sua parte na execução, há que provar que cada um dos coautores tem a titularidade de uma contribuição essencial na execução do facto. Ou seja, nos termos do plano, **a contribuição de cada um dos coautores tem de ser considerada indispensável e indispensável ao ponto de poder fazer fracassar o plano com a não prestação do seu contributo**. Isto significa que se a pessoa não realizar a sua prestação vai fazer fracassar o plano: é o chamado **domínio negativo do facto**.

Para baralhar mais, **há ainda uma outra parte da doutrina que considera que** não basta no plano a pessoa ter domínio negativo do facto, sendo necessário que **na execução o seu comportamento seja objetivamente essencial**. Ou seja, esta parte da doutrina exige que no decorrer da execução, o contributo do coautor se revele essencial.

A isto tudo importa acrescentar, como nos diz o professor Figueiredo Dias, que essencial é a ideia segundo a qual o princípio do domínio do facto se combina com a exigência de uma **repartição de tarefas**, que assinala a cada participante contributos para o facto que, podendo situar-se fora do tipo legal de crime, tornam a execução do facto dependente daquela mesma repartição. Atentemos no exemplo de *Jescheck*: quando, fruto de uma decisão conjunta, num assalto a um banco A fica ao volante do automóvel para permitir a fuga, B desliga o alarme, C, armado, assegura a saída, D ameaça os clientes e os empregados com uma outra arma, enquanto E esvazia as caixas e os cofres. Elementos típicos do roubo são preenchidos apenas por D e E, se bem que todos são coautores: nenhum destes necessita de preencher na própria pessoa a totalidade dos elementos típicos do crime para que possa ser considerado coautor.

Caso prático 12. A e B combinam assaltar um banco. O A tem como tarefa levar o B ao banco. A leva B ao local do crime e a partir do momento que o deixa no local do crime vai embora. Há coautoria?

Não. Apesar de haver um acordo, uma decisão conjunta (elemento subjetivo), não há uma execução conjunta. A execução do crime começa quando o B se vai embora, logo não pratica no crime, logo não é coautor. Aplicando os outros dois critérios que parte da doutrina exige, dizemos que o A não tem uma tarefa indispensável ao plano nem objetivamente essencial porque o A podia simplesmente utilizar outro transporte.

Imaginemos agora que o A dá instruções ao B pelo telemóvel. É ou não coautor? A discussão aqui estaria no segundo requisito – execução conjunta – porque na prática o A não está a executar o crime, mas está a ajudar pelo telemóvel. Para quem exige que o coautor tome parte direta na ação, o A não é coautor. Mas como a sua ação tem reflexos diretos para a execução, há outra parte da doutrina que considera que isso será suficiente para ser considerado preenchido o requisito da execução conjunta e assim o A será considerado e punido como coautor.

- **Formas de participação**

Como já foi referido, as formas de participação são a instigação e a cumplicidade. Lembrar ainda o **princípio da acessoriedade da participação** porque só se pode punir o participante se houver autor, isto é, só pode haver participação se houver autoria.

- **Instigação**

Também se disse que a instigação vem no **artigo 26º última parte**, sob a epígrafe de autoria, onde se lê que “é punível como autor (...) **quem, dolosamente, determinar outra pessoa à prática do facto, desde que haja execução ou começo de execução.**” Ora, isto significa que vamos considerar o instigador autor?

O **professor Figueiredo Dias** defende que **a instigação é uma forma de autoria porque o instigador possui, através do domínio da decisão, o domínio do facto.**

Porém, **a maior parte da doutrina** entende que não é pelo facto de a figura da instigação vir prevista nesta norma que o instigador é autor porque o que esta disposição nos diz é que **o instigador deve ser punido como autor, mas não é autor, até porque o fundamento da punibilidade do instigador é diferente do fundamento da punibilidade do autor.** O instigador ser punido como autor é diferente de o instigador ser autor. Como já se disse, o fundamento da punibilidade do autor é ele ter o domínio do facto, ter o domínio do “se” e do “como”. Ora o instigador não tem esse domínio. O fundamento da punibilidade do instigador é ele determinar outro a praticar o crime.

Normalmente a instigação divide-se em **dois elementos objetivos** que por sua vez têm subelementos. O primeiro é a determinação de outrem a executar dolosamente o crime e o segundo é o duplo dolo do instigador. Vejamos.

O requisito da **determinação de outrem a executar dolosamente o crime** implica três subelementos: **i) que o instigador produza, crie no executor a decisão de realizar o facto**. Isto significa que para haver instigação não basta que se influencie a decisão do executor ou que se sugira ou reforce a decisão do executor. Na instigação, o instigador faz nascer no executor a vontade de executar o crime. Além disso, **ii) também tem de haver dolo por parte do executor**. Apesar de a decisão ter sido provocada pelo instigador, o executor pratica dolosamente o crime. Por fim, **iii) tem de haver execução do facto, nem que seja sob a forma de tentativa**. Isto porque no direito penal não se pune intenções. Ou seja, se alguém determinar outrem à prática de um crime, mas este nunca sequer iniciar a execução, não há qualquer punição, já que não há qualquer ação jurídico-penalmente relevante.

O requisito do **duplo dolo por parte do instigador** significa que **o instigador tem que ter dolo de determinar e dolo da ação instigada**. O primeiro significa que o instigador tem de querer determinar o outro a praticar o facto, enquanto que o segundo nos diz que não basta que **queira que o outro pratique o crime**, é preciso que queira o próprio crime e para isso **tem de representar a dimensão essencial do ilícito típico que o instigado vai praticar**.

Imaginemos que o A determinou o B a matar C mediante um pagamento. O B confundiu o C e acabou por matar o D. *Quid juris?* A maior parte da doutrina defende que este erro sobre o objeto deve valer como uma **aberratio ictus para o homem de trás**, o instigador. O executor material vai ser punido por homicídio doloso. Quanto à morte do D, o A vai ser punido como autor paralelo por negligência.

E se o A pede ao B para matar o C a tiro, mas o B erra na pontaria e acerta no D? Aqui já será um caso de **aberratio ictus do executor**.

Suponhamos agora que o A pede ao B para dar uma sova ao C, mas o B entusiasma-se e além da sova, mata o C. Aqui há um **excesso do executor, do instigado**. Neste caso, o instigador vai ser punido pelo crime de ofensas à integridade físicas na forma dolosa e possivelmente por homicídio na forma negligente. Este segundo só se o instigador conseguisse prever o excesso do executor.

Ainda a propósito da instigação, importa falar na **instigação em cadeia**. O que caracteriza esta figura são os **casos em que o homem de trás não tem contacto direto com o executor do facto, no entanto, surge como elo de uma cadeia conducente à determinação da prática de um facto ilícito típico**. Será o caso em que o A, amante de B, convence-a a determinar C a matar D, marido de A.

Em Amarante aconteceu o caso “meia culpa”, acórdão STJ, 27 de janeiro 1999, em que o dono de um bar de meninas quis incendiar o bar de meninas concorrente e, para isso, contactou uma pessoa para que ela contactasse outras para realizar o pedido. Os executores provocaram o incêndio quando o bar estava cheio. A porta de incêndio não funcionou e morreram muitas pessoas. Queriam punir o dono do bar de meninas concorrente. Mas **o nosso código faz referência a “determinar outra pessoa à prática”,**

pelo que não puniram como instigador e puniram como autor mediato, na linha de pensamento da professora Conceição Valdágua.

A **outra parte da doutrina** defende que quando o legislador faz referência à conduta de “determinar outra pessoa à prática do facto” não diz se é direta ou indiretamente. **Temos de partir do executor e averiguar o que é que foi determinante para ele praticar o facto.** Se foi o dinheiro do amante que foi usado para pagar a morte do marido, e se demonstrar que foi isso que determinou a prática do ato, então o instigador é o amante.

▪ **Cumplicidade**

A outra forma de participação é a cumplicidade, que vem prevista no **artigo 27º** onde se lê no **nº1** “**é punível como cúmplice quem, dolosamente e por qualquer forma, prestar auxílio material ou moral à prática por outrem de um facto doloso**”.

A cumplicidade exige **elementos objetivos**: contributo direto do cúmplice para facilitar ou preparar a execução; causalidade em relação ao resultado tal como se produziu; e dolo por parte do autor material; e um **elemento subjetivo**: duplo dolo por parte do cúmplice.

Primeiro elemento objetivo – tem de haver **contributo direto do cúmplice para facilitar ou preparar a execução** e esse contributo pode ser material ou moral. Se for um contributo material, fala-se em **cumplicidade material**, mas não pode ser um contributo material ao ponto de tomar parte direta na execução. Já se for um contributo moral, fala-se em **cumplicidade moral**, mas não pode ser um contributo essencial ao ponto de ser determinante da vontade do executor, o que seria instigação.

Um exemplo de contributo material seria o do A que empresta uma arma que vai ser utilizada num assalto que sabe que o B vai fazer. Caso interessante e de fronteira é se o A for a única pessoa capaz de fazer um mapa para chegar ao sítio do assalto porque aí discute-se se há cumplicidade material ou coautoria. Um contributo moral seria se o B dissesse ao A que estava a pensar assaltar um banco e o A dissesse algo como “aconselho-te vivamente a realizar esse crime”.

Segundo elemento objetivo – tem de haver **causalidade em relação ao resultado tal como se produziu** – só há cumplicidade se o contributo for causal em relação ao resultado. Se o A empresta a arma, mas essa arma não é utilizada, o contributo já não é causal, logo o A não pode ser punido como cúmplice. Tem de haver uma execução ou pelo menos um começo de execução (tentativa).

Terceiro elemento objetivo– tem de haver **dolo por parte do autor material, do executor** – Isto significa que aquele que pratica o crime tem de o praticar na forma dolosa.

Elemento subjetivo – tem de **ter duplo dolo: dolo de auxílio e dolo quanto ao ilícito praticado** – o cúmplice tem de querer contribuir para o crime e querer que o crime seja praticado. Se o assaltante apanha um táxi para chegar ao local no assalto e nada diz ao taxista, este não pode ser punido como cúmplice porque não tem qualquer dolo de auxílio e muito menos quanto ao ilícito praticado.

- **Princípio da acessoriedade limitada**

Numa hipótese de participação, em que há estas formas (instigação e cumplicidade) **temos sempre de analisar em primeiro lugar o autor material porque face ao princípio da acessoriedade limitada, a responsabilidade do participante é determinada em função da responsabilidade do autor material.** Só podemos punir o participante se o autor material tiver praticado um facto típico e ilícito.

Este é um princípio fundamental da participação, aplicando-se a todos os crimes. Tem uma relevância prática porque não só demonstra a acessoriedade da participação: **se por exemplo houver uma causa de exclusão de ilicitude do autor material, esta causa estende-se ao participante.** Mas também alerta para a necessidade de a culpa ser analisada individualmente. Apesar de o participante só ser punido se o autor material praticar um facto ilícito, **a culpa é analisada individualmente,** de acordo com o estabelecido no **artigo 29º.**

- **Artigo 28º**

Também relacionado com o princípio da acessoriedade limitada, mas com outro âmbito de aplicação é o **artigo 28º.** A professora Ana Bárbara Sousa Brito diz que esta norma é mesmo uma decorrência deste princípio. Para a maior parte da doutrina, nomeadamente Teresa Pizarro Beleza, o **artigo 28º aplica-se aos chamados crimes específicos próprios e impróprios.** Por isso, ao contrário do princípio da acessoriedade limitada, não se aplica a todos os crimes. Este artigo existe para os crimes específicos próprios e impróprios e visa responder ao problema de saber se eventuais participantes que não têm a qualidade exigida no tipo podem ou não ser responsabilizados por esse tipo de crime. Imaginemos que o pai, que tem especial dever de agir, paga a uma pessoa para matar o filho.

Em relação a esta pergunta existe uma divisão na doutrina. **Teresa Pizarro Beleza,** com alguma razão, defende que o **artigo 28º só se aplica quando o autor material não tem essa qualidade específica.** A pergunta é: será que basta o participante ter essa qualidade para a qualidade se estender ao autor material? Sim, o **artigo 28º diz-nos que quando o autor material não tem a qualidade que o crime específico exige, basta o participante ter essa qualidade para se estender ao autor material.** Ou seja, face a esta norma, há que estender a qualidade especial do pai ao executor, participante. Assim, o executor seria punido por dolo qualificado.

O que o **artigo 28º** vem dizer é que **são comunicáveis todas as qualidades ou relações especiais do agente que sirvam para fundamentar ou agravar (graduar) a responsabilidade criminal (ilicitude).** Contudo, **já não são comunicáveis as qualidades ou as relações que sirvam para fundamentar ou agravar (graduar) a culpa.**

Isto significa que todas as qualidades ou relações especiais do agente que sirvam para fundamentar ou graduar a ilicitude são comunicáveis entre os participantes. Chama-se extraneus ao agente que não possui a qualidade e intraneus ao que possui.

Se for a situação inversa, já não é necessária esta disposição. Ou seja, **já não vai interessar esta disposição quando o autor material tem essa qualidade porque se a tiver, basta recorrer ao princípio geral da acessoriedade limitada**. Se o autor material praticar o facto típico ilícito para que o legislador exige aquela qualidade, ela estende-se automaticamente ao participante.

Imaginemos que um juiz pede ao seu irmão gémeo para proferir uma sentença. Este é um crime de denegação de justiça, mas o irmão não tem a qualidade necessária para preencher este tipo de crime. Imagine-se que o juiz coagiu o irmão. O **artigo 28º** diz que esta qualidade do juiz se estende ao irmão gémeo. O que Teresa Pizarro Beleza acrescenta é o seguinte: num caso inverso, em que o juiz pratica o crime e o gémeo ajudou, já não é preciso ir a essa disposição, pois basta aplicar o princípio da acessoriedade limitada para estender a qualidade do ilícito típico ao participante.

Em suma, discute-se se o **artigo 28º** se aplica só quando o autor material não tem a qualidade e o participante tem, ou se se aplica sempre, isto é, também nas situações em que o autor material tem a qualidade e o participante não tem. **Para Teresa Pizarro Beleza, só se aplica quando o autor material não tem a qualidade que o tipo exige**. No caso contrário basta o princípio da acessoriedade limitada para estender do autor material para o participante.

Ainda a propósito desta temática há que realçar que **o princípio da acessoriedade limitada apenas se aplica quando falamos de participação** (instigação e cumplicidade), enquanto que **o artigo 28º aplica-se a todas as formas de participação, em sentido amplo**. Isto é, aplica-se quer quando estejam em causa formas de participação, quer quando estejam em causa formas de autoria e isto é consensual na doutrina.

- **Relação entre o artigo 28º e o artigo 132º**

Como já se disse, o **artigo 28º só funciona para estender a ilicitude e não a culpa**. Isto gera um problema quando estamos a falar no homicídio qualificado. Vejamos.

Vimos, anteriormente, o exemplo em que o pai pede a alguém para matar o seu filho. A pessoa que matou o filho pode ser punida por homicídio qualificado? Tínhamos visto que sim, mas só no caso de saber que dessa relação. Porém, só para uma parte da doutrina é que isso acontece. Para outra parte da doutrina, o **artigo 132º alínea a)** não tem só a ver com o tipo de ilícito, mas também com a culpa.

Uma das maiores discussões em crimes especiais é se o **artigo 132º** exige um especial tipo de ilícito ou se exige também um especial tipo de culpa. Sabemos já que a culpa é um elemento do crime que se analisa após a ilicitude. Ao contrário da ilicitude, não tem só a ver com o desvalor do comportamento, já que está mais preocupada com a relação do sujeito com o direito. Tem, portanto, a ver com as motivações do sujeito.

Por que é que se discute se tem a ver com o tipo de culpa? Há que ler a norma. A “especial censurabilidade ou perversidade” tem mais a ver com a culpa do que com a ilicitude, no entender da professora Ana Bárbara Sousa Brito. Quando o legislador se refere a isto, está, por norma, a pensar na culpa.

No **nº2 artigo 132º**, o legislador diz que é suscetível de revelar a especial censurabilidade ou perversidade, aquelas circunstâncias: é feita uma enumeração das circunstâncias que podem, eventualmente, indiciar uma especial censurabilidade ou perversidade. Algumas alíneas têm mais a ver com a ilicitude e algumas têm mais a ver com o tipo de culpa. As que estão relacionadas com o modo de realização do facto estão mais próximas da ilicitude e as que estão relacionadas com motivações estão mais próximas da culpa.

Como vimos, a análise do crime é uma matéria extremamente complexa já que analisamos uma realidade incindível e a separar elementos. Claro que esses elementos estão todos interligados. Quando há uma maior ilicitude, provavelmente haverá uma maior culpa. Por vezes, porém, há uma maior culpa sem haver uma maior ilicitude, ou uma maior culpa que não tem como fundamento uma maior ilicitude. Ser pai ou ser mãe de quem foi morto está ligado a uma maior ilicitude, mas também a uma maior culpa.

Se um pai mata o filho, não podemos aplicar logo a figura do homicídio qualificado. Há que ver se, naquele caso concreto, o facto de o pai matar o filho indicia a maior culpa – especial censurabilidade ou perversidade. Pode não indiciar. Imagine-se que o pai mata o filho para acabar com o seu sofrimento por causa de um sofrimento físico atroz fruto de uma doença incurável (e há outras situações em que o pai matar o filho pode ainda significar inimputabilidade). Em termos de subsunção, subsume-se logo à **alínea a)**; mas há que passar pelo crivo do **nº 1**. Assim, o **nº2** nunca funciona automaticamente. É preciso ir ao **nº 1**, e aqui não há especial censurabilidade ou perversidade. Esta é uma situação que cabe na a) como uma luva, mas não cabe no nº 1. Temos de ter em consideração, provavelmente, nem sequer o **artigo 131º** e sim o **artigo 133º** (homicídio privilegiado – circunstâncias que indiciam uma menor culpa).

Isto tudo porque ser ilicitude ou ser culpa mexe com o **artigo 28º** que estávamos a analisar. Porque se estivermos a falar em culpa e não em ilicitude, não podemos funcionar com esta norma. Neste caso, a qualidade “ser pai” não revela especial censurabilidade ou perversidade; tem a ver com o tipo de culpa, e o **28º** diz que o que estende são qualidades que têm a ver com a ilicitude.

O grande problema é que há uma parte da doutrina que diz que o **132º** só pode estar relacionado com o tipo de ilícito, e, por isso, podemos aplicar o **28º**, estendendo a qualidade ao participante. Notar que em toda esta dissertação assumimos que o participante sabe que um é filho de outro. Caso contrário, não há hipótese de estender (até porque há o erro sobre as circunstâncias qualificadores: extingue-se o dolo do homicídio qualificado).

Isto parece poder ir contra a proteção do arguido. Mas leia-se o **nº2 artigo 28º**. O próprio legislador chama a atenção a que, **quando todas as qualidades têm a ver apenas com o tipo de ilícito, se não fizer sentido estender as qualidades do participante naquele caso, não se estende**, e aplica-se a pena correspondente ao crime que não necessita da especial qualidade. Claro que **aqui o legislador está a pensar nos crimes específicos impróprios**. Este número só se aplica nos crimes específicos impróprios.

Há ainda que ver a **parte final nº1 artigo 28º**: “exceto se outra for a intenção da norma incriminadora”. Para a maior parte da doutrina, falamos aqui dos **crimes de mão própria**, isto é, os crimes que só podem ser praticados por aquela pessoa e mais ninguém. O exemplo que vimos foi o crime de bigamia. Isto é devido à natureza destes crimes: se só podem ser praticados por aquela pessoa, não faz sentido estender a punibilidade a qualquer participante ou autor.

Caso prático 13. Abel oferece a Bernardo uma recompensa pelo assassinio de Carlos. Bernardo aceita a oferta se Abel lhe fornecer, para além da recompensa, a espingarda e munições. Abel dá-lhe essa espingarda com as munições, e Bernardo aceita a oferta. No dia seguinte, Bernardo aguarda Carlos à porta de casa. Ao avistar Frederico, pensa que é Carlos e dispara. Ao aperceber-se do erro, resolve esperar por Carlos, e, quando este surge, dispara novamente. Determine a responsabilidade jurídico-criminal dos intervenientes.

Numa hipótese de participação criminosa, devemos começar sempre pelo autor material por causa do princípio da acessoriedade limitada. De acordo com este princípio, os participantes só serão punidos se o autor material tiver praticado o facto típico ilícito. Se existe este princípio, então devemos sempre começar pelo autor material porque se chegarmos à conclusão de que o autor material não praticou um ato típico ilícito, então acaba a análise da responsabilidade dos participantes.

Havia, por isso, que começar com Bernardo. Tem-se que Bernardo praticou uma ação jurídico-penalmente relevante. Estão preenchidos os elementos objetivos do tipo de homicídio. **Que situação se verifica no primeiro comportamento (matar o Frederico)?** Há erro sobre o objeto, mas esse erro não tem relevância porque os objetos são tipicamente idênticos. Isto porque, ao nível do tipo, o que interessa é que o agente representou matar uma pessoa e quis matar uma pessoa. Assim, ao nível do tipo subjetivo, não excluimos o dolo direto do Bernardo.

E tem-se que Frederico morreu porque Abel pediu a Bernardo para matar Carlos. *Quid juris* quanto a isso? Sempre que há erro sobre o objeto por parte do autor material, qual é a consequência para o homem de trás? *Aberratio ictus*. Para a maior doutrina, sempre que há erro sobre o objeto pelo autor material (ainda que não tenha relevância para o homem de frente), esse erro equivale a *aberratio ictus* para o homem de trás. Aqui há *aberratio ictus* para o homem de trás, o que significa que, em princípio, Abel será punido por tentativa do homicídio de Carlos e pelo crime de homicídio negligente de Frederico. Quanto ao homicídio negligente de Frederico, seria punido como instigador ou autor? Como autor paralelo porque contribuiu causalmente para a produção do resultado. Nos crimes negligentes, o conceito de autoria é unitário: é autor quem contribuiu causalmente para o resultado, desde que lhe fosse cognoscível. Claro que é difícil provar que havia cognoscibilidade de que mataria o outro, mas poderia acontecer se soubesse que havia dois gémeos.

E no segundo comportamento (matar o Carlos)? Há homicídio doloso do homem da frente e do homem de trás. Há concurso entre homicídio e tentativa de homicídio da mesma pessoa, mas esse concurso é aparente, de subsidiariedade. Só se aplica a

tentativa quando não se pode aplicar a forma consumada. Mas havia que separar os dois comportamentos: inicialmente víamos o primeiro do autor material e a consequência para o homem de trás, e depois o segundo.

Responsabilidade criminal de Bernardo (autor material): Bernardo seria punido por homicídio doloso de Frederico e homicídio doloso de Carlos, em concurso efetivo.

Como esta é uma hipótese de participação, não ficamos por aqui, há que olhar também para o Abel. Primeiramente é instigador porque determina outrem a executar dolosamente o crime: há duplo dolo da sua parte (quer determinar B a praticar o crime e quer a realização do próprio crime) e houve execução pelo autor material (até bastaria começo de execução), cumprindo os requisitos do **artigo 26º. Para Conceição Valdágua, quando o homem da frente faz depender a sua vontade até ao último minuto do homem de trás, há autoria mediata**; mas isto é para Conceição Valdágua, e mesmo assim, a ideia que há é que já se pagou, pelo que é possível que mesmo para Conceição Valdágua houvesse apenas instigação.

Há, ainda, outra forma de participação, a cumplicidade. Abel contribuiu, não se limitou a pagar, também forneceu as armas. Ele auxiliou materialmente. Note-se que, apenas fornecendo a arma e não as munições, ainda haveria cumplicidade. Todas as formas de comparticipação têm elementos subjetivos e objetivos, caso contrário não teríamos o tipo da participação preenchido (**artigo 27º**). Neste caso, temos contributo material, causalidade em relação ao resultado (foi utilizada a arma), temos execução, temos dolo do autor material e duplo dolo do cúmplice (dolo de auxiliar e dolo de realização do facto). Todos os elementos estão presentes, pelo que Abel era cúmplice material.

Responsabilidade criminal de Abel? Abel é **instigador e cúmplice** em relação ao mesmo facto. Pode ser punido como instigador e como cúmplice? Não, pois violaria o **princípio *ne bis in idem***. A relação entre as normas é de subsidiariedade (implícita). Qual é a forma que aplicamos? **O Abel seria punido apenas por instigação, pois é a forma mais perfeita de realização, tendo uma punição mais grave, podendo abarcar toda a ilicitude criminal.** Assim, a punição por instigador abarca a punição como cúmplice.

Caso prático 14. 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, um 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 tu quiseres”. Carlos pediu então a Filipe que, em seu nome, contactasse Gustavo e lhe oferecesse € 500 para dar uma sova a Duarte. Este aceitou prontamente a proposta. Mais tarde, nessa noite, esperou por Duarte à porta de uma discoteca. 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 tipo do seu, que era efetivamente um tipo de sangue muito raro.

Há que começar sempre pelo autor material, que aqui é Gustavo. Qual é a ação deste? Agride violentamente uma pessoa com aspeto semelhante ao de Duarte. Começando pelo tipo objetivo, poderá haver uma dúvida na imputação objetiva. Em termos de facto, Gustavo deu uma sova violenta em Hugo. Este foi transportado para o hospital e acabou por falecer por não ter sido possível realizar uma transfusão de sangue, por aquele tipo de sangue ser muito raro. É por isso que a nossa dúvida é – e bem – se há ou não imputação objetiva do resultado morte de Hugo à conduta de Gustavo. Neste caso, como é crime de homicídio, temos imputação objetiva da morte. Há agora que discutir o problema através da análise das várias teorias.

Começemos pela teoria da *conditio sine qua non*. Eliminando a conduta de Gustavo, o resultado não subsiste nas mesmas circunstâncias de tempo, modo e lugar, pelo que não há dúvida de que a sua conduta foi causal em relação ao resultado morte. Porém, o direito penal não se basta com a causalidade. Em direito penal, é preciso (em termos de justa punição) atribuir/imputar o resultado à conduta do agente. Para saber se vamos imputar o resultado à conduta temos a teoria da adequação e a teoria do risco.

Pela teoria da adequação, a pergunta que se faz ao homem médio colocado na posição do agente é se ele conseguiria prever aquele resultado segundo aquele processo causal. No fundo, são duas perguntas. Conseguiria prever aquele resultado? Sim, deu-lhe uma sova violenta. E segundo aquele processo causal? Aqui é discutível. Poderia saber o tipo de sangue do outro, ou se estivessem numa vila nos confins de África. Em princípio, porém, não seria possível prever a falta de sangue por parte do hospital. Mas tudo dependia das circunstâncias concretas do caso, nomeadamente da razão da falta de sangue. Se havia falta porque o senhor responsável pelos *stocks* de sangue agiu negligentemente, poderíamos imputar-lhe a morte e já não a quem deu a sova. Tudo dependia da previsibilidade daquele desfecho com aquele processo causal; em princípio, podemos partir do pressuposto de que não era previsível o processo causal. Assim sendo, não há imputação objetiva.

Mas há a teoria do risco, não bastando a adequação. **A teoria do risco tem sempre de ser aplicada, mesmo que a resposta da teoria da adequação seja negativa** – até porque a teoria do risco foi criada para resolver casos que a teoria da adequação não resolve. O agente criou um risco proibido? Sim. E esse risco concretizou-se no resultado tal e qual como ele se produziu? Se o senhor do *stock* atuou negligentemente, então o risco que Gustavo criou não foi o que se concretizou no resultado, e sim o risco criado pelo senhor do *stock*. Face à teoria do risco, haveria que discutir se houve concretização do risco criado por Gustavo no resultado morte. Mais uma vez, isso dependia de saber se houve ou não interrupção do processo causal por haver falta de sangue no hospital.

Parta-se do pressuposto de que não era objetivamente previsível. Então, não haveria imputação objetiva. Se não pudesse ser imputada a morte à conduta de Gustavo, o que lhe poderia ser imputado? Tentativa de homicídio e ofensa à integridade física grave. Como há um concurso aparente entre tentativa e ofensa, optamos pela tentativa.

Nota: quando uma pessoa dá uma sova violenta, há conformação com o resultado morte. S professora Ana Bárbara Sousa Brito diz que quando o caso é discutível, aceita tanto a negligência como o dolo, mas neste caso tem de haver pelo menos negligência.

No tipo subjetivo, o que decidiríamos aqui? Há erro sobre o objeto, mas os objetos são tipicamente idênticos, pelo que não se exclui o dolo. Por si, este erro não exclui o dolo. Há dolo de morte e dolo de ofensas à integridade física? Não está excluído o dolo de homicídio.

Quando estamos a analisar um caso prático, há várias sub-hipóteses que se podem abrir, mas o importante é partir dos factos que temos e fazer uma análise correta à luz da teoria do crime. Haver ou não imputação objetiva dependia de saber se era previsível não haver sangue para transfusão. Se fosse previsível, haveria imputação objetiva; se não fosse, não haveria. Quanto ao elemento subjetivo, identificámos uma situação de erro irrelevante; em relação ao dolo, se partíssemos do pressuposto de que não havia homicídio, ele só teria relevância em relação às ofensas corporais (para dizer que não afastava o dolo das ofensas corporais).

Falta ver a responsabilidade de Carlos e de Filipe, homens de trás.

Quem pagou foi o Carlos, mas foi o Filipe que contactou o Gustavo. Quem é o instigador? A partir do **artigo 26º**, parece que o legislador só pune quem determina outrem à prática do crime. Então quem é considerado instigador é o F. Contudo, como já dissemos aqui, há uma parte da doutrina que também inclui nesta figura quem determina indiretamente, e aí caberia o C, mas isso não é unânime porque há outra parte que exige que o instigador entre em contacto direto com o autor material. Para a parte da doutrina que não aceita que C seja instigador, ele deve ser punido como cúmplice porque auxilia materialmente, pagando em dinheiro o valor do dito serviço.

Há ainda uma terceira posição, que diz que o que devemos fazer é partir do autor material G, e perguntar o que é que foi determinante para a sua atuação. Se se chegar à conclusão de que o que foi determinante foi o dinheiro fornecido por Carlos, considera-se que é ele o instigador porque é ele quem contribuiu de forma determinante para a realização do facto típico. A outra pessoa, não sendo determinante, será talvez uma espécie de cúmplice, embora não fosse de excluir considerá-la instigadora.

Na hipótese havia que resolver uma questão muito mais difícil: o facto de ter sido encomendada uma sova e o autor material não se ter limitado a fazer isso, dando uma sova violenta ao ponto de levar à morte. Podemos depois discutir se houve ou não interrupção do processo causal com a conduta do hospital, mas claramente podemos apontar um excesso: G fez mais do que lhe pedido. A pergunta que se coloca é: esse excesso ode ser atribuído ao homem de trás, no caso ao instigador ou instigadores? Sim e como autor. A pessoa podia ser instigadora de um crime de ofensa à integridade física, mas caso lhe fosse possível prever o excesso do autor material, podíamos considerar instigador, não da morte, mas do homicídio negligente. Seria autor negligente do facto que foi praticado em excesso se fosse cognoscível.

Outra questão que pode ocorrer. Se era para bater no D, mas bate no H, podemos punir o instigador? Em princípio não, mas há uma grande controvérsia. Para a maior parte da doutrina, esse erro equivale e deve ser tratado como uma *aberratio ictus* para o instigador. E como sabemos, quando há uma *aberratio ictus*, para a maior parte da doutrina, o agente é punido pela tentativa do crime que foi pedido (sova no D) e negligência pelo crime que foi realizado (sova no H). Quando os objetos são idênticos, a punição é por dolo de um só crime consumado. Então **o instigador ou instigadores seriam punido por um só crime na forma consumada dolosa do crime realizado.**

Fim do caso

Ilicitude

Até agora analisamos apenas dois elementos do crime: ação e tipicidade. Há mais elementos a serem analisados para concluirmos que no caso concreto foi praticado um crime, nomeadamente a ilicitude.

Em direito penal, a análise da ilicitude faz-se pela chamada **técnica negativa da exclusão**. Isto quer dizer que para chegarmos à conclusão se uma conduta é ilícita ou não temos de **averiguar se se verifica ou não alguma causa de exclusão da ilicitude** ou, dito de outra forma, temos de averiguar se se verifica ou não alguma causa de justificação. **Se se verificar, exclui-se a ilicitude e acabou a análise do crime. Se não se verificar a ação típica é também ilícita.**

Em jeito de comparação, podemos dizer que os tipos incriminadores constituem uma via provisória de **fundamentação da ilicitude**, ao passo que as causas de exclusão da ilicitude (ou tipos justificadores) constituem uma via definitiva de **exclusão da ilicitude**. Outro aspeto que os distingue é o facto de os primeiros terem a função de revelar, de uma forma tão determinada quanto possível, os bens jurídicos que cada um intenta proteger, possuindo nesta acessão uma referência **concreta e individualizadora**. Diversamente, os tipos justificadores são, por natureza, **gerais e abstratos**, no sentido de que não são em princípio referidos a um bem jurídico determinado, antes valem para uma generalidade de situações independentes de concreta conformação do tipo incriminador em análise.

Mais se adianta no sentido de que, pela sua função de excluir a ilicitude, os tipos justificadores não estão sujeitos em princípio à máxima *nullum crimen sine lege*, nem às suas consequências. Sob pena, de outro modo, de estar a fazer funcionar aquele princípio contra a sua razão de ser teleológica, político-criminal, constitucional e dogmática, a saber, de constituir uma garantia contra intervenções arbitrárias do poder punitivo do Estado. Assim, como já se disse, nem as concretas causas de justificação precisam de ser certas e determinadas como se exige dos tipos incriminadores, nem elas estão sujeitas em princípio à proibição de analogia, nem tampouco se está impellido de, eventualmente, fazer valer causas de exclusão da ilicitude supralegais.

Não obstante, se é através da análise das causas de exclusão da ilicitude que procedemos à examinação do terceiro elemento, a ilicitude, é fundamental conhecermos quais as que o nosso legislador entendeu positivar.

Causas de exclusão da ilicitude

O **artigo 31º nº2** prevê como causas de exclusão da ilicitude:

- **Legítima defesa;**
- **Exercício de um direito;**
- **Cumprimento de um dever** imposto por lei ou por ordem legítima de autoridade;
- **Consentimento do titular do interesse jurídico lesado.**

A primeira questão que surge neste tema é a de saber se a enumeração das causas que o **artigo 31º nº2** estabelece é taxativa. Vamos considerar que **não é taxativa**. Há vários argumentos para que não seja taxativa, desde logo **i)** a própria expressão utilizada pelo legislador **“nomeadamente”**.

Outro argumento resulta do **nº1**, no **nº1** lemos que **ii)** **“o facto não é punível quando a sua ilicitude for excluída pela ordem jurídica considerada na sua totalidade”**. Um exemplo de causa de exclusão da ilicitude que não está no código penal, mas que deve ser tida em consideração é a **ação direta**, já que este número abre essa porta. Isto leva-nos à conclusão de que as causas de justificação não têm de possuir carácter especificamente penal, antes podem provir da totalidade da ordem jurídica e constarem, por conseguinte, de qualquer outro ramo do direito.

Além disso, **iii)** **há causas da exclusão da ilicitude previstas na parte especial** do código penal. Um exemplo é a norma que permite o aborto até à 10ª semana, o que significa que até essa data, quem aborta atua ao abrigo de uma causa de exclusão da ilicitude.

Por fim, **iv)** há as **causas de justificação supralegais**, onde entra a chamada **legítima defesa preventiva**. É o exemplo do homem da cadeira que vimos em direito penal. Não está na lei, mas a doutrina aceita face aos princípios conformadores das causas de exclusão da ilicitude. Outra causa de justificação supralegal é o **estado de necessidade defensivo** em que não podemos aplicar o direito de necessidade previsto no **artigo 34º**, porque o interesse a salvaguardar não é superior ao interesse a sacrificar.

Contudo, apesar de reconhecermos que existem mais, só teremos tempo para estudar as mais comuns que são as previstas no **artigo 31º nº2** e estas últimas duas, que são supralegais. Mas antes de desenvolver cada uma destas causas de justificação, há duas questões prévias que temos de saber e que se colocam em relação a todas as causas de exclusão da ilicitude. Em termos sintéticos:

A primeira é: **Para um determinado comportamento estar justificado é preciso para além dos elementos objetivos estabelecidos pela lei que se verifiquem também elementos subjetivos?** Ou, dito de outra forma, para excluir a ilicitude é preciso para além da existência da situação justificadora que o sujeito conheça a existência dessa situação (elemento subjetivo)? Para alguém atuar em legítima defesa basta que se verifique a existência de uma agressão atual ilícita ou é ainda necessário que quem atua

em legítima defesa conheça essa agressão atual ilícita? **A resposta varia consoante o crime seja doloso ou negligente.**

A segunda é inversa: **Quais são as consequências se houver um erro sobre os elementos objetivos de uma causa de justificação?** Exemplo: A vê o B, seu inimigo, a aproximar-se e vê o B a por a mão no bolso, pensando que há uma pistola. Só que afinal ia buscar a carteira. O A representou a agressão, os elementos objetivos, mas na realidade esses elementos não se verificam. *Quid juris?* Vamos ver que o regime a aplicar é **artigo 16º nº2**. Chama-se a isto **legítima defesa putativa, exclui-se o dolo.**

Para excluir a ilicitude é necessária a presença de um elemento subjetivo?

Por outras palavras, o efeito justificativo de dada situação deve ou não ficar dependente da presença do elemento subjetivo? Durante muito tempo, nomeadamente na escola neo-clássica e, entre nós, o professor Cavaleiro de Ferreira, entendeu-se que só eram exigíveis os elementos objetivos. Contudo, **atualmente, a maior parte da doutrina defende que as causas de exclusão integram, para além dos elementos objetivos, um elemento subjetivo.** Isto significa que é preciso que o sujeito conheça os elementos objetivos da causa justificativa. Isto porque **só vamos conseguir justificar um comportamento se for possível compensar o desvalor da ação e do resultado desse comportamento.**

Isto implica lembrar o que já se disse sobre a ilicitude. Quando se diz que um facto é ilícito, estamos a dizer que é contrário ao direito. Quer a ilicitude quer a culpa, elementos muito importantes, são elementos valorativos. Esse juízo de desvalor sobre o comportamento é composto por dois elementos, por um lado significa que a conduta é composta por um desvalor da ação, mas também há um desvalor do resultado.

O **desvalor da ação** é composto pelo facto de o **sujeito conhecer e querer o resultado típico**, por isso se dizendo que a sua conduta é ilícita. Se dissermos que a ação é culposa, aí já estamos a fazer um juízo sobre o agente, sendo que o objeto desse juízo é o agente, é um juízo de censura ao agente. Fazemos isto porque ele podia ter-se motivado pelo direito, mas não o fez. Em sede de **ilicitude, o juízo é feito sobre a conduta do agente** e dizemos que é contrária ao direito porque provoca uma certa **danosidade social.**

Ainda assim, temos de ter sempre em conta o resultado da ação. Aqui estamos a falar se resultado em sentido amplo, no sentido de lesão de um bem jurídico. O crime de intromissão em casa alheia, por exemplo, não é de resultado, mas tem desvalor de resultado: desvalor da ação porque represento e quero entrar em casa alheia; desvalor de resultado porque violo a intimidade da vida privada, bem jurídico que o tipo incriminador visa proteger. Se a ilicitude tem estes dois elementos, ação e resultado, vamos ter de eliminar o desvalor de cada um deles. Só conseguimos excluir a ilicitude se compensarmos o desvalor da ação com o desvalor do resultado.

Afastamos o desvalor do resultado através da verificação dos elementos objetivos de uma causa de justificação. Por sua vez, o **desvalor da ação é compensado pela presença do elemento subjetivo da causa de justificação.** Vamos ao exemplo da

legítima defesa: A dispara sobre B, mas porque B estava com uma arma apontada à sua cabeça. Este comportamento só pode ser lícito se conseguirmos compensar o desvalor da ação do A com a de B.

No exemplo *supra*, A apenas dispara porque vê B a apontar a arma à sua cabeça. Este conhecimento vai anular o facto de ele representar e querer disparar sobre B, isto porque só o faz porque representa uma agressão por parte de B. Aqui estamos a **eliminar o desvalor da sua conduta**, o desvalor da sua ação. E quanto ao resultado? Normalmente dizemos que a morte está atenuada pelo facto de B estar com uma arma apontada a A, uma agressão atual e ilícita da sua parte. Assim **eliminamos o desvalor do resultado**. Só depois de compensar estes dois componentes, ação e resultado é que podemos excluir a ilicitude.

Por outro lado, a **consequência de não haver o elemento subjetivo** é que **não podemos tirar o desvalor da ação e assim o agente vai ser punido por tentativa**, visto que esta é a figura que pune o desvalor da ação em direito penal. Se olharmos para o **artigo 38º nº4** sobre o consentimento do ofendido podemos chegar a esta mesma conclusão, visto que aqui se pune por tentativa a pessoa que desconhecia o estado das coisas.

Visto que esta é a única causa de exclusão da ilicitude em que, legalmente, se prevê esta solução levanta-se aqui uma questão: **devemos aplicar o mesmo regime às restantes causas de justificação?** Já se disse que os tipos justificadores não estão sujeitos à proibição de analogia pela sua natureza de norma penal negativa. Sendo assim, a maior parte da doutrina entende que o **artigo 38º nº4** deve ser **analogicamente aplicado sempre que não se verificar o elemento subjetivo**. Desta forma, podemos dizer que sempre que faltar o elemento subjetivo vamos punir o agente por tentativa, visto que não conseguimos compensar o desvalor da ação.

Vejamos o seguinte exemplo: A segue numa estrada e de repente vê uma caixa de papelão e, pensando que é uma caixa vazia, passa-lhe por cima; acontece que estava lá dentro uma pessoa que acabou por morrer; A foi condenado por homicídio negligente. Isto aconteceu mesmo, mas vamos agora imaginar que havia razões para que o condutor suspeitasse que estava ali uma pessoa, assim já poderia ser punido por homicídio negligente. Agora imaginemos que o senhor que se encontrava dentro da caixa estava lá com o propósito de fazer que com a pessoa parasse o carro e este pudesse disparar contra ele, mantando-o e fugindo com o seu carro, o que veio a ser efetivamente provado mais tarde.

O condutor atuou negligentemente e, nos **crimes negligentes**, o **desvalor da ação é diminuto**. Se assim é, **não podemos exigir a presença do elemento subjetivo da causa de justificação para compensar o desvalor da ação**. Dizemos que é diminuto tendo como plano de comparação os crimes dolosos, pelo que aqui não se afigura como necessário que o agente conheça a ação do outro, sendo esta a regra geral para os crimes negligentes. Aqui a ilicitude seria excluída por legítima defesa.

De outro modo, **para aplicarmos uma causa de exclusão da ilicitude a um crime doloso**, temos sempre de **provar os elementos objetivos** (compensar o desvalor do resultado) e o **elemento subjetivo** (compensar o desvalor da ação), não bastando a verificação dos elementos objetivos.

Qual a consequência do erro sobre pressupostos de facto de uma causa de justificação?

O **artigo 16º nº2** faz referência a um **erro sobre um estado de coisas que a existir excluiria a ilicitude do facto**. Aqui o legislador está claramente a pensar num **erro sobre os elementos objetivos de uma causa de exclusão da ilicitude**.

Em direito penal, **há um erro quando há uma discrepância entre a representação do agente e o que se passa na realidade, mas também há erro em direito penal quando há um desconhecimento, uma ignorância total da situação**.

Nestas situações do **artigo 16º nº2** existe um elemento subjetivo da exclusão da ilicitude: o agente representa a agressão atual e ilícita. Aqui é o contrário da outra possibilidade que estávamos a ver, uma vez que **está preenchido o elemento subjetivo, mas não os elementos objetivos**. Qual é a consequência? O **nº2** remete para o **nº1**, cuja estatuição é a **exclusão o dolo**. Contudo, o **nº3** salvaguarda a agente pode ser eventualmente punido a título de negligência, **artigo 16º nº3**.

Se o agente representa os elementos objetivos de uma causa de exclusão de ilicitude está presente o elemento subjetivo. Ora, quando está eliminado o desvalor da ação de um facto típico, não podemos considerá-lo como doloso, porque o desvalor mais forte é o desvalor da ação (num crime doloso). O desvalor da ação é o agente representar e querer realizar um facto ilícito como resultado. Nestes casos em que ele ao mesmo tempo representa uma agressão atual ilícita, este representar do agente vai com certeza compensar o tal desvalor de ação da sua conduta.

Há um conjunto de teorias que tentam justificar esta disposição (**artigo 16º nº2**).

Vamos começar pela **teoria do dolo**, defendida pelo professor **Eduardo Correia**, que **considera que a consciência do ilícito faz parte do elemento do dolo**. O professor **Figueiredo Dias** diz-nos algo semelhante já que defende que o elemento emocional faz parte do dolo. Então, se assim é, a par da vontade e conhecimento de realização, **o dolo para estes professores também pressupõe a consciência do ilícito**.

O que Eduardo Correia nos diz é que nestes casos de erro sobre os pressupostos de uma causa de justificação, **como não há consciência e ela faz parte do dolo, exclui-se o dolo**. O professor Figueiredo Dias tem uma justificação mais elaborada e diz que o dolo que se exclui quando há erro sobre os pressupostos de facto de uma causa de justificação é o dolo que se analisa em sede de culpa, isto é, **como falta o elemento emocional nestes casos, o agente não se motivou contra a ordem jurídica**.

Depois temos os defensores da **teoria da culpa rigorosa** que consideram que como o dolo pressupõe o conhecimento e vontade da realização do facto típico, **como o**

agente representou e quis realizar o facto típico, não se pode excluir o dolo. A única coisa que se pode excluir é a culpa.

Há também a **teoria moderada ou limitada da culpa** que defende que este erro é um erro *suis generis*, porque **está entre o erro sobre o facto típico e o erro sobre a ilicitude**. Porquê? Por um lado, porque este erro sobre os pressupostos de facto de uma causa de justificação, tal como o erro sobre o facto típico, **é um erro de natureza fáctica, ou seja, há uma representação errónea da realidade**: o agente representa algo que não se verifica. Por outro lado, tal como o erro sobre a ilicitude, **é um erro em que a vontade do agente é conforme ao direito**, quer isto dizer que esta pessoa que representou uma agressão atual e ilícita, não pensa que está a atuar contra a ordem jurídica, muito pelo contrário e, por isso, a atuação é conforme ao direito. **Sendo assim, a consequência que aplica é a consequência do erro sobre o facto típico: exclui-se o dolo.**

Para a **Professora Ana Bárbara Sousa Brito** a melhor solução é efetivamente excluir o dolo porque nessas situações temos uma situação incompatível com a figura do dolo. Nestes casos, o desvalor da ação é tão diminuto porque está presente o elemento subjetivo da causa de exclusão da ilicitude, que não é possível irmos buscar o verdadeiro dolo. **O desvalor da ação que existe nestes casos é tão diminuto que é similar ao que existe nos crimes negligentes.**

Por fim, importa ver a posição da **Professora Fernanda Palma** que veio facilitar a resolução deste problema, já que considera que para tomar uma decisão do regime a aplicar não temos de aceitar os pressupostos da teoria do dolo, teoria da culpa nem da teoria moderada da culpa, **o que importa é analisar o sentido substancial deste erro**. Isto é, o que importa analisar é a natureza desse erro. Se é um erro de natureza intelectual ou se pelo contrário é um erro de natureza moral. **O erro sobre os pressupostos de facto de uma causa de justificação é um erro de natureza intelectual porque o agente representou algo que na realidade não existe**. Já no erro moral, o agente representa a realidade, o que não representa corretamente é a ordem jurídica, como é o caso do exemplo da dinamarquesa que temos vindo a invocar.

Segundo esta posição, é tão importante percebermos a natureza do erro **porque se for de natureza intelectual aplicamos o artigo 16º nº2**, enquanto que se for de natureza moral aplicamos o **artigo 17º**. No segundo, a única consequência possível é, caso não seja censurável, a exclusão da culpa. Este regime é muito mais difícil porque tem de se provar que não é censurável. No exemplo da dinamarquesa teríamos de provar que fez tudo o que estava ao seu alcance para conhecer as normas da nossa ordem jurídica.

Vamos então agora ver as causas de exclusão da ilicitude.

Causas de exclusão da ilicitude ou causas de justificação da ação

Legítima defesa – artigo 32º

O professor Cavaleiro Ferreira resolveu dividir os elementos desta figura entre pressupostos e requisitos. Os **pressupostos** são as **condições sem as quais não se verifica a causa de justificação**, e os **requisitos** são os **elementos intrínsecos de uma**

causa de justificação que caracterizam o comportamento do agente e por isso fixam os limites à causa de justificação.

Os pressupostos seriam **(i) agressão, (ii) actual e (iii) ilícita que ameace (iv) interesses juridicamente protegidos do agente ou de terceiro.** Já os requisitos seriam **1. Meio de defesa necessário 2. Inexistência de provocação pré ordenada 3. Animus defendendi.** Por vezes não se faz esta divisão entre pressupostos e requisitos, mas entre elementos objetivos e elementos subjetivos. Nesse caso, o terceiro requisito seria o único elemento subjetivo.

→ Pressupostos da legítima defesa

Começemos pelos pressupostos. **Uma agressão tem de ser, desde logo, uma ação jurídico-penalmente relevante** que tem de ameaçar interesses juridicamente relevantes do agente ou de terceiro. O facto de ser uma ação jurídico-penalmente relevante faz com que não seja possível a legítima defesa contra animais, contra fenómenos naturais ou contra o sonâmbulo. Ter em atenção que se for contra um animal que está a ser usado como meio de agressão por outra pessoa já será lícito, visto que estamos à mesma perante uma agressão humana. Além dessa ação, **é preciso que haja uma possibilidade efetiva de lesão do bem jurídico.** Isso significa que não é possível legítima defesa se houver uma tentativa impossível, ou seja, uma tentativa que não se pode concretizar porque o objeto não existe ou o meio é inidóneo.

Essa **agressão tem de ser atual**, o que significa que **está em execução ou é iminente.** Há uma discussão na doutrina para saber se para ser uma agressão atual tem de ser um ato de execução à luz do **artigo 22º alínea c)**. Há quem exija que sim, e há quem diga que basta uma expectativa fundada da prática de um ato que caiba nesta alínea. Mas este requisito da agressão atual significa que **não é possível a legítima defesa contra uma ação já consumada nem contra uma ação futura.** Nesta segunda, o que poderá haver eventualmente é uma legítima defesa preventiva, mas depois abordaremos esta segunda figura, já que é supralegal.

Em seguida exige-se que essa **agressão seja ilícita**. Isto significa que **a ação jurídico-penalmente relevante da qual o agente se quer defender não pode estar justificada.** Não podemos ter legítima defesa contra legítima defesa. Mas não se pode confundir ilicitude com violência. Uma agressão pode ser ilícita e não ser violenta, como será o caso do A que vê o B a furtar a carteira ao C e o empurra. Aqui há uma agressão ilícita do B, e o A reage em legítima defesa de terceiro, mesmo que o C não seja violento, o B pode até nem se aperceber de que está a ser assaltado. Ainda há que notar que também **não é necessário que a agressão seja culposa.** Isto significa que pode haver legítima defesa mesmo se o agressor for inimputável.

Quando dizemos que a agressão atual e ilícita **ameaça interesses juridicamente protegidos do agente ou de terceiro**, percebemos que **é possível agir em legítima defesa de outrem.**

A propósito deste tema da legítima defesa de outrem há duas discussões na doutrina. A primeira é sobre se podemos atuar em legítima defesa quando o terceiro

dispõe dos meios para se defender e não se quer defender. Está em aberto. A outra questão é se a legítima defesa pode incidir sobre bens jurídicos sociais. A professora Ana Bárbara Sousa Brito entende que sim, nomeadamente se esses bens sociais atingirem bens individuais. Imaginemos que vejo alguém furtar um carro do Estado, a professora considera que posso atuar em legítima defesa nessa situação.

→ Requisitos da legítima defesa

Finalizada a análise dos pressupostos, passemos para os requisitos. Em primeiro lugar, a legítima defesa tem de ser um **meio de defesa necessário**. Para este requisito estar preenchido, **não pode ser possível recorrer aos dispositivos normais do Estado, porque se puder, o meio não é necessário**. Além disso, **tem de ser um meio eficaz, mas além de eficaz tem de ser o menos gravoso de entre todos aqueles que o agente tiver ao seu alcance e/ou o único possível**. É claro que é muito difícil num caso concreto chegar à conclusão que o meio utilizado foi o menos gravoso. Para isso é necessário fazer um **juízo de prognose póstuma**: colocar um Homem médio na posição do agente e perguntar se aquele era o meio menos gravoso de todos os possíveis. Esse Homem médio estará munido de todos os conhecimentos que o agente tinha no momento da atuação.

Além da necessidade do meio, exige-se que haja uma proporcionalidade entre o bem jurídico lesado e o bem jurídico prejudicado, isto é, tem de haver uma proporcionalidade entre a agressão e a defesa. Contudo, **não podemos confundir a necessidade do meio (requisito) com a necessidade de proporcionalidade (limite)**.

Outro requisito é a **inexistência de provocação pré-ordenada**. Isto quer dizer que **se houver uma agressão que foi dirigida com o objetivo de obter do provocado uma reação agressiva e dessa forma o provocador colocar-se na situação de defendente, não se pode considerar que haja legítima defesa**.

O último requisito é o **animus defendendi** que, para a maior parte da doutrina, é composto por um elemento intelectual e um elemento volitivo. Para haver legítima defesa **é preciso provar que o agente tinha conhecimento da agressão atual e ilícita (elemento intelectual) e tinha vontade de repudiar essa agressão (elemento volitivo)**. Este elemento não é compatível com uma motivação negativa por parte do agente que atuou em legítima defesa.

→ Limites da legítima defesa

Ultrapassados os pressupostos e requisitos, há que ver os limites da legítima defesa. Para a maioria da doutrina **tem de haver uma proporcionalidade entre o bem jurídico ameaçado e o bem jurídico lesado**, o que significa que é preciso demonstrar que há **proporcionalidade entre a agressão e a defesa**. Vejamos o caso do ladrão das maçãs.

Um jovem furtou maçãs do pomar do vizinho que é paraplégico. O vizinho telefonou à polícia que foi ao terreno e impediu o furto. Porém, o rapaz continuou a voltar consecutivamente ao pomar. O senhor falou com os restantes vizinhos, com os pais do

jovem e até comprou um cão, mas o rapaz continuou sempre a furtar as maçãs. Esgotadas todas estas hipóteses, o vizinho disparou contra o rapaz. *Quid juris?*

Apesar de haver uma agressão atual e ilícita, que ameaça interesses juridicamente protegidos do agente, e, tendo esgotado todas as alternativas, é o único meio eficaz para repudiar a agressão, não parece correto aplicar aqui a legítima defesa. Para isso, dizemos que não houve proporcionalidade entre a defesa e a agressão. Todavia, esta ideia não está expressa no **artigo 32º**. Como resolvemos?

O princípio que está por trás da legítima defesa é a proteção de bens jurídicos e a possibilidade que a pessoa tem de se defender perante ações ilícitas. Contudo, esta possibilidade de defesa face a agressões ilícitas tem limites. **A doutrina alemã fala em limites ético-sociais: tendo em conta o sistema de valorações da ordem jurídica em geral, há que haver uma proporcionalidade entre o bem jurídico lesado e o bem jurídico ameaçado na legítima defesa.** A ordem jurídica em geral protege mais a vida do que a propriedade, pelo que a ação do vizinho paraplégico vai além dos limites da figura d legítima defesa.

O **professor Figueiredo Dias** fala-nos noutra figura para justificar este limite da proporcionalidade. Como se disse, a legítima defesa tem como princípio fundamentador **o direito de defesa que o agente deve ter face a uma agressão ilícita**. Ora, o que este autor nos vem dizer é que esse direito **é um direito subjetivo** como outro qualquer e como tal está **limitado pela figura do abuso do direito, artigo 334º CC**.

A professora Ana Bárbara Sousa Brito prefere a posição da **professora Fernanda Palma** que entende que **para exigirmos a proporcionalidade, basta recorrermos ao fundamento da legítima defesa que para ela é a dignidade da pessoa humana**. No caso do ladrão das maçãs, estaria a ser posta em causa a dignidade do ladrão. **A proporcionalidade exige que só se atue quando a lesão é insuportável**. O furto de maçãs não é insuportável, então o vizinho paraplégico não podia atuar daquela forma.

Imaginemos que uma pessoa vê alguém furtar o seu carro, está longe, está num sítio onde não há mais ninguém, e a única hipótese de evitar perder o carro é disparar uma arma. Perder o carro não é uma lesão insuportável, mas levar um tiro é, então não pode haver legítima defesa nesta situação.

Direito de necessidade ou estado de necessidade – artigo 34º

O direito de necessidade ou estado de necessidade também tem pressupostos e requisitos. Os pressupostos são que haja um **i) perigo ii) atual e iii) real**, que **iv) ameace interesses juridicamente protegidos do agente ou de terceiro**.

Os requisitos são: **1. o facto praticado ser o meio adequado para afastar o perigo, 2. A não provocação voluntária pelo agente da situação de perigo, 3. Haver sensível superioridade do interesse a salvaguardar face ao interessa lesado, 4. A razoabilidade da imposição do sacrifício, 5. Elemento subjetivo.**

→ Pressupostos do direito ou estado de necessidade

Vimos que na legítima defesa, a causa do perigo tem de ser uma agressão humana jurídico-penalmente relevante. Contrariamente, no direito de necessidade não há essa exigência, pode ser a ação do sonâmbulo, de animais ou de um fenómeno natural. O que tem de haver é um **perigo**, isto é, **possibilidade de dano a um bem jurídico**.

O segundo pressuposto é que esse perigo seja **atual**, no sentido de que, em termos temporais, **o perigo se encontra muito próximo da lesão**. O terceiro pressuposto, que o perigo seja **real** tem que ver com o facto de terem de se verificar certos elementos. **Se não for real, é porque o agente está em erro sobre os pressupostos de facto de uma causa de exclusão da ilicitude**.

Por fim, o último pressuposto que se exige é que esse perigo atual e real, **ameace interesses juridicamente protegidos do agente ou de terceiro**. Novamente se diz que esta causa de justificação abrange também os perigos para bens jurídicos de outrem.

→ Requisitos do direito ou estado de necessidade

Ultrapassados os pressupostos, vamos ver quais os requisitos exigidos para que haja um direito de necessidade ou estado de necessidade. **O facto praticado tem de ser adequado a afastar o perigo**. Em primeiro lugar, **tem de responder de forma socialmente aceitável à situação**, mas não se exige os requisitos de necessidade que vimos no caso da legítima defesa. Neste tema importa falar de vários exemplos.

O primeiro exemplo é uma decisão do Supremo italiano. Um homem foi condenado em primeira instância por tentativa de crime de roubo no valor de 4,07€. Entretanto veio a provar-se que ele roubava para comer e já tinha vários antecedentes do mesmo género. O Supremo veio dizer que **este homem atuou em estado de necessidade, porque tinha necessidade de se alimentar e não tinha outra forma de o fazer**.

Outro exemplo é um caso académico. Imaginemos que uma determinada pessoa precisa de um medicamento para se salvar porque tem uma doença crónica. Esse sujeito já tentou ter acesso ao medicamento pelos meios legais (SNS e SS), mas não conseguiu. Se este homem for a uma farmácia e furtar o medicamento, a ação dele está ou não justificada? Este meio é socialmente adequado? **Se ele efetivamente já fez uso de todos os meios ao seu alcance e não conseguiu, ele atua em estado de necessidade**.

Esta linha de ideias leva-nos a pensar num outro requisito, **a razoabilidade da imposição ao lesado do sacrifício do seu interesse em atenção à natureza ou ao valor do interesse ameaçado**, previsto na **alínea c) do artigo 34º**.

Ao fazermos esta escolha estamos a considerar que a agressão (o dano patrimonial) não é ilícita e o dono da farmácia perde a possibilidade de agir em legítima defesa. Isto significa que se o dono da farmácia agarra no homem que está a furtar e o magoa, está a agir ilicitamente porque não pode haver legítima defesa naquele caso. Por outro lado, este atua em erro porque representa uma agressão ilícita (furto do medicamento), quando afinal é lícita (porque atua ao abrigo do direito de necessidade, causa de justificação).

Além destes dois requisitos, exige-se uma **sensível superioridade do interesse a salvaguardar face ao interesse lesado.**

Imaginemos um outro exemplo. A tem todo o seu ordenado na carteira e está prestes a ser assaltada, então empurra uma pessoa que está entre ela e o ladrão para salvar a sua carteira. Esse terceiro ao ser empurrado parte os seus óculos. *Quid juris?*

A professora considera que o interesse a salvaguardar é sensivelmente superior face ao interesse lesado, porque perder todo o seu ordenado é pior do que partir os óculos. O que estamos aqui a afastar é a responsabilidade penal, eventualmente esse agente terá responsabilidade civil porque o outro ficou sem os óculos.

Além dos que já apresentamos existem outros fatores, como por exemplo a **questão da proximidade da lesão**. Quando uma ambulância vai a alta velocidade para evitar que uma pessoa morra ou fique com lesões permanentes, podemos estar perante uma lesão longínqua das pessoas que estão nos locais por onde circula a ambulância, mas em termos espaço-temporais a lesão da pessoa que está a ser transportada é sempre mais próxima do que a lesão das restantes.

Resta falar do requisito da **não provocação voluntária pelo agente da situação de perigo**. A maior parte da doutrina entende que este requisito significa que **quando a situação de perigo foi dolosamente criada pelo agente para o colocar numa situação de perigo e dessa forma poder atuar ao abrigo do direito de necessidade, não se pode aplicar o direito de necessidade**. Este requisito é equivalente ao que vimos na legítima defesa a propósito na provocação pré ordenada.

Ainda sobre o requisito da sensível superioridade do interesse, há uma questão relevante, o **princípio da igualdade entre vidas**, que tem que ver com o conflito de vida contra vida. Sobre este tema, importa ter em conta a fábula do homem gordo.

Imaginemos um homem gordo que está preso numa caverna com mais 11 pessoas. A única forma de escapar é através de um pequeno buraco. O homem gordo mete-se no buraco para ser o primeiro a sair, mas fica entalado. Podem as outras pessoas fazer explodir o homem gordo para conseguirem sair? Faz sentido sacrificar um para salvar os outros? Podemos dizer que não faz sentido morrerem todos só para não explodir o homem gordo que vai morrer na mesma?

Uma parte da doutrina acha que não se pode aplicar legítima defesa porque o homem gordo não agrediu ninguém, nem se pode aplicar o direito de necessidade porque não há um interesse sensivelmente superior nem é razoável impor o sacrifício, mas pode-se aplicar a figura do **estado de necessidade defensivo** que seria uma **causa de extinção suprallegal híbrida: entre a legítima defesa e o direito de necessidade**. Assim sendo temos duas opções: ou consideramos esta figura híbrida e excluimos a culpa, ou consideramos que é um caso de estado de necessidade desculpante, cabendo no **artigo 35º** que também afasta a culpa. De uma forma ou outra, a atuação dos restantes presos na caverna não seria dolosa.

Conflito de deveres – artigo 36º

O pressuposto do conflito de deveres como causa de exclusão da ilicitude é a **existência de um conflito no cumprimento de deveres jurídicos ou de ordens legítimas, de natureza idêntica.** Imaginemos que dois doentes estão com perigo idêntico de morrer e precisam os dois de ser ligados a uma máquina, mas só há uma máquina. O médico tem de escolher um. Neste caso, é claramente uma situação em que há um conflito de deveres e o cumprimento de um implica que não se possa cumprir o outro.

Contudo, o legislador exige mais dois requisitos. O primeiro é que **seja cumprido um dever de valor igual ou superior àquele que não se cumpre, ou seja, o dever sacrificado é inferior ou igual àquele que é salvaguardado.** *Quid juris* se há uma máquina ligada a uma pessoa, chega outro paciente que também tem de ser ligado e o médico desliga a primeira pessoa para ligar a segunda. Neste caso, o médico mataria o primeiro paciente por ação e não por omissão como no primeiro exemplo. O nosso ordenamento valora mais gravemente a atuação por ação. **Artigo 10º.**

O outro requisito é **o elemento subjetivo: tem de haver conhecimento da situação de conflito.**

Se o médico escolhe um dos doentes e a esposa do outro agride esse médico, atua em legítima defesa? Não, porque a atuação do médico não é uma agressão ilícita.

Consentimento do ofendido – artigo 38º

Antes de analisarmos os pressupostos e requisitos desta figura, é importante ter em conta que ela pode surgir de **três formas distintas.** Em primeiro lugar, podemos ter **consentimento do ofendido como elemento positivo do tipo,** ou seja, haver consentimento é necessário para que o tipo legal de crime esteja preenchido como é o caso do homicídio a pedido previsto pelo **artigo 134º.** Em segundo lugar, podemos ter o **consentimento do ofendido como elemento negativo do tipo,** isto é, quando a sua existência leva ao não preenchimento do tipo e considera-se que isso acontece quando o bem jurídico que se pretende proteger só tem valor quando associado à sua livre disposição. O melhor exemplo é o do crime de introdução em casa alheia previsto pelo **artigo 190º,** o que significa que se o proprietário da casa consentir, este consentimento vai impedir que a ação de introdução seja jurídico-penalmente relevante.

Por fim, mas não menos importante, o **consentimento pode surgir como causa de exclusão da ilicitude,** o que sucede quando o bem jurídico que se pretende proteger é valioso só por si, ou seja, independentemente da posição do seu titular face a esse bem. Sobre este ponto surge uma grande discussão doutrinária em torno do conceito de bem jurídico e da razão da tutela do direito penal. Há uma parte da doutrina que entende que o bem jurídico protegido pela norma incriminadora é sempre o bem jurídico associado à sua livre disposição e só tem valor nestes casos, pelo que o consentimento do ofendido vai atuar sempre como causa de exclusão da ilicitude.

Não obstante, há outra parte da doutrina, nomeadamente o professor Figueiredo Dias, que entende que há bens jurídicos que só têm valor quando associados à sua livre

disposição, mas há outros que têm valor objetivamente, ou seja, independentemente da posição do seu titular. Para esta parte da doutrina que faz esta distinção, quando o bem jurídico só tem valor por estar associado à sua livre disposição, **o consentimento exclui a tipicidade** e só nos casos em que o bem jurídico tem valor por si só é que **o consentimento vai atuar como causa de exclusão da ilicitude**.

Para o professor Figueiredo Dias a propriedade tem valor por si só, coisa de que discorda a professora Ana Bárbara Sousa Brito. Silva Dias, por sua vez, tende a considerar que todos os bens jurídicos só têm valor quando associados à sua livre disposição, com exceção da vida claro. Para estes autores, o consentimento do lesado previsto pelo **artigo 38º** é uma causa de exclusão da tipicidade. Uma coisa é certa. Todos exigem que se cumpram os requisitos do **artigo 38º**, independentemente de ser para excluir a ilicitude ou a tipicidade.

Os pressupostos para considerar o consentimento do ofendido como uma causa de exclusão da ilicitude são **i) a existência de bens jurídicos livremente disponíveis, ii) a idade ser superior a 16 anos e o discernimento necessário de quem consente, iii) a não ofensa aos bons costumes pelo facto consentido** (e não pelo próprio consentimento).

Quanto a este último, entra muito aqui a questão da **integridade física**, isto é, se uma pessoa consentir que outra lhe corte o braço está a ir contra os bons costumes e por isso esse comportamento não deve ser aceite ao abrigo desta causa de exclusão da ilicitude. Neste sentido é fundamental o **artigo 149º** que apresenta como critério a **irreversibilidade** da lesão sendo que, à partida, sempre que resultar da atuação do agente um dano irreversível para o consentido, tem-se a ação como ilícita.

Por sua vez, esta figura exige como requisitos que **1) o consentimento seja expresso por qualquer meio, que traduza vontade séria, livre e esclarecida e o 2) elemento subjetivo**. Sobre o primeiro requisito importa ter em conta o **consentimento presumido**, previsto pelo **artigo 39º**. Esta figura apenas pode ser aplicada quando, no momento em que o agente atua, era de considerar que o lesado daria o seu consentimento, caso tivesse conhecimento do facto.

É o exemplo de uma pessoa que entra de urgência num hospital e é preciso cortar-lhe a perna para que não morra. Em princípio podemos aplicar esta figura porque se estivesse ciente daria em princípio o seu consentimento. Um exemplo muito semelhante em que isto não funcionaria é o dos casos em que a pessoa rejeita transfusões de sangue por motivos religiosos, aqui o médico nunca poderia partir do mesmo pressuposto.

Culpa

O que é a culpa?

Independentemente do que é a culpa em termos materiais, importa saber que a culpa se traduz num **juízo de censura dirigido ao agente pela prática do facto**. Esta é a grande diferença entre culpa e ilicitude: na ilicitude o juízo de desvalor recai sobre o

comportamento com todos os seus elementos, objetivos e subjetivos, enquanto que a culpa é um juízo de censura que se dirige ao agente que pratica o facto.

Porque é que se faz esse juízo de censura ao agente? **Este juízo de censura faz-se ao agente pelo facto de tendo ele a possibilidade de se determinar e motivar pelo direito, não o fez.** Portanto o que se analisa é a possibilidade de se determinar pela norma, norma-dever. Ao contrário da ação, que era a possibilidade de adotar uma ação alternativa. Aqui na culpa é como que um patamar acima.

A palavra **censura** está necessariamente relacionada com a moral, mas é uma moral normativa, determinada pelo direito. Por isso, em determinadas situações, apesar de o agente ter a possibilidade de se motivar pelo o direito, mesmo assim não lhe era exigível que o fizesse, por razões aceites pelo direito.

Esta é uma das correntes doutrinárias. Contudo, o **professor Figueiredo Dias** fez uma tese de doutoramento sobre a culpa e tem uma posição diferente. Para este autor, na culpa o que avaliámos é a atitude interna juridicamente desaprovada por parte do agente. Isto é, **na culpa fazemos um juízo de censura ao agente pelo facto de aquele ato revelar uma atitude interna do agente juridicamente desaprovada.** Dito de outra forma, pelo facto de o agente ter de responder pelas qualidades pessoais juridicamente censuráveis que se exprimem no ilícito típico que ele praticou.

A diferença entre estas correntes é que **para Figueiredo Dias não interessa o real psicológico, o concreto poder de o agente se motivar pelo direito, mas sim que o agente tenha ou não de responder pelas qualidades pessoais manifestadas aquando da prática do facto.** Se elas forem juridicamente desaprovadas e censuráveis, há culpa. Caso contrário, não há.

Segundo a professora Ana Bárbara Sousa Brito, esta diferente conceção de Figueiredo Dias tem a ver com o facto de este autor não aceitar, como a professora aceita, a possibilidade de haver livre-arbítrio. Como não aceita esta liberdade de agir, fala na liberdade como característica no ser total que age. Portanto a liberdade não existe no plano das propriedades da ação, mas nas características do ser humano como um todo. É por causa desta visão que ele tem dificuldade em ver a culpa como a possibilidade que o agente tem ou não, em concreto, de se motivar pelo direito.

Roxin, o maior penalista vivo, chega ao ponto de defender a **culpa social. Não fala da culpa que o agente tem, mas a culpa que os outros pensam que ele tem.** Isto destrói completamente o princípio da culpa, indo contra o princípio da dignidade da pessoa humana, que o próprio defende com tanta força. Para a professora Ana Bárbara Sousa Brito, nada interessa a culpa que os outros pensam, não podemos fugir da culpa que o agente tem em concreto.

Causas de exclusão da culpa

Como é que se analisa a culpa num caso concreto? Vamos adotar o esquema proposto pela professora Teresa Pizarro Beleza. Tal como a ilicitude, a culpa deve ser analisada pela **técnica negativa da exclusão.** Isto significa que temos de averiguar se se

verifica ou não alguma causa de exclusão da culpa e, se se verificar, afasta-se a culpa, se não, não se afasta a culpa.

Há outras formas de analisar a culpa. Há quem averigue, em primeiro lugar, se estão presentes os chamados **elementos da culpa** que são o agente ter **capacidade da culpa** (o mesmo que dizer que é imputável) e o agente ter **consciência da ilicitude** do seu ato.

Porém, como se disse, vamos adotar a técnica negativa da exclusão. A primeira causa de exclusão da culpa é a **inimputabilidade** quer em razão da idade (**artigo 19º**) quer em razão da anomalia psíquica (**artigo 20º**). A segunda é o **erro não censurável sobre a ilicitude (artigo 17º nº1)**. Depois há causas de exclusão da culpa em sentido estrito que são o **estado de necessidade desculpante (artigo 35º)**, **excesso de defesa devido a medo, susto ou perturbação não censuráveis (artigo 33º nº2)**, **obediência indevida desculpante (artigo 37º)**. Há ainda outras causas de exclusão da culpa “típicas” em sentido estrito que resultam da ordem jurídica, nomeadamente da parte especial do código penal. Vamos analisar cada uma delas.

Inimputabilidade

→ Em razão da idade – artigo 19º

A primeira razão para um agente ser considerado inimputável é **em razão da idade**. No **artigo 19º** lemos que os menores de 16 anos são inimputáveis. Isto significa que só poderá ter responsabilidade criminal quem, no momento da prática do facto, tenha idade superior a 16 anos. Por outras palavras, **só a partir dos 16 anos é que o agente é suscetível de sofrer um juízo de culpa**.

De qualquer forma, note-se que há um regime especial para os jovens entre os 16 e os 21 anos que está regulado do DL 401/82, de 23 de setembro, e um regime para os inimputáveis entre os 12 e os 16 anos que pratiquem factos qualificáveis como crimes, na Lei Tutelar Educativa e na Lei de Proteção das Crianças e Jovens em Perigo que, apesar de bem redigidas, têm pouca aplicabilidade prática.

→ Em razão de anomalia psíquica – artigo 20º

A segunda inimputabilidade é **em razão de anomalia psíquica** e está prevista no **artigo 20º**. O primeiro requisito é o agente sofrer de uma anomalia psíquica, ou seja, tem de sofrer qualquer transtorno independentemente de ser congénito ou adquirido. Estas anomalias abrangem as psicoses, ou seja, um defeito corporal ou orgânico que pode ser exógeno ou endógeno. Exógeno quando provocado por intoxicações e endógeno quando, por exemplo, se trata de um caso de esquizofrenia ou outras perturbações psíquicas graves.

Depois há os casos de **oligofrenia**, isto é, **casos de fraqueza intelectual, congénita ou não**. É o caso da **idiotia** em que o indivíduo não atinge o desenvolvimento mental de uma criança de 6 anos, e também da **imbecilidade**, próprio de quem não atinge o desenvolvimento típico da puberdade. Mas também cabem aqui as chamadas **perturbações da personalidade ou desvios do comportamento social** que não tenham fundamento orgânico corporal e aqui cabem todas as **psicopatias**, como a *borderline*.

Não se pode confundir a psicose com a psicopatia, contudo são ambas anomalias psíquicas. A diferença é que a psicose tem uma origem orgânica/corporal, ao passo que a psicopatia não.

Não basta provar que o agente tem uma anomalia psíquica, tem de se provar que no momento da prática do facto, por força da anomalia psíquica, o agente ou não tinha sequer capacidade para valorar o facto que estava a praticar ou, apesar de ter capacidade de valoração, **não tinha capacidade volitiva,** isto é, de se motivar pelo direito. É isto que caracteriza o psicopata em série, o *serial killer*, já que ele sabe perfeitamente o que está a fazer, tem capacidade de valorar o mal, mas não se motiva.

Ainda quanto à anomalia psíquica, importa fazer uma distinção. Por um lado, temos os **casos em que a anomalia é provocada pelo agente sem qualquer intenção de praticar um crime** e aqui estamos a pensar nas situações em que, por exemplo, o agente toma uma droga que gera alucinações e agressividade, mas não tem qualquer intenção de praticar um crime, pelo que será considerado inimputável. Será inimputável quanto ao crime praticado (ofensas à integridade física, por exemplo), contudo poderá ser punida pelo **crime de embriaguez ou anomalia** previsto no **artigo 295º**.

Por outro lado, temos os casos em que o agente deliberadamente se coloca nessa posição. Será o caso de alguém que se embriaga para ter coragem de praticar um crime, consubstanciando uma **ação livre na causa**, prevista no **artigo 20 nº4**. A maior parte da doutrina entende que **quando o legislador prevê que a pessoa se coloque na situação com intenção de praticar o facto, exige dolo direto ou necessário quanto ao facto praticado**.

Mesmo que se prove que no momento não tinha capacidade para valorar o ato, portanto era inimputável, **o que importa é o momento em que ele decide embriagar-se**. É nesse momento que importa aferir se tinha culpa ou não e nesse momento ele tinha.

A **negligência na aceitação** é uma figura próxima, mas distinta. Será o caso em que o A vai a alta velocidade ao pé de uma escola, vê o sinal de aproximação de escola, e continua a alta velocidade, acabando por atropelar uma criancinha. Mesmo que não seja imputável no momento em que atropela, o momento relevante é o anterior em que ele decide ignorar o sinal. O mesmo se diz do caso do condutor que adormece ao volante depois de já estar a conduzir há demasiadas horas.

Podemos dizer que a ação livre na causa, em sentido amplo, tanto inclui os casos do **artigo 20º nº4** como os de negligência na aceitação.

Erro não censurável sobre a ilicitude

Para haver culpa, é necessário que o agente seja capaz de culpa e tenha consciência da ilicitude do seu ato. Assim sendo, quando o agente estiver em erro sobre a ilicitude, há a possibilidade de excluir a culpa. Interessa então saber quando é que isso acontece. Há dois tipos de erro sobre a ilicitude: direto e indireto.

→ Erro direto sobre a ilicitude

No erro direto sobre a ilicitude, **o erro recai sobre proibições cujo conhecimento é dispensável à tomada da consciência da ilicitude do ato. São proibições que recaem sobre comportamento que têm já uma carga valorativa forte.**

Não precisamos de conhecer a norma que proíbe o homicídio ou a norma que proíbe a violação para saber que são condutas desvaliosas. Já se estivermos a falar de uma norma sobre preços legais ou sobre impostos, o agente tem de conhecer a norma para conhecer ilicitude do facto típico, saber que é crime.

Nas proibições do **artigo 17º**, o agente não tem de as conhecer para saber que o seu comportamento deve ser desvalioso. Os comportamentos já têm uma importância valorativa forte. Assim, o **erro previsto no artigo 17º é moral, choca a sociedade**. Pelo contrário, o erro previsto no **artigo 16º** tem a ver com o conhecimento, é factual. Esta distinção é tão importante porque o regime é totalmente diferente:

- No erro previsto no **artigo 16º nº1** exclui-se o dolo.
- No erro sobre as proibições do **artigo 17º**:
Nº1 – se não for censurável, exclui-se a culpa;
Nº2 – se for censurável, não se exclui.

○ Critérios para aferir a censurabilidade do erro

A maior parte da doutrina segue o **critério da evitabilidade**, segundo o qual **se coloca um homem médio, no sentido de cidadão cumpridor do direito, na posição da dinamarquesa e pergunta-se se podia ter evitado o erro.**

Lembremos o exemplo da dinamarquesa que abortou em Portugal na 12ª semana. Aqui importa saber se ela procurou saber, se se informou junto de um médico, por exemplo. Isto porque se o tiver feito, o seu erro não é censurável, afasta-se a culpa, porque ela fez tudo o que podia e estava a seu alcance para conhecer a ilicitude. Se, pelo contrário, a dinamarquesa nada fez para se informar, aí é um erro censurável sobre a ilicitude, não se exclui a culpa e deve ser punida pelo aborto porque podia ter evitado.

Este critério da evitabilidade é o mais seguido pela doutrina, mas o **professor Figueiredo Dias** defende o **critério da retitude da consciência errónea**. Para este autor, para saber se o erro é ou não censurável, **o que importa é averiguar se o agente quando atuou se pautou por motivos que são permitidos pela ordem jurídica, apesar de se ter esquecido de outros que também soa relevantes**. Se o agente se motivou por razões que são avaliadas positivamente pela ordem jurídica, o erro não é censurável.

O exemplo que podemos ver é relativamente ao homicídio a pedido que, como sabemos, é punido em Portugal. Imaginemos que um sueco vem o nosso país visitar o seu amigo que está com uma doença atroz e pede para o matar. O amigo sueco, ao ver o sofrimento, por compaixão, acede ao pedido, pensando que a nossa ordem jurídica é semelhante à dele. Podemos ou não punir o sueco? Se aplicássemos o critério da evitabilidade, diríamos que ele podia ter evitado se se informasse, pelo que será

censurável. Contudo, pelo critério do professor Figueiredo Dias, o comportamento do sueco não é censurável.

→ Erro indireto sobre a ilicitude

No erro indireto sobre a ilicitude, o agente está em **erro sobre a existência de uma causa de justificação ou sobre os limites de uma causa de justificação**. Aqui o que acontece é que o agente pensa que existe uma causa de exclusão de ilicitude do seu comportamento e afinal não existe. No **nº2 artigo 16º** lemos que também o erro sobre um estado de coisas que, a existir, excluiria a ilicitude do facto ou a culpa do agente, leva à **exclusão do dolo**.

A professora Ana Bárbara Sousa Brito reitera que o que importa é distinguir o erro sobre a ilicitude (**artigo 17º**) do erro intelectual (**artigo 16º**).

Causas de exclusão da culpa em sentido estrito

Não basta afirmar que o agente é imputável e que conhecia a ilicitude do facto praticado, é preciso averiguar se no caso concreto se se verifica alguma das causas de exclusão da culpa em sentido estrito.

→ Estado de necessidade desculpante – artigo 35º

O exemplo paradigmático é o da Tábua de Carnéades em que estão duas pessoas em cima de uma tábua que só aguenta com uma, pelo que, para sobreviver, a pessoa mais forte atira a outra.

Verificam-se aqui todos os pressupostos do estado de necessidade desculpante exigidos pelo **artigo 35º**: há um **i) perigo atual que põe em perigo um bem jurídico elementar do agente**, como a vida, a integridade física, a honra ou a liberdade do agente ou de terceiro; **ii) esse perigo não é removível de outro modo**; e **iii) não é razoável exigir do agente que adote outro tipo de comportamento**, o que demonstra que o direito penal não exige que as pessoas sejam heróis; por fim, também é necessário que **iv) o agente conheça a situação de perigo**.

Imaginemos um paciente que precisa de um tipo raro de sangue de que o hospital não dispõe, há um senhor na sala de espera que pode doar, mas não quer. O médico que obriga esse senhor a doar o seu sangue está a agir ao abrigo de um estado de necessidade desculpante por terceiro.

→ Excesso de defesa em caso de medo, susto ou perturbação não censuráveis – artigo 33º nº2

Não é todo o excesso de defesa que é causa de exclusão da culpa, é só aquele que for por medo, susto ou perturbação não censurável. Entra aqui a tal questão da avaliação moral da culpa. O excesso pode ser intensivo ou extensivo. O **excesso intensivo** é quando a pessoa utiliza meios superiores aos necessários para a defesa, ou quando não há proporcionalidade entre a defesa e a ofensa. O **excesso extensivo** é quando alguém se defende de uma agressão que deixou de ser atual.

Para o agente atuar ao abrigo desta causa de exclusão da culpa, **os estados emocionais que estão por trás do excesso têm de ser asténicos**, isto é, têm de resultar de uma **tensão emocional inconsciente** como o medo ou o susto. Já se falarmos no ódio, na raiva ou vingança são estados emocionais esténicos, pelo que a atuação já não será aceite pela sociedade, logo não se pode afastar a culpa.

→ **Obediência indevida desculpante – artigo 37º**

Segundo o **artigo 37º**, ocorre uma causa de exclusão da culpa quando **i) alguém cumpre uma ordem sem saber que ela conduz à prática de um crime e**, além disso, **ii) não era evidente que essa ordem conduzia à prática de um crime**.

Imaginemos que um funcionário falsifica um documento porque o seu superior o manda, mas não é evidente que essa atuação é uma falsificação. Ele não sabe que está a praticar um crime, logo não é uma atuação culposa.

→ **Erro sobre os pressupostos de facto de uma causa de exclusão da culpa**

Quid juris se um sujeito, achando que está num caso de tábua de Carnéades, empurra o outro, mas depois há uma prova pericial que indica que a tábua aguentava com o peso dos dois? Para a professora Ana Bárbara Sousa Brito, o que faria sentido seria excluir a culpa. Não é, porém, essa a solução seguida pelo nosso legislador e temos de aplicar as regras do nosso código.

A solução é aplicar o regime do **artigo 16º nº2** – figura do **erro intelectual** – porque o agente representou mal a realidade, havendo um erro sobre o estado das coisas que, a existir, excluiria a culpa. Assim sendo, a consequência é a **exclusão do dolo**. Percebemos esta solução porque para o professor Figueiredo Dias, autor do nosso código, falta neste caso o elemento emocional (que é por ele exigido para haver dolo), daí que a sua solução seja excluir o dolo.

Caso prático 15. A encontrava-se certa noite numa conhecida discoteca de Lisboa, a comemorar com os amigos o seu 20º aniversário, quando reparou que B, seu inimigo de estimação, acabara de entrar na discoteca. A comentou com C, um dos seus amigos, que se continuasse a beber poderiam acontecer consequências imprevisíveis. Contudo, sendo o seu aniversário, decidiu continuar a beber. Duas horas e muito álcool mais tarde, acabou por se envolver numa briga com B da qual resultou um traumatismo craniano. Determine a responsabilidade jurídico criminal de A.

A doutrina divide-se. Por um lado, podemos dizer que este é um caso de anomalia psíquica causada pelo agente sem qualquer intenção de cometer um crime. Isto porque o A não bebeu com a intenção de bater no B. Sabia que podia acontecer, mas não o fez com essa intenção. Então será inimputável pelo **artigo 20º**, quanto às ofensas à integridade física, mas punido pelo **artigo 295º**, porque praticou um crime embriagado.

Por outro lado, outra parte da doutrina defende que o A pode ser punido pelo crime de ofensas à integridade física por negligência na aceitação. Isto porque ele previu a possibilidade de bater no inimigo. Não há intenção, mas há previsibilidade. Para os defensores desta tese, a dificuldade está na prova.

Em todo o caso, seguindo uma ou outra linha de pensamento, este não pode ser um caso que caiba no **artigo 20 nº4** sobre o agente que se coloca de propósito naquele estado para ter coragem de praticar o crime.

Caso prático 16. No preciso momento em que A se preparava para realizar uma curva apertada, entra no carro que conduzia uma abelha. A, num gesto instintivo, tira as mãos do volante, acabando por perder o controlo da viatura e por embater em B, motociclista que circulava em sentido contrário. Assustado, A decidiu fugir sem prestar auxílio a B. C e D, dois polícias que circulavam alguns metros atrás de A, tendo visto o acidente e a fuga, seguem em perseguição de A, não prestando também eles qualquer auxílio a B. O polícia C fê-lo porque julgou que dada a violência do embate, B já estaria morto, o que não era naquele momento verdade. O polícia D porque julgou que o principal dever de um polícia é perseguir o criminoso e não salvar a vítima. B acabou por morrer algum tempo depois. Determina a responsabilidade jurídico-criminal de A, C e D.

Responsabilidade jurídico-criminal de A:

Para já, é importante começar pela primeira conduta de A. Esta primeira conduta foi ter tirado as mãos do volante porque entrou a abelha no carro. A grande dúvida é se este ato que causou o embate em B era ou não uma ação jurídico-penalmente relevante. Em princípio não seria porque temos aqui um ato automático, e o agente não tem qualquer possibilidade de prever o facto típico. Ora, não havendo possibilidade de controlo, não há ação. A possibilidade de controlar é o mínimo que o direito penal exige. Quanto a esta primeira conduta do A, não há ação jurídico-penalmente relevante, e não temos de continuar com a análise da conduta.

Contudo, depois de ver o que aconteceu, A assustado, resolveu fugir sem prestar auxílio a B. Esta segunda conduta pode ser analisada como? Há uma omissão impura, porque ele tinha o dever de vigiar a fonte de perigo. O tipo de crime em causa seria o homicídio por omissão, porque uma das fontes do especial dever de agir, nas omissões impuras, é a chamada ingerência – comportamento prévio perigoso. O comportamento prévio perigoso foi de A. A grande discussão é se esse comportamento prévio perigoso pode ser lícito. Questão que neste caso é muito relevante, já que o comportamento em causa nem sequer é uma ação jurídico-penalmente relevante.

Uma parte da doutrina defende que é fonte do especial dever de agir. O tipo de crime em causa seria homicídio, e há omissão impura (não mera omissão de auxílio), funcionando o **artigo 10º nº2**. Mas seria preciso saber se está preenchido o tipo. Qual é o bem jurídico? Vida. Objeto da ação? B. Resultado? Morte de B. Há ou não imputação objetiva do resultado à morte de A? Segundo a teoria da *conditio sine qua non*, há imputação objetiva, pois se suprimíssemos mentalmente a ação de A, o resultado não subsistiria nas mesmas condições de tempo, modo e lugar. De acordo com a teoria da adequação, A poderia prever aquele resultado segundo aquele processo causal? É difícil pôr um homem médio na posição do agente e afirmar que, além de prever a morte de B, a preveria segundo aquele processo causal, havendo alguns polícias por perto. E quanto à teoria do risco? A criou um risco proibido. Mas foi o risco não diminuído por A

que se concretizou no resultado? É preciso que haja uma conexão entre o risco (no caso, não diminuído por A) e o resultado tal como se produziu naquelas circunstâncias de tempo, modo e lugar. Isto não aconteceu, pois interpõe-se outro risco, criado pelos polícias, havendo uma interrupção do processo causal. A omissão impura por parte dos dois polícias interrompeu a conexão entre o risco criado por A e o resultado morte, criando um novo risco. Assim sendo, não é possível imputar o resultado morte a A, mas é poderia ser punido por tentativa do crime de homicídio por omissão.

E no tipo subjetivo? Qual é o tipo subjetivo da tentativa? Dolo. Só há tentativas dolosas, não há tentativas negligentes. Só se houver dolo é que há tentativa. Neste caso, o agente vê o outro a precisar de auxílio e foge. Ele tem dolo. Há elemento intelectual? Sim. E elemento volitivo? O dolo parece ser eventual.

Nota: a omissão de auxílio só atua se não puder atuar o tipo da omissão impura.

Responsabilidade jurídico-criminal dos polícias:

Por parte dos polícias, há ação ou omissão? Há omissão porque eles não auxiliaram uma pessoa que estava em perigo. Quando um polícia não auxilia uma pessoa que está em perigo, há uma omissão impura, porque há especial dever de agir imposto legalmente, que cabe no **artigo 10º**. O tipo de crime que está em causa é o homicídio por omissão, **artigo 131º**. Contudo há que diferenciar os dois polícias.

O **polícia C** nada fez porque achava que o B já estava morto. Temos um erro sobre os pressupostos de facto: ele representa uma pessoa morta, e ela está viva. O **artigo 131º** pressupõe que o agente represente que a outra pessoa está viva, logo se representar que ela está morta, não pode haver dolo de homicídio. Ele representou um objeto da ação que não existe, ele representou uma pessoa morta. Sendo assim, há erro sobre o objeto. A consequência do erro sobre os elementos no facto típico é a exclusão do dolo, como estabelece o **artigo 16º nº1**. A única hipótese seria puni-lo por homicídio negligente por omissão.

Quanto ao **polícia D**, há elemento volitivo – ele conforma-se com a morte, porque o que quer é perseguir o criminoso. Preenchidos os elementos objetivos e subjetivos do tipo, há que analisar a ilicitude através da técnica negativa da exclusão. Ocorre aqui alguma causa de exclusão da ilicitude? A única que poderia fazer sentido seria a figura do conflito de deveres, previsto no **artigo 36º**, contudo não parece estar a ser cumprido um dever de valor igual ou superior, pelo que não podemos aplicar. Se não se aplica qualquer causa de exclusão da ilicitude, o facto é, portanto, típico e ilícito. Assim sendo, teríamos de continuar a nossa análise passando para a culpa.

Na culpa, podemos considerar que houve um erro moral porque o agente julga que o dever do polícia é perseguir o criminoso e não salvar a vítima. Este agente tem uma ideia errada da ordem jurídica, e isto choca claramente com valorações da ordem jurídica, pelo que a norma aplicável é o **artigo 17º**. É preciso ver se o erro é censurável ou não porque se não for, exclui-se a culpa, caso contrário não se exclui. Qual é o critério para aferir a censurabilidade? Segundo o critério da evitabilidade, um homem médio na posição do agente poderia ter evitado o erro? Sim. O polícia tem de saber que é mais

importante salvar as pessoas do que perseguir criminosos. O critério proposto por Figueiredo Dias é o da retitude da consciência errónea? O agente, quando atuou, pautou-se por motivos que a ordem jurídica defende? Neste caso, defender tal conclusão não parece possível. O erro é censurável. Sendo-o, não se exclui a culpa; por isso, o segundo polícia podia ser punido pelo crime de homicídio por omissão doloso.

Punibilidade

Depois de se chegar à conclusão de que há um facto típico, ilícito e culposo, esse facto também será, por norma, **punível**. O que pode eventualmente acontecer é que, no caso concreto, não se verifique uma **condição de punibilidade em sentido amplo**. Só nesses casos é que devemos analisar autonomamente a categoria da punibilidade.

Por norma, sempre que tivermos um facto típico, ilícito e culposo, quase de certeza ele será punível, mas, por vezes, o legislador exige certas condições de punibilidade. Se exigir, há que ver se elas se verificam ou não.

A ideia por detrás da categoria da punibilidade que lhe dá alguma autonomia é a ideia de **dignidade penal**, isto porque, **por vezes, o facto concreto fica aquém do limiar mínimo da dignidade penal**. Normalmente isso acontece tendo em conta as ideias preventivas que estudámos a propósito dos fins das penas. Tendo em conta essas ideias preventivas, olhando para o facto, não faz sentido aplicá-las, sendo que, por isso mesmo, o facto não é digno de ser punido.

Condições objetivas de punibilidade

Mais uma vez, temos a tarefa facilitada porque podemos enumerar as condições da punibilidade em sentido amplo. Em primeiro lugar, temos as chamadas condições objetivas de punibilidade. O que significa isto? Em determinados tipos de crime, para além de ter de haver um facto típico, ilícito e culposo, **o legislador exige que se verifiquem certas circunstâncias extrínsecas para que o facto possa ser punível** que nada têm que ver com o tipo de ilícito ou o tipo de culpa.

Um exemplo é o da **tentativa**. De acordo com o **artigo 23º**, para se punir a tentativa é preciso que a pena aplicável ao crime consumado seja superior a 3 anos. Ora, esta circunstância nada tem a ver com a ilicitude ou a culpa, é apenas uma circunstância que o legislador resolveu exigir para que a tentativa tivesse dignidade penal. Se alguém tentar um crime cuja pena não seja superior a 3 anos, essa tentativa não é digna de sofrer pena. Por isso, uma condição objetiva da punibilidade da tentativa é o facto de ao crime consumado ser aplicável uma pena superior a 3 anos.

Outro exemplo é do **crime de embriaguez ou intoxicação** previsto no **artigo 295º**. Para a conduta do agente ser punível, é preciso que, dolosa ou negligentemente, este se embriague ou intoxique, mas não basta isso para o crime ter dignidade penal. Exige-se como condição objetiva de punibilidade que a pessoa pratique um crime nesse estado. Se a pessoa apenas se embriagar, esse facto é ilícito, mas não é digno de sofrer uma pena. Funciona aqui uma circunstância extrínseca ao facto ilícito e típico que o

legislador exige para se sofra uma pena. Isto não faz parte do tipo, não é preciso haver dolo. Repare-se que fazem parte do tipo objetivo as circunstâncias abrangidas pelo dolo.

Se na culpa concluímos que o agente é inimputável, a única forma de o punir é pelo **artigo 295º**, segundo o qual se exige que a pessoa se tenha embriagado de forma dolosa ou negligente, e como condição objetiva de punibilidade que tenha praticado um crime. Só recorreremos a esta disposição quando, no momento em que se embriaga, a pessoa não tem intenção de praticar. É o ato de se colocar num estado de inimputabilidade que tem de ser, pelo menos, negligente. Repare-se que o legislador fala em “facto ilícito típico”, não diz culposo.

Retomemos o caso prático 15 sobre o A que no seu aniversário está na discoteca, vê o seu inimigo entrar, embriaga-se e bate-lhe. O que dissemos sobre este caso foi que em relação ao crime de ofensas, a pessoa é inimputável (supondo que é uma embriaguez grande, em que a pessoa não tem capacidade para perceber o que está a fazer e determinar-se de acordo com o que percebe), não tem capacidade de culpa. Uma causa de exclusão da culpa é a inimputabilidade, neste caso a anomalia psíquica provocada por embriaguez. A única hipótese de punir este rapaz é por crime de embriaguez ou intoxicação, pois ele, pelo menos negligentemente, colocou-se num estado de embriaguez e, nesse estado, praticou um facto ilícito típico, lesando a integridade física do inimigo.

Notar que a dimensão do tipo se vê, muitas vezes, pelo que o tipo subjetivo tem de preencher. O que é que tem de ser representado para estar preenchido o **artigo 295º**? Apenas a embriaguez. Assim, o tipo subjetivo apenas abarca esta parte. O tipo de ilícito está preenchido com o embriagar com possibilidade de perceber que se está a embriagar. Mas o legislador diz: não basta ter-se colocado numa situação de embriaguez porque para que o comportamento possa ter dignidade penal, é preciso que o agente pratique o facto ilícito. A isto se chama condição objetiva de punibilidade, porque é uma circunstância que nada tem a ver com o tipo de ilícito ou de culpa, mas que o legislador exige que se verifique para o comportamento tenha alguma relevância para o direito penal, nomeadamente sendo merecedor de uma pena. Se alguém se embriaga e não poe em causa qualquer bem jurídico (além dos seus próprios), não há qualquer problema de direito penal.

Causas pessoais de isenção ou levantamento da pena

Para além das condições objetivas de punibilidade, cabem nas condições de punibilidade em sentido amplo as chamadas causas pessoais de isenção ou levantamento da pena. Estas são **condições que ocorrem após a prática do facto e que impedem a sua punibilidade. São pessoais porque só se aplicam àquela pessoa.**

Imaginemos que uma pessoa pratica uma tentativa, mas antes de o crime estar consumado, desiste. Se a desistência for voluntária (se a pessoa podia prosseguir com êxito o crime de acordo com o que representa e mesmo assim decide não prosseguir), o legislador diz que o facto praticado não será punido. Assim sendo, **o legislador dá relevância a um facto que é posterior à prática da tentativa e que vai determinar que**

aquele facto deixe de ter dignidade penal. Outro exemplo poderá ser o do agente que coloca uma bomba numa casa, mas uma hora depois vai lá desativá-la.

Crime agravado pelo resultado

Há uma figura que se pode intitular de **crime agravado pelo resultado**, prevista no **artigo 147º**, e que se **caracteriza por haver negligência quanto ao resultado mais grave**. Imagine-se que alguém se envolve numa luta com outra pessoa e só quer ofendê-la corporalmente, mas dá um soco a ponto de pessoa bater com a cabeça e morrer. Pode imputar-se a morte à conduta da pessoa? Tudo depende de saber se havia pelo menos negligência quanto ao resultado morte. E veja-se ainda **artigo 148º** sobre as ofensas à integridade física por negligência.

Princípio da insignificância

O princípio da insignificância **reporta-se às situações em que, apesar de o tipo de ilícito e o tipo de culpa estarem preenchidos, tendo em conta que há uma lesão insignificante do bem jurídico, aquele facto não é merecedor de pena.**

Quid juris se um pai se esquece do seu filho na parte de trás do carro e este acaba por morrer? Para a professora Ana Bárbara Sousa Brito, esse pai nem sequer pratica uma ação jurídico-penalmente relevante. Mas quem defende que há homicídio negligente teria de aplicar o princípio da insignificância quando chegasse à punibilidade. Face aos fins das penas (prevenção geral e especial), a punibilidade estaria afastada.

Outros exemplos de situações em que o princípio da insignificância afasta a punibilidade podem ser o de furto simples de valores reduzidos (40€ ou 50€) ou o do homem que furtava pães em Itália para sobreviver (se bem que neste caso, como vimos, o juiz considerou haver estado de necessidade desculpante).

Condições de processibilidade

Uma vez afirmada a punibilidade, estão verificados todos os pressupostos para que possa haver punição. Mas não significa que haja punição: como veremos no próximo ano, há um aspeto importantíssimo, **tem de haver um processo penal**. A única forma de aplicar o direito penal é através do processo penal. Se não houver notícia do crime ou inquérito, não se verificam as **condições de procedibilidade**, que já têm a ver com **pressupostos processuais**.

Além disso, há institutos como a **dispensa de pena**, que é um instituto que tem a ver apenas com a consequência jurídica pena (e já não com os elementos constitutivos do crime). Por vezes, o legislador considera que estão preenchidos todos os elementos constitutivos do crime, mas tendo em conta as condições do delinquente na sociedade, há possibilidade de haver dispensa. E não haverá, então, aplicação da pena.

Mesmo estando preenchidos todos os elementos constitutivos do crime, tem de haver procedibilidade e há certos institutos relacionados com a pena e não com o crime. Isto é diferente da categoria da punibilidade.

Caso prático 17. António decidiu levar os dois irmãos mais novos, B e C, a uma praia deserta. A determinada altura, quando olhou para o mar, estavam ambos a pedir ajuda. António, que não podia salvar os dois, decidiu ajudar B, e C morreu afogado. Mais tarde, pressionado, B acabou por confessar que não necessitava de ajuda, tendo decidido simular que se estava a afogar, porque, segundo disse, odiava C. Determine a eventual responsabilidade criminal de A e B.

Responsabilidade criminal de A:

Qual é o tipo de crime em causa? Qual é o resultado? Morte de C. Quanto a C, a dúvida que temos é se o tipo que está em causa é o **artigo 131º + artigo 10º**. Sempre que tivermos um crime de resultado praticado por omissão, temos de ter em conta o tipo que está na parte especial do código penal e conjugar com o **artigo 10º nº2**. Não é qualquer pessoa que pode ser responsabilizada pelo crime de homicídio por omissão. Só quem tenha especial dever de agir. Através do critério formal, diríamos que o A tem especial dever de agir já que é o seu irmão que está em perigo, é um caso que se enquadra na lei. Contudo, o critério formal é insuficiente, há que ir ao critério material. O dever de agir era o dever de vigiar o titular do bem jurídico – havia solidariedade natural apoiada num vínculo jurídico (e, quando muito, mesmo que não houvesse, sempre haveria uma relação de proximidade). Assim concluímos que há um especial dever de agir, logo temos um crime de homicídio por omissão.

Quanto ao tipo objetivo: temos desde logo, agente, já que ele é autor material, e tem especial dever de agir; temos uma ação típica, não salvar; o objeto da ação é C; o bem jurídico em causa é a vida; o resultado é a morte de C. Importa então perceber se é possível a imputação objetiva do resultado à ação típica de A. Segundo a teoria da *conditio sine qua non*, se suprimirmos a omissão de A, o resultado subsiste nas mesmas circunstâncias de tempo, modo e lugar? Eliminando a omissão, o resultado não se verifica nas mesmas circunstâncias de tempo, modo e lugar, pois a pessoa não morre em detrimento de uma escolha. A pessoa morre porque, mesmo havendo uma pessoa com possibilidade de a salvar, ela não o fez. De acordo com a teoria da adequação, um homem médio colocado na posição de A conseguiria prever o resultado morte de C segundo aquele resultado. De acordo com a teoria do risco, o agente criou um risco não permitido e esse risco não permitido concretizou-se no resultado morte, havendo conexão entre o risco criado (não salvar) e o resultado produzido.

Nota: se a imputação objetiva for óbvia, como aqui, podemos saltá-la.

Havia, então, imputação objetiva de acordo com as três teorias. O tipo objetivo está todo preenchido; o próximo passo é o tipo subjetivo. Agora, o que temos de ver é se A representou a morte de C e se se conformou com ela. Não tem obviamente intenção da morte de C, mas parece prever a morte do irmão que não vai salvar e conforma-se. Chama-se a isto dolo eventual, mas até podemos discutir se não seria dolo necessário, já que o A prevê a morte como consequência inevitável.

Estando preenchido quer o tipo objetivo, quer o tipo subjetivo, o próximo passo na análise é a ilicitude. Se foi realmente dado que C e B estavam os dois aflitos, A atuava

ilicitamente? Há um conflito de deveres, previsto no **artigo 36º**, onde se lê que quando há um conflito de deveres e o agente cumpre um dever de valor igual ou superior ao que sacrifica, exclui-se a ilicitude. Esta é uma causa de exclusão da ilicitude. O problema é que, ao contrário do que o A pensava (representava), o B não estava aflito. Não havendo, na realidade, qualquer conflito de deveres.

Quando há um erro sobre os pressupostos de facto, aplica-se o **artigo 16º nº2**, exclui-se o dolo e o agente pode eventualmente vir a ser punido por homicídio negligente, se houver possibilidade de dizer que ele agia negligentemente, o que parece improvável. Note-se que o erro do **artigo 16º** é um erro intelectual, porque há uma discrepância entre o que o agente pensa e o que acontece na realidade: ele pensa que estão os dois aflitos, e só um está, enquanto que no **artigo 17º** há um erro moral, em que a pessoa tem uma ideia errada da ordem jurídica, representando a existência de uma norma que não existe. Aqui não se representa mal uma norma, e sim a aflição de um dos irmãos que não existe. Por tudo o exposto, o A não deverá ser punido pelo crime de homicídio por omissão do C.

Responsabilidade criminal do B:

O B é irmão de C, e fingiu que estava aflito de propósito para ver se o outro morria. B é autor mediato, pois usa A como instrumento para a prática do crime. Uma das primeiras hipóteses que podíamos colocar seria: será que B podia ser punido como autor mediato do crime de homicídio por omissão de A? Parece que sim. Uma das formas de autoria mediata, de acordo com o **artigo 26º**, é utilizar outrem como instrumento, e uma das formas de utilizar como instrumento é induzi-la em erro. B induziu ou não A em erro? Induziu. Como vimos, o erro do A leva à exclusão do seu dolo. Sendo assim, B é autor mediato por erro.

Além disso, há que ver que o B, tal como o A, é irmão do C, logo, não estando ele em perigo, também teria especial dever de agir. Assim sendo, é ainda autor imediato do crime de homicídio por omissão, pois tem especial dever de agir. Desta forma verificamos um concurso aparente entre autoria imediata e autoria mediata, pelo que o agente deverá ser punido como autor imediato, por esta ser a forma mais perfeita de realização do crime.

Nota: a acessoriade limitada só se aplica à participação, não à autoria.

Nota 2: para alguém ser punido por homicídio qualificado, é preciso provar a especial censurabilidade ou perversidade. Isto tem a ver com a culpa.

Caso prático 18. 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 jurídico-criminal de Bruno e de Celso.

Responsabilidade jurídico- criminal de Bruno:

O Bruno tinha ou não especial dever de agir? Há a chamada relação de comunidade de perigos. Discute-se na doutrina se ela origina um especial dever de agir. A maior parte da doutrina entende que sim. Assim, havia especial dever de agir, podendo ser punido pelo crime de homicídio simples por omissão.

O facto de o amigo lhe ter dito que o outro andava com a namorada tinha alguma relevância? Não, O erro aqui não excluía o dolo ou a culpa, pelo que não tem relevância. Não é um erro que caiba no **artigo 16º**. Assim, o B podia ser punido por homicídio doloso por omissão (**131º + 10º nº2**, e tínhamos de justificar o especial dever de agir). Aqui o dolo é direto.

Responsabilidade jurídico-criminal de Celso:

O B estava disposto a salvar António, só parou porque o C lhe disse que o A o traía. Haverá instigação? C determinou B a executar dolosamente o crime, houve execução dolosa do crime pelo autor material, e há duplo dolo (dolo do crime e dolo de determinar). Assim sendo, estão presentes todos os elementos da instigação, pelo que o B pode, à partida, ser punido por instigação.

Mas B também tem especial dever de agir, fundado na comunidade de perigos, pelo que pode ser punido como autor material/imediato do crime de homicídio por omissão. O que se passa é que, como B é punido quer como instigador, quer como autor imediato do mesmo crime, temos um concurso, que é aparente, pelo que B é punido como autor imediato, pois é essa a forma mais perfeita de realização do crime, e tal basta para proteger o bem jurídico em causa.

Caso prático 19. Por causa de uma Cimeira de chefes de Estado e de Governo da UE, realizada recentemente em Lisboa, o Governo aprovou em Conselho de Ministros um diploma que proibia, durante a realização desta e na área do distrito de Lisboa, o uso e porte de arma, ainda que legalizada, punindo essa conduta com pena de prisão até 3 anos. No dia da Cimeira, António e Bento, que desconheciam tal normal, saíram como sempre faziam aos domingos para a caça, tendo sido intercetados pela GNR, perto do CCB, onde decorria a Cimeira, na posse de duas armas de caça.

Nesse mesmo dia junto ao edifício do CCB, Carlos, membro de um grupo terrorista, encontrava-se emboscado numa janela, munido de uma espingarda, de tiro único, para matar um dos Chefes de Estado presentes. No momento em que este saía do edifício da Cimeira, rodeado por cinco guarda-costas, Carlos disparou na sua direção, acertando, no entanto, em Daniel, um dos referidos guarda-costas.

Ao aperceber-se do sucedido, Eduardo, elemento do GOE (Grupo de Operações Especiais), que se encontrava num telhado das redondezas, apercebe-se da existência de uma silhueta por detrás da janela de onde lhe parecia ter partido o tiro. Eduardo disparou então na direção da silhueta, vindo mais tarde a verificar-se que se tratava de Filipa, dona de casa que inocentemente se afastava da janela.

Carlos, procurando sair do local, entra num carro que esperava por si, e que era conduzido por Guilherme, membro do referido grupo terrorista, que após ter lançado um par de granadas sobre a rua deserta, como planeado, acelerou, tendo sido violentamente abalroado pelo veículo conduzido por Heloísa, que conduzia negligentemente e tinha acabado de passar um sinal vermelho. Carlos e Guilherme sofreram, em consequência, fraturas várias. Analise a responsabilidade criminal dos intervenientes, tendo em conta que dos disparos resultou sempre a morte.

Sobre o A e o B: Erro sobre um pressuposto normativo que recai sobre um comportamento axiologicamente neutro. Cabe no **artigo 16º nº1 última parte** e não no **artigo 17º** porque o erro 17º choca com a ordem jurídica, são proibições que já têm por si uma carga valorativa (caso da dinamarquês). Aqui o A e o B estão em erro sobre uma proibição, mas essa proibição não recai sobre um comportamento que tenha só por si uma carga valorativa. Tem de existir mesmo uma norma a referir este aspeto, para que a pessoa se aperceba que é crime, é uma conduta axiologicamente neutra. Eles tinham de saber que tinha saído aquele DL para saberem que era proibido.

Assim, aplicando o **artigo 16º nº1 última parte**, como eles não sabiam, exclui-se o dolo. Em princípio não seriam punidos a título de negligência, porque este crime não está previsto nesta forma expressamente, **artigo 13º**.

Sobre o C: É um caso de *aberratio ictus*. Tínhamos de dizer as duas teorias e a concretização (maioria da doutrina). O agente vai ser punido, em princípio, pelo crime que visou realizar na forma de tentativa e pelo crime que realizou na forma negligente. No caso concreto era tentativa de homicídio do chefe de Estado e crime negligente de Daniel.

Sobre o E: Erro sobre os pressupostos da legítima defesa. Vamos ao **artigo 16º nº2**, excluir o dolo, pode ser punido a título de negligência.

Sobre o C e o G: Pode ser coautoria ou não. Seria coautoria se Guilherme, além de conduzir, tivesse a função de vigiar o atirador, mas como não há elementos suficientes basta abrir a sub hipótese.

Sobre H: Se ela tivesse agido sabendo que eles estavam a fugir, poderíamos dizer que atuava em legítima defesa. Contudo, o enunciado diz-nos que conduzia de forma negligente. Estão presentes os elementos objetivos de uma causa de justificação, mas não os subjetivos. Contudo, nos crimes negligentes, para se atuar ao abrigo de causa de exclusão da ilicitude, basta os elementos objetivos, nomeadamente da legítima defesa.

Caso prático 20. Xavier apostou € 100 com Zacarias em que este não seria capaz de percorrer 5km de estrada em sentido contrário. Zacarias aceitou a aposta, e, a meio do percurso, embateu no carro de Carla, causando-lhe a morte. Deve Zacarias ser punido por um homicídio doloso ou negligente?

A grande dúvida desta hipótese é se há dolo eventual ou negligência consciente em relação ao resultado morte de Célia. Será que o agente se conformou com o resultado morte? Quem representa km numa estrada em sentido contrário representa o

resultado, mas conforma-se ou não? Usamos a fórmula positiva de Frank: se o agente ao atuar pensou “aconteça o que acontecer, eu atuo”, há dolo eventual, se não, há negligência consciente. Esta é a fórmula que a maior parte da doutrina aplica para saber estes casos, esta teoria adapta-se à teoria da conformação que é a que o nosso código adota para distinguir estas duas figuras. No artigo 14º nº3 lemos que quando a realização do facto preenche o tipo de dolo se o agente se conformar com essa representação. A única diferença é se o agente é se conforma ou não se conforma. Para resolver esta dúvida, Frank criou duas fórmulas: a hipotética e a positiva. A primeira foi afastada porque falhava, a segunda é usada porque ainda não falhou.

A pergunta seguinte: como é que sabemos como é que o agente pensou? Como é que chegamos ao elemento subjetivo do motivo do agente? Aqui temos a ajuda da professora Fernanda Palma: i) critério da motivação do agente – a motivação que está por trás do agente, é forte ou não? 100€ não parece ser forte o suficiente; ii) grau de probabilidade de lesão do bem jurídico – o grau de probabilidade de lesão de bj é elevadíssima. Neste caso, deve prevalecer o segundo. O grau de probabilidade é tao elevado que a motivação deve ceder. A professora Fernanda Palma apresenta mais critérios, mas estes são os mais relevantes.

E quanto ao Xavier? Determinou o Zacarias à prática do crime? Não parece que seja instigador, a decisão é de quem aceitou a aposta.

TENTATIVA

A tentativa aparece no final dos manuais porque **pode ser encarada como uma forma especial de surgimento do crime**. Quase todos os tipos da parte especial, consagram um crime na forma consumada praticado por um autor material, pelo que todas as outras formas são consideradas formas especiais de surgimento do crime.

Outra forma de encarar a tentativa é ao nível do tipo. O tipo da tentativa tem certas especificidades e por isso pode ser abordada quando analisamos a tipicidade. Só por razões pedagógicas é que deixamos a tentativa para o fim. Isto porque depois de ver as especificidades da tentativa, é que vamos analisar os outros elementos tal qual fazemos com os crimes consumados.

As normas que preveem a tentativa, **artigo 22º** e **artigo 23º** são consideradas **normas extensivas da tipicidade** porque vêm admitir punir a forma da tentativa em relação a todos os crimes. Quando há uma tentativa, o seu tipo resulta da conjugação do **artigo 22º** com a norma incriminadora da parte especial.

Tipo subjetivo

Elemento subjetivo da tentativa – dolo – Só há tentativas dolosas, não é possível haver uma tentativa negligente. Isto resulta do **artigo 22º** (“decidiu cometer”) e faz sentido porque só podemos saber que tentativa é que a pessoa está a praticar se soubermos o que ela decidiu fazer, o seu dolo.

Uma discussão se faz é se o tipo subjetivo da tentativa, o dolo, pode assumir todas as formas, designadamente dolo direto, dolo necessário e dolo eventual. **A maior parte da doutrina entende que todas as formas de dolo permitem a figura da tentativa.**

Contudo, outra parte da doutrina, nomeadamente **o professor Frederico Costa Pinto, considera que quando há dolo eventual, não há tentativa, porque de acordo com este autor, quando há dolo eventual, o agente não decidiu cometer o crime.** Como resposta, a professora Ana Bárbara Sousa Brito recorda que no dolo eventual o agente representa e conforma-se com a realização do facto típico, de modo que parece que também aqui o agente decidiu fazer algo. Logo, se decidiu, pode haver tentativa na forma de dolo eventual.

Ainda a propósito do tipo subjetivo da tentativa, importa introduzir os **crimes de resultado cortado ou parcial**. Estes crimes são **compostos um elemento subjetivo especial que abarca um resultado que não é abrangido por um tipo objetivo**. Um exemplo é o crime de furto: não se exige que haja apropriação, basta que haja subtração, mas exige-se que haja intenção de se apropriar como elemento subjetivo especial. Fala-se em crime de resultado cortado porque a intenção de apropriação é apenas um elemento subjetivo, não tem de ocorrer em termos objetivos.

Nestes crimes, **para o agente ser punido por tentativa, além do dolo, é preciso provar o elemento subjetivo especial**. Ou seja, para punir um agente por tentativa de furto, é preciso provar o dolo e a intenção de apropriação.

Tipo objetivo

Primeiro elemento objetivo – primeiro há que provar que **há prática de atos de execução** – primeiro há que provar a prática de atos não basta atos preparatórios; por outro lado também caracteriza o tipo **objetivo**, o facto de não haver uma consumação do crime por parte do agente por duas razões: ou porque não há produção de resultado, ou porque apesar de haver o resultado não podemos imputar objetivamente o resultado à conduta do agente.

Como é que na prática sabemos se é um ato de execução ou preparatório?

Por regra, não se punem os atos preparatórios, a não ser que o legislador os transforme num tipo de crime, como é o exemplo da contrafação de moeda, **artigo 262º**, que é um ato preparatório face à circulação de moeda falsa. Nesse caso concreto, o legislador criou um tipo onde se pune apenas a contrafação de moeda.

No **artigo 22º** encontramos três possíveis critérios para uma conduta ser considerada como um ato de execução.

A **alínea a)** consagra a **teoria formal objetiva**, defendida por **Liszt**, estabelecendo que **são atos de execução os que preenchem um elemento constitutivo do tipo de crime**, isto quer dizer que são atos de execução todos aqueles que caem sobre a alçada de um tipo de ilicitude e são abrangidos pelas palavras da norma incriminadora. **Este tipo de atos de execução só é possível nos chamados crimes de forma vinculada.**

Mas esta teoria não chega, daí que tenhamos na **alínea b)**, a **teoria material objetiva**, segundo a qual **são atos de execução todos os que forem idóneos a produzir o resultado típico**, isto é, sempre que houver um ato adequado a produzir um resultado típico, há um ato de execução. Assim podemos dizer que o ato de disparar sobre alguém é um ato de execução porque é idóneo a produzir o resultado típico, morte.

Segundo o **professor Figueiredo Dias**, este preceito tem de ser interpretado em conjugação com a alínea seguinte porque só assim é que também haverá a iminência de um perigo para o bem jurídico.

Por último, a **alínea c)** é a mais importante porque vai permitir distinguir os atos preparatórios que não são tentativa dos atos de execução. **São atos de execução os que, segundo a experiência comum e salvo circunstâncias imprevisíveis, forem e natureza a fazer esperar que se lhes sigam atos das espécies indicadas nas alíneas a) ou b).**

A maior parte da doutrina interpreta esta alínea de uma forma restritiva e exige ainda que estes atos estejam de acordo com o plano concreto do agente. Isto porque só nestes casos é que se pode dizer que há a criação de um perigo concreto para o bem jurídico. Não só porque há já uma estreita conexão temporal com a lesão efetiva do bem jurídico, mas também porque já há uma relação direta com a esfera da vítima. Isto compreende-se devido ao fundamento da punibilidade da tentativa.

Punibilidade da tentativa

Qual é o fundamento da punibilidade da tentativa?

É o **perigo iminente da lesão de bem jurídico**, é o colocar em perigo a lesão de um bem, e **isto só acontece quando em termos temporais há uma proximidade entre esse ato e a lesão do bem jurídico e entre esse ato e a esfera da vítima.**

Há que acrescentar que para além de ter de haver esse perigo iminente, há também um outro fundamento da punibilidade da tentativa: haver **dolo da parte do agente, que gera um desvalor da ação.** Há uma grande discussão da doutrina sobre a qual destes elementos deve ser dada primazia, se ao dolo ou à criação de um perigo iminente para o bem jurídico. Contudo, **são sempre cumulativos.**

Depois de estar preenchido o tipo da tentativa (objetivo e subjetivo), temos de ver se se verifica ou não alguma causa de exclusão da ilicitude ou de exclusão da culpa. Se for ilícita e culposa, temos de analisar ainda se é punível e aí, na **punibilidade** surgem duas figuras muito interessantes que importam analisar.

Condições objetivas da punibilidade

Por um lado, temos as **condições objetivas da punibilidade**, que, como já vimos, **são circunstâncias extrínsecas ao facto típico e ilícito que o legislador exige para que o facto tenha dignidade penal.** No caso da tentativa, há duas.

A primeira condição objetiva da punibilidade da tentativa encontra-se no **artigo 23º nº1**, onde se lê que, **para a tentativa ser punível, tem de ser aplicável uma pena superior a 3 anos ao crime consumado, salvo disposição em contrário.** A propósito

desta última parte podemos usar como exemplo o crime de furto previsto no **artigo 204º**, que em princípio não seria punível a tentativa porque a pena é até três anos, contudo, no **nº2** o legislador estabelece que a tentativa é punível.

A segunda condição objetiva da punibilidade da tentativa só é aplicável à tentativa impossível. Antes de sabermos qual é a condição, importa compreender este conceito.

A **tentativa impossível** é uma tentativa que não pode levar à produção do resultado: porque o meio utilizado não é idóneo à prossecução do resultado, ou porque o objeto do crime não existe. Na tentativa impossível estão presentes os elementos objetivos e subjetivos do tipo da tentativa, mas não há lugar à produção do resultado típico. O caso do A que dispara sobre uma pessoa que já estava morta ou o do B que dispara uma arma que não estava carregada, são exemplos em que há dolo, mas é uma tentativa impossível.

A situação inversa da tentativa impossível, é quando há erro sobre a factualidade típica, isto é, sobre os elementos objetivos do facto que leva à exclusão do dolo. Imaginemos que a Antónia pensa que está grávida e já está na 13ª semana, e toma um produto abortivo. Como se pune? Se ela pensa que está grávida, mas não está, e toma o produto abortivo, é uma tentativa impossível. E se for ao contrário? Se ela pensa que não está grávida e toma um produto por que por acaso é abortivo? Aí já poderá ser um crime negligente. Assim sendo, a figura da tentativa impossível é muito curiosa porque só em termos abstratos é que haveria uma lesão para um bem jurídico.

Ainda há uma figura que é o **crime impossível** que é **quando o agente pensa que determinado facto é crime, quando na realidade não é**. Será o caso do A que tem uma certa idade, e pensa que ainda é crime o adultério. Se ele, ao cometer adultério, pensa que está a praticar um crime, este é um crime impossível. Qual é a situação inversa do crime impossível? O erro sobre a ilicitude.

Na tentativa impossível há uma condição objetiva da punibilidade extra, para além de ser aplicável uma pena superior a 3 anos. No caso da tentativa impossível, prevê o **artigo 23º nº3** como condição objetiva da punibilidade o **não ser manifesto para a generalidade das pessoas que o meio era inidóneo ou que o objeto do crime era inexistente**.

Isto significa que se para um observador médio, colocado de fora, era previsível que o meio era inidóneo ou que o objeto não existia, a tentativa não é punível. Dito de outra forma, **se a generalidade das pessoas ficasse impressionada com a conduta do agente é porque não era manifesto que o meio não era idóneo ou o objeto não existia**. Esta é a **teoria da impressão**.

Se for manifesto que o bem não existe ou o meio não serve, não fica abalada a confiança da sociedade na norma jurídica, e por isso mesmo passamos a ter um facto que não é digno de tutela penal. **Só quando a confiança da sociedade ficar abalada é que faz sentido punir a tentativa impossível**.

Causas pessoais de isenção da pena

Ainda sobre a punibilidade da tentativa, há que falar das causas pessoais de isenção da pena que são de **desistência voluntária**.

Face ao **artigo 24º nº1**, há três tipos de desistência:

A primeira, a **desistência da tentativa inacabada**, é quando **o agente pratica certos atos de execução, mas ainda falta praticar uns quantos, a seu cargo, para a consumação do crime**. Nestes casos, basta que o agente omita os atos que ainda faltam. O A aponta uma pistola à cabeça do B, para desistir basta não premir o gatilho.

A segunda, a **desistência da tentativa acabada**, é quando **o agente já praticou todos os atos de execução que estão a seu cargo e por isso mesmo a desistência vai ter de ser ativa, no sentido de ter de haver a prática de atos por parte do próprio agente para impedir a consumação do crime**, mesmo que tenha a ajuda de terceiros.

Por último, diz o nosso legislador que a tentativa deixa de ser punível quando, não obstante a consumação, impedir a verificação do resultado não compreendido no tipo. Assim, a terceira desistência é a quando **o agente desiste após a consumação formal, mas antes da consumação material**. Pode acontecer não chamados crimes de perigo concreto, como o crime de exposição ou abandono. Então, a mãe desistiria se depois de abandonar a criança à porta do convento (consumação formal), voltasse atrás para salvar a criança, impedindo a consumação material.

O mais importante é que qualquer destas desistências tem de ser **voluntária**. Uma desistência é voluntária quando **o agente podia prosseguir com a prática do crime com êxito segundo o que ele pensa e mesmo assim decide não terminar a execução do crime**. Portanto, se o agente desistir porque tem receio face a circunstâncias exteriores que a consumação possa ser impedida ou possa ser apanhado após a execução, nesse caso não há uma desistência voluntária, são circunstâncias externas inesperadas que se sobrepõem ao cumprimento das intenções do agente.

Como sabemos se é ou não uma desistência voluntária?

Frank inventou uma fórmula segundo a qual a desistência só é voluntária se e quando o agente pensar **“eu não quero alcançar a minha finalidade, embora o conseguisse”**.

Por seu lado, o professor **Figueiredo Dias** diz que **a desistência tem de ser uma obra pessoa do agente, tem de ter domínio do “se” e do “como” do abandono da execução**.

Fundamento jurídico da impunidade da desistência voluntária

O fundamento jurídico da impunidade da desistência voluntária é muito discutido pela doutrina. Porque razão é que o legislador decide excluir a pena quando há uma desistência voluntária? Surgiram várias teorias. Uma delas foi a **teoria da ponte dourado em direção à impunidade**, depois temos uma **teoria que premeia no sentido de haver um prémio pela pessoa querer regressar ao direito** e por fim há uma **teoria que relaciona com a teoria dos fins das penas**. O professor Figueiredo Dias considera que

todas dão resposta, não há uma única a fundamentar. Portanto está justificada esta decisão de política criminal.

Artigo 24º nº2 – consumação do crime ou impedimento da verificação do resultado por facto independente da conduta do desistente

Ainda a propósito da desistência temos uma figura que vem no **artigo 24º nº2**. Ocorre **quando a consumação do crime ou a verificação do resultado foram impedidas por facto independente da conduta do desistente**. Imaginemos o caso da mãe que abandona a criancinha à porta do convento. Se ao fim de 1h a freira recolher a criança, é ela que impede a consumação. Nestes casos, **a tentativa não será punida se o agente se esforçar para evitar uma ou outra**. Isso seria se se provasse que a mãe voltou a trás para salvar a criança, tentou ligar, fez tudo para impedir a consumação, apesar de ter sido um terceiro a impedir, essa mãe não será punida.

Desistência em caso de comparticipação

Por último temos o **artigo 25º** que fala na desistência na comparticipação. Em primeiro lugar, **a desistência é uma causa pessoal de isenção da pena, isto significa que só aproveita o próprio, não se estende aos outros participantes**. Num caso de comparticipação criminosa, se um desistir, essa desistência só impede a punição do próprio desistente. Contudo, havendo comparticipação, **não basta o agente desistir, tem de fazer esforços sérios para impedir a consumação do crime**. O legislador refere que se um deles desiste e se esforça seriamente para impedir o crime, telefonando à polícia, tentando dissuadir os colegas, também se afasta a punibilidade desse agente. Novamente se reitera que tem de ser uma desistência e um esforço voluntários.

Coautoria na tentativa

Na coautoria existe uma questão muito interessante a propósito da tentativa. Surge uma **grande discussão na doutrina que consiste em saber qual a solução a dar quando são praticados atos de execução de determinado tipo de crime acordado pelos coautores, mas apenas um dos coautores praticou atos**. Imaginemos que três pessoas combinam assaltar uma casa, um tinha função de explodir a porta, o outro estava encarregue de abrir o cofre, e o outro ia levá-los e vigiar.

Há uma solução que é **solução global** que diz que **a tentativa começa para todos a partir do momento em que é praticado um ato de execução por qualquer um deles**.

Os argumentos são dois: **1) a partir do momento que os agentes participam e elaboram o plano comum e, nos termos do plano, têm um contributo essencial na execução o crime**, tal é suficiente para que, quando um deles pratique um ato de execução, os outros sejam punidos por tentativa; **2) argumento do acaso, segundo o qual é injusto punir apenas o autor que no plano tem o ato de execução inicial** e não punir os restantes coautores, só pelo facto de por acaso a execução ter ficado pelo primeiro ato.

Roxin seguia esta solução global, contudo, ao ler um texto da professora Conceição Valdágua passou a apoiar a solução individual.

Os defensores da **solução individual**, nomeadamente a Professora **Conceição Valdágua**, defendem que **se houver prática de atos de execução por um dos coautores e não por parte dos outros, os outros não podem ser punidos como coautores. Sê-lo-ão apenas como cúmplices morais**. Isto porque não basta ter a titularidade no plano do domínio funcional do facto, é preciso demonstrar que o coautor exerceu o seu domínio funcional. O que esta professora vem dizer é que **os outros não exerceram o domínio funcional, na maior parte das vezes traduz-se num domínio negativo da consumação**.

Caso prático 21. Apercebendo-se de que Z, chefe de contabilidade da empresa X, havia descoberto o desvio de fundos que fizera, A decidiu que o mais seguro seria matá-lo. Para o efeito, utilizando a ameaça de divórcio, conseguiu convencer B, sua mulher e funcionária da secção de contabilidade da empresa, a matar o seu chefe. B, sabendo que S, secretária de Z, lhe costumava servir todos os dias uma chávena de chá, decide aproveitar-se desse facto para, durante uma distração de S, misturar no mesmo umas gotas do que pensava ser um poderoso veneno. Veneno este que havia pedido a H, ajudante de farmácia, que desconfiando das intenções de Beatriz, resolveu antes dar-lhe um líquido perfeitamente inócuo, dizendo-lhe que era veneno. S sem se aperceber do sucedido serviu o chá com as ditas gotas a Z, mais tarde encontrava-se Z já em casa, quando recebeu um telefonema de B que arrependida decidiu contar-lhe o sucedido na esperança do veneno ainda não ter atuado e de assim conseguir evitar a sua morte. Z dirige-se então à única farmácia da aldeia afim de tomar o antídoto. Como a mesma estava fechada, Z que tinha conhecimentos do assunto, uma vez que tinha chegado a fazer o terceiro ano de medicina, arrombou a porta afim de tomar rapidamente um medicamento que ele sabia que poderia neutralizar o efeito do veneno que julgava ter tomado. Analise a responsabilidade jurídico-criminal dos intervenientes.

Responsabilidade jurídico-criminal da Sónia:

Podemos começar por Sónia. Há uma ação jurídico penalmente relevante? Não, leva todos os dias o chá ao seu chefe e não sabe de nada, pelo que a sua responsabilidade criminal deve ser descartada. Só há uma ação jurídico penalmente relevante quando é controlada ou controlável e ela aqui nem teve a possibilidade de representar qualquer ação que levasse à lesão de um bem jurídico. É o chamado ato neutro.

Responsabilidade jurídico-criminal da Beatriz:

Em relação à Beatriz, já há uma ação jurídico penalmente relevante. Ela tem dolo. O tipo é tentativa do crime homicídio, porque não se consumou o resultado. Então o tipo é o **artigo 131º** conjugado com o **artigo 22º**. Preenche o tipo da tentativa? Está presente o elemento objetivo? Sim, ela representa e quer matar o chefe, portanto há dolo. E o tipo objetivo? Há prática de atos de execução? Não sendo o líquido um veneno, o meio não é idóneo, há uma tentativa impossível. Em abstrato, teríamos um ato de execução ao abrigo da **alínea b) artigo 22º**. Portanto, era uma tentativa impossível. Sendo impossível, era punida ou não? A sociedade ficaria impressionada com o comportamento? É ou não manifesto que o meio não serve? Não é manifesta a inidoneidade, **artigo 23º nº3**. Não se afasta a punibilidade. Resta analisar que ela telefonou, foi uma desistência voluntária. É uma desistência da tentativa acabada, é

uma desistência ativa. Sendo assim, a desistência voluntária, aproveitava apenas a Beatriz, porque é uma causa pessoal de isenção da pena.

Responsabilidade jurídico-criminal do Álvaro:

É ele que cria na cabeça de B a ideia de matar, foi ele que determinou a prática do crime, além disso tem ou não duplo dolo? Sim. Outro elemento do instigador, dolo da morte e dolo de determinar. Seria punido por tentativa de homicídio impossível. Face ao princípio da acessoriedade limitada.

Caso prático 22. António e Bento encontram-se a passar férias num hotel em Sintra. No quarto ao lado está Celeste, uma senhora milionária conhecida por trazer sempre consigo joias de muito valor. António e Bento, ao aperceberem-se disso, decidem assaltar o quarto de Celeste para se apossarem das joias. Para a manterem afastada durante o assalto, oferecem €500 a Diogo, guia turístico, para que este prolongue a visita à serra de Sintra que, no dia seguinte, fará com Celeste. Diogo, embora desconfiando das intenções de António e Bento, aceitou. No dia do assalto, António e Bento, ao dirigirem-se ao quarto de Celeste, logo se aperceberam de que seria impossível entrar pela porta, pois havia dois polícias no corredor que guardavam o quarto ao lado onde se encontrava um membro do Governo. António percebe então que a única forma seria entrar pela janela exterior. Bento considera o empreendimento muito perigoso (dada a proximidade da polícia) e declara ao seu companheiro que desiste. António avança sozinho com o plano e, pela janela, entra no quarto. Nesse preciso momento dá de caras com Elsa, empregada, que procedia a arrumações. Antes que esta pudesse gritar por ajuda agarrou-a e, com várias camadas de fita adesiva, tapou-lhe a boca. Depois atou-lhe os pés e mãos com uma corda e deixou-a fechada na casa de banho. Finalmente apoderou-se da caixa de joias. Quanto a Elsa, acabou por morrer uma vez que, estando fortemente constipada, ao fim de pouco tempo deixou de conseguir respirar pelo nariz. Quanto à caixa de joias António constatou mais tarde, desalentado, que a mesma estava vazia. Determine a responsabilidade criminal dos intervenientes.

Responsabilidade do António:

A e B são coautores? Temos de ver se há decisão conjunta e execução conjunta, elementos constitutivos da coautoria. Há decisão conjunta, mas não há execução conjunta, logo não há execução. A é autor material.

Há que analisar a conduta do A. Relativamente à morte de Elsa: ele não estava a espera que ela estivesse lá, praticou uma conduta de execução, a dúvida era se podíamos atribuir o resultado morte à conduta do A, logo é um problema de imputação objetiva. Há que analisar as teorias. Segundo a teoria da *conditio sine quo non*, é causal porque se suprimissem a conduta do A, o resultado não subsistiria nas mesmas circunstâncias de tempo, modo e lugar. Mas isto não basta. Segundo a teoria da adequação, há que fazer um juízo de prognose póstuma, colocando um homem médio na posição do A, para perceber se era ou não previsível aquele resultado segundo aquele processo causal. Aqui importaria saber se era ou não evidente, se era notório que a E

não conseguia respirar. De acordo com as regras da experiência, não é expeável que alguém morra por ter uma fita na boca. Contudo, ainda não é suficiente. Temos de aplicar a teoria do risco, segundo o qual o agente criou um risco proibido que gerou o resultado. Teríamos de ver se há conexão entre o resultado e o risco criado, o que novamente depende da notoriedade. Assim está afastada a imputação objetiva, pelo que não deve ser punido pela forma dolosa.

Há tentativa? Pode ou não haver, depende do dolo: poderia ser dolo eventual (previu a possibilidade e conformou-se, aqui já não afastaríamos a imputação objetiva) ou negligência consciente (tinha possibilidade de prever, mas não se conformou).

Ele percebe que a caixa não tem joias, logo é uma tentativa impossível de furto qualificado (quando têm um valor elevado), punível porque não era manifesto que o meio não servia (teoria da impressão: a generalidade das pessoas ficaria chocada), **artigo 23º nº3**.

Responsabilidade do Bento:

Não é coautor, como vimos. Só há desistência se houver tentativa e se for voluntária. Não se aplica. É cúmplice moral de acordo com a professora Conceição Valdágua. É cúmplice da tentativa do A.

Responsabilidade do Diogo:

Embora desconfiado aceitou, pelo que há dolo eventual aqui. Ele deveria de, pelo menos, ter recusado o dinheiro. Outra dúvida que se podia colocar aqui é se Diogo é coautor, porque a sua intervenção é essencial e é durante, mas não há decisão conjunta. Importava discutir acordo tácito, visto que ele aceitou o suborno. Poderia ser cúmplice moral.

– FIM –