

TEORIA DO CRIME

2018/2019 | 2º semestre | Profª Ana Bárbara Sousa Brito

PEDRO MIGUEL SILVA

14 FEV 2019

Sumário: Bibliografia; introdução ao programa; programa; método de avaliação.

Bibliografia

Manuais portugueses:

-Teresa Pizarro Beleza - Direito Penal II *[não está atualizado]*

-Américo Taipa de Carvalho - Direito Penal: Parte Geral, Questões fundamentais, Teoria Geral do Crime

-Jorge Figueiredo Dias – Direito Penal. Parte Geral. Tomo I *[autor preferido de ABB; interessa aqui a parte da infração penal]*

-Manuel Cavaleiro de Ferreira – Lições de Direito Penal, vol. I e II.

-Maria Fernanda Palma – Direito Penal. Parte Geral *[segue uma teoria funcionalista, inspirada em Jakobs; ABB só aconselha depois de estudada a matéria por TPB ou JFD]*

-Germano Marques da Silva – Direito Penal Português, Teoria do Crime. *[demasiado conciso; salta conceitos, para ABB]*

Manuais estrangeiros:

-Stratenwerth – Strafrecht.

-Claus Roxin – Strafrecht. *[melhor manual, para ABB; está traduzido em castelhano]*

-Jakobs – Strafrecht.

-Jescheck – Lehrbuch des Strafrechts.

Outras obras:

-Frederico Costa Pinto – A Categoria da Punibilidade na Teoria do Crime, vol. I. *[importante no sentido em que acompanha a evolução de todos os elementos constitutivos do crime – interessa-nos o capítulo IV, p. 417-501].*

Obra complementar:

-Comentário ao Cód. Penal – Paulo Pinto de Albuquerque *[útil para dúvidas de interpretação de artigos]*

Introdução ao programa

O direito penal começou com a criação de vários tipos de crime, consoante os bens que era preciso proteger. Depois, com base nesses tipos, foi sendo construída uma teoria ou construção dogmática que tentou ajudar à aplicação desses tipos legais. Há aqui uma evolução até à atual teoria pós-finalista (no mundo ocidental, por influência alemã) que nos interessa saber, embora não tenhamos muito tempo para dedicar à História.

Programa

- I. Evolução da teoria do crime
 - Escola clássica (Liszt, Beling);
 - Escola neoclássica (Mezger, Eduardo Correia, Cavaleiro Ferreira);
 - Escola finalista (Welzel);
 - Pós-finalistas (Roxin, Jakobs).***

*** a maior parte da doutrina portuguesa atual é pós-finalista, não obstante haver várias correntes.

- II. Conceito de ação jurídico-penalmente relevante

- Conceito causal;
- Conceito social;
- Conceito final;
- Conceito pessoal;
- Distinção entre ação (em sentido estrito) e omissão (pura/impura e fontes do dever de garante na omissão impura).

- III. Tipicidade

- Várias aceções da palavra tipo;
- Tipo objetivo:
 - Classificações dos tipos legais segundo os elementos objetivos comuns;
 - Causalidade e imputação objetiva do resultado à conduta do agente.

- Tipo subjetivo:

- Dolo:

- Elemento cognitivo ou intelectual do dolo [+ erro sobre os elementos objetivos do tipo. Consequências.]

- Elemento volitivo [+ formas de dolo]

- Elementos subjetivos especiais

- Negligência:

- Negligência consciente / inconsciente

- IV. Comparticipação criminosa

- Autoria e participação;
- Formas de autoria:
 - Autoria mediata;
 - Co-autoria.
- Formas de participação:

- Instigação;

-Cumplicidade.

- V. Ilicitude

- Relação entre a tipicidade e a ilicitude;
- Princípios gerais da exclusão da ilicitude;
- Causas de exclusão da ilicitude ou de justificação do facto.

- Legítima defesa;

- Direito de necessidade;

- Consentimento do ofendido;

- Conflito de deveres;

- Outras.

- Elementos objetivos e subjetivos de uma causa de justificação:

- Erro sobre os pressupostos de facto de uma causa de exclusão;

- Falta do elemento subjetivo de uma causa de justificação. Consequências.

- VI. Culpa

- Várias aceções do conceito de culpa;

- Causas de exclusão da culpa em sentido amplo:

- Inimputabilidade;

- Erro sobre a ilicitude;

- Causas de exclusão da culpa em sentido estrito:

- Estado de necessidade desculpante [ex.: *tábua de Carnéades; não é razoável exigir que sejamos heróis*];

- Obediência indevida desculpante.

- Erro sobre os pressupostos de facto de uma causa de exclusão da culpa.
- VII. Punibilidade
 - Condições objetivas de punibilidade;
 - Causas de isenção da pena:
 - Desistência voluntária.
- VIII. Tentativa
 - Fundamentos da punibilidade da tentativa;
 - Elementos objetivos da tentativa:
 - Atos de execução / atos preparatórios;
 - Elementos subjetivos.
 - Tentativa impossível [ex.: *A dispara sobre B porque pensa que o outro está vivo, quando está morto*].

Método de avaliação

Tudo igual. Exame + possibilidade de teste de avaliação contínua, só conta para melhorar a nota (peso: 50%, até 2 valores).

18 FEV 2019

Sumário: Evolução histórica da teoria do crime; formulação positivista/clássica (Liszt).

I. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA TEORIA DO CRIME

Para percebermos por que é que atualmente existem os elementos constitutivos com um dado conteúdo, é preciso ter uma ideia da história por detrás. Começaremos, portanto, pela evolução histórica.

A teoria geral do crime aparece pela primeira vez nos tratados de direito penal do séc. XVI, através de **Tiraqueau** (1488-1558). Tiraqueau já definia crime através da distinção dos seus elementos, o que encontramos depois na escola clássica. Ele já via o crime como um facto ilícito e punível praticado com dolo ou negligência. Assim, já no século XVI há uma distinção dos elementos do crime.

I-A Escola clássica/positivista (Liszt, Beling)

A formulação que se denomina de clássica é a formulação que a teoria do crime tem em **Franz von Liszt** (1851-1919), em finais do séc. XIX / inícios do século XX. Por que é que se denomina de clássica? Porque foi a primeira formulação perfeita desenvolvida, e todas as formulações posteriores vêm dela. Há uma espécie de evolução dessa formulação.

Para se perceber com profundidade a evolução da teoria da infração, é preciso perceber também a evolução do pensamento filosófico que esteve por detrás. O pensamento por detrás das várias concepções da teoria da infração influenciou-as decisivamente, e é por isso que, sempre que falarmos numa escola, em princípio falaremos também do pensamento filosófico que a influencia.

Filosoficamente, Liszt era um positivista. O que significa isto? Significa que, para Liszt, a realidade é dada na experiência. Os positivistas negam a metafísica e, portanto, acreditam que o saber não pode ir para além da realidade. Por que é que é importante saber que Liszt era positivista? Porque, como tal, entendia que o crime é uma realidade no

mundo da experiência. E os elementos do crime serão, portanto, parte dessa realidade, devendo fazer-se uma distinção material desses elementos.

Liszt considerava haver quatro elementos do crime:

- Ação;
- Ilicitude;
- Culpa;
- Punibilidade.

1 – AÇÃO

Liszt adotava um conceito naturalístico de ação, segundo o qual ação se traduz num *movimento corporal que leva a uma transformação no mundo exterior*, estando esse movimento e essa transformação ligados por um nexo de causalidade.

Como iremos ver ao desenvolver o elemento da ação, chama-se a este conceito o conceito causal de ação (ou naturalístico).

2 – ILICITUDE

Mas não bastava provar a existência de uma ação; era necessário provar a existência de ilicitude. Nesta altura, a ilicitude consistia apenas na *contrariedade a uma norma jurídica*, sendo constituída apenas pelos elementos objetivos do crime.

Exemplo: no crime de homicídio, elementos objetivos são: ação de matar, morte e nexo de causalidade entre ação de matar e morte.

3 - CULPA

Já os chamados elementos subjetivos do crime, como o dolo e a negligência, ainda faziam parte, nesta formulação, 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*; a negligência consistia na *deficiente tenção da vontade*, que não permitia ver a realização do facto. O dolo e a negligência eram formas de culpa, pois a culpa é apenas a ligação psicológica entre o agente e o crime.

4 – PUNIBILIDADE

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

Acontece que as várias escolas também tiveram, por sua vez, a sua evolução. Apesar de a evolução histórica da teoria do crime se poder dividir em quatro teorias (escolas clássica, neoclássica, finalista e pós-finalista), tem-se que, dentro da própria escola clássica, há uma grande evolução.

Em 1901, surge um autor muito importante – **Ernst von Beling** (1866-1932). Beling faz uma alteração profunda na teoria geral do crime, porque introduz um novo elemento: a tipicidade, com a “teoria da infração”, em 1906. O que é que Beling veio dizer em 1906, na sua monografia? Em termos gerais, Beling vem dizer que, para haver crime, é necessário que também haja uma correspondência ou conformidade do facto praticado com a previsão da norma incriminadora. Tem de haver uma conformidade do facto com o tipo legal. Ora, Beling, já na altura, distingue dois importantes conceitos de tipo (que continuam a ser essenciais).

- Conceito de tipo indiciário (ou provisório - *typus*);
- Conceito de tipo essencial (ou definitivo – *tatbestand*).

Nota: infelizmente, alguns autores confundem o *typus* com o *tatbestand*.

Ação típica, ilícita, culposa e punível.

>>> O conceito de tipo indiciário abrange apenas as circunstâncias incluídas na norma incriminadora. Por isso, sempre que um facto corresponde às circunstâncias descritas na previsão da norma, verifica-se a tipicidade desse facto.

>>> Já o conceito de tipo essencial (ou definitivo) abrange o conjunto de elementos constitutivos do crime. Isto é, o conceito de tipo essencial abarca todas, mas todas as circunstâncias de que depende a consequência final. Por isso, para além das circunstâncias descritas na norma incriminadora, inclui, por exemplo, circunstâncias que têm a ver com a ilicitude ou com a culpa do facto. Este conceito chega mesmo a incluir os elementos incluídos nas normas processuais.

Nota: é preciso haver um processo penal para que o direito penal seja aplicado, como vimos. O conceito de tipo essencial abarca isto, como abarca tudo o que seja necessário para haver crime.

Liszt, principal autor da escola clássica, recebe este conceito de **Beling**. Mas o que é que acontece? Quando Liszt acolheu como elemento do crime a tipicidade, resolveu pôr esse elemento no fim da definição de crime.

O crime era:

Facto ilícito, culposo e punível.

Agora passa a ser:

Facto ilícito, culposo, punível e típico.

Mas nas últimas edições do seu tratado, já coloca a tipicidade logo à seguir à ação, e crime passa a ser: uma:

Porquê esta hesitação por parte de Liszt? **Beling** distinguia dois conceitos de tipo: o tipo indiciário e o tipo essencial. O tipo indiciário abarcava apenas as circunstâncias incluídas na norma incriminadora; o tipo essencial abarcava tudo (de que dependia a consequência final). Quando resolve pôr a tipicidade no fim, Liszt estava a pensar em que tipo? No segundo, no essencial. Mas quando resolve pôr o elemento da tipicidade logo na segunda posição, aí já está a pensar no tipo indiciário. A partir daqui, o conceito de tipo passa a ser fundamental na teoria do crime.

Atualmente, o crime é definido pela maior parte da doutrina como uma ação típica; e o tipo surge como tipo indiciário, o tal que **Beling** criou. Contudo, este tipo indiciário que agora utilizamos como segundo elemento do crime, para além de abranger os elementos constitutivos do tipo legal, abarca as circunstâncias que vêm descritas nas chamadas normas extensivas da punibilidade, que estão na parte geral do Código Penal.

Exemplo: uma norma extensiva da punibilidade na parte geral é a norma que prevê a tentativa. Em direito penal, há o princípio da tipicidade – tem de estar tudo previsto na lei. Posso punir a tentativa porque o nosso legislador, na parte geral do código, prevê a tentativa. Caso contrário, só poderia punir o crime consumado. É por isso que a norma legal que prevê a tentativa é considerada uma norma extensiva da punibilidade – para ser mais precisa, ABB até prefere dizer norma extensiva da tipicidade. É que o tipo com que trabalhamos agora – segundo elemento constitutivo do crime – é este tipo indiciário, que abarca por vezes estes elementos que vêm das normas extensivas da punibilidade, e não apenas os que vêm das normas incriminadoras que estão na parte especial. Mas não deixa de ser um tipo indiciário; é, sim, um conceito mais amplo do mesmo.

Para além desta distinção tipo indiciário/essencial, há que distinguir consoante o ponto de referência – entre:

- Tipo em sentido concreto - se o nosso ponto de referência é o facto/caso concreto, as circunstâncias de que depende a consequência jurídica fazem parte do chamado tipo em sentido concreto (e pode ser indiciário ou essencial, depois).
- Tipo em sentido abstrato - já se o ponto de referência é a previsão da norma incriminadora, estou a pensar no tipo em sentido abstrato. Aí o ponto de referência é a própria norma. Se quero saber quais as circunstâncias que compõem a previsão da norma, estou a pensar em tipo em sentido abstrato.

Por que é que isto é 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. O que vamos fazer este semestre todo é saber se o facto concreto se subsume em certa norma; vamos aprender esta operação lógica. Como iremos ver, sempre que tivermos um caso, a nossa preocupação será averiguar se, nesse caso, estão presentes todas as circunstâncias de que depende a consequência final. Isso faz-se através da interpretação do caso e da interpretação dos conceitos da norma. Esta operação lógica é constante; estamos sempre a passar do caso para a norma e da norma para o caso. É uma espécie de técnica, daí falar-se em técnica de subsunção e método subsuntivo. É um processo extremamente complexo, que resulta da interpretação da lei (sujeita a uma série de regras em direito penal) e da interpretação do caso. Sempre que conseguir, através deste método, encontrar todos os elementos constitutivos de que depende a sanção penal, posso aplicar a norma penal.

Há quem critique este método subsuntivo. Há quem considere que o método subsuntivo implica uma dissociação analítico-objetiva de dois termos. – o facto e a norma. Além disso, de acordo com esta doutrina, 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 contra-argumenta face a esta crítica? ABB acha que é possível contra-argumentar. Em primeiro lugar, sempre que se critica uma doutrina – neste caso, o método subsuntivo – não basta criticar.

Tem de se propor um método melhor. E esta parte da doutrina não propõe um método de aplicação do direito ao caso. Se não propõe, não pode criticar o que existe, segundo ABB.

Além disso, o método subsuntivo também vê o caso penal como um caso em construção. Para subsumirmos um caso a uma norma, estamos sempre a passar do caso para a norma e da norma para o caso. O caso está sempre em construção. É claro que, para subsumirmos um caso a uma norma, nem sempre basta fazermos raciocínio subsuntivo. Muitas vezes, temos de fazer valorações. Contudo, o facto de termos de recorrer a valorações para conseguir subsumir um facto a uma norma, para ABB, não é suficiente para deixarmos de utilizar o termo subsunção. É que o termo subsunção, como já vimos, vem de Kant e significa apenas *saber se algo cai debaixo de uma determinada lei* (ou não). Subsumir é distinguir se algo cabe debaixo de uma lei determinada; implica uma série de raciocínios lógicos, não só subsuntivos como valorativos.

Veja-se que há vários conceitos de tipo para além daqueles em que ABB falou. É preciso ter em atenção o contexto em que surge a palavra tipo. Temos, por exemplo:

>>> Tipo de garantia - será o conceito de tipo relevante do ponto de vista constitucional. Ele abrange todos os elementos que fundamentam positivamente a punibilidade. Este tipo já não abarca os elementos negativos, que estão nas normas penais negativas.

>>> Tipo de ilícito – 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 essencial irá abarcar, para além dos elementos positivos, também os elementos que excluem a ilicitude.

O mesmo se aplica ao tipo de culpa.

Nota: para Beling, o tipo essencial abarca apenas os elementos da norma incriminadora. Veja-se o art.^o

131º: todos os elementos que fazem parte da previsão do 131º são parte da norma incriminadora, e preenchem o chamado tipo indiciário. Se, para além destes elementos, quisermos saber se A disparou sobre B porque estava a ser atacado por B, já estamos a incluir elementos que têm a ver com a ilicitude, nomeadamente com uma causa de exclusão da ilicitude -a legítima defesa. Isto já tem a ver com a valoração da ilicitude. Entramos num conceito de tipo essencial.

CP | ARTIGO 131º

(Homicídio)

Quem matar outra pessoa é punido com pena de prisão de oito a dezasseis anos.

E se me vou preocupar com saber se A é ou não inimputável, já olhamos para elementos que têm a ver com o tipo de culpa – mais uma vez, fazem parte do tipo essencial. No fundo, o tipo indiciário abarca apenas os elementos constitutivos da norma incriminadora e aqueles que estão previstos nas chamadas normas extensivas da punibilidade. Sempre que tivermos uma tentativa, para punirmos alguém por tentativa de homicídio, temos de conjugar o 131º com o **22º**, que prevê a forma da tentativa. Ora, os elementos constitutivos que resultam da conjugação do 131º com o 22º constituem o chamado tipo indiciário do crime de homicídio por tentativa. Depois de analisados todos os elementos é que podemos dizer que está preenchido o tipo essencial.

CP | ARTIGO 22º

(Tentativa [Formas do crime])

1 — Há tentativa quando o agente praticar actos de execução de um crime que decidiu cometer, sem que este chegue a consumar-se.

2 — São actos de execução:

a) Os que preencherem um elemento constitutivo de um tipo de crime;

b) Os que forem idóneos a produzir o resultado típico; ou

c) Os que, segundo a experiência comum e salvo circunstâncias imprevisíveis, forem de natureza a fazer esperar que se lhes sigam actos das espécies indicadas nas alíneas anteriores.

I-B Escola neoclássica (Mezger, Eduardo Correia, Cavaleiro Ferreira)

O principal autor da escola neoclássica é **Edmund Mezger** (1883-1962). O conceito neoclássico era dominante em 1930. Chama-se neoclássico porque é, no fundo, uma continuação do sistema anterior. Não é, portanto, um sistema totalmente autónomo do anterior. Mas parte, também, das críticas ao sistema anterior.

Do ponto de vista da filosofia, a escola neoclássica é neokantiana. Por isso, entende – ao contrário dos positivistas (que entendiam que a realidade só nos pode ser apresentada pelo mundo natural) – 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.

Por que é que é importante perceber que a escola neoclássica é neokantiana? Porque *o direito passa a pertencer ao mundo dos valores*. A ilicitude e a culpa já não são comparadas tendo em conta a sua distinção material, mas são consideradas valores.

Quais os elementos do crime na escola neoclássica?

1 – AÇÃO (CONCEITO SOCIAL)

Ainda mais interessante é ver que o próprio conceito de ação passa a ser um conceito valorativo. A ação, para a escola neoclássica, deixa de ser apenas uma realidade do mundo natural. O conceito de ação que se passa a defender chama-se conceito social de ação, de acordo com o qual a ação é um

comportamento humano voluntário socialmente relevante. Esta é a formulação última do conceito social de ação. Este próprio conceito teve uma evolução na escola neoclássica, sendo a que foi apresentada a formulação considerada mais perfeita.

O conceito social de ação é importante: atualmente, na doutrina, há autores que continuam a defender um conceito social de ação (embora com algumas diferenças).

2 – TIPICIDADE

Segundo elemento: tipo. Ele continua a existir, mas deixa de se situar ao lado da ilicitude para se transformar no tipo de ilícito – *i.e.*, o tipo passa a ter a mera a missão formal de conter os elementos da ilicitude. Surge, por isso, como uma fundamentação positiva da ilicitude. Esta surge como um desvalor e – isto é interessante – a ilicitude, além de conter elementos objetivos, passa a conter por vezes (só por vezes) elementos subjetivos. Nesta altura, começa a perceber-se que, para valorar um facto como furto, não bastaria provar a subtração. É preciso, ainda, provar um elemento subjetivo, nomeadamente a intenção de apropriar. Atualmente, a intenção de apropriar. Mas a escola neoclássica começa a perceber que os elementos objetivos não chegam para preencher o tipo, mas ainda não admitem que o dolo e a negligência são elementos do tipo.

Mezger distingue:

>>> Elementos positivos do tipo de ilicitude – os que fundamentam o juízo de ilicitude;

>>> Elementos negativos do tipo de ilicitude - o que agora chamamos causas de exclusão da ilicitude.

Outra distinção importante feita pela escola neoclássica, e que continua a ser feita (ainda que noutros moldes, pois a ilicitude hoje já comporta elementos subjetivos), é a distinção entre ilicitude formal e ilicitude material:

>>> Ilicitude formal - ocorre sempre que houver a contrariedade à norma jurídica.

>>> Ilicitude material - surge no sentido de danosidade social ou ofensa material dos bens jurídicos.

Já não interessa saber apenas e o facto é ilícito ou não; passa a ser importante a gravidade da lesão dos bens jurídicos; a medida do desvalor.

3 – CULPA

Na escola neoclássica, surge uma nova teoria da culpa: a chamada teoria normativa da culpa. A teoria normativa da culpa foi desenvolvida por **Reinhard Frank** (1860-1934). O que é que Frank descobre? Frank percebe que o essencial na culpa é o juízo de censura. 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.

Esta ideia de exigibilidade é uma ideia meramente normativa. Mas, apesar de Frank ter já feito esta grande evolução acerca do juízo de culpa, ele ainda considerava como formas de culpa o dolo e a negligência. Dava, porém, uma noção diferente: dolo existia quando a pessoa tinha condições para se motivar pelo direito, mas não se motivava; negligência existia quando houvesse falta de atenção no cumprimento do dever de cuidado.

Passa a haver duas grandes valorações do crime na escola neoclássica. Os valores passam a ter um papel preponderante. As duas grandes valorações são a ilicitude e a culpa. A ilicitude é uma valoração objetiva (analisa-se se o ato é contrário à OJ, e analisa-se a maior ou menor gravidade da ilicitude). E a valoração subjetiva é a que se relaciona com a culpa, que tem a ver com a possibilidade ou não de se ter motivado pelo direito.

I-C Escola finalista (Welzel)

O principal representante da escola finalista é **Hans Welzel** (1904-1977). A escola finalista surge a partir de 1930 e determinou os caminhos da dogmática até hoje. Esta escola corresponde, na filosofia, à escola fenomenológica ou ontológica – *i.e.*, de acordo com esta escola, é possível determinar as formas de ser – nomeadamente, através do método fenomenológico e ontológico. Quando se fala em formas de ser, é no sentido de essências. De acordo com esta filosofia, os valores não são mais do que essências que existem numa zona da realidade e por isso não resultam de dados de valoração. Os valores existem independentemente dos 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.

Nota: Figueiredo Dias refere – e ABB acha que faz todo o sentido este aparte – após a II Guerra Mundial, ficou claro que o normativismo de raiz neokantiana (base da escola neoclássica) não oferecia garantia bastante de justiça. Há, por isso, 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. Por isso, os finalistas tiveram necessidade de sair deste normativismo absoluto por parte da escola neoclássica, como o próprio JFD diz, pois não oferecia garantia bastante de uma justiça com a aplicação das leis.

Passemos em revista os elementos constitutivos do crime para a escola finalista:

1 – AÇÃO

Os finalistas defendem, desde logo, que a ação – primeiro elemento de crime – *é uma essência, que o direito não pode alterar*. Por isso, existe independentemente do direito. O que passa a ser decisivo é determinar a estrutura dessa ação. E, para os finalistas, a ação é essencialmente finalista

(daí o nome). O que quer isto dizer? Para a escola finalista, a ação consiste num *processo causal conduzido pela vontade para determinado fim*. A ação humana é uma essência e o central da ação humana é ser uma supradeterminação final de um processo causal.

Repare-se que o conceito de ação passa a conter a palavra vontade: “processo causal conduzido pela vontade para determinado fim”. Como o conceito de ação é final, quer o dolo, quer a negligência passam a ser averiguados logo ao nível da tipicidade.

2 - TIPICIDADE

Atendendo a este conceito final de ação, começa a perceber-se que, para se 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. Portanto, nos crimes dolosos, o tipo só estaria preenchido se houvesse dolo; nos negligentes, com a violação do cuidado necessário.

3 – ILICITUDE

Na escola finalista, a tipicidade surge como uma valoração autónoma da ilicitude. Apesar de ser uma valoração indiciária da ilicitude, não deixa de ser autónoma face à categoria da ilicitude. Além disso, como a ilicitude é uma valoração sobre o ato do homem – quer na sua vertente subjetiva, quer na sua vertente objetiva – ela passa a compreender dois desvalores, *i.e.*, há dois aspetos centrais na ilicitude:

- Desvalor de ação – tem a ver com a vontade ilícita (elemento subjetivo).
- Desvalor de resultado – tem a ver com a lesão do bem jurídico (elemento objetivo).

Ainda ao nível da ilicitude, na escola finalista, sugere a chamada teoria dos tipos permissivos. Quer isto dizer que, para a escola finalista, as causas de

justificação surgem como tipos permissivos que, quando verificados, excluem a punibilidade.

4 – CULPA

A culpa, no essencial, é um *juízo de censura por não se ter agido de outra maneira*; pelo facto de o agente, podendo agir de outra forma, não o ter feito. A análise da culpa coincide com as causas de exclusão da culpa em sentido amplo. Quer isso dizer que, sempre que se verificasse uma causa de exclusão da culpa em sentido amplo, excluir-se-ia a culpa e acabaria ali a análise; se não se verificasse qualquer causa de exclusão, haveria culpa. Como já ouvimos dizer *en passant*, a isto se chama a técnica negativa da exclusão.

I-D Escola pós-finalista (Roxin, Jakobs)

Atualmente, a maior parte da doutrina pode inserir-se na chamada categoria dos pós-finalistas. Por que é que se podem incluir todos nesta expressão? Porque a maior parte da doutrina – ou, para ABB, toda a doutrina – tal como os finalistas, considera que *o dolo e a negligência são elementos do tipo*. Não é possível dizer que um facto preenche materialmente o tipo de crime se não houver dolo ou negligência. Consequentemente, a ilicitude – *i.e.*, o tal juízo de contrariedade da ação face à norma jurídica – também só pode ser feito tendo em conta os elementos subjetivos.

Qual foi a grande vantagem do conceito final de ação? Foi perceber que só era possível afirmar a tipicidade e a licitude de um comportamento se, para além dos elementos objetivos, tivéssemos em conta os elementos subjetivos. Assim, o dolo e a negligência deixam de ser apenas formas de culpa, que só seriam analisadas na culpa. Na verdade, a relação do sujeito com o facto típico passa a ser vista ao nível do tipo e da ilicitude. Não é possível afirmar se uma ação é ilícita ou típica se não analisarmos a ligação do sujeito com o facto.

A consciência da ilicitude é diferente de representar o facto típico. O inimputável, quando dispara, pode representar a morte de outra pessoa; mas

suponhamos que é imputável por anomalia psíquica. Apesar de querer matar a outra pessoa, pode provar-se que não tem consciência do ilícito da sua conduta – ou, como acontece por norma nos chamados *serial killers*, apesar de terem consciência da ilicitude do seu ato, não têm capacidade volitiva, de se determinarem de acordo com o que compreendem. Não atuam, pois, com culpa. São duas análises diferentes.

Entre os autores pós-finalistas, encontram-se nomes como Roxin e Jakobs. São pós-finalistas porque o dolo e a negligência passam a fazer parte do tipo. Mas há várias correntes; deve fazer-se uma divisão. Há variações relevantes.

I-D.i) Corrente teleológico-funcional (ou racional-final)

Dentro da escola pós-finalista, temos, desde já, a corrente/doutrina 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*. Quem defende esta conceção racional-final vem explicar que só conseguimos chegar aos conceitos de direito penal partindo das próprias finalidades do direito penal, nomeadamente:

- Das teorias dos fins das penas (que já conhecemos muito bem);
- Das bases político-criminais da teoria do crime.

Claus Roxin (n. 1931) é quem arranca com esta conceção. Em 1970, Roxin faz um estudo sobre as relações entre a política criminal e o sistema do facto punível (o sistema do crime). Roxin começa em 1970; é claro que a expressão paradigmática disto aparece nos tratados de Roxin, que estão sempre a ser atualizados. Roxin também aponta como defensor desta conceção racional Jakobs. Mas **Günther Jakobs** (n. 1937) – que Roxin inclui na

conceção racional-final – tem uma grande diferença face a Roxin. É que, para Jakobs, ao contrário de para Roxin, o direito penal só pode determinar-se em concordância com as teorias dos fins das penas. Se lermos Jakobs, ficamos convencidos de que ele está certíssimo, pois parte das finalidades das penas para chegar a todos os conceitos de direito penal, e não falha um. Mas qual é o grande defeito de Jakobs, para ABB? Ao fazer isso – ao só partir dos fins das penas – Jakobs esquece-se de que o direito penal é constituído por outros princípios e valorações, nomeadamente o princípio da culpa, e, ao contrário do que diz Jakobs, a culpa não deve ser absorvida pelo conceito de prevenção geral positiva. A culpa deve ser avaliada tendo em conta as capacidades concretas do agente.

E apesar de tudo, Roxin, que está sempre a falar no princípio da dignidade da pessoa humana e do princípio da culpa, cria uma categoria chamada responsabilidade, e cai no erro de criar o conceito da culpa social. Mas aí entra em contradição com o seu próprio sistema, e ABB é forçada a discordar. Há, por isso, quem denomine o funcionalismo de Roxin como um funcionalismo teleológico e o funcionalismo de Jakobs como um funcionalismo sociológico.

ROXIN ----- *Funcionalismo teleológico*

JAKOBS ----- *Funcionalismo sociológico*

Nota: o único fim da pena, para Jakobs, é a prevenção geral positiva. É a reafirmação do direito. Como é que é possível defender-se isto? ABB gosta imenso de Jakobs (e, inspirada por ele, Maria Fernanda Palma), mas tem imensas críticas a fazer-lhe. É impensável, para ABB, considerar como única finalidade da pena a prevenção geral positiva.

Além do mais, Jakobs é o principal defensor de uma figura que cada vez tem ganho mais destaque – o direito penal do inimigo. Jakobs, a propósito dos casos de terrorismo, cria esta figura. O agente do crime passa a ser encarado como um inimigo. Isto é muito perigoso. O agente do crime tem de continuar a ter todas as garantias de defesa a quem tem direito. O Estado não se pode comportar como o criminoso, sob pena de se confundir com o próprio criminoso, para ABB. Isto é perigoso, na opinião de ABB. Note-

se que Jakobs defendeu isto apenas para os casos excepcionais de terrorismo; nem Jakobs defende isto noutros casos. Por exemplo, Guantánamo foi um retrocesso civilizacional imenso, e houve pessoas sujeitas a tortura sem qualquer garantia de defesa.

Há estas duas grandes correntes: Jakobs e Roxin. Jakobs é funcionalista radical, e Roxin não, pois tem em contra outras valorações.

Nota: no fundo, está tudo dentro da concepção funcional-racional, porque está tudo dentro dos fins das penas. Mas, além dos fins das penas, há quem tenha em conta todas as outras valorações que fazem parte do direito penal e da sua própria função.

I-D.ii) – ABB/interdisciplinaridade

Ainda dentro da visão funcional-racional, há uma corrente, na qual **ABB** se inclui, 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. O que é que ABB quer dizer com isto? O direito penal não pode ignorar os conhecimentos que as outras ciências têm acerca do seu objeto de estudo, que é o comportamento humano. Mas é muito importante, também, perceber que, apesar de ABB achar que o direito penal, para ser um direito penal justo e correto, tem de ter realmente em conta o que as outras ciências já sabem sobre o comportamento humano (sob pena de não ser realista; se não tiver em conta o que a psicologia e a neurociência sabe sobre o comportamento humano, não estou a legislar sobre a realidade e não vou conseguir atingir os fins do direito penal, prevenir crimes).

O direito penal é e tem de ser interdisciplinar. Para ABB, os penalistas não podem ter medo disto. Temos de ir buscar conhecimentos às outras ciências. O comportamento humano é o objeto de estudo do direito penal. Mas isso significa substituir o direito pelas outras ciências, ao contrário do que muita gente pensa. Significa apenas que as

afirmações de valor do direito têm de se basear em dados ontológicos firmes.

I-D.iii) - M^a Fernanda Palma / realidade social

Maria Fernanda Palma defende uma corrente algo diferente. E ABB não discorda. Para MFP, tem de haver uma imbricação (ligação) do direito com a realidade social. A realidade social, para MFP, tem de ser um instrumento de interpretação do direito. O que ABB acrescenta a MFP é que essa realidade social – que, sem dúvida, temos de ter em conta – não se pode esquecer, ou deixar de ter em conta, as ciências que estudam o comportamento humano, e que nem sempre são conhecidas pela realidade social. Veremos isso melhor quando desenvolvermos o conceito de ação.

Nota: apesar de estarmos a colocar todas estas correntes dentro da corrente racional-final, o que elas têm de comum é partir das teorias dos fins das penas, mas há pequenas variantes. Há quem só parta dos fins das penas (Jakobs), há quem também tenha em conta outros princípios do direito penal (Roxin) e há quem diga que temos ainda de ter um direito penal interdisciplinar, que tem muitas vezes de ir buscar a base das suas valorizações ao que as outras ciências dizem acerca do comportamento humano (ABB). Só podemos saber quando há uma ação jurídico-penalmente relevante se tivermos em conta o que a neurociência nos diz acerca do comportamento humano – sob pena de não conseguirmos ter leis corretas e leis realistas. E isto não implica deixar de ter em conta a prevenção de futuros crimes. Ora, não é o direito penal que explica como o ser humano funciona – são outras ciências. Apesar disto, tudo se inclui na corrente racional-final, e pode incluir-se na corrente mais ampla dos pós-finalistas.

Nota: em certo sentido, MFP dá destaque à realidade social, mais do que à realidade ontológica. Mas a realidade social só se consegue compreender com dados ontológicos vindos da interdisciplinaridade, no entender de ABB.

II. AÇÃO JURÍDICO-PENALMENTE RELEVANTE

II.A - Introdução

Neste semestre, analisaremos todos os elementos constitutivos do crime. Vamos começar pelo primeiro de todos, para a maior parte da doutrina: existir uma ação jurídico-penalmente relevante. Temos o conceito causal, conceito social, conceito final e conceito pessoal de ação (Roxin). ASD diz, com alguma graça, que há tantos conceitos de ação como autores em direito penal. Mas ABB não é assim tão radical.

O conceito de ação aparece pela primeira vez com **Albert Berner** (1818-1907), em 1857. Aparece como pedra básica do sistema do crime. A evolução do conceito de ação interessa porque conseguimos perceber melhor o conceito atual de ação se percebermos a evolução.

II.B - Funções do conceito de ação

Antes de mais, há que referir que, para quem defende que a análise do crime deve começar pelo conceito de ação, a maior parte doutrina está de acordo quanto às funções que o conceito de ação deve cumprir. Um conceito de ação tem de cumprir, fundamentalmente, quatro funções:

1 – FUNÇÃO CLASSIFICATÓRIA OU FUNÇÃO DE ELEMENTO BÁSICO DA SISTEMÁTICA DO CRIME

Um conceito de ação tem (deve) abarcar em si todas as formas de comportamento humano que possam ser relevantes para o direito penal - função classificatória.

2 – FUNÇÃO DELIMITADORA

Para além disso, o conceito de ação também deve cumprir a chamada função delimitadora – isto é, o conceito de ação deve permitir, por si só, excluir todos os comportamentos irrelevantes para o direito penal. Todos os comportamentos que já à partida sabemos não ser relevantes para o direito penal têm de ser excluídos por um bom sistema de ação. O sonâmbulo que dá um soco durante um ataque de sonambulismo não é responsabilizado criminalmente, pois a sua ação não é jurídico-penalmente relevante.

3 – FUNÇÃO DE DEFINIÇÃO

A função de definição significa que um conceito de ação tem de ser um conceito com um conteúdo material suficientemente amplo para servir de suporte aos restantes elementos do crime. Reparemos que a existência de uma ação jurídico-penalmente relevante – que, para a maioria da doutrina, é o primeiro elemento do crime – é o suporte ou ponto de apoio de todos os outros elementos (tipo, culpa, punibilidade). Por isso, precisará de um conteúdo material suficientemente amplo para ser suporte de todos estes elementos.

4 – FUNÇÃO DE ELEMENTO DE LIGAÇÃO

A função de elemento de ligação significa que o conceito de ação deve ser neutral em relação aos restantes elementos do crime. Portanto, se um conceito de ação é a base de todos os outros elementos do crime, ele tem de ser neutral face a esses outros elementos, sob pena de com eles se confundir.

Como ABB já disse, para a maior parte da doutrina, o conceito de ação é o primeiro elemento do crime. E ABB concorda com isto. Mas JFD considera que o primeiro elemento do crime é a ação típica. Quando lermos o manual de JFD, percebemos que ele parte do conceito de ação típica. Por que é que, para JFD, devemos começar por aqui?

>>> *1º argumento de JFD*: ao direito penal só interessam as ações típicas, pelo que não faz sentido começar pelo conceito de ação. Ao direito penal só interessa se houve ação de matar, subtrair, violar, etc. Não interessa mais nada. Por isso, devemos começar por aí, diz JFD.

>>> *2º argumento de JFD*: não conseguimos chegar a um conceito geral de ação previamente ao tipo. Para JFD, não é possível um conceito de ação que tenha um conteúdo material neutral geral em relação aos outros elementos.

Como é que podemos refutar estes argumentos de Figueiredo Dias?

>>> *1ª crítica a JFD*: é possível chegar a um conceito de ação, para ABB, suficientemente geral para servir de base aos restantes elementos do crime.

Por outro lado, apesar de JFD defender que ao direito penal 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. Assim, a tal função do conceito de ação para JFD – JFD acaba por também precisar dela, apesar de dizer que na interessa. Não é verdade, então, que ao direito penal só interessam as ações típicas. O próprio JFD vai ter de ir buscar um conceito que não é só de ação típica para excluir certos comportamentos. ABB e grande parte da doutrina, incluindo MFP, defendem que se deve começar pelo conceito de ação porque é preciso um conceito base, substrato de todos os outros elementos do crime, suficientemente denso.

Além disso, se olharmos para o **10º do CP**, o legislador fala em ação e omissão.

21 FEV 2019

Sumário: Evolução do conceito de ação.

II.C – Evolução do conceito de ação

Um dos elementos constitutivos do crime é a existência de um ação jurídico-penalmente relevante.

Também referimos na altura que há uma parte da doutrina – nomeadamente JFD – que considera não ser preciso começar com o conceito de ação. Para JFD, podemos começar logo com o conceito de ação típica. ABB discorda de JFD. Temos de começar com o conceito de ação, isto porque tem de haver um substrato de todos os elementos constitutivos do crime. A ação jurídico-penalmente relevante vai ser a base de todos os outros elementos necessários para afirmar a existência do crime. E, além disso, ao contrário do que o prof. Figueiredo Dias pensa, é possível chegar a um conceito de ação geral. Aliás, para ABB, é indispensável, até porque ele estabelece o limite da responsabilidade no direito penal. Sem ação, não há responsabilidade jurídico-penal – daí a necessidade de saber se ali há uma ação jurídico-penalmente relevante.

Mas este é ainda um conceito em construção. Há vários conceitos:

- (i) Conceito causal;
- (ii) Conceito social;
- (iii) Conceito final;
- (iv) Conceito pessoal.

1 – CONCEITO CAUSAL DE AÇÃO (OU NATURALÍSTICO)

O conceito causal de ação surgiu com a chamada escola clássica. De acordo com este conceito causal, *há uma ação jurídico-penalmente relevante quando houver um movimento corporal que leva a uma transformação no mundo exterior, estando esse movimento e essa transformação ligados por um nexo de causalidade*.

Por que é que este é um conceito causal? Porque é importante saber que a causa de transformação do mundo exterior foi um movimento corporal. Os defensores do conceito causal ainda disseram, sem dar qualquer conteúdo a esta vontade, que o momento corporal era causado pela vontade. Não explicaram muito bem o que isto significa.

Nota: outra denominação do conceito causal é conceito naturalístico.

Este conceito foi sujeito a várias críticas. A mais relevante, para ABB, é que:

- (i) Este conceito não inclui uma figura central para o direito penal: a omissão.

Se repararmos, na omissão não há qualquer movimento corporal.

Nota: fala-se em naturalístico porque é uma forma de descrever a realidade com base no que se vê; fala-se em causal porque se entende que o movimento natural é causa da transformação e foi causado pela vontade.

Não cabe aqui a omissão. Para termos uma noção de como a doutrina se constrói, tem-se que Beling, que fazia parte da escola clássica, ao ouvir esta crítica, respondeu que não era verdade que a omissão não estivesse no conceito causal. O que Beling disse foi que na omissão havia a vontade de reter os músculos. O que Beling está a fazer é defender a sua camisola, mas Roxin discorda (tal como ABB).

Este conceito tem outra fragilidade:

- (ii) É demasiado extenso.

Há diversos comportamentos causalmente relacionados com consequências no mundo exterior e que não têm relevância para ser ações jurídico-penalmente relevantes. É um conceito demasiado extenso, demasiado amplo.

Sempre que um conceito é sujeito a críticas e não consegue refutá-las, surge um novo.

2 – CONCEITO SOCIAL DE AÇÃO

O conceito social de ação surge na escola neoclássica. Dentro das próprias escolas, os conceitos sofrem evolução. Estudaremos o último conceito social de ação; a formulação que veremos não existe desde sempre.

No conceito social de ação, temos uma ação sempre que houver um comportamento humano voluntário socialmente relevante. Parece que a única coisa que este conceito vem acrescentar é falar em “socialmente relevante”, mas não é bem assim. É preciso entender o que a escola neoclássica queria dizer como comportamento voluntário. A explicação disto é bastante importante para a compreensão do conceito de ação.

Desde já, fala-se em (i) comportamento humano. O que significa isto? Significa que, para termos uma ação jurídico-penalmente relevante, temos de ter um comportamento do homem. Não tem relevância o comportamento de uma pessoa coletiva. Poderá ter relevância por parte dos gerentes dessa pessoa coletiva, mas a pessoa coletiva não pratica uma ação jurídico-penalmente relevante.

Para isto ser praticado pelo homem individual, ele, ao ter de ser voluntário, significa, de acordo com a escola social, o facto de ele 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 ou numa atividade, ou numa inatividade. É nesse sentido que aparece a palavra “voluntário”.

Além de ter de ser um comportamento voluntário, ele tem de ser (ii) socialmente relevante. O que quer isto dizer? Para já, tem de ter efeitos no exterior. O direito penal não pune intenções. Por outro lado, tem de afetar a relação do indivíduo com a sociedade.

Este conceito é tão importante que, atualmente, ainda há autores penalistas que defendem o conceito social de ação, nomeadamente **Jescheck**. Entre nós, adota o conceito social de ação a profª **Mª Fernanda Palma**.

Qual foi uma das críticas que este conceito sofreu?

(i) Não era suficiente neutral.

Como sabemos, o conceito de ação, para cumprir todas as suas funções, tem de ser neutral em relação a todos os outros elementos constitutivos do crime. O que os críticos dizem é que, se vou exigir que o comportamento seja socialmente relevante, isso resulta muitas vezes da lei – o que não confere suficiente neutralidade ao conceito de ação. O que os defensores do conceito social vêm contra-argumentar, com razão, é dizer 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 não deixamos de poder afirmar a existência de uma ação, independentemente da sua tipicidade. Ele é suficientemente neutral, para ABB.

Nota: para servir de elemento de ligação com os outros elementos do crime, o conceito de ação tem de ser neutral. Há ações que passam a ser socialmente relevantes porque houve uma lei que se debruçou sobre ela. Há comportamentos desvaliosos por si só; não é preciso estar proibido o homicídio para ser desvalioso. Mas determinada configuração de fuga aos impostos precisa de estar na lei para ter relevância social. Os defensores do conceito social dizem que não é pelo facto de isto de acontecer que não significa que o conceito seja neutral. Ele é neutral porque continuo a poder afirmar a existência de uma ação, independentemente de saber se ela é típica ou não.

3 – CONCEITO FINAL DE AÇÃO

O conceito final de ação, como o próprio nome indica, foi criado pela escola finalista. O principal representante da escola finalista é Welzel. Desde logo, qual é a principal característica da escola finalista? A escola finalista acredita que existem essências que o direito não pode alterar. Elas existem independentemente do direito. A ação é uma essência. 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, seria sempre preciso haver três momentos:

| 1º | O agente *antecipa mentalmente* o seu objetivo;

| 2º | O agente *elege os meios necessários* para prosseguir esse fim;

| 3º | O agente *põe em andamento* os processos causais com vista à prossecução dos fins.

Esta descrição do conceito de ação foi sujeita a críticas. (i) Se nós temos que pôr em andamento o processo causal com vista à prossecução do fim, à partida, este conceito não abarca as omissões. Por isso, deixa de fora uma realidade muito central.

(ii) Também parece que este conceito não inclui as ações negligentes, nomeadamente as ações negligentes inconscientes. Em direito penal, só se pode punir o agente ou por dolo, ou por negligência. Ao contrário do direito civil, em direito penal, não há responsabilidade objetiva. Não podemos responsabilizar alguém criminalmente só porque violou o dever objetivo; temos de provar a ligação subjetiva do sujeito com o facto. Para provar essa ligação subjetiva, há duas figuras: ou dolo ou negligência. Há duas formas de negligência: a negligência consciente e a negligência inconsciente. Estas são figuras muito interessantes, que estudaremos à exaustão, mas, para já, o que é preciso saber é que na negligência consciente o agente prevê a realização do facto, mas não se conforma (afasta a ideia). Já na negligência inconsciente, que também é uma figura do direito penal, o agente não prevê a realização do facto típico. Se não prevê, como punimos? Apesar de não

ter representado o facto, tinha a possibilidade efetiva de o representar. Com base nessa possibilidade efetiva de o agente representar o facto, podemos afirmar uma ligação subjetiva entre o sujeito e o facto.

Exemplo: caso dos mendigos russos. É um caso que, infelizmente, continua a ter alguma realidade. Uma associação criminosa russa tinha como atividade estropiar membros de crianças, com o objetivo de obter esmolas mais facilmente. O que aconteceu quando foram a julgamento? Veio a provar-se que algumas das crianças a quem cortaram os braços morreram. Há homicídio doloso ou negligente? ABB acha que é doloso. Mas, durante, algum tempo, por causa de uma fórmula que um juiz alemão criou para decidir quando há dolo e quando há negligência, considerou-se haver negligência. Muitos conceitos no direito são afinados porque existem casos que fazem despertar a consciência da doutrina, chamando a atenção para os conceitos estarem suficientemente aperfeiçoados. O caso dos mendigos russos fez a doutrina olhar melhor para distinção entre dolo (neste caso, eventual) e a negligência consciente. Estes homens foram punidos por homicídio doloso - ao cortarem os braços e as pernas, poderiam prever a morte da criança. O dolo eventual, que é uma forma de dolo, o agente prevê e conforma-se. Na negligência consciente o agente prevê e não se conforma. O elemento intelectual é exatamente o mesmo. O que é que muda? Para punir por dolo, temos de provar que se conformou; para punir por negligência, é preciso provar que não se conformou.

Se houver uma dúvida de facto, um princípio de processo penal é o *in dubio pro reo*.

Neste caso, a fórmula que se aplica é a fórmula positiva de Frank. Este juiz criou uma fórmula criada atualmente na prática para decidir quando há dolo eventual ou negligência consciente. Se o agente, ao atuar, pensar “aconteça o que acontecer, eu atuo”, há dolo eventual. Aconteça o que acontecer, querem ter crianças na rua a mendigar.

Isto tudo porque ABB queria referir que, se se descrever a ação jurídico-penalmente relevante como a escola finalista descreveu no início, as ações negligentes – nomeadamente as de ações de negligência inconsciente – estão aqui incluídas. Na negligência inconsciente, o agente nem sequer

prevê; apenas tem a *possibilidade* de prever a realização do facto.

Face a estas críticas, a escola finalista vem corrigir o seu conceito final. Numa segunda fase, o que vêm dizer os finalistas? Que quando eles exigem que uma ação seja final, não estão a exigir que a ação seja intencional. O que estão a exigir é que a ação seja conduzida ou conduzível por parte do sujeito.

Para simplificar, para haver uma ação final, o que tem de existir é a possibilidade, naquele momento, de um comportamento alternativo por parte do agente. Isto é que é a essência da ação. Para haver uma ação jurídico-penalmente relevante, é preciso mostrar que o agente tinha a possibilidade de um comportamento alternativo.

Exemplo: caso do sonâmbulo. O sonâmbulo que dá um soco tem uma ação jurídico-penalmente relevante? É nesse sentido que ação é ou não conduzível. O ser controlada pela vontade é mais no sentido de não ser necessário ser controlada pela vontade, mas sim controlável.

Os finalistas “safaram-se bem”, nas palavras de ABB. Mas a forma de descrever de ação talvez não seja a melhor.

4 – CONCEITO PESSOAL DE AÇÃO

O conceito pessoal de ação tem como seu defensor principal Roxin, mas ele já surgiu em 1966, com **Arthur Kaufmann** (1923-2001). Este já adotava o conceito pessoal de ação (que Roxin vem defender, com brilhantismo como sempre, para ABB).

Para **Roxin**, ação é a *exteriorização da personalidade do agente, entendida como unidade de corpo e espírito*. A maneira como Roxin define personalidade é como unidade de corpo e espírito. Mas Roxin vem dizer uma coisa muito importante: exteriorização significa que a conduta está sujeita ao controlo do “eu”.

E Roxin diz que, para além da ação se traduzir nesta realidade natural ôntica, a tal exteriorização da personalidade, ela traduz-se sempre numa valorização social. O conceito pessoal de Roxin acaba também por ser um conceito social, diria ABB. Tem de haver o tal impacto na sociedade para ser uma ação jurídico-penalmente relevante.

Nota: o impacto, mais do que o desvalor ligado à ação, é o desvalor de resultado, ou seja, a lesão de bens jurídicos, no entender de ABB.

Uma das críticas a este conceito de ação foi que, dito desta forma, **(i)** este conceito parece dar a entender que só há ação quando ela for culposa. Porquê? Porque, se se exige que haja uma exteriorização da personalidade, e se na culpa nós avaliamos a personalidade do agente, parece que só as ações culposas são ações. Ora, para ABB, esta crítica não tem ponta por onde se lhe pegue. Uma coisa é exteriorização da personalidade; outra é o desvalor associado a essa exteriorização de personalidade – saber se se traduz num desvalor ou não. Aí sim, podemos desenvolver o conceito de culpa.

“5” - CONCEITO DE AÇÃO DE JAKOBS

Jakobs veio dizer que a ação surge como *evitabilidade de uma diferença de resultado*. Para Jakobs, todo o comportamento que for evitável é uma ação jurídico-penalmente relevante. Um comportamento será evitável se for *conhecido ou cognoscível pelo agente*.

Só sabemos isto se soubermos o que a neurociência diz sobre isto, para ABB.

Há alguma coisa de comum em todos estes conceitos, menos no causal. Se virmos o que há de comum em todos estes conceitos é a ideia de controlabilidade. É a ideia de evitabilidade, dirigibilidade. Sempre que tivermos um comportamento humano controlado ou controlável

pelo “eu” (sujeito), temos uma ação jurídico-penalmente relevante. É claro que a pergunta que passa a ser importante é: quando é que temos um comportamento controlável? A única forma que ABB considera possível responder de responder a esta pergunta, a única forma de dar uma resposta fundamentada e verdadeira quanto aos factos é ter em conta o que as outras ciências que estudam o comportamento humano dizem acerca do mesmo. E, entre as várias disciplinas que conhecemos existem a psicológica, sociologia, biologia, etc. 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 da ação?

“6” - CONTRIBUTO DA NEUROCIÊNCIA

Também na neurociência não há consenso. Mas a maior parte das experiências feitas até agora confirmam a experiência que Libet fez em 1982, repetida por outros cientistas com variações. Mas o mais importante é que chegaram às mesmas conclusões, essencialmente. De qualquer forma, o que temos de perceber é que tudo isto pode mudar dentro de pouco tempo. A neurociência está em franca expansão e está a descobrir coisas novas. A neurociência depende de tecnologia; é muito difícil medir o cérebro. É muito difícil medir a atividade cerebral, e cada vez há técnicas com mais pormenor que podem melhorar e desenvolver o conceito da neurociência.

Libet fez uma descoberta que ABB considera central para perceber o conceito de ação, e que é muitas vezes mal interpretada. Libet participava em várias operações ao cérebro e algumas eram feitas com o doente acordado. O que é que Libet começou a experimentar? Ele percebeu que, quando tocava no dedo de uma pessoa durante a operação, a pessoa não acusava logo “está a tocar-me no dedo”. Demorava algum tempo a dizer que estava a sentir que lhe tocavam no dedo X. Perante esta constatação, Libet passou a ter como objetivo saber se o mesmo se passava com as nossas decisões. A experiência que fez foi pedir às pessoas que fossem para uma sala. O cérebro das pessoas estava ligado a uma máquina que media o *readiness potential* (atividade elétrica que se passa no cérebro) e pedia a essas pessoas que vissem em que ponto do

relógio estava um ponteiro quando decidissem levantar o pulso. Com esta experiência, o que descobriu Libet? Que as pessoas diziam que decidiram levantar o pulso 350 milésimos de segundo depois de terem levantado o pulso. *Readiness potential* (RP) é a atividade elétrica que o cérebro tem quando decide. O RP dava-se a certa altura, mas eles diziam verbalmente que tinham consciência 350 milésimos de segundo depois. O que acontecia? Entre decidir e levantar, havia uma distância de aproximadamente 200 milésimos de segundo.

Esta descoberta de Libet trouxe uma grande discussão. Como imaginamos, Libet veio dizer que as nossas decisões são tomadas inconscientemente. É o nosso inconsciente que toma a decisão, mas há uma altura em que temos consciência da decisão. A altura entre essa tomada de consciência e o atuar – neste caso, levantar o pulso – ainda temos 200 milésimos de segundo. Como se imagina, muitas pessoas afirmaram que Libet disse que não temos livre-arbítrio. É claro que esta descoberta tem uma grande relevância para o direito penal. O nosso direito penal, baseado na responsabilidade pelo facto, é compatível com a ideia de que o homem tem livre-arbítrio? O que Libet demonstrou – e ele próprio afirma isso no seu livro *Mind Time*. Ele disse 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 grande problema de Libet, que continua a ser um grande problema da neurociência, é que nós não sabemos se esse vetar a ação é determinado inconscientemente. Se for, estará tudo outra vez em causa. Mas Libet diz: tudo indica (apesar de não poder ser dada uma prova científica) que esse veto não pode ser dado de forma consciente, até pelo tempo que demora.

Há uma altura em que o agente toma consciência e pode vetar ou não. Ainda não está provado se o vetar é tomado de forma consciente; Libet tende a dizer que não.

Nota: 80% dos nossos atos durante o dia são automáticos. Graças a Deus, para ABB, pois o nosso cérebro não tem espaço para tanto.

António Damásio vem criticar Libet, em certo sentido. Não é aí que se vê o livre-arbítrio do ser humano. O livre-arbítrio do ser humano está na capacidade que temos de pensar, no tempo que demora a decidir as ações acerca da sua vida e todas essas deliberações que a pessoa faz livre e conscientemente demoram muitas vezes anos, meses. É aí que está o livre-arbítrio. Mas o que Libet veio dizer e com razão é: sim, é verdade, podemos pensar durante 10 anos, e muitas vezes estamos. Mas existe sempre uma altura em que há o chamado “act now”, em que decido e faço. E esse decidir é tomado de forma inconsciente. Depois, a pessoa toma consciência da possibilidade de continuar ou vetar. Apesar de Damásio, com toda a razão, chamar a atenção para o facto de apesar o ser humano ser pensante, deliberar as razões acerca de tudo, quando decidimos fazer determinada ação, há sempre uma altura em que decidimos. Há sempre uma altura em que decido ir para o carro, fazer intervalo.

Normalmente, nas ações dolosas – como devemos imaginar – não há dúvidas de que a pessoa tem controlo dessa ação. Apesar de haver a tal altura em que a pessoa decide disparar, apesar de essa decisão ser tomada de forma consciente, há sempre uma altura em que toma consciência e dispara, e pode vetar. Estudaremos a desistência voluntária. Imagine-se que dispara e a pessoa fica ferida, e vai chamar a ambulância. Só por isso vai ser beneficiada.

Se repararmos, as ações de que a neurociência da ação se ocupa são consideradas ações voluntárias, em que o agente voluntariamente, por si só, decide fazer determinada coisa sem qualquer constrangimento. Como ABB já disse, em direito penal, para além de punirmos as ações voluntárias nesse 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 – se provarmos a sua negligência, ele será punido. Basta provar que tinha a possibilidade de ter representado. Ao direito penal importam aquelas ações em que a pessoa não representa o facto que realiza. O direito penal basta-se com a pessoa ter a possibilidade de ter representado. É por isso que ABB falava em ação controlada ou controlável, dirigida ou dirigível. É o que se passa nas ações negligentes inconsciente. O agente não controla a ação, não tem a consciência da decisão de. Mas temos de provar que tinha pelo menos a possibilidade de ter a consciência da ação.

Para provarmos que há uma ação jurídico-penalmente relevante, basta mostrar que tinha a possibilidade de controlar. E essa passa pela possibilidade de representar.

Se Libet provou que é que com a consciência da decisão que há a tal possibilidade de continuar ou vetar a ação. Estas ações negligentes/inconscientes, o agente não tem consciência da ação, o direito nela não exige que a pessoa controle a ação. Para o direito penal, basta provar que a pessoa tinha a possibilidade de controlar a ação. Mas tem de ser uma possibilidade real. Quando é que a pessoa tem a possibilidade de controlar? Uma ação será controlável se a pessoa tiver a possibilidade de a representar. Se não tiver a possibilidade de a representar, não é controlável.

Exemplo 1: alguém vai numa estrada à velocidade permitida por lei e aparece uma criança à frente do carro, de repente, a correr. A pessoa tenta travar a tempo, mas não consegue. Mata a criança. Quid juris? Ela alguma vez teve a possibilidade de representar a morte da criança?

Exemplo 2: se uma pessoa ia a guiar e é picada por uma abelha e guina o volante, não temos uma ação jurídico-penalmente relevante. A pessoa não podia representar a morte da outra pessoa. Mas e se a abelha está há 2 minutos no carro?

Nota: não confundir atos reflexos com atos automáticos. Para ABB, o ato da abelha é um ato automático. O que caracteriza um ato automático? A pessoa não tem consciência de sinais objetivos; não tem tempo de ter consciência de algo que a possa levar a pensar na conduta. É isso que caracteriza os atos automáticos: a pessoa não tem consciência de algo que a pode levar a realizar a ação.

O ato reflexo não é uma ação jurídico-penalmente relevante. O ato reflexo caracteriza-se por ser igual em todas as pessoas. Quando uma pessoa espirra, todos temos a mesma reação. O ato automático varia consoante a pessoa.

Mas, como ABB diz sempre, estes são os conhecimentos que a ciência nos deu. Precisamos de os ter em conta. Só conseguimos perceber se há uma ação jurídico-penalmente relevante desta maneira.

Importante: Roxin afirma que, nos atos automáticos, há uma ação. No ato da abelha, para Roxin, há uma ação. Para ele, é uma resposta pessoal, depende da personalidade do agente. E é jurídico-penalmente relevante.

O que caracteriza um *serial killer*, por norma, é que apesar de ter a capacidade de saber que está a fazer mal, não tem capacidade para fazer de acordo com o que percebe. A sua capacidade volitiva é nula, mas isso não invalida o ter praticado uma ação jurídico-penalmente relevante. Podia ter vetado ou não. Uma coisa é liberdade de ação, outra coisa é liberdade de se motivar pelo direito. O conceito de culpa em sentido estrito é o que nos interessa para os psicopatas. Já a culpa em sentido amplo tem a ver com a ligação subjetiva sujeito/facto.

Exemplo: casos dos pais que se esquecem das crianças na parte de trás do carro. ABB analisou isto com algum pormenor. Na maior parte destes casos, os pais não levaram a criança ao infantário, pela primeira vez a mãe pediu ao pai para naquele dia levar a criança ao infantário, normalmente são casos em que o pai está no chamado stress crónico e a criança, a partir do momento em que entra no carro, adormece. O que acontece nestes casos? O pai entra no carro, a criança adormece e ele faz o seu ato automático, i.e., trabalho-casa, casa-trabalho. À hora de almoço, a mãe telefona e pergunta: "como correu a entrega da criança?", e o pai pensa: "ups". Há aqui alguma ação jurídico-penalmente relevante. Maior punição para este pai do que a que já tem para o resto da vida é impossível; o que mais querem seja talvez até uma pena de prisão, mas estes pais não praticaram uma ação jurídico-penalmente relevante. Não tiveram consciência de nada que os levasse a pensar em não deixar a criança no carro. É claro que, se estivermos perante o caso de um pai que já uma vez levou a criança ao infantário, neste caso se ele está numa situação de stress crónico (que faz com que as pessoas deixem de poder lidar com situações novas – o neurocientista português Rui M. Costa fez uma experiência com ratos em stress, e o rato quando está em stress só faz o que sabe fazer automaticamente), sabe que se distrai, etc. Quando estamos em stress crónico, fazemos o que habitualmente fazemos. ABB acha que nestes casos

não há possibilidade de representar, não há uma ação jurídico-penalmente relevante.

E considere-se que há uma ação jurídico-penalmente relevante por parte dos pais (ABB acha que não). Será que, mesmo nesse caso, os fins da pena cumprem alguma função? ABB tem muitas dúvidas.

Exemplo 2: há, ainda, um caso de jurisprudência anglo-saxónica. É o caso Adomako, em que houve acusação por gross negligence/manslaughter. Esta é uma operação que estava a decorrer aos olhos e havia uma sala cheia de pessoas. O médico estava a operar, a enfermeira, mais duas instrumentistas, o anestesista e a assistente do anestesista. A meio da operação, o primeiro anestesista sai da sala e entra um segundo, o Adomako. A dada altura, toca o alarme da máquina da tensão arterial. O anestesista faz o que se faz quando isto acontece. Passado poucos segundos, toca outra máquina, e ele faz o procedimento normal aí. Passam-se cinco minutos, 10 pessoas na sala e o senhor morre de ataque cardíaco. Só quando morre é que descobrem que o que se tinha desligado era o turbo intratraqueal que o ligava à máquina e lhe permitia desligar, e o homem estava azul. Veio a provar-se que o primeiro anestesista se esqueceu de ligar o alarme da máquina do tubo intratraqueal. Quem foi acusado de homicídio por negligência foi o segundo anestesista. O segundo anestesista praticou uma ação jurídico-penalmente relevante? Para ABB, não.

Entram o fator expectativa, o fator stress. O segundo anestesista não teve consciência de nada. Só foi acusado o segundo anestesista.

Veja-se que muitos dos erros médicos que acontecem nos hospitais dão-se por atos automáticos. Não espanta nada ABB que o primeiro anestesia tenha feito o que faz automaticamente e por acaso esqueceu-se de desligar. Mas um piloto, antes de levantar voo, tem de se certificar três vezes, de que ligou as máquinas que tinha de ligar. Há uma checklist. Está, por exemplo, provado que uma série de médicos se esquecem de compressas.

25 FEV 2019

Sumário: Resolução de hipóteses; ação em sentido amplo; omissão.

Hipótese 1

B dá um encontrão a A e este cai sobre C, que parte uma perna. Pode ou não A ser responsabilizado jurídico-criminalmente pelo crime de ofensa à integridade física?

A não pode ser responsabilizado criminalmente. Não tinha possibilidade de controlar a sua ação. Chamam-se a estas ações sob vis absoluta. O corpo da pessoa é como que um corpo morto aqui.

Resposta: como a ação não era sequer controlável pela vontade de A, este não praticou uma ação jurídico-penalmente relevante.

Hipótese 2

A, condutor de um camião TIR, 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 C, provocando a sua morte. *Quid juris?*

No momento em que se apercebe que está cansado e mesmo assim continua, é esse o momento relevante. Temos de antecipar o momento para perceber se há ou não ação. É que no momento em que embateu no outro carro, não temos ação; ele está a dormir. Aí não há uma ação jurídico-penalmente relevante.

Nestes casos fala-se numa figura chamada ação livre na causa. O nome diz tudo: o momento relevante para saber se há ou não uma ação jurídico-penalmente relevante não é na altura em que é lesado o bem jurídico, mas sim no momento

em que se apercebe que tem de dormir e mesmo assim decide continuar. Nesse momento ele tinha a possibilidade de prever a ação que veio a acontecer; tinha a possibilidade de controlar.

Resposta: esta seria negligência inconsciente (não representou/previu a morte de quem quer que fosse, mas tinha a possibilidade de prever isso). Na negligência consciente, ele teria de prever a morte de alguém e mesmo assim atuar.

Nota 1: uma das grandes discussões na nossa doutrina é distinguir o dolo eventual da negligência consciente. O elemento intelectual é igual; o agente representa a verificação do facto típico. No dolo eventual, o agente conforma-se (“aconteça o que acontecer, atuo”); haverá negligência consciente se representou mas afastou a ideia na sua cabeça (“sou muito bom, já fiz isto várias vezes”).

Nota 2: como é que sabemos o que é que o agente pensou? Provavelmente, uma pessoa que tem por profissão ser camionista deve saber mais do que um condutor normal. Talvez se pudesse discutir se ele representou eventualmente um desastre do qual resultaria a morte de uma pessoa. E aí poderia, sim, falar-se em negligência consciente ou dolo eventual. Note-se que isto é difícilimo.

Nota 3: a prova em direito penal é a prova possível.

II.D – Distinção entre ação (em sentido estrito) e omissão (pura/impura e fontes do dever de garante na omissão impura)

Dentro do conceito de ação jurídico-penalmente relevante, para uma grande parte da doutrina, está a pensar-se na ação em sentido amplo. O que quer dizer isto? O conceito de ação abarca quer as ações em sentido estrito, quer as omissões. Uma das grandes discussões, que para ABB pode ter relevância prática apesar de ser uma discussão teórica, é se a omissão, no conceito de ação em sentido amplo caber quer ação em sentido estrito quer omissão, uma das perguntas é se a omissão

faz ou não parte do género “comportamento humano”.

1 - Para uma parte da doutrina, a omissão só faz sentido dentro do género comum à ação e omissão. A omissão cabe no género “comportamento humano”. E deve ser vista como uma realidade que tem existência no mundo exterior, ao lado da ação. ABB concorda com esta posição, até porque desta posição decorre que, para haver omissão, o agente tem de ter capacidade de agir; tem de ter capacidade de adotar uma ação alternativa.

Alguns autores que defendem esta posição são **Welzel** e, entre nós, **José de Sousa Brito**. Esta é uma parte da doutrina com a qual **ABB** concorda (até porque desta posição decorre que, para haver omissão, o agente tem de ter capacidade de agir; tem de ter capacidade de adotar uma ação alternativa).

2 - Há outra parte da doutrina, nomeadamente **Mezger** e, entre nós, **Eduardo Correia**, que entende que a omissão não existe como realidade no mundo exterior, e que a omissão deve ser encarada como uma negação da ação. Isto é, a omissão é um produto, um juízo por parte do julgador. Dentro desta corrente, temos autores que defendem a chamada teoria lógica ou normativa da ação esperada – i.e., a omissão continua a ser um juízo efetuado por quem julga a ação ao relacionar o que aconteceu com a conduta esperada. Assim, parte da doutrina olha para a omissão como um produto, um juízo que se faz pensando na ação que se devia ter adotado, não sendo portanto a omissão uma realidade do mundo exterior, não tendo um substrato.

Quais as críticas que se podem fazer a esta última parte da doutrina?

- Quem faz este juízo, do qual resulta a existência de uma omissão, é o julgador. Ora, será que faz sentido o direito penal efetuar valorações sobre juízos em vez de sobre os comportamentos do arguido? Assim, no entender de **ABB**, não faz sentido avaliar a tipicidade ou ilicitude de um juízo feito por um aplicador do direito.
- Mas, para **ABB**, a principal crítica vem da chamada doutrina subjetiva da negação.

Esta doutrina é a que está na base das ideias anteriores. Na opinião de **ABB**, 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 palavra “não ser isto”. De acordo com a doutrina subjetiva da negação, “não ser isto” é a negação que se deve defender.

De acordo com a doutrina diferenciada da negação, há uma diferença entre “não ser isto” e “ser não isto”.

*Exemplo: A não salvou B. Esta afirmação pode ser verdadeira só porque A nunca teve sequer a oportunidade de salvar B; só significará que A omitiu salvar B se A teve o comportamento humano de não salvar B. “Não ser isto” é diferente de “ser não isto”. Para a doutrina subjetiva da negação, a omissão só se traduz um “não ser isto”, porque a omissão é um juízo; não está dentro do mesmo género da ação. Já para a doutrina diferenciada (chamada negação forte), defendida por **ABB**, a omissão só faz sentido se for vista dentro do mesmo género da ação – ou seja, um “ser não isto”. É um comportamento humano que se diferencia da ação; não é um “não ser isto”, é um “ser não isto”.*

Exemplo 2: quando o pai não salva o filho, aquilo não deixa de ser uma resposta, uma tomada de posição. Todas as tomadas de posição são comportamento humano, se for uma posição situacional.

3 - Há uma (terceira) parte da doutrina 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. Mas as duas são valorações. Um autor que defende esta posição é **Roxin**. Para **Roxin**, como sabemos, a ação traduz-se numa exteriorização da personalidade. Mas, para ele, a ação é um conceito valorativo; **Roxin** não defende, na sua base, um conceito ôntico (já **ABB** defende). E pode dizer-se o mesmo de **Jakobs**. Enquanto funcionalista, **Jakobs** tende a concluir que a ação e a omissão não são distinguíveis na perspetiva da competência desempenhada pelo agente na interação social. O que quer dizer isto? Para **Jakobs**, o que importa é,

quer na ação, quer na omissão, identificarmos estruturas comportamentais identificáveis socialmente. A definição de comportamento humano não será naturalística, mas centra-se na significação social dos comportamentos. É por isso que, como vimos, Jakobs definia a ação como “evitabilidade de uma diferença de resultado” (nota: o conceito social de ação é um conceito valorativo).

4 - Ainda se pode dizer que existe uma outra corrente, onde se inclui **Figueiredo Dias**, que defende que, como não há uma base comportamental no crime, tende a integrar na categoria do tipo a ação e a omissão. Para Figueiredo Dias, ação e omissão são duas formas de realização do tipo. Por isso, se começamos logo pela valoração-tipicidade, a tipicidade inclui ação e omissão – são equiparáveis. São formas específicas da realização típica.

Esta discussão, que parece demasiado teórica, não é tão teórica como isso. Por alguma razão, no manual de JFD, os crimes omissivos aparecem no fim, ao lado da participação criminosa e da tentativa. JFD faz isto, para ABB, porque não percebe que a omissão faz parte do género comum da ação. Mesmo quando quer equiparar ação e omissão no tipo não deixa de olhar para a omissão como ação estranha / realidade diferente da ação. É uma ideia de ação esperada (a omissão só faria sentido pensando na ação esperada). Caso contrário, teria estudado a omissão no capítulo da tipicidade; não a teria posto no fim.

Veja-se que ABB não concorda com isto. Quer a ação, quer a omissão tomadas de posição, que podem ou não ser controláveis pela vontade, sendo que disse depende serem ou não jurídico-penalmente relevantes.

Nota 1: para Jakobs, a definição de comportamento humano nunca será naturalística. O que interessa é se a estrutura comportamental é identificável como ação para o direito. Para ele, sê-lo-á sempre que houver uma evitabilidade, ou seja, se era possível evitar aquele tipo de resultado, temos uma ação ou omissão.

Nota 2: qual é a diferença entre ser juízo e realidade? Se a omissão deve ser vista como uma

realidade tal e qual como a ação (fazendo ambas parte do mesmo género), é desnecessário recorrer a juízos para dizer se há ou não omissão. De uma maneira muito simples, ou nós acreditamos que a ação, apesar de ser um conceito penal, é algo que tem na sua base uma estrutura ontológica, ou achamos que não tem na sua base uma estrutura ontológica (e é só valorativa). ABB considera que até podemos partir de uma valoração, não rejeitando totalmente a ideia de um conceito social de ação, mas acha que, se este conceito quer ser mais forte, precisa de ter na sua base os tais conhecimentos ónticos, que têm a ver com a realidade, o ser.

Repare-se que estamos só aqui a discutir filosofia. Como veremos, se estivermos perante uma omissão, a partir desse momento, a análise do crime será diferente. Decidir se há ação ou omissão não irrelevante na prática. Desde logo, porque dentro das omissões temos uma distinção de que já falámos – entre omissão pura (ou própria) e omissão impura (ou imprópria).

- Omissões puras – serão aquelas que, independentemente do resultado, integram o tipo.

Exemplo: omissão de auxílio (art.º 200º CP).

- Omissões impuras – são aquelas que estão relacionadas causalmente com o resultado. De acordo com o **10º, 2. do CP**, não abrangem qualquer pessoa que preencha o tipo da omissão. Só podem ser punidas por uma omissão impura a pessoa ou as pessoas sobre as quais recai um especial dever de agir.

CP | ARTIGO 200º

(Omissão de auxílio)

1 — Quem, em caso de grave necessidade, nomeadamente provocada por desastre, acidente, calamidade pública ou situação de perigo comum, que ponha em perigo a vida, a integridade física ou a liberdade de outra pessoa, deixar de lhe

prestar o auxílio necessário ao afastamento do perigo, seja por acção pessoal, seja promovendo o socorro, é punido com pena de prisão até um ano ou com pena de multa até 120 dias.

2 — Se a situação referida no número anterior tiver sido criada por aquele que omite o auxílio devido, o omitente é punido com pena de prisão até dois anos ou com pena de multa até 240 dias.

3 — A omissão de auxílio não é punível quando se verificar grave risco para a vida ou integridade física do omitente ou quando, por outro motivo relevante, o auxílio lhe não for exigível.

CP | ARTIGO 10º

(Comissão por acção e por omissão)

1 — Quando um tipo legal de crime compreender um certo resultado, o facto abrange não só a acção adequada a produzi-lo como a omissão da acção adequada a evitá-lo, salvo se outra for a intenção da lei.

2 — A comissão de um resultado por omissão só é punível quando sobre o omitente recair um dever jurídico que pessoalmente o obrigue a evitar esse resultado.

3 — No caso previsto no número anterior, a pena pode ser especialmente atenuada.

Se estivermos perante uma omissão – e vemos que é uma omissão impura – não falamos do agente típico, mas de alguém com o especial dever de agir. Para alguém ser punido pela morte da pessoa, ela tem de ter o especial dever de agir (ex.: pai). Se um de nós está na praia, por norma, não será responsabilizado por homicídio por omissão, só o pai, se alguém estiver a afogar-se. Mas ao matar-se por acção, é evidente que qualquer pessoa pode ser responsabilizada.

Nota: não há omissão, por exemplo, do nadador-salvador se o nadador-salvador se apercebe que nem ele consegue salvar a pessoa.

Para termos a noção de como é difícil por vezes, na prática, sabermos se há acção ou omissão, que Roxin chegou a criar uma figura chamada omissão por acção. Para **Roxin**, esta é uma omissão – mas por acção.

Exemplo: imagine-se que alguém empreende a atividade de salvamento, e, no último momento, desiste de salvar. Há aqui uma acção ou uma omissão? Chega ao perímetro, vê que pode salvar a pessoa, mas verifica que é o seu pior inimigo e não o salva. Nessa altura, isto é uma acção, mas deve ser valorada, para Roxin, como uma omissão.

Note-se que esta discussão – independentemente se sabermos se a acção ou omissão fazem parte do mesmo género – há critérios que a doutrina propõe para saber se estamos perante acção ou omissão.

- **Karl Engisch** (1899-1990) diz que na acção há um dispêndio de energia. Para haver acção, tem de haver esse dispêndio de energia, que já não existe na omissão. Não está cá, para ABB, a essência do crime omissivo; nele até pode haver um grande dispêndio de energia.
- **Arthur Kaufmann** dizia que, sempre que houver uma dúvida no caso concreto sobre a existência de acção ou omissão, a omissão só deve ter relevância quando aquele comportamento não puder ser encarado como acção. É uma espécie de subsidiariedade da figura da acção; a omissão só pode ser afirmada quando não houver acção. Isto não é bem um critério, segundo ABB. A crítica que ABB faz é que isto não nos diz o que é acção e o que é omissão.
- **Stratenwerth, Roxin e Figueiredo Dias** vêm dizer que o que importa é a forma da criação do perigo para o bem jurídico tutelado pela norma em causa. Eles partem da tipicidade. Na acção, dizem estes autores, o agente cria ou aumenta um

perigo; na omissão, o agente não afasta um perigo.

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

Estes são os vários critérios que permitem ver a diferença entre ação e omissão. O critério que parece a ABB mais fácil a partir do elemento da tipicidade é o proposto por Stratenwerth, Roxin e Figueiredo Dias.

Para já, porém, ABB quer que percebamos a distinção entre omissão pura e impura. As omissões impuras são as que integram o tipo independentemente do resultado (basta existir omissão para estar preenchido o tipo; não é necessário que a outra pessoa morra, por exemplo). Para ser punida por omissão de auxílio, a pessoa só tem de passar por alguém que sofreu um desastre e não a auxiliou; enquanto que, na omissão impura, já há uma relação causal com o resultado, e, por isso, para o tipo ficar preenchido, é preciso que ocorra um resultado. Em relação a estas, só podem ser punidas as pessoas que têm especial dever de agir. Faz sentido que assim seja; se todos fôssemos punidos por omissões impuras (se não fosse necessário o especial dever de agir), o direito penal imporá uma restrição enorme à liberdade dos indivíduos. A qualquer altura poderíamos ser acusados de um crime por omissão impura.

Nota: é diferente ser-se punido por omissão de auxílio e por crime de homicídio por omissão.

II.E Critérios quanto à fonte do especial dever de agir

É muito importante perceber se estamos perante uma omissão impura. Temos de perceber se o

agente, ao nível do tipo, tem especial dever de agir. Só quem tem é que deve ser punido. Há dois critérios que têm sido apresentados para aferir o especial dever de agir; dois critérios quanto à fonte do dever especial de agir.

(i) Critério formal ou teoria formal dos deveres de garante;

(ii) Critério material.

1 – CRITÉRIO FORMAL

O critério formal (ou teoria formal dos deveres de garante) diz que são três as fontes do especial dever de agir, a saber:

- Lei;
- Contrato;
- Ingerência.

A ingerência traduz-se numa *ação perigosa precedente criada pelo omitente*. Este critério é bastante simples, porque diz que, sempre que, de acordo com a lei/contrato/ingerência, a pessoa pode ter um especial dever de agir.

Apesar de este critério poder ser útil (especialmente quando estamos perdidos num caso prático), ele sofreu várias críticas e está hoje abandonado pela jurisprudência e pela doutrina. Quais são as principais críticas? A primeira é que (i) este critério não consegue abarcar todas as situações em que deve haver um especial dever de agir.

Exemplo: imagine-se que uma babysitter tem um contrato verbal com os pais de que toma conta da criança até à meia-noite. À meia-noite, os pais não aparecem e a babysitter vai-se embora, deixando a criança sozinha. A criança acorda, levanta-se e parte uma perna. Quid juris? A babysitter tem ou não especial dever de agir (partindo do pressuposto de que temos uma omissão)? De acordo com o critério

formal, há contrato até à meia-noite, mas não depois disso. O critério falha aqui porque, materialmente, faz sentido haver especial dever de agir mesmo após a meia-noite.

Este critério é considerado insuficiente, porque deixa de fora uma série de situações que deviam estar incluídas no especial dever de agir e não estão, para ABB.

2 – CRITÉRIO MATERIAL

Face às fraquezas do critério formal, surge a defesa do chamado critério material. Por que é que é material? Porque este critério vai permitir ligar a infração daquele dever 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 esse critério tem de vir do conceito de ilicitude material; daquilo que faz sentido punir face ao direito penal existente.

Quem apresentou o critério material essencial foi **Armin Kaufmann** (1922-1985). Com base no critério de Armin Kaufmann, quase todas as teorias atuais foram construídas acerca do critério material do especial dever de agir. Por isso mesmo, começaremos pela teoria de Armin Kaufmann, que permite analisar as várias situações em que há especial dever de agir face ao critério material.

De acordo com Armin Kaufmann, deve haver uma divisão bipartida da posição de garante (posição de garante = especial dever de agir). Há dois blocos de situações em que há especial dever de agir:

1 – Casos em que há o dever específico de assistência a um titular de bens jurídicos independentemente da fonte de perigo.

2 – A posição de garante resulta do dever de *vigiar uma fonte de perigo*, independentemente do titular do bem jurídico em causa.

O dever de garante pode advir ou do dever específico de assistir àquele titular do bem jurídico, ou do dever de fazer face àquela fonte de perigo, independentemente do titular do bem jurídico. Agora veremos, por sua vez, quais são as fontes deste dever de garante.

O dever específico de assistência a um titular de bens jurídicos pode, por sua vez, derivar:

1-A – Da chamada solidariedade natural para com o titular do bem jurídico, apoiada num vínculo jurídico.

Exemplo: relação entre pais e filhos – se repararmos, o pai tem o dever específico de assistir aquele titular do bem jurídico, e esse dever deriva da chamada solidariedade natural do pai com o filho e que, neste caso, está até apoiada num vínculo jurídico). Isto é válido para outras relações familiares próprias (como o casamento).

1-B – De uma estreita relação de comunidade devida ou de proximidade.

Exemplo: suponhamos que resulta de uma união de facto, de amizade ou de uma relação vizinho-vizinha (mas não é um vizinho qualquer, e sim um vizinho em que já há uma relação de confiança mútua). Nada na lei diz que o amigo tem de ajudar o amigo; não há vínculo jurídico.

1-C – De uma assunção fáctica voluntária de deveres de custódia.

Exemplo: professores, babysitters, médicos, instrutores de condução, instrutores de natação. A assunção fáctica voluntária de deveres de custódia é como que dizer contrato, mas não tem de ser um contrato em sentido formal. Cabe aqui, por exemplo,

o polícia relativamente ao cidadão; os funcionários ou encarregados de proteção do meio ambiente.

Estas são as três fontes do dever específico de assistência a um determinado titular de bens jurídicos carecido de amparo. Toda a doutrina concorda. Mas atualmente, para a maior parte da doutrina, temos de acrescentar uma outra fonte:

1-D – As situações chamadas de relações de comunidade de perigos.

Estas são 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, a outra pessoa ajuda. São, no fundo, relações entre grupos que empreendem a tal atividade perigosa (assumem riscos acrescidos), mas no pressuposto de que, se alguém ficar em perigo, o(s) outro(s) ajuda(m). Este pressuposto é fáctico.

Porém, o prof. **Figueiredo Dias**, para determinar melhor a fonte, diz que tem de haver três pressupostos para haver comunidade de perigo como fonte do dever especial de assistência:

- | |
|--|
| • <i>Relação estreita e efetiva de confiança;</i> |
| • <i>Que a tal comunidade de perigos exista realmente e não seja apenas presumida;</i> |
| • <i>Que esteja em perigo um bem jurídico concreto.</i> |

Exemplo: três pessoas ou quatro decidem, em conjunto, fazer uma escalada. A certa altura, uma delas escorrega. Quid juris? Têm ou não os outros especial dever de agir? Em princípio sim. Mas se se encontraram naquele momento já não – a não ser que tenham pré-determinado que se cuidavam uns dos outros sem se conhecerem de lado algum. Se têm a tal relação estreita e efetiva de confiança, empreendem a atividade em conjunto e fica em perigo a vida de um deles, parece que realmente os outros têm um especial dever de agir.

Esta é uma situação que a maior parte da doutrina atual considera como fonte do especial dever de agir (nota: nem todos exigem uma relação estreita e efetiva de confiança).

Mas veja-se, também, a posição da prof^a **M^a Fernanda Palma**. MFP vem dizer que só pode haver responsabilização nestes casos se fosse previsível para o agente a responsabilidade inerente à sua atividade. Para MFP, tal só existirá se houver uma autovinculação de responsabilidades, ainda que implícita por parte do agente.

Se houver uma situação em que não se pode admitir que o agente aceitaria o dever de ação, se fosse confrontado com esse dever antes de iniciar o comportamento, não há, para MFP, responsabilidade do agente. Só haveria se fosse previsível a responsabilidade inerente à sua atividade.

Exemplo de MFP: se alguém vai esquiar com um amigo para um sítio perigoso, dando-se uma avalanche em que um deles fica soterrado, só podendo salvá-lo com algum risco pessoal, para MFP, não é aceitável equiparar a omissão de socorro à ação causal de homicídio (ação de matar).

Nota: esta é uma diferença face às situações de monopólio.

Nota 2: uma situação incluir-se em mais do que uma situação de dever especial de agir não é mau (o exercício será mais fácil), embora seja conveniente destacar uma.

Este é o primeiro bloco de Armin Kaufmann, em que há o dever específico de assistência ao titular de bens jurídicos. Este dever, para quase toda a

doutrina, pode resultar de solidariedade natural, estreita relação de comunidade, assunção voluntária fática de deveres de custódia ou de uma relação de comunidade de perigos (v. diferença de posição de MFP).

Quanto ao segundo bloco – dever de vigiar uma fonte de perigo independentemente do titular do bem jurídico em causa - tem-se que este segundo grupo pode derivar de:

2-A – Comportamento prévio perigoso (situações de ingerência).

Tenho o dever de vigiar uma fonte de perigo sempre que fui eu a causa desse perigo (ingerência).

2-B – Âmbito social de domínio.

Deve poder-se confiar em quem exerce o poder de disposição sobre um determinado âmbito de domínio.

Exemplo 1: o dever do controlador aéreo. Ele tem o especial dever de agir que deriva do âmbito de domínio. Ele tem o dever de vigiar aquela fonte de perigo que resulta do seu poder disposição sobre aquele âmbito de domínio.

Exemplo 2: qualquer pessoa que possua um estabelecimento comercial ou uma instalação tem o dever de conservar as condições de segurança, de controlar os perigos (ex.: estádios, piscinas, responsabilidade do produtor pelo produto). O dever de vigiar a fonte de perigo resulta do âmbito social de domínio.

2-C – Dever de vigiar a ação de terceiros por parte de quem exerce sobre esse terceiro um poder de domínio ou controlo.

Por último, o dever de vigiar certa fonte de perigo 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 o dever de vigiar os perigos que vêm dos filhos; os professores dos alunos; mas não cabem só situações em que alguém tem o dever de vigiar o terceiro com uma responsabilidade limitada. Há, também, os casos das relações de autoridade/subordinação. Alguém que dirige as forças armadas tem o dever de vigiar os perigos que advenham dos seus alunos.

Note-se que os pais assumem perante os filhos de vigiar os perigos que decorrem dos próprios filhos. Imagine-se que uma criança tem a cesso a uma pistola e dispara. O pai tem dever especial de agir. A mesma coisa se passa com animais de estimação.

Há várias polémicas à volta destas fontes.

Note-se que o dever de vigiar a fonte de perigo independentemente do titular pode resultar de comportamento prévio perigoso, fontes de ingerência. Há uma discussão interessante na doutrina de saber se esse comportamento prévio perigoso pode ou não ser uma conduta lícita ou se terá de ser sempre uma conduta ilícita.

Exemplo: imagine-se que alguém, para se defender de um soco ou uma arma, dá um soco a outra pessoa, e essa outra pessoa fica caída no chão a precisar de ajuda.

Quem atuou em legítima defesa tem o dever de vigiar os perigos que advêm do seu comportamento prévio perigoso? A ingerência lícita pode ser fonte de especial dever de agir? Terá a pessoa de chamar uma ambulância, sendo-lhe vedado abandonar a outra? Há uma discussão na doutrina.

Quem defende que não há dever especial de agir vai ao encontro da posição de MFP; quem considera que há vai ao encontro de JFD.

>>> **MFP** acha que, caso a pessoa tenha atuado em legítima defesa, não há dever de agir, porque não ultrapassou a esfera de liberdade de ação própria, não adquirindo, por isso, qualquer responsabilidade sobre os bens da esfera privada de outrem.

>>> **JFD** considera atualmente que, nestes casos de legítima defesa, poderá haver especial dever de agir.

No entanto, há uma situação considerada por MFP em que, apesar de a atuação prévia ter sido lícita, há dever especial 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 num passeio. Há aqui alguma ação jurídico-penalmente relevante? EM princípio não: se a pessoa não consegue controlar o carro, não podia controlar a ação (a não ser que pudesse, antes de entrar no carro, prever que os travões iam falhar). Neste caso, MFP considera que já há o dever de vigiar esta fonte de perigo. Apesar de o comportamento prévio do agente ser ilícito, a pessoa que vai no carro tem dever especial de agir, para MFP.

Para o autor alemão **Otto**, haverá posição de garante sempre que a expectativa de 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 deve ir a solidariedade humana; até onde é que faz sentido exigí-la. É uma das grandes discussões do direito penal. Assim, para MFP, tudo depende do tipo de comportamento prévio perigoso que está na base. Se for lícito por ser legítima defesa, não há dever de agir (pois a pessoa não ultrapassou a esfera de liberdade de ação própria); já na situação em que o seu próprio carro tem uma avaria e vai contra a pessoa, apesar de a ação não ter sido ilícita,

não faz sentido fazer recair o risco de o carro se avariar sobre a outra pessoa (não faz sentido fazer a outra pessoa suportar a intromissão na sua esfera de liberdade, mesmo que o condutor não tenha tido qualquer intencionalidade).

28 FEV 2019

Sumário: Omissões (continuação).

Na última aula, falámos das fontes do especial dever de agir nas omissões. Como ABB referiu, na última aula, falámos sobre ação e omissão.

Distinguimos da omissão pura/própria da impura/imprópria. Estávamos a tentar perceber quando há o especial dever de agir nas omissões impuras; ao longo do tempo, surgiram vários critérios, incluindo o formal e o material. Como vimos, é bom termos presente o critério formal, pois ajuda, por vezes, a pensar sobre a matéria. Mas é um critério incompleto e insuficiente, não abarcando uma série de situações em que deve haver especial dever de agir.

Face ao critério formal, as fontes do dever especial de agir são lei, contrato e ingerência. Na altura, referimos o critério material apresentado por Armin Kaufmann. A maior parte da doutrina adota esta teoria – nomeadamente Roxin e Jakobs. Todos eles se baseiam no critério material de Armin Kaufmann.

O prof. **Figueiredo Dias** apresenta uma variante desta teoria material, que se pode denominar conceção material-formal. No fundo, o que JFD propõe é a conjugação das teorias material e formal. O que é que ele diz que é uma teoria material-formal? JFD vai, por um lado, buscar à ideia de solidariedade natural para com o outro a principal fonte do dever especial de agir – e, nesse sentido, é, sem dúvida, um critério material, mas, para o prof. Figueiredo Dias, não basta demonstrar essa solidariedade natural com o outro. É preciso que ela tenha apoio num vínculo jurídico. De onde se retira esse vínculo jurídico? Figueiredo Dias retira-o ao sentido da ilicitude material. Quer isto dizer que, quando face a um certo tipo de crime, se chega à conclusão de que o desvalor da omissão corresponde, no essencial, ao desvalor da ação,

então a tal solidariedade natural passa a ter um apoio na norma, no ilícito.

Esta maneira de JFD referir as fontes do dever especial de agir está relacionada com as ideias de **Otto**. Este autor alemão não fazia uma distinção entre as fontes do especial dever de agir; o que lhe interessava era se fazia ou não sentido equiparar a omissão à ação, tendo em conta o ilícito do tipo. Isto é, quando o dano que aquela conduta causa à sociedade é significativo – ou seja, é tão grave como a lesão daquele bem por ação – deve haver equiparação entre ação e omissão.

O que ABB acha é que Figueiredo Dias vai mais longe: dá-se ao trabalho de explicar quando é que esse dano é tão grave ao ponto de ser equiparada à lesão por ação. Vai buscar à ideia de solidariedade natural. O grande problema é perceber se, no caso concreto, há solidariedade natural. No fundo, a ideia é até que ponto o direito penal deve exigir a solidariedade do outro, a solidariedade social. Como já devemos ter percebido, ao impormos o especial dever de agir ao agente, estamos a restringir a liberdade desse agente, pois, caso não cumpra esse dever, será punido por um crime de resultado (não é brincadeira).

Nota: a ideia de Otto é – se eu achar que a omissão causa dano à sociedade de forma tão grave como havendo ação, deve haver equiparação. O prof. Figueiredo Dias, para ABB, é mais exigente: exige não só essa necessidade de equiparação entre ação e omissão ao nível do tipo, mas também que se baseie na ideia da solidariedade natural. Não basta olhar para o ilícito e dizer que são equiparáveis ação e omissão; é ainda preciso exigir o especial dever de agir. Para ABB, Figueiredo Dias concretiza melhor.

Mas, como vimos, qual é a teoria de Armin Kaufmann? Quais são os dois grandes blocos? Quando exista um dever específico de assistência a dado titular de um bem jurídico, independentemente da fonte de perigo, e quando exista um dever de vigiar uma fonte de perigo, independente do titular do bem jurídico.

II.F - Situações de monopólio

Mas agora há outra discussão que se coloca a propósito do segundo bloco – dever de vigiar um a fonte de perigo independentemente do titular do bem jurídico – e é sobre saber se existe ou não dever especial de agir nas situações de monopólio.

A situação de monopólio caracteriza-se, desde logo, por ser uma situação que surge do acaso. Por isso, é uma situação accidental, instantânea. Além de ser accidental, é uma situação-limite. É uma situação-limite porque o agente é a única pessoa que está em posição de evitar o resultado, e evitá-lo não lhe exige grande esforço.

Haverá ou não especial dever de agir? Ou só um dever moral?

Exemplo: alguém está na praia e uma pessoa está a afogar-se. A única coisa que a outra pessoa tem de fazer é entrar na água e dar-lhe um braço, e é a única pessoa em condições de o fazer. Tem ou não especial dever de agir?

Parte da doutrina diz que só há dever moral, e não podem ser fonte do especial dever de agir os deveres (só) ético-morais. Outra parte da doutrina diz que, nestes casos, faz sentido haver um especial dever de agir.

ABB acha que há especial dever de agir, mas há que ver a posição de outros autores da nossa doutrina, com algumas variações. Seja como for, para ABB, entra aqui a ideia da solidariedade natural. Faz sentido o direito penal exigir a solidariedade natural: não exige grande esforço (a pessoa não põe em causa os seus próprios bens jurídicos) e é só a pessoa que pode evitar o resultado naquele momento.

Nota: em penal, a prova é sempre a prova possível. Mas a ideia é: demonstra-se que, perante uma situação de perigo, a única pessoa que estava na posição de fazer era aquela.

Nota 2: na dúvida, decide-se a favor do arguido, com base no princípio da presunção da inocência (*in dubio pro reo*).

Como é que se pune esta pessoa, se ela não teve exatamente a mesma conduta do que uma pessoa que mata por ação? A prof^a **M^a Fernanda Palma** diz que, nestes casos da praia, não há especial dever de agir. Porque não se pode ficcionar que o agente

tenha aceitado o dever de evitar a morte de outrem nestas situações. Quando vou passear à praia, não está à espera que apareça uma pessoa a necessitar da minha ajuda. Não aceitei autovincular-me ao dever de evitar o que quer que fosse.

Há uma situação em que MFP já admite o especial dever de agir. Imagine-se que A acompanha B a um hotel para terem relações sexuais contratadas anteriormente, e B vem a ter um ataque cardíaco. E A sai do quarto, morrendo por falta de assistência médica. Para MFP, nestes casos, a pessoa já aceitou implicitamente (já se autovinculou) o especial dever de agir – só porque aceitou ser contratada. Há uma aceitação da responsabilidade pelo outro (neste caso, pela vida da pessoa), ainda que implícita.

Exemplo: há um caso muito conhecido nos EUA, People v. Beardsley (1907). Um homem casado resolveu passar o fim de semana com uma senhora e, durante esse fim de semana, a senhora ingeriu uma dose de morfina. O senhor nada fez e ela morreu, porque não foi assistida. O senhor foi condenado por homicídio por omissão num tribunal de 1ª instância, mas o Supremo Tribunal considerou que ele não tinha especial dever de agir – só tinha o dever moral.

Veja-se que JFD ainda vai mais longe. Vem dizer quer não é preciso ser uma situação em que só uma pessoa pode salvar. Para JFD, desde que haja um conjunto de pessoas que se possa determinar, há uma situação de monopólio. Se houver 3, as 3 são punidas. O prof. Figueiredo Dias considera que não é preciso haver uma só pessoa capaz de evitar o resultado numa situação de monopólio. Para haver situação de monopólio, para JFD, basta:

- Domínio fáctico absoluto da situação (a pessoa controla a situação, está próxima da situação);
- Perigo iminente para o bem jurídico (agudo);
- Possibilidade de o grupo determinado de pessoas evitar o resultado sem ter de incorrer numa situação de perigo ou danosa para si próprio.

Nota: o grupo de pessoas tem de ser rigorosamente definido. Se estão 10 pessoas só na praia, nenhuma

estica o braço e conseguimos determiná-las com rigor, elas são as únicas que podem evitar o resultado, e podem ser punidas.

Nota 2: e se alguém tem o curso de primeiros socorros? Talvez tenha maior dever especial de agir, para ABB.

Nota 3: basta um agir para os outros deixarem de ter responsabilidade, em princípio. E se alguém pega no telefone e na verdade não liga? Os outros não sabem disso; não há sequer negligência da parte dos outros.

Nota 4: estamos a falar de homicídio por omissão. Quando decidimos pelo homicídio por omissão (e não omissão de auxílio), a maioria da doutrina entende que se aplica a norma do homicídio por omissão. Se não houver especial dever de agir, só é possível punir por omissão de auxílio.

Isto mostra que o tema das fontes do especial dever de agir continua a ser discutido.

Hipótese 3

Uma rapariga, tendo ficado grávida, 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?

A primeira questão é saber se há uma ação jurídico-penalmente relevante. Não só é controlável pela vontade, como é mesmo controlada. Temos ação.

A dúvida é: dentro da figura da ação, temos uma ação em sentido estrito ou uma omissão? Lembremo-nos dos critérios de distinção. Na omissão, a pessoa não diminui o risco que já existe. Aqui, do ponto de vista do tipo de crime, o relevante

é não ter ido ao hospital, não ter desobstruído as vias respiratórias, não ter chamado a irmã. O relevante é não ter diminuído o risco. É isso que distingue, dentro do conceito em sentido amplo, as ações das omissões. Para **Roxin**, *na ação, a pessoa cria ou amenta o risco; na omissão, a pessoa não diminui o risco existente*.

O facto de existir uma omissão não significa que possam existir comportamentos ativos do ponto de vista natural.

Havendo uma omissão, qual é a próxima preocupação? Ver se não há dever especial de agir. Isso virá aqui do critério material, da solidariedade natural apoiada num vínculo jurídico. Tinha o dever de vigiar aquele titular.

O tribunal decidiu que a rapariga deixou morrer o bebé. Note-se que, para ser infanticídio, é preciso demonstrar que a prática do crime proveio do parto. A consequência é pena de prisão de 1 a 5 anos.

Hipótese 4

António e Bento estavam a trabalhar num andaime situado a 5 metros do solo, quando este último, vítima de um choque elétrico que o projetou para trás, empurrou António, fazendo-o cair do andar. António ficou gravemente ferido. Bento, imigrante brasileiro em situação ilegal, receando vir a ser descoberto, decidiu fugir do local sem prestar qualquer auxílio a António.

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

O que resulta do choque não é uma ação jurídico-penalmente relevante. Nem sequer havia possibilidade de controlar por parte do agente. Neste caso, ABB acha que temos um ato de vis absoluta. Veja-se que o ato de vis absoluta é um ato em que o corpo da pessoa não tem qualquer vontade ou atividade; é um mero instrumento. Note-se que isto é diferente dos atos automáticos, embora aí também não tenhamos uma ação jurídico-penalmente relevante. Se não há essa ação jurídico-penalmente

relevante, não pode haver condenação pelo crime de homicídio.

Mas a verdade é que António cai e fica a precisar de ajuda. António fica gravemente ferido e Bento, por ter receio de ser descoberto, desaparece. Veio a provar-se que António morreu por não ter sido tempestivamente auxiliado. Aqui já há claramente uma omissão; há um risco para a vida de outrem, e Bento não faz absolutamente nada para o evitar. Não diminui um perigo existente.

A discussão que fizemos a propósito da ingerência tem consequências práticas. Há uma discussão na doutrina sobre se a ingerência lícita pode ser fonte do dever especial de agir. Neste caso, o corpo é uma massa inerte e é de um comportamento pelo qual a pessoa não tem qualquer responsabilidade que advém o perigo, mas não faz sentido fazer correr o risco que ele objetivamente criou na esfera do outro. Apesar de ser um comportamento lícito, não deixa de ser um comportamento prévio perigoso, objetivo, que deve ser fonte do dever especial de agir. Este caso é similar àquele em que a pessoa perde os travões e vai contra o carro de outra pessoa. Não faz sentido que seja a outra pessoa a suportar o risco.

Nota: quando temos um caso em que consideramos haver mais do que um especial dever de agir, não podemos deixar de discutir esse problema. As duas fontes do especial dever de agir colocadas nesta aula são comportamento prévio perigoso ou uma situação de estreita comunidade ou proximidade – eventualmente, uma assunção fáctica voluntária de deveres de custódia – por exemplo, quando uma pessoa faz uma obra com outra, ABB admite que seja talvez possível que um trabalhador assume este tipo de dever. No exame podíamos apontar a mais adequada e um “também poderíamos discutir se”.

Importante: se identificarmos que no caso concreto há dever especial de agir, punimos a pessoa por omissão impura. Só no caso de não se punir a pessoa por uma omissão impura (que é muito mais grave) é que se pode porventura integrar o tipo de omissão de auxílio.

Nota: Figueiredo Dias é dos poucos autores que dizem que as situações de monopólio existem

mesmo quando não seja só uma pessoa na posição de evitar o resultado. Mas exige um número determinado de pessoas.

200º CP – omissão de auxílio.

CP | ARTIGO 200º

(Omissão de auxílio)

1 — Quem, em caso de grave necessidade, nomeadamente provocada por desastre, acidente, calamidade pública ou situação de perigo comum, que ponha em perigo a vida, a integridade física ou a liberdade de outra pessoa, deixar de lhe prestar o auxílio necessário ao afastamento do perigo, seja por acção pessoal, seja promovendo o socorro, é punido com pena de prisão até um ano ou com pena de multa até 120 dias.

2 — Se a situação referida no número anterior tiver sido criada por aquele que omite o auxílio devido, o omitente é punido com pena de prisão até dois anos ou com pena de multa até 240 dias.

3 — A omissão de auxílio não é punível quando se verificar grave risco para a vida ou integridade física do omitente ou quando, por outro motivo relevante, o auxílio lhe não for exigível.

Há um caso muito interessante estudado pela psicologia em Londres. Era um condomínio fechado, há um casal e vê-se o homem a bater a mulher no jardim em comum. Algumas pessoas estavam à janela. Toda a gente pensou que alguém ligou para a polícia, mas ninguém ligou.

Ainda a propósito do dever especial de agir, há a questão da discussão de saber se é ou não constitucional o **artigo 10º, 2.**, ao equiparar a acção à omissão quando haja especial dever de agir.

CP | ARTIGO 10º

(Comissão por acção e por omissão [Pressupostos da punição])

1 — Quando um tipo legal de crime compreender um certo resultado, o facto abrange não só a acção adequada a produzi-lo como a omissão da acção adequada a evitá-lo, salvo se outra for a intenção da lei.

2 — A comissão de um resultado por omissão só é punível quando sobre o omitente recair um dever jurídico que pessoalmente o obrigue a evitar esse resultado.

3 — No caso previsto no número anterior, a pena pode ser especialmente atenuada.

Discute-se na doutrina se é ou não constitucional ou inconstitucional o art.º 10º, 2. do nosso CP, porque ele vai equiparar a omissão à acção com base no especial dever de agir. Como já percebemos, para a maior parte da doutrina, o especial dever de agir deve ser encontrado através de um critério material. Sendo assim, qual é o princípio de direito penal que fica em causa? O princípio da legalidade, nomeadamente o que exige que a norma penal seja determinada – princípio da tipicidade.

Estará aqui em causa o princípio da determinabilidade da norma jurídica? Aqui **ABB** tem alguma facilidade em defender a constitucionalidade do 10º. **ABB** - como parte da doutrina – considera que acção e omissão são realidades que se inserem no mesmo género comum do comportamento humano, ao nível ontológico. Assim, quando o legislador diz “quem matar outrem”, está a prever o matar quer por acção, quer por omissão – e, por isso, o art.º 10º, 2. atua como uma cláusula restritiva. A interpretação restritiva é permitida.

II.G – Constitucionalidade do 10º, 2. da CRP

Quem diverge de ABB, e não considera que ação e omissão se possam equiparar ao nível ontológico (não cabendo no mesmo género do comportamento humano) já terá mais dificuldade em aceitar a constitucionalidade do 10º, 2. Mas mesmo assim, tenderá a entender-se que esta norma é suficientemente precisa, e, por isso não põe em causa o princípio da legalidade. Figueiredo Dias defende uma teoria material-formal, em que o carácter da determinabilidade da norma não é posto em causa, porque o núcleo essencial está lá (se não estivesse, haveria violação do princípio da tipicidade – não há crime nem pena sem lei).

Para a maior parte da doutrina esta norma não é inconstitucional, mas com fundamentos diferentes dos defendidos por ABB. No caso de ABB, é porque é mesmo uma cláusula restritiva, nunca pondo então em causa o princípio da legalidade. O legislador está a prever que só é punido quem tem especial dever de agir, no entender de ABB. Já para JFD, o 10º, 2. é compatível com o sentido garantístico do princípio da legalidade, pois o núcleo essencial do ilícito está assegurado.

Como JFD defende a teoria formal-material, considera que a norma do 10º, 2. é suficientemente precisa para sabermos o conteúdo do ilícito. E o conteúdo essencial do ilícito resulta da lei, como exigido pelo princípio da legalidade. É claro que Figueiredo Dias pode defender isto por acreditar que consegue determinar com rigor as situações em que há especial dever de agir. Isso já é discutível. Na tese de ABB, não há este problema.

III. TIPICIDADE

Saímos agora do primeiro elemento do crime e entramos no segundo elemento: a tipicidade. A partir do momento em que chegamos à conclusão de que existe uma ação jurídico-penalmente relevante – e é isso o mais importante, antes de discutir se há ação ou omissão - o próximo passo é averiguar se essa ação é típica.

Como sabemos, quem criou a teoria da tipicidade foi **Beling**, no âmbito da escola clássica.

Para se afirmar que uma ação é típica, temos de ver se *aquela conduta se integra ou subsume a um determinado tipo legal de crime*. Este conceito de tipo, que utilizamos na análise do crime, é um conceito de tipo indiciário.

III.A – Várias aceções da palavra tipo

Como já dissemos a propósito das escolas, há uma distinção fundamental a fazer a propósito do conceito de tipo: há o tipo indiciário e há o tipo essencial. Neste momento, quando estamos só a tentar averiguar se a conduta está conforme determinado tipo legal ou se integra nele, o tipo é o tipo indiciário. Porquê? Porque abrange as circunstâncias descritas na previsão do tipo legal, e apenas as circunstâncias descritas na previsão do tipo legal.

Mas, na análise do crime, o nosso tipo indiciário é um conceito de tipo indiciário mais amplo do que o de **Beling**. Isto porque, como iremos ver, nesta altura, cabem também no tipo indiciário aquelas circunstâncias que se encontram nas chamadas normas extensivas da punibilidade (ou da tipicidade).

Quando estivermos perante um caso de tentativa ou um caso de participação criminosa, o tipo que usaremos é o que resulta do tipo legal conjugado com estas normas extensivas da tipicidade (por exemplo, as normas que preveem a tentativa ou a participação criminosa). Beling não teve, ainda, essa preocupação.

Note-se que a palavra “indiciário” até é uma palavra que nos vai ajudar. Perceberemos que, quando está preenchido o tipo, se indicia a ilicitude do comportamento. É que, quando analisarmos a ilicitude, veremos que a ilicitude se analisa pela chamada técnica negativa da exclusão. Significa isso que, para afirmarmos se o comportamento é lícito ou ilícito, temos de ver se se verifica ou não alguma causa de exclusão da ilicitude. Se se

verificar, exclui-se a ilicitude; se não se verificar, não se exclui.

CP | ARTIGO 131º

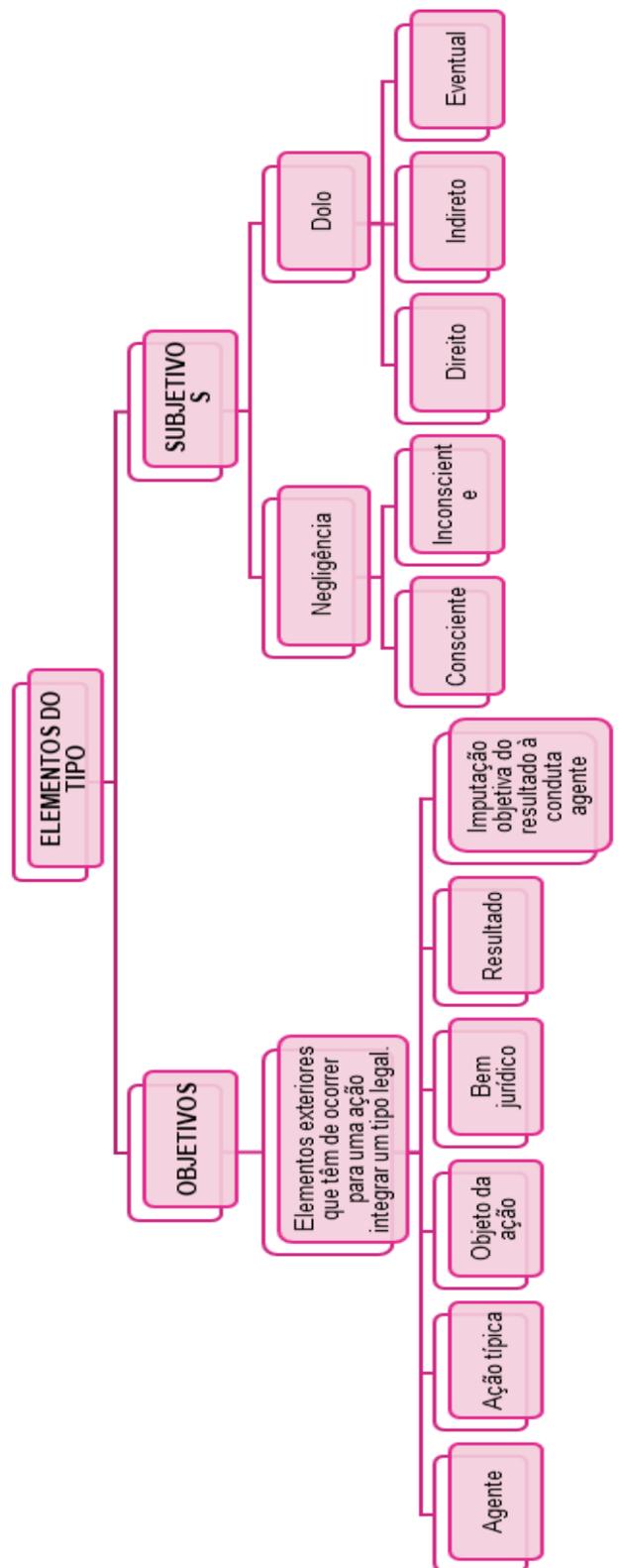
(Homicídio [Dos crimes contra a vida])

Quem matar outra pessoa é punido com pena de prisão de oito a dezasseis anos.

Numa análise de um caso concreto, pode estar preenchido o tipo do 131º mas vir a provar-se que A preencheu o tipo do 131º porque B tinha uma arma apontada a A, tendo-se que A praticou uma ação jurídico-penalmente relevante que preenche a previsão do 131º, indicia a ilicitude do seu comportamento, mas, uma vez que atuou em legítima defesa, exclui-se a ilicitude. Isto parece fácil. Aprenderemos agora como se chega à conclusão de que um comportamento se subsume a um tipo legal de crime.

Para já, de uma maneira muito simples, temos, por um lado, de averiguar se no comportamento estão presentes os chamados elementos objetivos do tipo.

E, a seguir, temos de averiguar se estão presentes os elementos subjetivos do tipo (dolo* ou negligência – são só dois). É claro que isto pressupõe quais são os elementos objetivos e subjetivos do tipo.



III.B – Tipo objetivo

Os elementos objetivos são, no fundo, os *elementos exteriores que têm de ocorrer para ação se integrar num tipo legal*. No homicídio, distinguimos:

- Agente;
- Ação típica;
- Objeto da ação (= vítima, mas não tem de ser necessariamente uma pessoa);
- Resultado (este elemento só existe, porém, nos crimes de resultado, e nem todos os crimes são tipos de resultado**);
- Ligação causal entre a ação e o resultado + imputação objetiva do resultado à conduta do agente;
- Bem jurídico.

**dentro do dolo temos: direto, necessário e eventual. Na negligência, há duas formas: consciente e não consciente.*

***por exemplo, a omissão de auxílio não é um crime de resultado. Basta omitir o auxílio; não é preciso mais nada.*

Em direito penal, não basta provar a ligação causal entre a ação e o resultado. Temos de provar, além da relação causal, a chamada imputação objetiva do resultado à conduta do agente. É uma das questões mais complexas do tipo objetivo. Sem exagero, há mais de mil monografias sobre imputação objetiva (segundo ABB).

Ainda falta um elemento objetivo: o bem jurídico. É o elemento objetivo central. Para que serve o direito penal? Proteger bens jurídicos fundamentais. É essa a sua função primordial.

A maior parte da doutrina entende que, sempre que temos de subsumir uma ação ao tipo, devemos averiguar se estão presentes os elementos objetivos, e só depois averiguamos se estão presentes os elementos subjetivos. Seguiremos isto

por uma questão pedagógica, embora, para ABB, a análise devesse começar pelos elementos subjetivos e só depois devesse ir para os elementos objetivos. Assim, a nossa análise será a da maioria da doutrina, e não a de ABB.

III.C – Classificações dos tipos legais segundo os elementos objetivos comuns

Vamos analisar as classificações dos crimes com base nos elementos objetivos do tipo.

1 – AGENTE

A primeira classificação surge com base no elemento objetivo **(i) agente** (“quem”):

- Crime comum – é um crime que pode ser realizado por qualquer pessoa.
- Crime específico – é um crime que só pode ser efetuado por determinadas pessoas com certas qualidades.

Dentro dos crimes específicos, temos ainda uma divisão. Há os chamados crimes específicos impróprios e os crimes específicos próprios:

- Crimes específicos impróprios - são aqueles que têm correspondência com outro crime que pode ser praticado por qualquer pessoa. Assim, o 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.

Exemplo: se houver violação de domicílio, praticada por qualquer pessoa, vamos buscar o art.º 190º. Mas se esse crime for praticado por um funcionário, aí aplica-se o art.º 378º.

Exemplo: a omissão impura é um crime específico próprio. Porquê? Porque só pode ser praticado por quem tem especial dever de agir.

CP | ARTIGO 190°

(Violação de domicílio ou perturbação da vida privada [Dos crimes contra a reserva da vida privada])

1 — Quem, sem consentimento, se introduzir na habitação de outra pessoa ou nela permanecer depois de intimado a retirar-se é punido com pena de prisão até um ano ou com pena de multa até 240 dias.

2 — Na mesma pena incorre quem, com intenção de perturbar a vida privada, a paz e o sossego de outra pessoa, telefonar para a sua habitação ou para o seu telemóvel.

3 — Se o crime previsto no n.º 1 for cometido de noite ou em lugar ermo, por meio de violência ou ameaça de violência, com uso de arma ou por meio de arrombamento, escalamento ou chave falsa, ou por três ou mais pessoas, o agente é punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa.

Nota: no infanticídio, não há um crime específico, e sim um crime derivado. O infanticídio parte de um crime fundamental e, por ter certas circunstâncias atenuantes, tem uma pena diferente. O que vimos agora nos crimes específicos impróprios é agravamento por o crime ter sido praticado por alguém com uma especial qualidade. ABB teria muita dificuldade em ver o infanticídio como crime específico impróprio. O que caracteriza o crime específico é exigir que o agente tenha dada função; ABB não acha que o pai ou a mãe se enquadrem nisso. No caso de ser mãe, seriam “todas as mães”.

Nota 2: a primeira qualificação é privilegiado/qualificado. A qualificação de específico próprio/impróprio surge com crimes que só podem ser praticados por certas pessoas, devido às suas funções profissionais ou de atividade, não de serem pais ou mães, ou terem uma relação especial com o ofendido.

CP | ARTIGO 378°

(Violação de domicílio por funcionário [Do abuso de autoridade])

O funcionário que, abusando dos poderes inerentes às suas funções, praticar o crime previsto no n.º 1 do artigo 190.º, ou violar o domicílio profissional de quem, pela natureza da sua actividade, estiver vinculado ao dever de sigilo, é punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa.

Ainda a propósito disto, há uma outra denominação, pouco qualificada mas que existe – os chamados crimes de mão própria. São *aqueles crimes que só podem ser praticados na forma de autoria direta e singular*. Isto é, o crime só pode ser praticado pelo próprio.

Exemplo: o crime de bigamia só pode ser praticado pelo próprio (mas a violência doméstica, por exemplo, já pode ser a mando).

- Crimes específicos próprios – são aqueles crimes que não têm correspondência com outros crimes – e, por isso, só podem ser praticados por pessoas com determinadas qualidades.

2 – AÇÃO TÍPICA

A propósito do segundo elemento do tipo – que se pode dizer ser a ação típica, embora não haja propriamente uma ordem – já percebemos que há crimes por ação e crimes por omissão.

Exemplo: crime de conduzir embriagado. Quem conduzir com 1,2 g/l preenche o tipo, bastando conduzir com 1,2 g/l.

3 – OBJETO DA AÇÃO

Depois temos o objeto da ação, como terceiro elemento. A noção de objeto da ação é *objeto do mundo exterior em qual ou em relação ao qual se realiza a ação típica*.

Nota: por vezes, os alunos dizem que o objeto da ação “foi o revólver”. Isto está errado.

- Crimes de perigo concreto – são aqueles para cuja consumação já se exige que seja realmente colocado em perigo determinado bem jurídico.

Exemplo: exposição ou abandono. No caso da mãe que abandona a criança à porta do orfanato, na esperança de que alguém trate dela (sem dolo de homicídio, admitamos), para a mãe ser punida pelo crime consumado, é preciso provar-se que houve perigo. Isto para punir pelo crime consumado (também poderia haver tentativa). Por que é que é um crime de perigo concreto? Porque só o facto de abandonar não é crime – admitindo que a mãe estava sempre a vigiar a criança à distância.

4 – BEM JURÍDICO

Com base no bem jurídico, faz-se uma distinção importante entre:

- Crimes de dano (ou de lesão) – é um crime para cuja consumação a lei exige a *efetiva lesão do bem jurídico*.

Exemplo de crime de dano: crime de homicídio. Para o crime de homicídio estar preenchido, é preciso que haja efetiva lesão do bem jurídico vida.

- Crimes de perigo – ao contrário dos crimes de dano, não implicam a efetiva lesão do bem jurídico e o perigo surge como fundamento da punição.

Dentro dos crimes de perigo, temos:

- Crimes de perigo abstrato – para o tipo estar preenchido, basta haver uma ação adequada a produzir o perigo.

07 MAR 2019

Sumário: Elementos objetivos do tipo (continuação).

Na última aula, vimos o segundo elemento constitutivo do crime – a tipicidade. Como sabemos, sempre que tivermos um caso prático, temos de começar por ver se existe ou não uma ação jurídico-penalmente relevante. Só se houver é que nos interessa saber se essa ação é típica.

Para JFD, deve começar-se logo pelo conceito de ação típica. Como vimos, ABB discorda e acha que se deve começar pelo conceito de ação. E o próprio Figueiredo Dias utiliza o conceito de ação para excluir aqueles comportamentos que não são relevantes para o direito penal.

Estávamos a perceber como se analisa se uma ação é típica ou não. A maneira mais comum – a análise lógica do crime – implica verificar se estão presentes os elementos objetivos do tipo, e verificar se estão presentes os elementos subjetivos.

Elementos objetivos:

- Agente;
- Ação típica;
- Objeto da ação;
- Resultado;
- Imputação objetiva do resultado à conduta do agente;
- Bem jurídico.

Elementos subjetivos:

- Dolo
- Negligência.

Estávamos a desenvolver a classificação dos crimes consoante os elementos objetivos. A propósito da lesão ou não do bem jurídico, há que distinguir os crimes de dano dos crimes de perigo.

O crime de dano é aquele que exige, para a sua consumação, que haja a lesão do bem jurídico. E o crime de perigo? Não é necessário que ocorra a lesão. O melhor é dizer que o perigo surge como fundamento da punibilidade. Mas, dentro dos crimes de perigo, há uma distinção importante a fazer – entre os crimes de perigo abstrato e os crimes de perigo concreto.

O pôr em perigo é um elemento do tipo, mas qual elemento do tipo? Resultado. Nos crimes de perigo concreto, a colocação em perigo do bem é o resultado.

Nota: dano é lesão do bem; perigo é possibilidade de lesão do bem.

Nota 2: a palavra “mera atividade” não se aplica à omissão pura; o que caracteriza a omissão é a inatividade. Na omissão pura, basta a omissão para o tipo de crime estar preenchido. Daí a mera atividade surgir como omissão pura.

Ainda há um *tertium genus* chamado:

- Crime de perigo abstrato-concreto (não se contrapõe com os outros). É diferente dos crimes de perigo abstrato porque o próprio tipo exige que a ação tenha de ser adequada a causar perigo (e não que a ação tenha de ser abstratamente perigosa). Aqui, o próprio legislador tem de dizer no tipo que a ação é adequada a causar o perigo.

Exemplo: “de forma adequada a provocar suicídio” – este é o exemplo de crime de perigo abstrato-concreto. O próprio legislador exige que a ação seja adequada a produzir o perigo.

Claro que é às vezes difícil perceber se a ação é abstratamente perigosa ou adequada a produzir o perigo. Há que olhar ao tipo e ver se ele exige que a ação seja adequada a produzir o perigo. O legislador exige mais do que a ação ser abstratamente perigosa – tem de ser adequada a produzir o perigo.

Dentro dos crimes de perigo, há também:

- Crime de perigo singular – são aqueles em que um bem jurídico é colocado em perigo.

Exemplo: art.º 138º.

- Crime de perigo comum – são aqueles em que é colocado em perigo um conjunto de bens jurídicos.

Exemplo: art.º 253º.

5 – RESULTADO

Outro elemento objetivo do tipo, que não existe sempre – pois nem todos os crimes são crimes de resultado – é o resultado. O resultado é um evento espaciotemporalmente separado/separável da ação. A propósito do resultado, também se faz uma classificação.

Os crimes formais opõem-se aos chamados crimes materiais ou de resultado.

- Crimes formais – são aqueles crimes onde não é necessário verificar-se um certo resultado para o tipo ficar preenchido, e, por isso, basta que se verifique uma certa conduta. Pode haver crimes formais por ação (*mera atividade*) e crimes formais por omissão (*omissões puras*).

- Crimes materiais ou de resultado – como o próprio nome indica, são aqueles crimes que pressupõem a verificação de um certo resultado para o tipo ficar preenchido.

Nota: não confundir resultado com lesão do bem jurídico. Para já, o resultado às vezes não é a lesão do bem jurídico. Ele pode ser a criação de um perigo. Não façamos coincidir a noção de crime de resultado com crime de dano. Além disso, há crimes de lesão

que não são crimes de resultado. Um exemplo (além de difamação): violação de domicílio. Há a violação da intimidade da vida privada, mas não há resultado. Não é possível separar a ação do resultado. A ação não é separável do resultado introduzir-se em casa alheia, mas há lesão do bem jurídico vida privada.

Estas classificações têm mais interesse para sabermos a terminologia usada nos textos. Ao ouvir a palavra “crime material”, estamos a falar num crime de resultado; “mera atividade”, basta uma ação típica. Mas o mais importante é subsumir uma ação ao tipo num caso prático. Assim, ficamos atentos e percebemos que há crimes de lesão que não são crimes de resultado; há crimes de resultado que não implicam a lesão do bem jurídico porque basta o perigo, etc.

Uma ajuda para distinguir é que ABB distinguiu crime de dano e de perigo quando falou do bem jurídico. No dano, é preciso a lesão do bem jurídico; no crime de perigo, o perigo é o fundamento da punibilidade.

Uma coisa é o resultado, outra coisa é o bem jurídico. O resultado de um crime nem sempre se traduz na lesão de um bem jurídico. E é quando isto acontece que temos de chamar a figura dos crimes de perigo. São classificações distintas. O resultado nem sempre é a lesão de um bem jurídico; ele pode ser a criação de perigo para o bem jurídico. Por vezes, nos crimes de perigo concreto, pensamos que não temos de analisar a imputação objetiva. E temos na mesma.

Há outras classificações. Por exemplo, quanto ao momento da consumação há:

- Crimes duradouros ou permanentes – o tipo fica preenchido com a criação de determinado estado, só que o crime mantém-se enquanto subsiste o estado criado pelo autor.

- Crimes instantâneos ou de estado – o crime está concluído e preenchido com a provocação de determinado resultado ou estado.

Exemplo: crime de homicídio. O homicídio está preenchido com a provocação de dado resultado, no caso, a morte.

Nota: não confundir crime continuado com duradouro; no continuado, há a repetição do mesmo ato várias vezes.

6 – IMPUTAÇÃO OBJETIVA DO RESULTADO À CONDUTA DO AGENTE

III.D – Causalidade e imputação objetiva do resultado à conduta do agente

Passemos a outro elemento objetivo do tipo: a imputação objetiva do resultado à conduta do agente.

Quando temos um crime de resultado, temos de conseguir imputar objetivamente o resultado à conduta do agente. Mas falamos do resultado. Às vezes os alunos analisam a imputação objetiva e analisam a imputação da conduta ao agente. Ora, isso analisa-se logo no primeiro elemento: saber se o comportamento é dominado ou dominável pela vontade. Já a imputação objetiva só está preocupada com a atribuição do resultado à conduta do agente.

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 pela ação. A primeira relação que temos de conseguir provar é uma relação de causa-efeito, ou relação causal.

Porém, em direito penal, não basta provar a relação causa-efeito. Há que ir mais longe. Em direito penal, para além de provarmos a relação causa-efeito, temos de conseguir atribuir o resultado à conduta do agente sob o prisma de uma justa punição. No fundo, o que vamos ter de determinar é se aquele resultado pertence ao universo de resultados que a norma quer impedir com a proibição. E isso implica – e ABB espera que percebamos – que aquele resultado seja, em última análise, controlado ou controlável pela agente. Não falamos da ação, e sim do resultado.

A palavra “imputação objetiva” é essencial: vem claramente indiciar que, em direito penal, não basta a relação causa-efeito. Há que provar que, para além disso, faz sentido atribuir aquele resultado à conduta do agente.

O primeiro passo para imputação objetiva do resultado à conduta do agente é **(1) averiguar a relação de causalidade**. Apesar de a relação causa-efeito não ser suficiente, ela é necessária.

Sempre que chegarmos à conclusão de que há imputação objetiva, tivemos primeiro que provar que há uma relação de causalidade.

A relação causal é uma relação de legalidade – isto 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 o consequente. Isto no sentido de que, se se verifica um antecedente, verifica-se o consequente.

Como é que, na prática, sabemos se uma ação foi causa do resultado? A teoria que temos de aplicar chama-se:

>>> Teoria da conditio sine qua non (ou teoria das condições equivalentes) - esta teoria vem dizer algo muito simples: *uma ação é causa do resultado quando esta não pode suprimir-se mentalmente sem que desapareça o resultado tal como se produziu.*

Que quer isso dizer? Nas mesmas circunstâncias de tempo, modo e lugar.

homem médio na posição do agente e pergunta-se se lhe era previsível aquele resultado e aquele processo causal concreto.

Assim, para num caso concreto sabermos se uma ação foi causa de um resultado, temos de fazer um juízo hipotético. Ele traduz-se em eliminar mentalmente a ação e perguntar se o resultado, ainda assim, subsistiria. Se subsiste é porque não foi causal; se não subsiste, é porque foi causal.

Nota: esta teoria sofreu vários desenvolvimentos e, por isso, vamos falar da última formulação da teoria da adequação, que será a mais perfeita. Foram feitas várias correções após a sua formulação inicial.

(e já agora ficamos a saber que esta teoria é também a teoria mais antiga para definir a atribuição do resultado à conduta do agente, em direito penal)

Por que é que se utiliza a expressão homem médio? Este homem, que se vai colocar na posição do agente, 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. Por que é que isto é importante (“na posição do agente”)? Porque, caso o agente tenha conhecimentos especiais, o homem médio terá esses conhecimentos especiais.

Em direito penal, porém, não basta provar que uma ação foi causa. É preciso muito mais; é preciso conseguir atribuir aquele resultado / imputá-lo à conduta do agente. Em direito penal, há sempre que provar a imputação objetiva do resultado à conduta do agente. Ela pressupõe a relação de causalidade, mas não se basta com ela. A relação de causalidade é necessária (se não há uma relação causal, “acabou”), mas não suficiente.

O que fazemos aqui é um juízo de prognose póstuma. O que quer isto dizer? Faz-se um juízo de previsão, e póstuma, porque é algo feito *a posteriori*. Depois de o facto ter acontecido é que colocamos o homem médio na posição do agente e perguntamos se era previsível aquele resultado segundo aquele processo causal. E, por isso, acrescentamos que, para além de ser um juízo de prognose póstuma, é feito *ex ante* – ou seja, é feito no momento em que o agente atua. Aplicando-o ao caso da ambulância, conseguimos atribuir o resultado morte à conduta do agente que disparou? Não, pois o agente consegue prever o resultado morte, mas não o processo causal. Portanto, a teoria da adequação já resolve estes casos. Aqui, apesar de haver uma relação causal, face à teoria da adequação não é possível imputar objetivamente o resultado à conduta do agente.

Surge então uma teoria para **(ii) averiguar se é ou não possível imputar objetivamente o resultado à conduta do agente** – a *teoria da adequação*. E logo a seguir utiliza-se a chamada *teoria do risco*.

Nota: sempre que houver um problema de imputação objetiva do resultado à conduta do agente, é das questões mais importantes ao nível do tipo, e há, para a maior parte da doutrina, que aplicar três teorias – em primeiro lugar, a teoria da *conditio sine qua non*; se houver relação causal, passa-se à teoria da adequação; e a terceira é a teoria do risco. Sem um “sim” a estas três teorias, não é possível imputar objetivamente o resultado à conduta do agente.

Exemplo: caso verídico da talidomida. O que aconteceu no caso da talidomida? Nos anos 60/70, um conjunto de mulheres grávidas tinha certas perturbações nervosas, tomaram um medicamento que tinha talidomida, que era o indicado para quem sofria dessas perturbações. O que aconteceu? Só mais tarde, quando os bebés começaram a nascer, é que se percebeu que nasciam com malformações. A dúvida que se colocou foi se se podia ou não atribuir-se essas malformações/ofensas corporais ao médico que prescreveu o medicamento. O médico médio conseguia prever aquele resultado

>>> Teoria da adequação - para se atribuir um resultado à conduta do agente, coloca-se um

segundo aquele processo causal? Não. O homem médio está munido dos conhecimentos que se sabem da altura; por isso é que o juízo é ex ante. Só depois é que se percebeu que a causa das malformações era o medicamento. Colocando o homem médio na posição do médico, na altura em que o médico prescreveu, não era previsível nem aquele resultado, nem aquele processo causal.

Já agora, aplicando as condições equivalentes, havia causalidade? Sim; eliminando a ação do médico, o resultado desaparece. Mas não basta. Apesar de a ação do médico ter sido causal em relação ao resultado, tem-se que, face à teoria da adequação, o resultado não se pode imputar à conduta do médico.

Por isso, a teoria da adequação teve uma grande importância. Ajudou a resolver casos que não estavam a ser resolvidos corretamente. Mas a teoria da adequação tem as suas falhas, as suas dificuldades. Há quatro casos que ela não consegue resolver satisfatoriamente. É por isso que a teoria atual é a teoria do risco.

Para JFD, aplica-se a teoria da *conditio sine qua non*; a seguir, a da adequação; a seguir, a do risco. E só depois se pode dar uma resposta quanto à imputação objetiva.

Na ótica de ABB, basta aplicar a teoria da *conditio* e a teoria do risco. Mas não faz mal nenhum aplicar a teoria da adequação, pois ela ajuda a perceber o caso.

Vamos então entrar na teoria do risco. Se a teoria do risco é que consegue resolver satisfatoriamente os casos que a da adequação não resolve, então temos de sabê-la.

>>> 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.

ABB acrescentaria uma terceira parte: e há conexão entre o risco criado e o resultado obtido.

Quais são os famosos casos da teoria do risco que esta resolve e as outras teorias não?

1º grupo de casos:

(Casos de diminuição do risco)

A teoria do risco diz que só há imputação objetiva se o agente criou, aumentou ou não diminuiu um risco proibido. Se ele diminuiu, não há imputação objetiva.

Exemplo: A tem uma arma apontada à cabeça de B; C, que está perto de A, dá um safanão para baixo no braço de A, com o objetivo de que a arma atinja o pé e não a cabeça. Efetivamente a arma dispara para o pé. É possível imputar objetivamente as ofensas corporais a C?

- 1ª teoria (*sine qua non*) – se eliminarmos mentalmente a conduta de C, o resultado subsiste nas mesmas circunstâncias de tempo, modo e lugar? Não. A ação de C foi causal.
- 2ª teoria (teoria da adequação) – o homem médio colocado na posição de C conseguia prever o processo causal? Sim, conseguia – aliás, fez tudo para que isso acontecesse. De acordo com a teoria da adequação, atribuir-se-ia o resultado das ofensas corporais a C. Faria sentido? Claro que não. Ele até diminuiu o risco. Só a teoria do risco consegue resolver os casos de diminuição, pois de acordo com todas as outras ele seria responsável pelas ofensas corporais.

Silva Dias considera que, nestas situações, em rigor, o que há são o que ASD chama ações de salvamento – e, por isso, resolve logo ao nível do

conceito de ação, dizendo que esta ação não é jurídico-penalmente relevante por não ser socialmente relevante.

2º grupo de casos:

(Criação de risco permitido / casos em que não há a criação de um risco juridicamente desaprovado)

Que casos são estes? São situações em que há uma conduta adequada a produzir um resultado, só que a conduta que o agente praticou não é proibida. E não é proibida ou porque o agente atuou dentro dos limites que a lei impõe, ou porque a ação ocorre dentro do âmbito de uma atividade social regulada por regras de cuidado.

Nestes casos, o agente pratica uma conduta socialmente normal.

Exemplos:

Quais os casos académicos, que nos ajudam a perceber os casos típicos? O sobrinho que compra um bilhete de avião para a tia na pior companhia de aviação do mundo, na esperança de que o avião caia. E o avião efetivamente cai. A ação foi ou não causal? Claro que sim. Se retirarmos a ação do sobrinho, o resultado não subsiste. E o homem médio podia prever o resultado segundo o processo causal. Mas não faz sentido imputar, porque é um risco permitido. É permitido oferecer bilhetes da pior companhia de aviação do mundo.

Outro exemplo é o da mulher que, há mais de 10 anos compra cogumelos para fazer a sopa, na esperança de que um deles seja um cogumelo envenenado e que o marido morra. Ao fim de 10 anos, a senhora compra um cogumelo envenenado (sem saber, claro) e o marido morre. Mais uma vez, esta ação é um risco permitido. Ela não sabe. Isso é suficiente para não haver atribuição do resultado à conduta do agente.

Imagine-se que o sobrinho sabia que o avião tinha uma bomba. Muda a resposta? Claro que sim. Aqui não está a criar um risco permitido, está a oferecer um bilhete para um avião que sabia ter uma bomba.

Imagine-se que um rapaz sabe que o seu pior inimigo é louco por motas, e oferece-lhe uma “bomba” de propósito para andar à maluca e ter um desastre e morrer. Efetivamente, no segundo dia, o rapaz tem um desastre e morre. É ou não possível atribuir o resultado ao rapaz? Não.

3º grupo de casos:

(Casos em que tem de se aplicar o critério do comportamento lícito alternativo)

Este grupo de casos já faz parte daquelas situações em que temos de aplicar *critérios complementares* à teoria do risco – isto é, só aplicando a fórmula da teoria do risco não conseguimos resolver estes casos.

É por isso que este se chama o critério complementar – vem complementar a formulação inicial da teoria do risco.

Que critério é este que faz parte da teoria do risco?

Critério do comportamento lícito alternativo - deve afastar-se 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.

São situações em que seria injusto punir o agente, porque, na realidade, o seu comportamento foi irrelevante para o processo causal que conduziu ao resultado.

Nota: muitos conceitos em direito penal são construídos e melhorados com base em casos práticos que aparecem. É por isso que o DP é tão interessante.

Exemplo que normalmente surge como exemplo dos pincéis de pelos de cabra: mais uma vez, é um exemplo verídico de um fabricante chinês de pincéis com pelos de cabra. O que aconteceu? Este fabricante, o dono, que estava a ser julgado pelo tribunal, esqueceu-se de passar os pelos de cabra pelo processo de desinfecção pelo qual tinham de passar. Ele resolveu entregar os pelos de cabra para a fábrica que fabricava os pincéis sem que tivessem passado pelo processo de desinfecção. Dois ou três trabalhadores apanharam infeção e morreram. Qual a dúvida que se colocou? Podia ou não atribuir-se a morte destes trabalhadores à conduta do gerente da fábrica? O que se veio a provar? Veio a provar-se que, mesmo que ele tivesse passado os pelos de cabra pelo processo de desinfecção, aquela bactéria que matou os trabalhadores não teria desaparecido, pois era totalmente desconhecida no momento por aquele processo de desinfecção. É possível resolver isto logo pela teoria da conditio sine qua non, pois não há uma relação causal.

ASD – imagine-se que uma pessoa se atira do 15º andar, com o objetivo de se suicidar. O sr. António está na sua casa a limpar a espingarda e, sem querer, dispara e acerta no homem que está a cair do 15º andar, e ele morre com o tiro. Aqui não há comportamento lícito alternativo, pois no lícito alternativo há que perguntar: “caso o agente tivesse atuado lícitamente, o resultado ter-se-ia verificado nas mesmas circunstâncias de tempo, modo e lugar?” (juízo hipotético) – e aqui temos duas causas, a causa de se ter atirado do 15º andar e a causa do lugar.

A maior parte da doutrina vem dizer que deve haver imputação objetiva do resultado ao sr. António; não se pode dar relevância à causa virtual no direito penal.

Exemplo: um médico está a operar um doente com cancro. O doente provavelmente ia morrer passados três dias, mas o médico não obedece às regras de cuidado e corta uma veia. O doente morre. Vamos atribuir a morte ao médico? Sim.

O que diz **Silva Dias** (e ele está sozinho)? Neste caso de substituição do risco em que o agente só substituiu o “como”, não se podendo dizer verdadeiramente que o agente substituiu o “se” e o “quando”, deve aplicar-se a mesma solução que se aplica ao comportamento lícito alternativo, e não se deve atribuir o resultado à conduta do agente.

Silva Dias está, porém, sozinho; além do mais, para Silva Dias, a morte no caso do médico que corta a veia é atribuível na mesma ao médico. Aqui é que é diferente para ele.

Mas ABB reitera: a causa virtual nunca tem relevância em direito penal.

Falámos em situações de substituição do risco. Há casos em que um juiz terá dúvidas entre substituição do risco e comportamento lícito alternativo.

Exemplo de Roxin em que discute o critério de comportamento lícito alternativo, quando deve ou não ser aplicado:

Imagine-se que um camionista ultrapassa um ciclista bêbado e, ao ultrapassar o ciclista bêbado, não obedece às regras de distância. O ciclista, com a ultrapassagem, assusta-se e dá uma guinada no volante para a esquerda, e vai parar à roda de trás do camião. O que é que se provou em tribunal? Provou-se em tribunal que, caso o camionista tivesse obedecido às normas que tinha de cumprir da distância para a ultrapassagem, provavelmente o resultado ter-se-ia verificado nas mesmas circunstâncias de tempo, modo e lugar. Qual é a diferença entre pelos de cabra e este exemplo? O provavelmente. É uma grande diferença. Aqui, a única coisa que se conseguiu provar é que provavelmente, se ele tivesse obedecido às regras a que tinha de obedecer na ultrapassagem, o resultado ter-se-ia produzido nas mesmas circunstâncias de tempo, modo e lugar. Não é certa a resposta, enquanto no exemplo dos pelos de cabra havia certeza.

Aqui entra uma discussão entre Roxin e **Herzberg**. Qual é a diferença entre Roxin e Herzberg? Roxin é muito mais exigente do que Herzberg, vindo dizer que só se pode aplicar o critério do comportamento lícito alternativo quando a resposta é conclusiva – isto é, quando for certo que o resultado se teria verificado nas mesmas circunstâncias de tempo, modo e lugar. Mas 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*. Este princípio vem dizer que, na dúvida, se aplica a favor do réu. Como a dúvida é de facto (e o *in dubio pro reo* só se aplica quando há dúvidas de facto), tem-se de aplicar o *in dubio pro reo*. Se não for possível provar com toda a certeza, só com um grau de probabilidade, há que decidir a favor do réu.

ABB tende a apoiar a posição de Roxin, mas tem de concordar com Herzberg no sentido de que, em muitos casos, é difícil a resposta ser concludente, por só haver um grau de probabilidade (ainda que forte).

Veja-se que o critério do comportamento lícito alternativo aplica-se quer o crime seja negligente, quer seja doloso. Durante muito tempo defendeu-se a aplicação só aos crimes negligentes – como o caso do fabricante (esqueceu-se de cumprir as regras de cuidado, atuou negligentemente). O critério do comportamento lícito alternativo atuaria aqui. Atualmente, porém, a maior parte da doutrina entende que também se aplica quando o agente atua dolosamente. Imagine-se agora que o gerente dos pelos de fábrica *dolosamente* não fazia passar os pelos de cabra pelo processo de desinfeção. O que acontecia? Aplicava-se o comportamento ilícito alternativo e afastava-se a imputação objetiva, mas punia-se o homem na mesma por tentativa. É afastada a imputação, mas não a punibilidade (e note-se que, caso atuasse negligentemente, já não poderia punir-se por tentativa, pois não há tentativas negligentes).

Nota: a *conditio sine qua non* é formulação última; durante muito tempo, só tinha de se eliminar a ação e ver se o resultado subsistia. Se tivermos tempo de ver algumas sentenças dos tribunais alemães, verificamos que elas funcionam quase só com a *conditio sine qua non*.

4º grupo de casos:

(Casos em que tem de se aplicar o critério do âmbito da proteção da norma)

Este segundo critério complementar é o critério do âmbito da proteção da norma / esfera da proteção da norma. Aqui o resultado cai fora do fim da proteção da norma. São casos complexos.

11 MAR 2019

Sumário: Imputação objetiva do resultado à conduta do agente (continuação).

A imputação objetiva costuma ser encarada como o primeiro passo a dar ao nível do tipo objetivo.

Nota: estamos a ver se podemos imputar o resultado à conduta do agente. Ao contrário do que pensa a maior parte da doutrina, ABB considera que se deve começar pelo tipo subjetivo. Quando temos de averiguar se uma ação é típica, o limite da imputabilidade está no tipo subjetivo. É ele que nos diz o que podemos atribuir, em última análise, ao agente. A ideia da controlabilidade está presente já no conceito de ação; vimos que, para haver uma ação, é preciso que seja controlada ou controlável pelo sujeito – há quem fale em vontade, ABB prefere falar em consciência.

Ora, o conceito de ação, que é essencial na análise do crime (porque é o seu primeiro elemento) não pode se encarado apenas como elemento exterior / elemento objetivo. É uma unidade incindível de elementos objetivos e subjetivos. A ação é composta por uma parte objetiva e uma parte subjetiva, e não é possível afirmar a existência de ação sem estas duas partes. Normalmente a doutrina não se

preocupa com essa relação entre o objetivo e o subjetivo.

Nota: no caso da ambulância, o risco que o agente criou não foi o que se concretizou no resultado. Houve um novo risco que, esse sim, se concretizou no resultado. O que aqui há é substituição do risco. Outra forma de falar neste caso é falando em interrupção do processo causal. Ao disparar, o agente criou um risco não permitido, e não foi esse risco que se concretizou no resultado. Para **Silva Dias**, quando, nos casos de substituição do risco, a única coisa que se substitui é o “como”, não deve haver imputação objetiva (o “se” e o “quando” são iguais).

Ao analisar-se a imputação objetiva, está a tentar verificar-se se é *justo* atribuir aquele resultado à conduta do agente. O que significa justo? Falamos em justo no sentido de, face aos valores que o direito penal defende, face aos princípios que exige para a responsabilidade criminal, podermos ou não atribuir aquele resultado à conduta do agente. Tendo em conta o princípio da culpa, que conhecemos – há que um dos sentidos deste princípio é só podermos atribuir a responsabilidade criminal quando conseguirmos fazer uma ligação subjetiva entre o facto e o agente.

Ao contrário de no direito civil, tem-se que no direito penal não é possível uma responsabilidade objetiva. É sempre necessária uma ligação subjetiva do sujeito com o facto. Isso implica necessariamente que não só a ação mas também o resultado estejam sob a alçada do controlo do agente; sejam pelo menos controláveis pelo agente. Esta ideia é central.

Mas é mais fácil na análise prática do caso fazer o que a maior parte da doutrina faz. Sempre que temos um caso prático, começamos por averiguar se há ou não uma ação. Aí, o conceito fundamental comum à maior parte da doutrina é: uma ação tem de ser controlada ou controlável pelo agente. Depois, o que isto significa é que varia de autor para autor. ABB defende uma visão interdisciplinar do direito penal, pelo que o conceito de controlabilidade está dependente do que as ciências cognitivas dizem acerca disso (daí ir buscar Libet, e não só).

Depois de termos a existência de uma ação (substrato) é que averiguamos a tipicidade, e aí é necessário um tipo de referência. Há que verificar se

a ação se subsume ao tipo (se está em causa homicídio, ao **131º**).

Há que integrar a ação no tipo. Isto faz-se através da técnica de subsunção. Ela implica estarmos sempre a passar do caso concreto para a norma e da norma para o caso concreto. É uma tarefa difícil de interpretação do caso concreto e de interpretação dos conceitos da norma.

Para facilitar a tarefa, a doutrina criou um modelo de análise – a teoria do crime. Ao nível do elemento tipo, em primeiro lugar, para a maior parte da doutrina, há que olhar para os elementos objetivos do tipo, e, logo a seguir, para os elementos subjetivos do tipo.

Os elementos objetivos são objetivos porquê? Porque não estão ligados à vontade do agente (é aqui que ABB não concorda, mas partamos deste pressuposto).

O primeiro elemento objetivo é o **(i) agente**. Por norma, o agente é quem pratica a ação. Mas há determinados crimes em que se exige que o agente tenha certa qualidade. Há que averiguar se no caso concreto o sujeito tem aquela qualidade. Já estudámos as omissões impuras. Só pode ser punido por uma omissão impura quem tem especial dever de agir. Isto é uma qualidade do agente; tem de ser averiguada ao nível do tipo objetivo.

Logo a seguir há que ver se se verifica a **(ii) ação típica**: a ação de matar, de subtrair, de violar.

Depois, há o **(iii) objeto de ação**, que é o objeto em relação ao qual se realiza a ação (se A dispara sobre B, o objeto será B).

No caso de crimes de resultado, há o **(iv) resultado objetivo** (é um elemento objetivo porque tem de se verificar num evento espaciotemporalmente separável da ação).

Outro elemento objetivo é o **(v) bem jurídico**.

E tem de haver **(vi) imputação objetiva do resultado à conduta do agente**. Isto é fundamental. E aqui é que aparece a tal ideia de ser ou não justo, à luz dos valores do direito penal, atribuir aquele resultado à conduta do agente.

É por isso que surgiram várias teorias sobre quando é que pode atribuir o resultado à conduta do agente. A doutrina demorou muito tempo a ser construída e a chegar à teoria do risco.

Vimos que a doutrina começou pela teoria da causalidade, que continua a ser aplicada. Para imputarmos objetivamente o resultado à conduta do agente, temos primeiro que provar – sempre – que há uma relação de causalidade. Não é possível imputar objetivamente o resultado à conduta sem relação de causalidade.

Mas há várias situações em que a conduta foi causa, e não é justo atribuir o resultado à conduta do agente, à luz das valorações do direito penal. É por isso que surgiram, logo a seguir, teorias para restringir a teoria da causalidade (ou *conditio sine qua non*, ou condições equivalentes). O que veio dizer a teoria da causalidade adequada? Coloca-se o homem médio na posição do agente (caso o agente tenha conhecimentos especiais, o homem médio tê-los-á) e pergunta-se ao homem médio se é capaz de prever aquele resultado de acordo com aquele processo causal. Só nesse caso há imputação objetiva do resultado à conduta do agente. Note-se que a teoria da causalidade adequada usa o conceito de previsibilidade (que por sua vez, está ligada à controlabilidade).

A causalidade adequada foi um avanço, mas não conseguia resolver alguns casos. Nalguns casos, não seria justo imputar objetivamente o resultado à conduta do agente e, de acordo com a teoria da causalidade adequada, havia imputação objetiva. Foi, por isso, criada uma nova doutrina: a chamada teoria do risco, que é a moderna teoria da imputação objetiva. Ela está a evoluir, e continuará a evoluir.

ABB tentou resumir os casos que a teoria do risco consegue resolver e a teoria da adequação não. São quatro. Em primeiro lugar, vimos os casos de risco permitido; em segundo lugar, os casos de diminuição de risco; em terceiro lugar, os casos em que se aplica o critério do comportamento lícito alternativo (complementar à teoria do risco); em

quarto lugar, os casos em que aplica o critério do âmbito de proteção / esfera de proteção da norma (complementar à teoria do risco), em que o caso cai fora do âmbito de proteção da norma.

Como vimos, os dois primeiros casos – diminuição de risco e criação de risco permitido – são resolvidos logo pela fórmula da teoria do risco. A teoria do risco implica logo uma conexão pelo risco criado e o resultado obtido. Sempre que se provar que, naquele caso concreto, o sujeito criou, aumentou ou não diminuiu (e aqui está claramente a pensar-se nas omissões) um risco proibido (não um risco qualquer), e esse risco se concretizou/materializou no resultado, pode haver a atribuição do resultado à conduta do agente.

1º grupo de casos:

(Casos de diminuição do risco)

Se se exige que o agente crie, aumente ou não diminua um risco proibido, então, sempre que o agente diminua um risco para um bem jurídico, não há imputação objetiva, pois não faz sentido nesses casos em que ele contribui em certo sentido para um fim do direito penal (proteção do bem jurídico), imputar objetivamente o resultado à conduta do agente. De acordo com a teoria da causalidade adequada, haveria imputação objetiva: lembremos o caso em que A dispara sobre B, e C baixa o braço para que B leve apenas o tiro no pé. Tendo em conta o fim do direito penal, não podemos aqui aceitar a imputação objetiva do resultado à conduta do agente. Esta é a primeira situação que a teoria do risco resolve muito bem e as outras não conseguem.

2º grupo de casos:

(Criação de risco permitido / casos em que não há a criação de um risco juridicamente desaprovado)

A segunda situação é aquela em que o agente cria um risco permitido. Isto é importantíssimo sobretudo para atividades reguladas por certas regras / deveres de cuidado e diligência – por exemplo, a medicina ou a aviação. Sempre que o agente cumpre estas regras, não ultrapassa o risco permitido, mesmo que o resultado venha a ocorrer. Não seria justo atribuir o resultado, pois o agente atuou de acordo com a lei, de acordo com as normas de cuidado. Afasta-se a imputação objetiva do resultado à conduta do agente.

Exemplo: lembremos o exemplo de oferecer uma mota à pessoa que é louca por motas. Podemos imputar o resultado à conduta da pessoa que ofereceu a mota? Não, pois este é um risco permitido, admitido socialmente. Mas segundo a causalidade adequada poderia haver imputação objetiva, pois a mota até foi oferecida de propósito para que a pessoa morresse. Este é outro caso resolvido pela teoria do risco e não pelas outras.

3º grupo de casos:

(Casos em que tem de se aplicar o critério do comportamento lícito alternativo)

O terceiro caso que vimos são diz respeito às situações em que se aplica o critério do comportamento lícito alternativo. São situações em que se prova que, caso o agente tivesse atuado licitamente, mesmo assim o resultado ter-se-ia verificado nas mesmas circunstâncias de tempo, modo e lugar. Em última análise, o comportamento do agente nada veio acrescentar ao risco de lesão do bem jurídico. Note-se que, nestes casos, aplicando logo a teoria da causalidade (ou *conditio sine qua non*), também não há causalidade. Se se exigir uma resposta conclusiva (não haver dúvidas de que o resultado não subsistiria), o resultado subsiste nas mesmas circunstâncias de tempo, modo e lugar, e, portanto, não há causalidade.

Exemplo: lembremo-nos do caso da fábrica de pelos de cabra. Como aquela bactéria não era conhecido até ao momento pela ciência, o resultado ter-se-ia verificado nas mesmas circunstâncias de tempo, modo e lugar.

Mas há uma discussão grande na doutrina sobre a possibilidade de aplicação deste critério em casos em que a resposta, não sendo concludente, é que o comportamento *provavelmente* se teria verificado nas mesmas circunstâncias de tempo, modo e lugar.

*Exemplo: recordemos o caso em que o camionista ultrapassa o ciclista bêbado sem obedecer à distância requerida. Roxin exige que haja uma resposta conclusiva para atuar o critério do comportamento lícito alternativo, pois não há qualquer razão para beneficiar o agente caso não tenhamos uma resposta conclusiva. Já Herzberg, ao contrário de Roxin, vem dizer que nos casos em que não se pode provar com toda a certeza que o resultado se teria verificado nas mesmas circunstâncias de tempo, modo lugar – e isso seria apenas provável – há uma dúvida de facto. E sempre que em direito penal temos uma dúvida quanto aos factos, temos de decidir a favor do réu. Assim, aplicando o princípio *in dubio pro reo*, para Herzberg, podemos aplicar aqui o critério do comportamento lícito alternativo.*

4º grupo de casos:

(Casos em que tem de se aplicar o critério do âmbito de proteção da norma)

Este é um critério complementar à teoria do risco. Este critério vem dizer que não deve haver imputação objetiva quando o resultado produzido não é nenhum daqueles que a norma visou salvaguardar ou evitar ao proibir determinado comportamento. Ele não criou um risco que a norma violada queira punir.

Exemplo de Roxin: estão dois ciclistas, à noite, a andar numa estrada, um atrás do outro, e nenhum deles leva a luz do farol da bicicleta acesa. A certa altura aparece um terceiro ciclista em sentido contrário; como não os vê, choca com o primeiro e morre. A dúvida que se coloca é se podemos atribuir a morte à conduta do segundo ciclista. Qual a hipótese levantada por Roxin? Admita-se que o segundo ciclista ia com o farol aceso; o resultado não se verificaria. Assim sendo, podemos ou não atribuir o resultado morte ao segundo ciclista?

Aplique-se a teoria da condição sine qua non. Eliminando a ação do segundo ciclista, o resultado não subsistiria. A conduta é causal. Em direito penal, porém, não basta que a conduta seja causal.

Passemos à teoria da adequação. Há ou não imputação objetiva? Sim. Um homem médio poderia prever aquele resultado de acordo com aquele processo causal. O choque com um ciclista em sentido contrário era fácil de prever.

E aplicando a teoria do risco? O agente aumenta um risco proibido (é proibido circular sem luzes), que se materializou no resultado morte; é certo que havia outro risco que também se materializou, mas o risco criado pelo segundo ciclista contribuiu para o aumento desse risco.

O critério da esfera de proteção da norma vem dizer que a norma que proíbe as pessoas de andarem sem luz à noite visa evitar os resultados diretos da sua conduta, e não os indiretos. Visa evitar-se os acidentes que a própria pessoa provoca; os resultados que resultam diretamente da conduta da pessoa, não os resultados que advêm de riscos indiretos.

Este critério vai aqui permitir afastar a imputação objetiva, pois não cabe no âmbito da norma tentar evitar todo e qualquer resultado; tem de ser um resultado que resulte diretamente da conduta do agente.

Exemplo de JFD: há um homem que resolve ultrapassar um carro, estando perto de uma passareira – e acima do limite de velocidade (80 km/h quando o limite era de 50 km/h). Mas o carro, de repente, vira para a esquerda, e o homem que estava a ultrapassar choca e a pessoa que ia no lugar do morto morre. Ele morre, a senhora morre e a dúvida que se colocou é: pode ou não atribuir-se a morte ao homem que ultrapassou? A norma que impõe uma velocidade máxima de 50 km/h ali serve para evitar atropelamentos de peões. São estes os riscos que a norma visa evitar, não o virar à esquerda sem aviso.

Nota: se fosse uma pessoa a atravessar-se à frente da passareira, a ação seria controlável no momento em que se inicia a ultrapassagem. Falar-se-ia em

negligência na aceitação (o momento relevante não seria o do atropelamento, mas um momento anterior). Este resultado já estaria abarcado pela esfera de proteção da norma.

A esfera de proteção da norma é um critério em que tentam resolver-se aqueles casos em que não faz sentido haver imputação objetiva. Aqui atua como que uma espécie de critério residual.

Ainda a propósito da imputação objetiva, há dois conceitos que devemos distinguir. É preciso aqui ter cuidado a terminologia varia de autor para autor, e alguns autores, para ABB, na utilizam a terminologia correta. Falamos das causas cumulativas (ou causalidade cumulativa) e causas alternativas.

III Causas cumulativas – são situações em que há mais de uma conduta e ambas as condutas são necessárias para a produção do resultado, mas uma conduta, por si só, não é idónea a produzir o resultado.

Exemplo: A deita uma dose de veneno num copo, e essa dose não é suficiente para matar C. B, sem saber de A, deita uma dose de veneno no mesmo copo, que também não é suficiente para matar. Mas as duas doses juntas já são suficientes para causar a morte.

Há ou não imputação objetiva do resultado morte à conduta dos agentes? Não. Se se prova que nenhuma das doses era suficiente para matar, não é possível atribuir a morte àquela conduta. Olhando à teoria do risco, é certo que aumenta o risco, mas não há conexão entre o risco criado e o resultado obtido. Aquele risco não é passível de se concretizar no resultado morte. Já se os dois soubessem, aí poderia haver comparticipação – mas teriam os dois de saber um do outro e teria de haver um acordo entre os dois (a coautoria exige sempre um acordo entre as pessoas envolvidas).

Partamos, porém, do pressuposto de que não há imputação objetiva do resultado à conduta dos agentes, pois não sabiam um do outro. Ficam impunes? Não, pois são punidos por tentativa - isto havendo dolo de homicídio. Já havendo negligência, a única hipótese seria eventualmente punir por ofensas à integridade física.

III Causas alternativas ou de dupla causalidade ou de causalidade redundante – nestes casos, são colocados dois processos causais paralelos a funcionar, cada um deles suficiente para causar o resultado.

Exemplo: A coloca no copo veneno suficiente para matar C. Logo a seguir, B coloca no copo uma dose suficiente para matar C. Quid juris?

Aqui temos uma situação muito difícil, para ABB. A doutrina concorda que há imputação objetiva do resultado à conduta do agente. Criaram um risco, e esse risco concretizou-se no resultado.

Há causalidade, uma vez que, se retirarmos alguma das ações, o resultado não se teria verificado nas mesmas circunstâncias de tempo, modo e lugar. O modo não é o mesmo: uma coisa é a pessoa morrer com uma dose de 50 mg de veneno; outra coisa é morrer com uma dose de 25 mg.

Por último, há dois grupos de casos que podem suscitar dúvidas ao nível da imputação objetiva. Merecem, por isso, um destaque especial os crimes agravados pelo resultado e as situações em que a vítima não tem uma constituição normal e o agente não sabia.

1º grupo de casos difíceis:

(Casos de crimes agravados pelo resultado)

Exemplo: imagine-se que A dá uma bofetada a B. 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 **art.º 18º do CP**.

CP | ARTIGO 18º

(Agravação da pena pelo resultado [Pressupostos da punição])

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 ABB quer que saibamos é que o que caracteriza este crime é que há dolo em relação ao resultado menos grave e negligência em relação ao resultado mais grave. Nos elementos objetivos, passa-se isto: dolo quanto ao primeiro resultado, e apenas negligência quanto ao segundo. A tinha dolo de ofensas; para se falar em crime agravado pelo resultado, tinha de ter, pelo menos, negligência em relação ao resultado mais grave.

Atribuímos ou não o resultado morte à conduta de A? O problema resolve-se ao nível da imputação objetiva. Era ou não possível o segundo resultado mais grave? Isto só se consegue resolver se provarmos que era possível a A prever o resultado mais grave. Se não fosse de todo previsível, não seria possível imputar o resultado à conduta do agente. A previsibilidade tem a ver com o caso concreto.

Mas depende da previsibilidade o conseguirmos afirmar a conexão entre o risco criado e o resultado obtido, que é fundamental, como sabemos, na teoria do risco. Há que provar que o agente criou, e que o risco se concretizou no resultado; só que a conexão

entre o risco criado e o resultado obtido depende, muitas vezes, da previsibilidade do resultado.

Nota: Figueiredo Dias vai buscar a previsibilidade e não a imputação subjetiva.

2º grupo de casos difíceis:

(Situções em que a vítima não tem uma constituição normal e o agente não sabia)

Exemplo: alguém dá um empurrão num hemofílico. Imagine-se que A dá um arranhão a B, mas não sabia que era hemofílico, e B morre. Quid juris?

Se A soubesse que B era hemofílico, não haveria qualquer dúvida; haveria imputação objetiva do resultado à conduta do agente.

Nota: apesar de ABB achar que conseguimos resolver tudo pela teoria da causalidade e a teoria do risco, passar pela teoria da adequação pode ajudar-nos. Mas não podemos nunca ficar só pela teoria da adequação, temos de aplicar a teoria do risco.

Hipótese 5

A e B discutem irritadamente. A certa altura, A decide pôr fim à discussão apontando uma pistola ao peito de B. No momento em que 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:

a) Operado de urgência, B vem todavia a falecer dois dias mais tarde em consequência de uma infeção intestinal.

b) 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.

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

Há ou não imputação objetiva do resultado à conduta de A, e responsabilidade jurídico-criminal de C, nestas três hipóteses?

Começemos por C. Ele impediu que o tiro acertasse no peito, e conseguiu que acertasse no intestino.

Adotando a posição do prof. **Silva Dias** – que defende, como sabemos, um conceito social de ação – isso não significa afastar a necessidade de a ação ser controlada ou controlável pelo agente, mas ASD acrescenta que a ação tem de ser *socialmente relevante*, isto é, ter uma consequência exterior e afetar negativamente a relação do indivíduo com a sociedade. Neste caso, a ação é adequada socialmente, de acordo com a doutrina de ASD. É uma *ação de salvamento*: impede que o bem jurídico seja posto em perigo. Por isso, para o prof. Silva Dias, acabaria aqui a análise do crime, pois não há uma ação jurídico-penalmente relevante.

Quem não defende a hipótese de Silva Dias tem uma outra hipótese para resolver este caso.

Aplicando todas as teorias necessárias para a imputação objetiva: em primeiro lugar, face à teoria *sine qua non*, há que dizer que a ação de C foi causal, pois, eliminando a ação de C, o resultado não subsiste nas mesmas circunstâncias de tempo, modo e lugar.

De acordo com a teoria da adequação, pondo um homem médio na posição de C, ele poderia prever o resultado segundo aquele processo causal. Só de acordo com a teoria do risco é que poderíamos ter uma resposta satisfatória ao problema da imputação objetiva. É que, nesta situação, o agente diminuiu um risco proibido.

Passemos a A, que foi quem apontou a arma. Na primeira situação – em que B vai para o hospital e morre de uma infecção intestinal três dias depois – há ou não imputação objetiva do resultado à conduta de A? Temos uma ação jurídico-penalmente relevante. Atendendo à teoria das condições equivalentes, eliminado mentalmente a conduta de A, o resultado subsiste nas mesmas circunstâncias de tempo, modo e lugar? Não subsiste; não há dúvida de que a ação foi causal. De acordo com a teoria da adequação, colocando um homem médio na posição do agente, poderia ele prever o resultado morte? Sim; mas poderia prevê-lo segundo aquele processo causal? Aqui haveria que abrir sub-hipóteses. Se no hospital o médico deixou a gaze dentro do intestino, violando os deveres de cuidado, um homem médio não poderia prever o resultado de acordo com aquele processo causal. Se não foram violados quaisquer deveres de cuidado; o processo causal é perfeitamente previsível, para ABB.

Nota: há tentativa de homicídio. Quais os tipos aqui envolvidos? Crime de homicídio e ofensas corporais. O grande problema seria a infecção.

14 MAR 2019

Sumário: Imputação objetiva do resultado à conduta do agente (continuação).

Hipótese 5

(continuação)

Estamos a estudar um dos problemas mais difíceis ao nível do tipo objetivo – determinar quando é que podemos imputar objetivamente determinado resultado à conduta do agente.

Vimos, na hipótese 5, que a ação de C não é jurídico-penalmente relevante para ASD, por ser uma ação de salvamento. E para quem não pensa como Silva Dias? Partiríamos para a análise do tipo objetivo e aplicaríamos a teoria das condições equivalentes (ou *conditio sine qua non*). O resultado subsiste nas mesmas circunstâncias de tempo, modo e lugar? Não subsiste. Sendo assim, a conduta de C foi causal face ao resultado. Em direito penal, é necessário provar a causalidade; mas não é suficiente. Passamos, então, à teoria da adequação ou da causalidade adequada. Seria previsível aquele resultado segundo aquele processo causal para um homem médio? Sim. Portanto, de acordo com a teoria da adequação, haveria imputação objetiva do resultado à conduta do agente, a não ser que o agente tenha tido a infecção porque o médico não atuou com o cuidado devido. Aí C já não poderia prever o processo causal. Mas partindo do pressuposto de que não foi isso que aconteceu, em princípio, era previsível.

Foi nessa altura que discutimos as superbactérias que existem nos hospitais. Supondo que apanhou uma superbactéria, poderia dizer-se que isto já é tão normal que seria previsível para um homem médio segundo aquele processo causal; e há quem diga que não. Quer a resposta fosse sim, quer a resposta fosse não, ficamos por aqui? Não. Há que aplicar a teoria do risco (principalmente se a resposta fosse sim).

Nota: a teoria do risco é a mais moderna; ABB prefere-a à teoria da adequação.

O que diz a teoria do risco? Para haver imputação objetiva do resultado à conduta do agente, de acordo com a teoria do risco, é preciso que o agente tenha criado, aumentado ou não diminuído um risco proibido. Há que provar que diminuiu o risco. Em direito penal, a prova nunca é absoluta; o que temos é a prova possível. O *beyond reasonable doubt* também se aplica no direito português. Há que provar que, para além da dúvida razoável, C diminuiu o risco para o bem jurídico. Nesse caso, face à teoria do risco, temos de afastar a imputação objetiva. Se o agente diminuiu o risco para o bem jurídico, de acordo com a teoria da imputação objetiva, não é possível atribuir justamente o resultado à conduta do agente. Isto quanto a C.

E quanto a A? Há uma ação jurídico-penalmente relevante, controlada pela vontade, dolosa. Interessa saber se preenche a ação típica do tipo de

homicídio. A maior parte da doutrina, quando tenta saber se uma ação é típica, começa por averiguar se estão presentes os elementos objetivos do tipo, que são:

- Agente (“quem”);
- Ação típica (ação de matar);
- Objeto da ação (B);
- Bem jurídico (vida);
- Resultado (morte);
- Imputação objetiva do resultado à conduta do agente.

Mais uma vez, há que começar pela teoria *sine qua non*. Se eliminarmos mentalmente a ação de A, o resultado subsiste nas mesmas circunstâncias de tempo, modo e lugar? De acordo com a teoria da *conditio*, o resultado não subsiste nas mesmas circunstâncias. Há causalidade.

Passando à teoria da adequação, podia o homem médio prever aquele resultado segundo aquele processo causal? Depende. Se morreu de uma infeção que resultou da operação sem negligência médica, havendo negligência do médico, ou apanhou uma bactéria, não era previsível. Caso contrário, era previsível.

Segundo a teoria do risco, A criou um risco proibido, mas falta perceber se ele se concretizou no resultado morte. Novamente há que colocar as hipóteses de negligência por parte do médico e da superbactéria. Nesses casos, quem se materializou no risco foi a negligência do médico ou a superbactéria, que não eram previsíveis. Assim, A seria punido por tentativa de homicídio (e haveria ofensas à integridade física, mas o concurso aparente resolve-se logo ao nível do tipo – e o tipo da tentativa abarca todo o ilícito criminal praticado pelo agente; ABB acha que há aqui uma relação de subsidiariedade, pois só se pune por ofensas à integridade física se não for possível punir por tentativa de homicídio).

Nota: às vezes há resultado e mesmo assim há tentativa porque não conseguimos imputar objetivamente o resultado à conduta do agente. Assim, a tentativa não ocorre apenas quando não há resultado. O que interessa é a imputação objetiva. Se não conseguir imputar objetivamente o resultado

à conduta do agente é que há tentativa. Não havendo imputação objetiva, a pessoa só pode ser punida por tentativa (se houver dolo; é que só há tentativas dolosas, não há tentativas negligentes).

b) 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.

Tem alguma relevância ele saber que tinha cancro e morria passadas algumas semanas? Nenhuma, para ABB.

Esta é uma situação de causa virtual. Em direito penal, a causa virtual não tem relevância. Nomeadamente, diz-se que não tem relevância negativa, pois não vai permitir excluir a imputação objetiva. Se aplicamos a teoria do risco, só temos uma hipótese: o homem criou um risco que se concretizou no resultado. É irrelevante saber que o outro ia morrer passadas três semanas.

Na causalidade virtual, há duas causas a funcionar. Levanta-se a hipótese de uma causa que é *virtual*; ela não existe.

O mais importante é saber o que causou a morte do agente. Podemos ou não atribuir o resultado à conduta do agente? Sim, porque foi o risco proibido criado pelo agente que se concretizou no resultado morte. Saber que mais tarde o homem ia morrer é totalmente irrelevante. A causa virtual não permite, assim, excluir a imputação objetiva. Não é por haver causa virtual que não vamos imputar o resultado à conduta do agente, caso seja possível imputar.

Nota: claro que há casos em que é muito difícil perceber se estamos perante uma causa virtual ou um comportamento lícito alternativo.

Nota 2: voltando ao exemplo da pessoa que cai do prédio e leva um tiro, a maioria da doutrina diria que há imputação objetiva do resultado à conduta do agente (que disparou). Mas Silva Dias vem dizer que, se o agente só alterou o “como” – e não o “se” e o “quando” – é possível afastar a imputação objetiva.

Para ABB, porém, além do “como”, alterou-se o “quando”, apesar de ter sido apenas uns milésimos de segundo antes.

Esta segunda sub-hipótese servia para chamar a atenção para a causa virtual e para a circunstância de que esta não tem relevância no direito penal; não podemos, com base nela, excluir a responsabilidade penal.

Quanto a C, nesta sub-hipótese, a solução não muda. Ele continua a diminuir o risco. Desde que se prove que diminuiu o risco, afasta-se a imputação objetiva (mas, antes disso, de acordo com a teoria da adequação, poderíamos dizer que C poderia prever aquele resultado segundo aquele processo causal).

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

Quid juris? Aqui nem há ação. O homem que disparou não praticou uma ação face à ação típica de homicídio da esposa. Ele teve alguma vez a possibilidade de prever a morte da mulher por ataque de coração? A ABB parece que não. ABB resolveria o problema logo ao nível da ação. Podemos chegar à conclusão de que um comportamento é uma ação para uma coisa e não é uma ação para outra.

Para a maior parte da doutrina, haveria aqui uma ação jurídico-penalmente relevante, a ser resolvida ao nível da imputação objetiva. É que a maior parte da doutrina não está preocupada em especificar o que é uma ação controlada ou controlável pela vontade. Por isso, afirma que, ao disparar, havia uma ação controlada ou controlável pela vontade. Seguindo este caminho, tudo termina na teoria da adequação, pois ele não poderia prever aquele resultado segundo aquele processo causal. E segundo a teoria do risco? Poderíamos ir pelo âmbito de proteção da norma. A norma que prevê o homicídio negligente visa abarcar os riscos que resultam diretamente da conduta do agente, não os que resultam indiretamente e não são previsíveis. Por isso, aplicando o critério do âmbito da proteção

da norma, afasta-se a imputação objetiva face à teoria do risco.

Porém, para ABB (ao contrário de para a maioria da doutrina), nem havia uma ação; não havia cognoscibilidade do facto típico por parte. Não havia o elemento subjetivo mínimo necessário para se considerar que a ação era controlável. O homem não tinha a mínima possibilidade de representar a morte da mulher.

Hipótese 6

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 ao **293º** (lançamento de projétil contra veículo). E pode haver ofensas à integridade física; e há o **290º**. O 290º está a pensar no colocar em perigo uma série de bens jurídicos; é um crime de perigo concreto (é preciso provar que houve criação de perigo). Mas aqui, o legislador antecipou-se e puniu a simples conduta: o 293º está numa

relação de subsidiariedade com o 290º. O 290º visa proteger todos os bens jurídicos postos em perigo com o atirar da pedra, enquanto que o 293º visa proteger a integridade física de Bento, apenas. Por isso não fica abarcada toda a ilicitude do comportamento praticado por António.

CP | ARTIGO 293º

(Lançamento de projectil contra veículo [Dos crimes contra a segurança das comunicações])

Quem arremessar projectil contra veículo em movimento, de transporte por ar, água ou terra, é punido com pena de prisão até um ano ou com pena de multa até 120 dias, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.

CP | ARTIGO 290º

(Atentado à segurança de transporte rodoviário [Dos crimes contra a segurança das comunicações])

1 — Quem atentar contra a segurança de transporte rodoviário:

- a) Destruindo, suprimindo, danificando ou tornando não utilizável via de comunicação, material circulante, obra de arte, instalação ou sinalização;*
- b) Colocando obstáculo ao funcionamento ou à circulação;*
- c) Dando falso aviso ou sinal; ou*
- d) Praticando acto do qual possa resultar desastre; é punido com pena de prisão de um a cinco anos.*

2 — Se, através da conduta referida no número anterior, o agente criar perigo para a vida ou para a integridade física de outrem, ou para bens patrimoniais alheios de valor elevado, é punido com pena de prisão de dois a oito anos.

3 — Se o perigo referido no número anterior for criado por negligência, o agente é punido com pena de prisão de um a cinco anos.

4 — Se a conduta referida no n.º 1 for praticada por negligência, o agente é punido com pena de prisão até dois anos ou com pena de multa.

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 estava com um certo grau de álcool no sangue; isso podia, eventualmente, levar-nos a pensar se teria tido aquele tipo de comportamento.

Se ela não for atendida a tempo porque o médico resolveu sair para visitar a namorada, então temos um problema na causa de ela ter sido atendida, diferente de ter sido de outra maneira. Há que abrir pelo menos duas hipóteses.

Nota: para ABB, uma pessoa que apanha com vidros nos olhos e guina para a direita tem um ato automático.

Nota 2: 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 podemos imputar esta morte a B. 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, e por isso não haveria imputação objetiva do resultado morte à conduta de A (e haveria, sim, à conduta do médico). A criação do risco afasta a imputação do risco à pessoa que atuou em primeiro lugar? Para ABB, pode afastar. Sempre que há criação de um novo risco (veja-se, por exemplo, o caso da ambulância), não era previsível aquele processo causal, que se concretizou no resultado morte. E o 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.

Nota 3: a guinada 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. Veja-se que, neste caso, temos um ato automático, para ABB.

Nota 4: só devemos imputar os resultados controláveis pelo sujeito. Isso implica a tal cognoscibilidade por parte do sujeito. 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.

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 ABB.

Hipótese 7

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

No comportamento de A, há uma ação jurídico-penalmente relevante. Porquê? Porque é uma ação controlada pela vontade. Dentro do conceito de ação amplo, traduz-se numa omissão. Dentro das omissões, é uma omissão impura, pois está relacionada causalmente com o resultado. Como já sabemos, nem todas as pessoas podem ser punidas por omissão impura – só quem tem especial dever de agir (art.º 10º, 2.). Havia aqui especial dever de agir? Sim. De acordo com o critério material, tinha esse dever; a fonte é a solidariedade natural apoiada num vínculo jurídico. Havia o dever de assistir a um titular de bens jurídicos, independentemente da fonte de perigo; e esse dever de assistir a um titular de bens jurídicos carecido de amparo advinha, por sua vez, de uma relação de solidariedade natural com o titular, relação essa que estava, por sua vez, apoiada num vínculo jurídico.

CP | ARTIGO 10º

(Comissão por acção e por omissão [Pressupostos da punição])

1 — Quando um tipo legal de crime compreender um certo resultado, o facto abrange não só a acção adequada a produzi-lo como a omissão da acção adequada a evitá-lo, salvo se outra for a intenção da lei.

2 — A comissão de um resultado por omissão só é punível quando sobre o omitente recair um dever jurídico que pessoalmente o obrigue a evitar esse resultado.

3 — No caso previsto no número anterior, a pena pode ser especialmente atenuada.

CP | ARTIGO 131º

(Homicídio)

Quem matar outra pessoa é punido com pena de prisão de oito a dezasseis anos.

O tipo de omissão impura resulta da conjugação de que normas? O **art.º 10º** conjugado com o **art.º 131º**. O 131º prevê o tipo de homicídio; o 10º, 2. diz que só pode ser agente do crime de homicídio quem tem especial dever de agir. Assim, só podemos construir o tipo de omissão impura conjugando o **131º** com o **10º**. A tarefa é subsumir a conduta em concreto àquele tipo.

Temos agente e temos objeto de ação. Há bem jurídico? Sim, a vida. Há resultado? Sim. Há imputação objetiva do resultado à conduta do marido (neste caso, omissão)? Segundo a teoria da *conditio sine qua non* a resposta é sim, pois, eliminando mentalmente a conduta do marido, o resultado não se teria verificado nas mesmas circunstâncias de tempo, modo e lugar. E segundo a teoria da causalidade adequada? ABB faz aqui uma advertência. Ao aplicar a teoria da causalidade adequada, perguntamos ao homem médio, colocado na posição do agente, se era previsível aquele resultado segundo aquele processo causal. E será que só olhamos para o homem médio? A teoria da causalidade pede-nos para colocar o homem médio na posição do agente. Ele tem os conhecimentos que o agente tem. Se, na aldeia, é normal o médico estar embriagado após o almoço, o caso muda de figura. No que toca à teoria do risco, o marido aumentou o risco, mas é também preciso que o risco criado por ele se concretize no resultado, e haja conexão entre o risco criado e o resultado obtido. Há concretização do risco criado pelo marido no resultado? Não. Há uma interrupção do processo causal. Ao não ter atuado como devia ter atuado, o médico interrompe o processo causal e cria um novo risco. É esse novo risco que se concretiza no resultado.

Nota: a interrupção do processo causal é um indício no sentido de não haver imputação objetiva do resultado ao marido (mas poderá haver tentativa de homicídio por omissão). Seja como for, as coisas mudam se era previsível / usual que o médico ficasse sempre embriagado após o almoço, para ABB.

Quanto ao médico, podemos falar em ação livre na causa. Qual a resposta em relação a D? Em princípio, o médico, ao estar embriagado e não atender atempadamente a senhora, criou um risco proibido – ou, pelo menos, não o diminuiu – e essa diminuição do risco concretizou-se no resultado morte.

O que se fazia ao médico da aldeia mais próxima? Aí não há qualquer problema.

18 MAR 2019

Sumário: Tipo subjetivo.

III-E – Tipo subjetivo

Quase todas os elementos do crime, nomeadamente a ação, pressupõem uma análise do tipo subjetivo. A maior parte da doutrina, quando tenta subsumir uma ação ao tipo, começa por averiguar se estão presentes os elementos objetivos e só depois analisa se estão presentes os elementos subjetivos.

O tipo subjetivo é constituído pelo dolo ou pela negligência. Há uma regra que temos de saber, muito importante, que está no **13º do CP**: diz que *a lei penal, por regra, requer o dolo*. Só excepcionalmente é que se pode punir a título de negligência.

CP | ARTIGO 13º

(Dolo e negligência [Pressupostos da punição])

Só é punível o facto praticado com dolo ou, nos casos especialmente previstos na lei, com negligência.

Isto é muito importante: significa que, *quando não tivermos um tipo de crime previsto a título de negligência (na forma negligente), ele não pode ser punido a título de negligência*. Ou o legislador prevê aquele tipo de crime na forma negligente (expressamente), ou então não é possível, face ao princípio da tipicidade, punir aquele tipo de crime na forma negligente.

Até agora, temos trabalhado com os tipos centrais do CP. O crime de homicídio está previsto no **131º**. É possível ou não punir a título de negligência? Qual é a base legal? O **137º**.

CP | ARTIGO 137º

(Homicídio por negligência)

1 — *Quem matar outra pessoa por negligência é punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa.*

2 — *Em caso de negligência grosseira, o agente é punido com pena de prisão até cinco anos.*

O furto está previsto no **203º**; poderá punir-se o furto a título de negligência? Claro que não. Não pode.

A negligência tem de estar prevista na lei, porque a regra é o dolo. Quando o legislador não diz nada, a regra é dolo.

III-E.i. - Dolo

Quando é que há dolo? Há dolo quando existe *conhecimento e vontade de realização do facto típico*. Por isso, para a maior parte da doutrina, os elementos constitutivos do dolo são dois:

- Elemento intelectual ou cognitivo – como o próprio nome indica, traduz-se no *conhecimento* da realização do facto típico.
- Elemento volitivo – consiste na *vontade* de realizar o facto típico.

Para uma parte da doutrina – nomeadamente JFD – existe mais um elemento no dolo:

- Elemento emocional – para JFD, para afirmar o dolo, não basta que haja conhecimento das circunstâncias do facto e vontade de realizar o facto; para ele, esse conhecimento está sempre acompanhado por uma consciência ética que vai permitir ao agente resolver o problema da ilicitude do seu comportamento. O que quer isto dizer? Para afirmarmos o dolo, no entender de JFD, para além de termos de provar os elementos objetivos, que o agente conhecia e a vontade de realizar o facto típico, há ainda que provar uma *atitude pessoal do agente contrária ao dever jurídico-penal*.

ABB e uma parte da doutrina discordam de JFD. Porquê? Porque esta atitude do agente face à OJ é um elemento comum ao dolo e à negligência. Não deve ser analisado ao nível do tipo; deve ser analisado ao nível da culpa. É na culpa que temos de analisar a atitude do agente face à OJ. Essa atitude pessoal face à OJ é, claro, diferente no dolo e na negligência. Provavelmente será muito mais forte no dolo do que negligência; mas não significa que não seja um elemento autónomo do dolo e na negligência. Deve ser analisado ao nível da culpa.

Por que é que JFD vai buscar o elemento emocional? Porque o seu conceito de culpa não é propriamente o maioritário, desde logo. Mas a ideia do prof. Figueiredo Dias é: quando o agente representa a realização do facto típico e o quer realizar, ele necessariamente tem uma atitude pessoal contra a OJ. É muito difícil separar esse

elemento e o elemento volitivo ou o intelectual. Para afirmar o dolo, tem de haver os três elementos, para JFD, por estarem associados uns aos outros. ABB concorda com esta parte: não há dúvida de que o elemento emocional está intrinsecamente ligado aos elementos intelectual e volitivo do dolo. Só que, como já devemos ter percebido, quando procedemos à análise do crime e o decomparamos em elementos, estamos a separar o inseparável. Estamos a analisar um comportamento humano. Quem decide os elementos do crime são os conceitos; e a atitude do agente face à OJ é claramente um elemento que interessa à culpa. Como sabemos, a culpa é um juízo de censura que se faz ao agente pelo facto de, podendo motivar-se pelo direito, não o ter feito. Ora, este juízo de censura exige como elemento a atitude do agente face ao direito.

Aliás, quando vimos o exemplo da dinamarquesa que veio a Portugal e pensava que podia abortar até à 13ª semana, ela representou e realizou o aborto, mas não tinha conhecimento da OJ portuguesa. Assim, separámos o inseparável: apesar de ter representado e realizado o facto típico, não teve uma atitude contrária à OJ porque não conhecia a OJ. Nestes casos, parece clara a separação dos elementos. Por isso mesmo, ABB não pode concordar com JFD.

III-E.i.a) – Elemento intelectual do dolo

Num caso prático, para afirmar que existe dolo, há que ter presentes os dois elementos: intelectual e volitivo.

O elemento intelectual traduz-se no conhecimento da realização do facto típico. Este conhecimento, esta representação, esta previsão da parte do sujeito pressupõe, desde logo, que o sujeito conheça os elementos essenciais da factualidade típica.

O que é que isto quer dizer? Os elementos objetivos. O dolo pressupõe que **a)** o agente represente/conheça os elementos objetivos do tipo. É esta a primeira característica do elemento intelectual.

Qual é a segunda característica? Esta **b)** representação/conhecimento tem de ser atual.

Exemplo: imagine-se que o médico sabe que uma pessoa é alérgica a dadas substâncias. Passados 10 anos, essa pessoa aparece no hospital, em urgência, e ele administra essa substância, sem se recordar que ela é alérgica. Neste caso, ele não tem a representação atual; por isso é que, em princípio, será punido a título de negligência.

Por último, **c)** a representação tem de ser uma representação concreta. Quer isto dizer que não basta que o agente conte com a eventualidade da verificação de um certo perigo abstrato; é preciso que ele conte com a possibilidade real do perigo inerente à conduta.

Em termos abstratos, quando a pessoa pega no carro e pensa que pode haver um acidente, não há dolo. O que importa é que no momento em que pode haver um perigo seja possível representar esse perigo; daí ser necessária uma representação concreta, não abstrata.

1 - ERRO SOBRE O OBJETO DA AÇÃO

Dentro do erro sobre o objeto, há que distinguir duas situações:

- (i) Há erro sobre o objeto e não há identidade típica dos objetos.

Exemplo: A pensa acertar numa peça de caça e afinal acerta numa pessoa. O objeto que representa não é o mesmo objeto que vem no 131º; não representou o objeto do 131º. Consequência: exclui-se o dolo, e, caso se prove, poderá ser punido a título de negligência (16º, 3.).

CP | ARTIGO 16º

(Erro sobre as circunstâncias do facto)

1 — O erro sobre 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.

2 — O preceituado no número anterior abrange o erro sobre um estado de coisas que, a existir, excluiria a ilicitude do facto ou a culpa do agente.

3 — Fica ressalvada a punibilidade da negligência nos termos gerais.

(ii) Há erro sobre o objeto e há identidade típica dos objetos.

Exemplo: A quer matar B e vai para a porta da casa de B. Sai C, irmão gémeo de B, e A dispara. Quid juris? Há aqui um erro sobre o objeto? Não, porque A representa matar uma pessoa e quer matar uma pessoa. Se é B, C, D ou E é irrelevante. O objeto da ação é uma pessoa, uma vida formada. Para o legislador, isso basta para haver dolo. Quando há identidade típica dos objetos, querer matar o outro e não aquele é irrelevante. Note-se que não se fala em tentativa quanto à outra pessoa; há homicídio doloso simples.

Não-exemplo: alguém pretende matar o pai e confunde-o com outra pessoa. Matar o pai indicia uma especial censurabilidade ou perversidade, o que faz com que a pessoa preencha não o homicídio simples, mas o qualificado. Para a maior parte da doutrina, não há uma verdadeira identidade típica dos objetos. Assim, há aqui uma parte da doutrina que diz que, não havendo uma verdadeira identidade típica, se pune por tentativa de homicídio qualificado + homicídio negligente.

Para já, o que interessa saber é a distinção entre erro sobre o objeto quando os objetos são tipicamente idênticos (irrelevante) e quando não são idênticos ao nível do tipo. Para haver erro sobre o

objeto que caiba no **16º,1.**, tendo relevância para excluir o dolo, tem de haver erro sobre o objeto e eles não podem ser tipicamente idênticos (visto que, se forem idênticos, o erro será irrelevante – o agente será punido por dolo). No caso da caça, o agente não representou matar uma pessoa; exclui-se, pois, o dolo do homicídio. Só poderá sofrer uma pena por homicídio negligente (se se provar).

Nota: ao punir por tentativa de homicídio qualificado, já se pune o desvalor da ação. Punindo por homicídio doloso simples, pune-se duas vezes o desvalor da ação, violando o *ne bis in idem*.

Nota 2: o objeto do tipo é, no caso do homicídio, uma pessoa. Quando se diz que há identidade típica do objeto, é porque ao nível do tipo os objetos são idênticos: uma pessoa A e uma pessoa B, e há identidade típica dos objetos. Os objetos, ao nível do tipo, são exatamente a mesma coisa. Contudo, no caso do pai, ao nível do tipo, poderá dizer-se que não há uma verdadeira identidade típica do objeto. Ao nível do tipo, não é idêntico ser o pai ou outra pessoa qualquer.

Esta questão é complicada. Imagine-se que A pretende matar o pai, mas confunde-o com outra pessoa e mata essa outra pessoa. Para uma parte da doutrina, não há uma verdadeira identidade típica dos objetos, porque a qualidade da vítima é elemento essencial do tipo (homicídio qualificado). A maior parte da doutrina entende que o agente deve ser punido por tentativa de homicídio qualificado e pelo crime que realizou na forma negligente. Mas esta é apenas uma parte da doutrina.

Já outra parte da doutrina diz que a pessoa só pode ser punida por homicídio doloso.

É claro que qualquer das duas tem de justificar a sua posição. O homicídio doloso simples é difícil de justificar, porque ele representou matar o pai. Mas outra parte da doutrina destaca o dolo do tipo qualificado.

Nota: a tentativa de homicídio qualificado é uma tentativa impossível, que tem de preencher uma série de requisitos. E no homicídio negligente, há

que provar a negligência. É difícil ver isto como menos benéfico para o agente do que o homicídio doloso simples.

2 – ERRO SOBRE O PROCESSO CAUSAL

É outro tipo de erro que se analisa a propósito do elemento intelectual. Há que distinguir duas situações:

- (i) Erro sobre o processo causal, mas em que não há um desvio essencial entre o processo causal pensado e o processo causal realizado.
- (ii) Erro sobre o processo causal, mas há um desvio essencial, no sentido de imprevisível, entre o processo causal pensado e o processo causal realizado.

Exemplo de MFP: imagine-se que A atira B de uma ponte sobre o Tejo e pensa que B vai morrer devido ao embate na água. B, contudo, não morre por causa do embate na água; morre porque bateu com a cabeça no pilar. Quid juris? É totalmente irrelevante. Este homem vai ser punido pelo crime de homicídio doloso.

Exemplo 2 de MFP: A atira B da ponte sobre o Tejo, pensando que vai morrer com o embate na água. Imagine-se que passa um tubarão no rio Tejo e come a pessoa. Há uma interrupção do processo causal. Há conexão entre o risco criado e o resultado obtido? Não há. Sendo assim, afasta-se a imputação objetiva. E o agente pode ser punido por tentativa. Outra situação igual, mais plausível: a pessoa sobrevive, vai para a margem, uma pedra cai-lhe em cima e ele morre por causa da pedra. Note-se que, se um navio estiver baixo da ponte, a situação já não é igual.

É importante ver isto a propósito do dolo para percebermos que não se afasta o dolo. O que pode

ser afastado é a imputação objetiva, se houver desvio essencial. É tudo resolvido ao nível da imputação objetiva.

Fala-se em erro; há uma discrepância entre o processo causal que a pessoa representou e o verdadeiro.

3 – ERRO SOBRE OS ELEMENTOS NORMATIVOS DO TIPO

Antes disto, a terminologia que temos usado é a que distingue os elementos objetivos dos elementos subjetivos. A propósito dos elementos subjetivos, há uma divisão importante feita pela doutrina. Os elementos subjetivos podem classificar-se em:

- Elementos descritivos do tipo – o que caracteriza o elemento descritivo é o ser imediatamente apreensível pelos sentidos.

Exemplo: uma pessoa é imediatamente apreensível pelos sentidos.

- Elementos normativos do tipo – são aqueles elementos não imediatamente apreensíveis pelos sentidos, e que implicam uma certa valoração para poderem ser compreendidos – *i.e.*, são elementos que só podem ser pensados partindo da sua compreensão intelectual.

Exemplo: falsificação de documentos. Para saber que aquilo é um documento, não bastam os sentidos – é necessária a ideia do que é que é um documento, face à OJ.

O que caracteriza os elementos normativos é, portanto, que só podem representados sob a lógica da pressuposição de uma norma – jurídica ou não. Na realidade, não existem elementos exclusivamente descritivos ou normativos. O que existem são elementos predominantemente descritivos (para representar uma pessoa,

precisamos do conceito de pessoa) e predominantemente normativos (para representar um documento, precisamos dos sentidos e da norma).

Por que é que esta distinção é importante? Porque dentro dos elementos normativos, há dois tipos:

- Elementos normativos com uma estrutura eminentemente jurídica – é preciso que o sujeito conheça os critérios determinantes da sua qualificação para haver dolo.

Exemplo: no direito penal secundário (a não confundir com o direito de mera ordenação social / das contraordenações), ligado à atividade económica e financeira, há elementos normativos eminentemente jurídicos – obtenção devida, matéria coletável, etc. Recordemos as normas penais em branco; todas essas normas pressupõem elementos eminentemente jurídicos, que o agente tem de conhecer muito bem para haver dolo.

- Elementos normativos que não têm uma estrutura eminentemente jurídica – são, por norma, elementos que exprimem imediatamente uma valoração moral, social, cultural. Basta que o agente conheça os seus pressupostos materiais para afirmação do dolo.

Exemplo: a posição de garante nas omissões impuras é um elemento jurídico, mas não é eminentemente jurídico: está ligado a valorações morais. Para saber que o pai tem posição de garante face ao filho, é necessária uma certa valoração moral desse dever.

Não há que conhecer exatamente os elementos normativos que não têm uma estrutura eminentemente jurídica; há que ter uma certa ideia para haver dolo. Nos elementos eminentemente jurídicos é que tem de haver um bom conhecimento para haver dolo.

Exemplo: A vai a uma discoteca e deixa o casaco no sítio dos casacos. Quando sai da discoteca, vai buscar o seu casaco, o senhor traz-lhe um parecido com o seu e ele leva o casaco. Mas o casaco era de outra pessoa. Quid juris? Esta pessoa pode ou não ser punida pelo crime de furto? Não, pois não há dolo. A pessoa representou o sobretudo, mas não o caráter alheio do sobretudo. Neste caso, há um erro sobre um elemento normativo: o caráter alheio. Qual é a consequência? Exclui-se o dolo. (além do mais, o furto tem um elemento subjetivo especial: a intenção de se apropriar; seja como for, para já, não há dolo, e no furto exige-se sempre dolo).

Qual é a consequência? Exclui-se o dolo.

4 – ERRO SOBRE NORMAS QUE RECAEM SOBRE COMPORTAMENTOS AXIOLOGICAMENTE NEUTROS

Até agora temos estado a analisar o **16º, 1**. Falta-nos, ainda, um erro do 16º: o erro sobre normas que recaem sobre comportamentos axiologicamente/valorativamente neutros. Sempre que houver um erro sobre proibições cujo conhecimento é indispensável para que o agente possa tomar consciência do caráter desvalioso da sua conduta, esse erro exclui o dolo.

Este erro distingue-se do erro sobre a ilicitude. Qual é a diferença? No *erro sobre a ilicitude*, também há um erro sobre normas, só que são normas que não é preciso conhecer para que a pessoa se aperceba do caráter desvalioso da sua conduta, ou, pelo menos, ponha em dúvida o caráter lícito da conduta.

Exemplo: a dinamarquesa que vem a Portugal e pensa que o aborto é possível até à 13ª semana está em erro sobre a ilicitude; sobre uma norma que choca com valorações da OJ. Ela tem o dever de saber que, em todos os países da Europa, o tema do aborto não é unânime. Já no erro sobre as proibições que recaem sobre comportamentos axiologicamente neutros o agente tem de conhecer a proibição para ter a noção do caráter desvalioso da sua conduta.

Exemplo: na próxima semana vem a Portugal um chefe de Estado estrangeiro. O legislador, por questões de segurança, resolve criar uma lei que considera crime, nesse fim de semana, andar com armas de fogo. É punível com prisão até 1 ano. O sr. António todos os fins de semana vai à caça e não vê televisão. Nesse fim de semana, é-lhe feita uma operação stop e é-lhe encontrada a caçadeira. Ele pode ser punido por este crime? Está em erro, mas esta norma não recai sobre um comportamento que tenha só de si uma carga desvaliosa. É um comportamento neutro (partindo do pressuposto que tem porte de arma). Só passou a ser proibido naquele fim de semana por causa da visita de um chefe de Estado. O sr. António tem de conhecer a norma para saber a ilicitude do seu comportamento, ao contrário da dinamarquesa, que tem de pelo menos pôr em questão o carácter lícito ou ilícito da sua conduta.

Assim, uma coisa é uma proibição que não precisamos de conhecer para termos a noção do carácter ilícito do nosso comportamento. Não precisamos de conhecer o **131º** para saber que matar é ilícito, ou o **203º** para saber que furtar é ilícito; mas o agente tem de conhecer aquela norma que saiu para aquele fim de semana para saber que é ilícito.

Por que é que isto é importante? Se houver erro sobre as proibições que recaem sobre comportamentos axiologicamente neutros, diz o legislador que, se a pessoa não conhecer essa proibição, exclui-se o dolo. Já no caso da dinamarquesa, o facto de ela não conhecer a nossa OJ faz com que se possa eventualmente excluir o quê? A única coisa que se poderá excluir é, eventualmente, a culpa – isto porque, ao não conhecer a norma portuguesa, não tem uma atitude contra o direito. Punir ou não a dinamarquesa depende do carácter censurável da conduta. Se a dinamarquesa fez tudo o que estava ao seu alcance para saber se era ou não crime, o comportamento dela é considerado não censurável – exclui-se não o dolo, mas a culpa. Já se ela não consultou a nossa OJ, não se infirmou e simplesmente abortou, o erro dela já é censurável, e não se exclui o dolo.

Olhe-se ao **16º**. Fala-se em erro sobre proibições cujo conhecimento seja razoavelmente

indispensável para que o agente possa tomar consciência da ilicitude do seu facto – sempre que houver estes erros, para o legislador, exclui-se o dolo, pois não se verifica o elemento intelectual do dolo. O agente só poderá ser punido a título de negligência.

São aqui necessárias duas coisas:

- 1) A prova da negligência;
- 2) Que aquele crime esteja previsto na forma negligente (**art.º 13º** - aliás, devemos começar por aqui).

CP | ARTIGO 13º

(Dolo e negligência)

Só é punível o facto praticado com dolo ou, nos casos especialmente previstos na lei, com negligência.

Distingamos as situações de erro que analisámos com pormenor de duas figuras muito importantes da dogmática penal, a saber:

- (i) Aberratio ictus (ou erro na execução);
- (ii) Dolus generalis.

Estas duas figuras são diferentes das situações de erro; não podemos confundir umas e outras.

1 - ABERRATIO ICTUS

A tradução de *aberratio ictus* (literal) é desvio no caminho. Em vez de dizer erro na execução, ABB prefere execução defeituosa (ou *aberratio ictus*). O que distingue a *aberratio ictus* do erro? No erro sobre o objeto, o resultado produz-se no objeto elegido pelo agente, enquanto que, na *aberratio ictus*, o resultado produz-se num objeto distinto do elegido pelo autor.

Exemplo: imagine-se que A quer acertar em B. Falha a pontaria e acerta em C, que estava ao lado de B. Aqui, ele quer acertar numa pessoa, mas, porque falha a pontaria, acertou em C – portanto, num objeto distinto daquele que queria e representou.

>>> Na doutrina maioritária, o agente deve ser punido em concurso efetivo por tentativa do crime que tentou realizar (no caso, tentativa de homicídio de B) e pelo crime que realizou, na forma negligente (homicídio negligente de C). Chama-se a isto a teoria da concretização.

>>> Há, porém, uma doutrina minoritária que defende a chamada teoria da equivalência. Para esta doutrina, sempre que 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. Por isso, neste caso, como o ilícito projetado e o consumado são exatamente o mesmo (ele projetou matar B e afinal matou C), para esta parte da doutrina, ele deve ser punido apenas pelo crime de homicídio doloso.

Na realidade, para ABB, estão envolvidas duas pessoas; estão em causa dois bens jurídicos. ABB defende a teoria da concretização.

ACÓRDÃO TRP, 20/10/2004: “o ofendido teve que ser suturado, sofreu dores e sentiu-se com medo, triste e infeliz.” Relator: Pinto Monteiro.

É defendida aqui a teoria (minoritária e contrária ao pensamento da ABB) da equivalência.

Neste caso, a pessoa já tinha sido condenada por ofensa à integridade física negligente. Mas aqui não se pôde alterar a sentença, porque isso agravaria a

responsabilidade, senão o arguido nunca recorreria, o direito ao recurso não seria uma verdadeira garantia de defesa. Não pode haver reformatio in peius.

Na execução defeituosa, o agente quer sempre acertar num determinado objeto – mas, por uma execução defeituosa (por falta de pontaria ou porque a própria vítima se desviou), acerta num objeto distinto. Esta é que é a relevância e a importância da distinção entre o erro sobre o objeto e a *aberratio*. Na *aberratio*, a pessoa quer acertar num objeto, mas acerta noutra. No erro sobre o objeto, a pessoa acerta no objeto que representou.

2 – DOLUS GENERALIS

No dolus generalis, há duas ações, mas, tendo em conta a relação existente entre essas duas ações, elas devem ser valoradas como uma só.

Quando é que se pode aplicar a figura do dolo *generalis*? Quando o resultado se consuma em dois atos e o autor (agente) previu erradamente criar o resultado apenas com a primeira ação (mas, na realidade, o resultado concretizou-se com a segunda ação).

Exemplo: A atira sobre B e, logo a seguir, atira o corpo de B ao rio, pensando que B estava morto. Vem-se a provar na autópsia que B morreu afogado.

Assim, num primeiro momento, A pensa que conseguiu o resultado com a primeira ação. Mas sabemos que só foi com a segunda que o resultado veio efetivamente a acontecer. Quando é que podemos aplicar aqui a figura do dolo *generalis* e as duas ações podem ser olhadas como uma só? Há alguns critérios comuns usados na doutrina.

Critério de Stratenwerth: adota uma posição antes defendida por Welzel. Vem dizer que, se antes de praticar a primeira conduta o agente já tinha representado a segunda, nestes casos, como o dolo abarca toda a situação num momento prévio (*i.e.*, o dolo abrange todo o processo causal que conduziu ao resultado), o agente deverá ser punido apenas por um crime consumado, a título de dolo.

Há duas ações: na primeira, há tentativa; na outra, há homicídio negligente. Sem resolver ao nível do concurso, resolvemos logo ao nível desta figura. Stratenwerth vem dizer que, se antes de praticar a primeira conduta não pensou na segunda, ele deve ser punido por tentativa do crime e pelo crime que realizou na forma negligente.

O dolo da conduta abarca todo o processo causal, e o agente será punido apenas por homicídio doloso. Mas, se ao representar a primeira, não representou nunca a segunda, é punido por tentativa de homicídio e o crime que realizou na forma negligente.

Nota: o dolo *generalis* só se aplica quando a pessoa pensa que conseguiu o resultado na primeira conduta. Se a pessoa está em dúvida, não se aplica o dolo *generalis*; aí só pode haver negligência.

Critério de Figueiredo Dias: O prof. Figueiredo Dias vem dizer que o que importa é determinar se o risco que se concretiza no resultado pode ou não reconduzir-se ao quadro dos riscos criados pela primeira conduta.

Assim, para o prof. Figueiredo Dias, o que interessa é saber se, segundo as regras da experiência, era previsível/normal que o agente praticasse a segunda conduta. Se é uma consequência previsível, normal, caracteristicamente associável à primeira conduta, é possível aplicar o dolo *generalis*; caso contrário, não é possível.

Quando uma pessoa dispara e atira a pessoa ao rio, é ou não um risco associado à primeira conduta? Pune-se por homicídio negligente ou doloso? É a questão que se coloca.

21 MAR 2019

Sumário: Tipo subjetivo (continuação).

O dolo *generalis* é uma figura criada pela doutrina. A jurisprudência dominante e a doutrina atual tende a não usar a expressão *dolo generalis*, considerando que só se deve usar por uma questão de tradição jurídica. Mas esta é uma mera discussão de terminologia, para ABB.

O que é que se acrescenta de interessante? Atualmente, a doutrina diz que estas situações que normalmente eram resolvidas ao abrigo da figura do *dolo generalis* podem ser resolvidas com base numa figura que já estudámos – o desvio no processo causal. E, por isso, resolve-se ao nível da imputação objetiva. Há uma tendência para ver as situações de dolo *generalis* (normalmente implica a prática de duas condutas pelo agente, que pensa que conseguiu o resultado com a primeira conduta, mas na realidade conseguiu com a segunda), pela maior parte da doutrina, com o mesmo raciocínio aplicado ao processo causal: se o desvio não for essencial, a solução é punir pelo crime consumado, com dolo. Já se o desvio for essencial, pune-se por tentativa, porque se quebra a imputação objetiva. Isto é algo que se resolve ao nível da imputação objetiva.

Há outra parte da doutrina que acha que, nestes casos, o agente deve ser punido por tentativa e pelo crime que realizou na forma negligente. A situação de haver concurso ou não é só relativamente às duas ações: na primeira, o agente não realiza o resultado. Só na segunda é que isso acontece; e é por isso que uma parte da doutrina diz que, nestes casos, o agente é punido em concurso efetivo por tentativa do crime que visou realizar, quanto à primeira conduta, e pelo crime que realizou na forma

negligente, quanto à segunda. Esta é a discussão que importa.

Outra discussão reside no crime de profanação de cadáver. Mas aí já entra outro tipo que não é o discutido quando olhamos para o *dolo generalis*. No *dolo generalis*, o que vemos é se punimos por um só crime doloso, ou por cada uma das ações – a primeira na forma de tentativa e a segunda na forma de crime consumado e negligente.

ABB até acha que a figura do *dolo generalis* continua a ajudar, pois, no fundo, está a chamar a atenção para punirmos por um só crime na forma de dolo, que abarca a segunda ação, mesmo que na segunda conduta a pessoa tenha atuado na forma negligente. De qualquer forma, ficamos a saber que uma parte da doutrina não gosta de recorrer à figura do *dolo generalis* e prefere resolver estes casos logo à luz do erro sobre o processo causal. A dúvida, porém, continua a ser a mesma: nas situações em que há duas condutas, pune-se por um só crime doloso consumado, ou por tentativa quanto à primeira e crime negligente na forma consumada quanto à segunda? O desvio foi essencial ou não? Se foi essencial, há quebra da imputação objetiva e o agente só pode ser punido por tentativa na primeira tentativa e crime consumado negligente na segunda. Se não houve desvio essencial, só temos um crime.

Outra questão a levantar é sobre o que acontece se a situação for a inversa – *i.e.*, imagine-se que o agente quer alcançar o resultado com a segunda conduta, mas, sem querer, alcança logo com a primeira. Podemos ou não aplicar o mesmo raciocínio? Imagine-se que A quer matar B com duas pancadas, e pensa que a primeira pancada é só para atordoar e a segunda para matar - só que mata logo com a primeira. A solução, para a maior parte da doutrina, é exatamente a mesma. De acordo com esta doutrina, punimos só por um crime de homicídio doloso consumado.

Nota: o *dolus generalis* pressupõe que o agente esteja convencido de que conseguiu o resultado com a primeira conduta; que esteja em erro, pensando que conseguiu o resultado logo à primeira.

Imagine-se que A quer matar B, e dá-lhe uma pancada forte. Quando vê a pessoa inconsciente, arrepende-se e tenta reanimá-la. Acabando por se

convencer de que a pessoa morreu (mas ela não morreu), atira-a ao rio. O agente só pode ser punido por um crime de homicídio doloso consumado se o dolo inicial abarcar, de modo previsível, a realização da segunda conduta; neste caso, isso não acontece (não é previsível que a pessoa se arrependa e faça tudo aquilo).

III-E.i.b) – Elemento volitivo do dolo [+ formas de dolo]

Como ABB disse, o dolo, para a maior parte da doutrina, é composto por dois elementos: elemento intelectual e elemento volitivo. A propósito do elemento intelectual, analisámos as situações de erro.

Importa agora, a propósito do elemento volitivo, estudar as modalidades de dolo (embora estas não estejam dependentes só do elemento volitivo). Que modalidades pode o dolo assumir?

CP | ARTIGO 14º

(Dolo [Pressupostos da punição])

1 — Age com dolo quem, representando um facto que preenche um tipo de crime, actuar com intenção de o realizar.

2 — Age ainda com dolo quem representar a realização de um facto que preenche um tipo de crime como consequência necessária da sua conduta.

3 — Quando a realização de um facto que preenche um tipo de crime for representada como consequência possível da conduta, há dolo se o agente actuar conformando-se com aquela realização.

Face ao 14º do CP, o dolo pode revestir três formas:

- (i) Dolo direto;
- (ii) Dolo necessário;
- (iii) Dolo eventual.

Exemplo: A quer matar B e põe uma bomba num avião. Ele prevê como consequência necessária da sua conduta morrerem os outros ocupantes. É isto que caracteriza o dolo necessário.

1 – DOLO DIRETO

O dolo direto é igual a dolo de primeiro grau ou dolo direto intencional. O que o caracteriza é que o agente prevê e quer a realização do facto típico como fim último da sua conduta.

A previsão não tem de ter um certo grau; imagine-se que A está a uma distância considerável de B, e quer matá-lo, apontando para matar. Neste caso, haverá dolo direto? Sim, pois o grau interessa. Basta que ele preveja a realização do facto típico como possível e queira essa realização do facto típico.

Também existe dolo direto – e nós muitas vezes não nos apercebemos – quando a realização do tipo não constitui fim último da atuação do agente, mas aparece como estado intermédio necessário da sua conduta e do seu fim último.

Exemplo: A quer assaltar um banco; o seu fim último é o assalto ao banco. Apercebe-se de que a única forma que tem de realizar o assalto é matar o vigilante. Neste caso, matar o vigilante é algo que é feito com dolo direto, apesar de este ato ser um estado intermédio do fim último. A não deixa de representar e querer a morte do vigilante.

2 – DOLO NECESSÁRIO

O dolo necessário também pode ser designado por dolo de segundo grau ou dolo direto necessário. O que o caracteriza é que a realização do facto típico não surge como degrau intermédio para alcançar a finalidade última da conduta, mas como consequência necessária – no sentido de inevitável – da sua conduta.

3 – 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 importante. Tem semelhanças com outra figura: a da negligência consciente. Quer no dolo eventual, quer na negligência consciente, o agente prevê a realização do facto típico como possível, como provável – só que, no dolo eventual, a pessoa prevê e conforma-se com essa realização; na negligência consciente, o sujeito prevê, mas não se conforma com a realização. Assim, no dolo eventual e na negligência consciente, o elemento intelectual é o mesmo: nas duas figuras, o agente prevê a realização do facto típico como possível. O que varia é a parte volitiva: no dolo eventual, o agente conforma-se; na negligência consciente, não se conforma.

III-E.i.bb) – Distinção entre dolo eventual e negligência consciente

CP | ARTIGO 15º

(Negligência [Pressupostos da punição])

Age com negligência quem, por não proceder com o cuidado a que, segundo as circunstâncias, está obrigado e de que é capaz:

a) Representar como possível a realização de um facto que preenche um tipo de crime mas actuar sem se conformar com essa realização; ou

b) Não chegar sequer a representar a possibilidade de realização do facto.

Antes de chegarmos a esta teoria – chamada teoria da conformação, consagrada no nosso Código (14º, 3. e 15º, a)), há que ver que a distinção entre dolo eventual e negligência consciente é muito controversa. Várias teorias surgiram na doutrina.

1 – TEORIAS INTELLECTUALISTAS

Começemos pelas chamadas teorias intelectualistas (ou teorias da probabilidade). Como o próprio nome indica, defendem que a distinção entre dolo eventual e negligência consciente seja feita com base no elemento intelectual. Por isso, estas teorias defendem que, no dolo, o agente tem uma representação do facto típico qualificada. Não basta, para haver dolo eventual, o agente prever como possível a realização do facto típico; é preciso que ele preveja como provável. Já na negligência consciente o agente prevê a realização do facto típico como consequência possível. Assim, a diferença está entre o possível e o provável. Nem tudo o que é possível é provável. É com base nesta distinção que estes autores defendem a diferença entre dolo eventual e negligência consciente.

Que críticas podemos fazer? Desde logo, não é fácil estabelecer a fronteira entre o possível e o provável. Mas a crítica mais relevante, face à nossa OJ, é que não é nela possível distinguir dolo eventual e negligência consciente apenas tendo em conta o elemento intelectual.

2 – TEORIAS DA VONTADE

Surgiram, então, as chamadas teorias da vontade (ou da aceitação). De acordo com estas teorias, no dolo eventual o agente aprova a realização do facto típico. Ele aceita intimamente a realização do facto

típico. Já na negligência consciente o agente repudia a verificação do resultado; *i.e.*, espera que o resultado não se verifique. No dolo eventual, a pessoa aceita; na negligência, a pessoa repudia.

Nota: isto não é compatível com a nossa OJ. Para haver dolo eventual, a nossa OJ basta-se com o conformar-se. E conformar-se não é o mesmo que aprovar. Aprovar significa prever, aceitar e comprovar; conformar-se é uma atitude neutra (prever e conformar-se que realize).

3 – TEORIAS EMOCIONAIS

Também surgiram as chamadas teorias emocionais. Como o próprio nome enuncia, fazem a distinção do dolo eventual e da negligência consciente com base na atitude do agente face à OJ. No dolo eventual, haveria uma atitude de indiferença face à OJ. ABB não defende esta teoria, pois o elemento emocional não faz parte do dolo. A atitude face à norma jurídica só interessa ao nível da culpa.

4 – TEORIA DA CONFORMAÇÃO

A teoria que a nossa OJ adota é a teoria da conformação, que ABB diria ser a largamente dominante. No nosso caso, não só é dominante como está consagrada na OJ legal. A pergunta passa a ser: quando é que se pode dizer que o agente se conformou? Se o que distingue o dolo eventual da negligência consciente é o facto de, no dolo eventual, o agente prever como possível e conformar-se, torna-se necessário saber quando é que o agente se conformou ou não conformou.

Assim, surgiram as chamadas fórmulas de Frank. Frank era um juiz do supremo tribunal alemão. Tinha vários casos práticos para resolver, em que tinha de decidir se havia dolo eventual ou negligência consciente. Esta distinção é muito relevante: num crime negligente, a moldura penal é muito mais baixa do que num crime doloso. Além disso, quanto

ao elemento subjetivo, qual é a regra no nosso CP? Quando o legislador prevê um tipo de crime e nada diz, está previsto na forma dolosa – **art.º 13º**. Quando não é descrito o tipo subjetivo, o legislador está a pensar no dolo; só se pode punir a título de negligência se vier expressamente previsto na lei aquele tipo de crime na forma negligente.

CP | ARTIGO 13º

(Dolo e negligência [Pressupostos da punição])

Só é punível o facto praticado com dolo ou, nos casos especialmente previstos na lei, com negligência.

Frank, quando se deparou com casos práticos, teve uma grande dúvida em saber se havia dolo eventual ou negligência consciente – decidindo, portanto, criar uma fórmula para o ajudar:

Fórmula hipotética de Frank: para sabermos se há dolo eventual ou negligência consciente, ficcionamos que o agente previu como certa a realização do facto típico; de seguida, questionamos se o agente ainda assim atuaria. Se sim, há dolo eventual; se não, há negligência consciente.

Esta fórmula teve de ser afastada, pois levava a resultados incorretos. Recordemos o caso dos mendigos russos. Havia uma associação criminosa que tinha como atividade estropiar crianças para, dessa forma, conseguir obter esmola mais facilmente. O que acontecia? Algumas dessas crianças morriam. A dúvida que se colocou foi se o agente atuou como dolo ou com negligência face à morte da criança. Aplicando a fórmula hipotética de Frank, a solução é a negligência. Se eles ficcionassem como certa a realização do resultado (morte), eles não queriam atuar. Ora, os conceitos em direito penal são muitas vezes afinados graças a casos práticos.

Perante esta evidência, Frank disse que a fórmula hipotética não era válida, e criou uma nova fórmula:

Fórmula positiva de Frank: se o agente, ao atuar, previu como possível a realização do facto típico e pensou “aconteça o que acontecer, eu atuo”, há dolo eventual; se não confiou na realização do resultado, não há dolo eventual.

Esta fórmula é a defendida pela maior parte da doutrina – e, além disso, é compatível com o critério da conformação consagrado na nossa OJ.

Nota: leia-se a tese de mestrado de MFP. Esta professora fez uma tese sobre a distinção entre dolo eventual e negligência consciente. Acrescenta algo de novo à fórmula positiva de Frank. A profª Fernanda Palma vem chamar a atenção para a ideia de que a fórmula positiva de Frank pressupõe que se saiba o que o agente pensou. Se o agente pensar “aconteça o que acontecer, eu atuo”, há dolo eventual – mas como chegamos à conclusão do que o agente pensou?

Provar o que o agente pensa é das coisas mais difíceis em direito penal – e é fundamental saber o que o agente pensou.

Para MFP, há dois critérios muito importantes para determinar o que o agente pensou:

- Critério da coerência das motivações – quanto mais forte for a motivação, maior o indício do dolo eventual.
- Critério do grau de previsibilidade/probabilidade de realização do facto típico – quanto mais alto for o grau de probabilidade da realização do facto típico, mais probabilidade há de termos dolo eventual.

O exemplo de MFP é um caso de SIDA. Alguém infetado com o vírus da SIDA tem relações sexuais com outra pessoa. Há dolo ou negligência quanto à morte? Depende do caso concreto. Se houver o propósito de passar o vírus, há dolo direto, claro. Mas imagine-se que não há dolo direto. Como a probabilidade é de 1%, JFD chega à conclusão de que, neste caso, não há dolo eventual. O grau de probabilidade é de tal forma diminuído (~1%) que a pessoa não pensou “aconteça o que acontecer, eu atuo”. E a profª Fernanda Palma, que foi ela que propôs o terceiro, disse que tendo em conta a lógica das emoções envolvidas, a lógica emocional que orienta a conduta do agente, a pessoa tem dolo eventual de certeza absoluta.

Esta distinção, como já percebemos, é tão difícil de fazer e tem uma relevância prática tão grande que JFD, no seu manual, diz que, no futuro, coloca a hipótese de criarmos uma terceira figura, que se denominaria de temeridade, e que abarcaria as situações de dolo eventual e negligência consciente. O que significa isto? Uma transformação absoluta do nosso sistema penal, pois, se se criar esta figura da temeridade, o dolo terá apenas duas formas – direto e necessário – e a negligência passa a ter uma apenas forma - a negligência inconsciente. A temeridade passa a abranger o dolo eventual e a negligência consciente.

III-E.i.c) – Elementos subjetivos especiais

A propósito do tipo subjetivo, há que referir que, em certos tipos de crime dolosos, o legislador, para além de exigir o dolo, exige que se verifique um elemento subjetivo especial.

O que caracteriza o elemento subjetivo especial? Ele não se refere a elementos do tipo objetivo de ilícito, mas não deixa de ser um elemento ligado à vontade do agente. Um exemplo é o crime de furto: para estar preenchido, não se basta com o dolo de subtrair. Para além de provar esse dolo, há que provar ainda que o agente tinha *intenção de se apropriar*. Esta intenção de se apropriar é um elemento subjetivo especial. É que o apropriar-se não é um elemento objetivo do tipo. A intenção tem de ser de se apropriar, mas a apropriação não é um elemento objetivo do tipo.

O tipo subjetivo só estará aqui completo se, além de provarmos o dolo, provarmos a intenção.

Na fraude fiscal, o legislador exige que, além de o agente ter dolo da fraude, tenha *intenção de produzir o resultado lesivo ao património fiscal*.

Na burla, tem de haver *intenção de enriquecer*. Não se deve confundir esta intenção de enriquecer com o dolo da burla. Como já percebemos, o dolo consiste na representação dos elementos objetivos do tipo; ora, este elemento subjetivo especial não recai sobre os elementos objetivos do tipo – é por isso que é especial. É um elemento que se adiciona ao dolo.

III-E.ii. – Negligência

Ainda a propósito dos elementos subjetivos, falemos na negligência. Como sabemos, em direito penal, a outra forma que pode assumir o tipo subjetivo é a negligência. Ela pode ser estudada como um elemento subjetivo do tipo, mas também pode ser estudada e vista como uma ação típica e ilícita. **Figueiredo Dias** estuda a negligência no final do manual, como uma forma especial de surgimento do crime. Está aí a olhar para a negligência como uma ação típica ilícita.

A negligência, porém, deve ser vista no tipo subjetivo. É que a negligência é um elemento subjetivo. Isto tem uma grande importância prática. O prof. Figueiredo Dias, ao estudar a negligência no final do seu manual como forma especial do tipo de crime, tem a preocupação de determinar o elemento caracterizador da negligência. Ele está só a pensar no crime negligente como um todo. Se pensasse na negligência só como tipo subjetivo, não teria de fazer esta pergunta; mas quase toda a doutrina faz isto, tal como JFD. Esta parte da doutrina considera (incluindo JFD) que o que caracteriza a negligência é a violação do dever de cuidar.

Ora, nós podemos violar as normas de cuidado e atuar de forma dolosa, para ABB. Um médico pode matar uma pessoa, querendo, violando normas de cuidado (só). O que permite, naquele caso, dizer que aquele médico atuou com dolo e não negligência é

a caracterização do elemento subjetivo, e não a violação das normas do dever de cuidado.

Se o médico violou o dever de cuidado querendo matar a pessoa, há dolo; se violou representando o resultado, mas afastando a possibilidade de ele ocorrer, há negligência consciente.

ABB não diz que não seja relevante conhecer as normas de cuidado. Num caso de negligência médica, convém conhecer as *leges artis*. Não podemos é dizer que há um crime negligente tendo em conta apenas as normas de cuidado – ele até pode ter violado as normas de cuidado e haver dolo. O que vai decidir se ele atuou com dolo é se quis matar aquela pessoa. Se não quis, mas conformou-se, há dolo eventual; se ele representou e não se conformou, aí há negligência. O que é decisivo para haver negligência ou não, na verdade, não é a violação das normas de cuidado (como seria para JFD), e sim o elemento subjetivo. O que verdadeiramente caracteriza a negligência é o elemento subjetivo; é tentarmos perceber qual é a ligação subjetiva do sujeito com o facto.

Nota: o crime perfeito é o doloso; é esta a forma perfeita de realização. Quando os manuais estudam a teoria do crime, tendem a estudar a teoria do crime para o crime doloso, e depois estudam à parte crime negligente. Se formos rigorosos, porém, e seguirmos a nossa OJ, já sabemos que o tipo subjetivo dos crimes pode assumir a forma de dolo ou a forma negligente. Assim, a forma negligente é uma modalidade do elemento subjetivo.

Nota 2: o elemento caracterizador da negligência (para ABB) é o elemento subjetivo, de que toda a gente foge.

Nota 3: **Jakobs** estuda a negligência logo a seguir ao dolo; é onde ela deve ser estudada. Não deve ser estudada como uma forma especial de surgimento do crime, e deve, sim, ser estudada logo a seguir ao dolo.

A negligência deve ser encarada como elemento subjetivo, e estudada pelo elemento subjetivo do tipo. Isto significa que o elemento central da negligência é o elemento subjetivo.

Isto não significa, porém, que, quando haja um crime negligente, não se deva estar atento às normas de cuidado a que o agente tem de obedecer. Essa caracterização faz parte da conduta típica. Mas, como percebemos, o tipo de crime é constituído pela conduta típica (nos elementos objetivos) e pela negligência ou dolo (nos elementos subjetivos).

Nota: na violação das normas de cuidado, estamos apenas a caracterizar a conduta típica. Há que ver o que o agente pensou a nível do tipo subjetivo.

O nosso legislador pensa como ABB, isto apesar de o autor principal do nosso Código ser Figueiredo Dias.

III-E.ii.a) – Negligência inconsciente/consciente

A negligência pode assumir duas formas:

- Negligência consciente - tem relevância porque é muita próxima da figura do dolo eventual – e não podemos, no caso concreto, confundir uma coisa com a outra;
- Negligência inconsciente - nela, o agente não prevê a realização do facto típico, mas podia ter previsto.

A dimensão prática da figura da negligência inconsciente é importante. Punimos uma pessoa que, ao atuar, nem sequer previu a realização do facto típico. Mas temos, pelo menos, de provar que a pessoa podia ter previsto o facto típico.

Dito de outra forma, na negligência inconsciente, a realização do facto pelo agente era cognoscível.

Claro que a pergunta passa a ser: quando é que se pode afirmar que o agente, apesar de não ter previsto, tinha a possibilidade de prever? Aí, ABB sugere que é preciso, em primeiro lugar, provar que o agente teve consciência de sinais (que ABB apelida de sinais objetivos de perigo), os quais, no fundo, são elementos que podiam fazer o agente pensar na realização do facto típico. Há a teoria da consciência dos sinais objetivos de perigo.

Exemplo: o pai que se esquece da criança no carro não tem consciência de sinais objetivos de perigo. Tem de se provar que não teve a possibilidade de representar a morte da criança; isso implica não ter tido a consciência de nada que o pudesse levar a pensar na morte da criança.

Imagine-se que uma pessoa é distraída por natureza e põe uma máquina de café a funcionar, provocando um pequeno incêndio na sua cozinha, mas chegando a pessoa a tempo de apagar o incêndio. Noutra altura, a pessoa faz o mesmo – está ocupada por uma dada tarefa e vai outra vez à cozinha. Será que pode acender a máquina de café? Não pode. Ela já se esqueceu outra vez.

Se a pessoa tiver consciência de dados elementos que a possam levar à realização do facto típico, em princípio, há possibilidade de representar a realização do facto típico, e por isso há negligência consciente. No caso do pai, não houve consciência de sinais objetivos de perigo; quando o bebé adormeceu, ele não teve sinais. Mas imagine-se que o pai já falhou com o filho em várias situações de stress. Neste caso, ao levar o filho à escola, tem consciência dos sinais objetivos de perigo, e há negligência inconsciente na aceitação. No momento em que aceitou sabendo que já falhou em situações de stress, há consciência.

Não basta, porém, a consciência de sinais objetivos de perigo. É preciso que o agente tenha a possibilidade de prever o perigo concreto.

É relevante que o agente tenha a possibilidade de ter consciência do perigo abstrato e concreto da sua conduta.

O exemplo clássico é o da mulher alemã que vive na aldeia no século XIX e tem um filho raquítico. A aldeia toda convence a senhora de que a forma de tratar o filho raquítico é pô-lo num balde de água a

ferver. Claro que esta senhora tem consciência do sinal objetivo de perigo, mas não tem possibilidade da consciência do perigo abstrato e concreto da conduta. A senhora está convencida de que a queimadura irá curar a criança, não matá-la. Engisch viu logo que não havia negligência; ela não poderia sequer representar.

Outro exemplo: a senhora que fecha o quarto e deixa uma vela a arder, ficando as crianças sem conseguir respirar. Infelizmente, no nosso país as pessoas ainda morrem por deixar lareiras acesas. Hoje em dia, é difícil dizer que a pessoa não tem consciência do perigo abstrato e concreto da conduta.

Por que é que é importante a negligência inconsciente? Porque ela estabelece o limite subjetivo mínimo na responsabilidade penal. O limite subjetivo mínimo que tem de existir para punir alguém criminalmente é a negligência inconsciente; abaixo disso não se pode punir alguém (nota: isto tem a ver com a culpa em sentido amplo, ligação subjetiva do sujeito com o facto). Se a pessoa não tem sequer negligência inconsciente, não tinha a possibilidade de evitar a conduta. O direito penal pune a pessoa por ter tido a possibilidade de evitar.

Nota: se virmos jurisprudência portuguesa sobre negligência, assustar-nos-emos. Os nossos juízes escrevem simplesmente “a pessoa violou um dever de cuidado objetivo” e punem a pessoa, sem sequer olharem para o elemento subjetivo.

Há uma distinção, também, entre:

- Dolo de dano;
- Dolo de perigo.

Lembremos o crime de dano; nele, é necessária a lesão do bem jurídico, enquanto no crime de perigo ela não é necessária para o tipo de crime estar preenchido. Os crimes de perigo dividem-se em crimes de perigo abstrato e crimes de perigo concreto. O resultado do crime de perigo concreto é

a criação de um perigo para o bem jurídico; e perigo é a possibilidade de dano. O crime de dano exige que o resultado seja a lesão do bem jurídico, enquanto que o crime de perigo concreto exige que haja a criação de um perigo para o bem jurídico, que é a possibilidade de lesão.

Um exemplo de crime de dano é o homicídio; há que provar lesão do bem jurídico vida. Um crime de perigo concreto é a exposição ou abandono: para a mãe ser punida, temos de provar que houve perigo para a vida da criança, mas não é preciso que ela morra.

A questão do dolo de dano e dolo de perigo só se coloca quanto aos crimes de perigo concreto. Só aí é que há dúvida. Não há dúvida nenhuma de que o que caracteriza os crimes de perigo abstrato é uma conduta abstratamente perigosa (ex.: conduzir em estado de embriaguez).

Quando a mãe abandona a criança na floresta, o dolo desta mãe é um dolo de perigo. O que significa isto? Há que provar que a mãe tinha negligência quanto ao dano e dolo necessário quanto ao perigo.

O dolo de perigo é composto por:

- | |
|--|
| <p>(i) <u>Negligência quanto ao dano</u>;</p> <p>(ii) <u>Dolo necessário quanto ao perigo</u>.</p> |
|--|

Porquê? 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. Porém, essa relação não pode ser de dolo – porque, se for de dolo, não há razão alguma para não punir o sujeito pelo crime do dano. Como uma relação tem a ver com o dano, por exclusão de partes, se não pode ser dolo, só pode ser negligência.

Imagine-se que a mãe abandona a criança na floresta, mas representa a sua morte e conforma-se. Como se pune esta mãe? Se, quando abandona a criança na floresta, tem dolo de dano, devemos punir esta mulher pelo crime do dano – que, neste caso, é o crime de homicídio (se morrer, há homicídio; se não morrer, há tentativa de homicídio).

Assim, só podemos ir para o crime de exposição ou abandono se não houver dolo de morte; se houver, a mulher é punida pelo crime de homicídio.

Portanto, se não pode haver dolo de dano, e tem de haver uma relação com o dano (porque perigo é a possibilidade de dano), por exclusão de partes, o elemento subjetivo que sobra é a negligência. Tem de haver negligência quanto ao dano. A mulher tem de prever a morte, mas não se conformar, pelo menos.

Mas o crime de perigo concreto pressupõe perigo e uma relação com o perigo. Na doutrina, discute-se qual a forma que o dolo de perigo tem de assumir.

Para aprofundar o estudo do dolo de perigo, ler o livro do prof. **Rui Pereira** sobre o dolo de perigo. Rui Pereira diz que, se o agente tiver dolo direto de perigo, ele terá dolo de dano – e, se tem dolo de dano, não pode haver crime de perigo. 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. Por último, qual é a forma de dolo que sobra? O dolo necessário. A única forma de dolo em relação ao perigo só pode ser a de dolo necessário. Significa isto que, para o prof. Rui Pereira, nos crimes de perigo concreto, o agente tem de representar o perigo como consequência necessária da sua conduta.

Imaginemos que a mãe tem dolo direto de perigo; o que significa isto? Que representa e quer a criação de um perigo (a possibilidade de dano para a vida da criança). Isto significa que representa o dano e quer o dano. Ora, aí não pode haver dolo de perigo; a pessoa é punida por homicídio. O dolo de perigo nunca pode assumir a forma de dolo direto.

A configuração de dolo de perigo é difícil.

Perigo é a possibilidade do dano; só conseguimos perceber a distinção entre dolo de dano e dolo de perigo recordando-nos da classificação que existe entre crimes de dano e crimes de perigo concreto. O crime de dano exige a lesão do bem jurídico para o crime estar consumado; o exemplo paradigmático é o crime de homicídio (para estar preenchido, é

preciso que haja a lesão do bem jurídico vida). Já os crimes de perigo não exigem a lesão do bem jurídico, pois é o perigo o fundamento da punibilidade. Os crimes de perigo dividem-se, como vimos, em crimes de perigo abstrato e crimes de perigo concreto. O crime de perigo abstrato basta-se com uma ação abstratamente perigosa para o tipo ficar preenchido. O exemplo que já demos várias vezes é o da condução em estado de embriaguez – basta a pessoa ser apanhada a ter essa conduta para ser punida por esse crime, não sendo preciso provar qualquer lesão de bens jurídicos, pois o legislador acha a conduta tão perigosa que se antecipou a qualquer lesão, punindo só a conduta. Isto é extremamente anormal, pois nem é preciso atentar, nem haver lesão ou perigo para o bem jurídico. O legislador só raramente pode recorrer à figura do crime de perigo abstrato, sob pena de criar tipos inconstitucionais. Há, depois, um outro crime de perigo – o crime de perigo concreto. O que o caracteriza? Nele, é preciso provar que houve a criação de um perigo para o bem jurídico para estar preenchido o tipo. Quando falamos em criação de um perigo, não falamos em dano – como já vimos, perigo é possibilidade de dano. É por isso que o crime de exposição ou abandono é sempre o exemplo de crime de perigo concreto. Para punir a mãe, é preciso provar que houve perigo para a vida da criança. Esta é a descrição objetiva do tipo.

Como sabemos, todos os tipos são constituídos por uma parte objetiva e uma parte subjetiva. Ora, temos de construir o tipo subjetivo do crime de perigo concreto. A primeira coisa a fazer aqui é partir da noção de perigo. Perigo é a possibilidade de dano, de lesar o bem jurídico (vida, por exemplo). Se perigo é a possibilidade de dano, significa que, no crime de perigo concreto, necessariamente tem de haver uma relação do sujeito com o dano. Que relação é essa? O que Rui Pereira defende (com razão, para ABB) é que a relação com o dano não pode ser de dolo. Se o agente tiver dolo de dano, será punido pelo crime de dano. Se a mãe abandona a criança representando e conformando-se, ela não é punida por crime de perigo concreto. Se a criança morre, é punida por homicídio; se não morre, por tentativa de homicídio. A relação que tem de existir com o dano nos crimes de perigo concreto não pode ser de dolo. Ora, se não pode ser de dolo, só sobra a negligência. Assim, no dolo de perigo, tem sempre de haver 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, pois, se tiver dolo, será punida por homicídio. Esta é a primeira conclusão.

A segunda conclusão é acerca da forma que assume o dolo de perigo. É que há uma relação com o perigo; até agora, só determinámos a relação com o dano. A relação com o perigo é dolo necessário: o agente representa a criação de perigo como consequência necessária da sua conduta.

Não pode haver nem dolo direto de perigo, nem dolo eventual de perigo. É que se houver um destes, isso significa que há dolo de dano – que, como sabemos, não pode existir.

Assim, se a mãe representou a possibilidade de perigo para a vida da criança, e a quis criar, teve de representar a morte da criança e conformar-se. Por isso, não pode haver dolo direto de perigo. Se ela representou a possibilidade de morte da criança e conformou-se com essa possibilidade, representar a possibilidade da possibilidade é representar a possibilidade; logo, o que temos é dolo eventual de dano, que não pode existir.

Por exclusão de partes, a única forma de dolo que sobra é o dolo necessário.

[\[ESTAVA AQUI\] Ver parte da aula de 18/03 possivelmente perdida](#)

25 MAR 2019

Sumário: Resolução de hipóteses; participação criminosa.

Hipótese 8

Abel quer matar o cão de Carlos, seu vizinho, uma vez que o “bicho” lhe dá conta das galinhas. Como vê mal ao longe, dispara sobre o próprio Carlos, julgando tratar-se do cão. Carlos morre. Quid juris?

O tipo de crime em causa é, desde logo, o crime de homicídio.

Há um erro sobre o objeto da ação: uma discrepância entre o que o agente representou e o que se verifica na realidade.

Veja-se que, quando estamos a resolver uma hipótese em direito penal, no início, precisamos de dar os passos todos.

Temos de começar por averiguar primeiro se está presente uma ação. Isso implica saber em que se traduz uma ação em direito penal: ação é um comportamento controlado ou controlável pela consciência do sujeito.

Em segundo lugar, há que averiguar se aquela ação é típica. Isto pressupõe já termos elegido os tipos em causa, face àquela ação. Um concurso aparente implica já saber resolvê-lo ao nível do tipo. Se houver homicídio qualificado, podemos dizer que os tipos envolvidos são o 131º e o 132º, mas, como a relação entre eles é de especialidade, só funcionamos com o 132º. A partir do momento em que o tipo está estabelecido, é preciso saber se a ação se subsume ao tipo. Isso implica saber, em primeiro lugar, se aquela ação preenche todos os elementos objetivos do tipo. Aí há que ver se existe um sujeito/agente, se existe uma ação típica, se existe o objeto da ação, bem jurídico, resultado (se for um crime de resultado), e, por último, se é possível imputar objetivamente o resultado à conduta do agente. Se todos estes elementos estiverem preenchidos, passamos para o tipo subjetivo. Como sabemos, o tipo subjetivo ou se traduz no dolo, ou se traduz na negligência. Perante uma situação de dolo, há que determinar se estão presentes os elementos constitutivos do dolo: por um lado, o elemento intelectual (representação por parte do sujeito de todos os elementos objetivos do tipo), - e, em certos tipos de crime, o legislador exige, além do dolo, um elemento subjetivo especial, uma intenção, que vai para além dos elementos objetivos -; e elemento volitivo. A propósito do dolo colocam-se as questões de erro, que analisámos nas duas últimas aulas. Só se não houver dolo é que vamos

para a negligência, que pode ser consciente ou inconsciente.

Estando presente quer o tipo objetivo, quer o subjetivo daquele tipo de crime, o próximo passo é saber se aquela ação típica é ilícita – apesar de já sabermos que, a partir do momento em que vemos que a ação é típica, já está indiciado que ela será ilícita. Falta, porém, algo para sabermos que ela é ilícita. É aqui que se aplica a *técnica negativa da exclusão*: ver se há ou não causas de exclusão da ilicitude (é assim, pela negativa, que se analisa a ilicitude). Se houver, exclui-se a ilicitude e acabou a análise do crime; se não houver, passamos ao elemento seguinte, a culpa.

A propósito da ilicitude, averiguar se no caso concreto se verifica uma causa de exclusão da ilicitude é difícil, pois estas causas são também compostas por elementos objetivos e elemento subjetivo. Por vezes, o agente pensa que estavam presentes os elementos objetivos e não estavam; outras vezes, o agente não representa os elementos objetivos e eles estavam presentes.

Logo a seguir à ilicitude, temos a culpa. Ela é de difícil análise, mas não em termos práticos. Ela analisa-se exatamente da mesma maneira que a ilicitude – *i.e.*, pela técnica negativa da exclusão. Mais uma vez, averiguamos se naquele caso concreto estão presentes ou não causas de exclusão da culpa (em sentido amplo). Se estiverem, exclui-se a culpa e acabou a análise do crime; se não estiverem, não se exclui e continuamos. Há que conhecer muito bem as causas de exclusão da culpa (além das da ilicitude); um exemplo de causa de exclusão da culpa é a inimputabilidade (nota: a esse agente aplica-se uma medida de segurança).

Por último, averigua-se se a conduta típica, ilícita e culposa é punível. A punibilidade é uma espécie de figura residual (para ABB), porque vem acrescentar aqueles elementos extrínsecos ao facto típico ilícito que o legislador exige para que o comportamento tenha relevância penal. Por isso, há que começar por averiguar se estão verificadas as condições objetivas da punibilidade, e, por último, se se verifica alguma causa pessoal de isenção da pena. Se se verificar, exclui-se a punibilidade e a pessoa não é punida.

O que acontece no final do semestre? Olharemos para o caso prático, lê-lo-emos e veremos logo o problema que ele coloca. Por exemplo, na hipótese 8, há algum problema de ação? Não. O homem está acordado e consciente, quer matar o cão. É desnecessário passar horas a explicar que há uma ação jurídico-penalmente relevante. Basta dizer que a há. Qual é o problema que este caso levanta? É um problema de erro. Mas este problema de erro pressupõe que saibamos qual o tipo de crime que está a ser discutido. Podemos, então, começar por referir “vou tentar saber se este sujeito pode ser responsabilizado pelo tipo de crime de homicídio”. Isso implica saber se estão presentes os elementos objetivos e subjetivos deste tipo. Nenhum problema há ao nível dos elementos objetivos (não há problema de ação ou imputação objetiva, caso contrário, teríamos de parar aí – por exemplo, se a operação fosse feita por um médico embriagado). A única questão colocada aqui é de erro ao nível do tipo subjetivo. Aí, torna-se necessário perceber de que erro se trata.

Este é um erro sobre o objeto. Os objetos são tipicamente idênticos ou não? Não. Sendo assim, o erro tem relevância. A consequência é excluir-se o dolo: a base legal é o **16º, 1.**: erro sobre os elementos de facto do tipo de crime. Neste caso, o agente não representou uma pessoa, e sim um animal. O objeto que representou não foi o do tipo do **151º**; está em erro sobre o objeto.

De seguida, há que saber se o agente pode ser punido a título de negligência. Há que passar pelo **16º, 3.**, que ressalva a possibilidade de punir a título de negligência quando há erro. Seria dispensável, mas está no CP; temos de o referir. Há ou não negligência aqui? O agente não representa, mas podia ter representado. O homem estava longe, o agente vê mal ao longe; podia ter previsto que afinal não estava ali um cão. Não viu, mas podia ter visto. Não se dispara uma caçadeira sem ver. Concluímos que há erro sobre o objeto, eles não eram tipicamente idênticos (o erro tem relevância), exclui-se o dolo, mas o agente pode ser punido pelo crime de homicídio negligente de Carlos (**137º**). Aqui, para ABB, a negligência seria inconsciente.

Nota: não podemos falar aqui em todas as teorias da imputação objetiva. Não teríamos sequer tempo. Isto a não ser que tenhamos dúvidas sobre o que está em causa.

Hipótese 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 criminal de Álvaro?

Para a doutrina atual, a figura do dolo *generalis* é dispensável e pode ser utilizada apenas por uma questão de tradição jurídica. A doutrina e a jurisprudência atuais tendem a ver as situações de dolo *generalis* como situações de erro sobre o processo causal, mas em que o desvio não é relevante. Quando há erro sobre o processo causal em que o desvio não é relevante, não há consequências nem ao nível da imputação subjetiva, nem ao nível da imputação objetiva.

Esta situação é a inversa à que costuma ser a situação típica do dolo *generalis*. Esta é quando o agente pensa que matou à primeira, mas na realidade só matou à segunda. Aqui aconteceu o inverso; ele matou à primeira, mas pensava que tinha matado à segunda. O desvio não é essencial.

Hipótese 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?

Nota: o dolo de perigo só é usado quando há crime de perigo.

O grande problema aqui é se Ana atuou com dolo eventual ou negligência consciente.

Quais foram as motivações de ter entrado em jogo? Ela pensou “aconteça o que acontecer, eu atuo”? Não. Provavelmente viu os colegas a jogar sem serem brutos e pensou “ah e tal, até posso participar, estou na praia e toda a gente sabe que estou grávida”. Temos dolo eventual ou negligência inconsciente? O que é comum aos dois é o elemento intelectual: nos dois o agente representa a realização do facto típico. No dolo, o agente conforma-se; na negligência, ele não se conforma. É por isso que temos a fórmula positiva de Frank. Frank criou uma fórmula para nos ajudar a determinar se o agente se conformou ou não. Veio dizer que, se o agente, ao atuar, pensou “aconteça o que acontecer, eu atuo”, há dolo eventual; caso contrário, não há. Nesta situação, era esta a nossa grande dúvida: se ela pensou ou não pensou isto. Por isso é que temos a ajuda dos critérios de MFP 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. Havia aqui algum grau de probabilidade de lesão, mas podemos pôr isto em causa, tendo em conta que os amigos sabiam que ela estava grávida. Quanto ao critério das motivações, a motivação dela foi brincar, entrar no jogo – não há um motivo forte. Em princípio, há negligência consciente.

Ora, não está previsto o aborto negligente.

Hipótese 11

Abel quer matar a sua tia, Beatriz. Envia-lhe, para esse efeito, uma caixa com bombons envenenados. Resolva os seguintes cenários finalizadores da presente hipótese:

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

Estamos perante uma *aberratio ictus* – execução defeituosa, em que é atingido um objeto distinto do que se visava atingir. Ele quer atingir um objeto, e porque há uma execução defeituosa, há um desvio no caminho e ele atinge o outro objeto. Poderá, em princípio, ser punido em concurso por homicídio negligente do carteiro e tentativa dolosa de homicídio da tia. Poderíamos discutir se haveria negligência no caso do carteiro; seria muito difícil o homem visualizar que o carteiro abriria a caixa e comeria os bombons.

Em princípio, não havia possibilidade de representar o facto típico (o carteiro comer os bombons).

Nota: poderemos colocar em dúvida não só se o agente atuou negligentemente, mas logo ao nível da imputação objetiva. Por isso, quando se diz que na *aberratio ictus* o agente vai ser punido em concurso, é em princípio. O importante é desde logo qualificar a situação como de *aberratio*, em que há uma execução defeituosa, independente de causa. Na *aberratio*, o agente atinge um objeto diferente. Será que o caso de ser o carteiro a comer é tão diferente de serem as amigas? Tem de haver uma precisão tão grande quanto a serem as amigas ou o carteiro? É discutível.

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

É por isso que há duas sub-hipóteses; a segunda (que não fosse só a tia a comer os bombons) já era previsível.

Na segunda sub-hipótese, a tia come o bombom. Se quando o sujeito atua e atinge não só o objeto que pretende como outros objetos, será que podemos na mesma aplicar a figura da *aberratio*? Neste caso, como a tia morreu, quanto à tia haveria homicídio doloso, e, quanto às amigas, puniríamos a título de negligência.

Neste caso, é mais fácil resolver dizendo que é punido por homicídio doloso quanto à tia que atingiu e, quanto as amigas, pôr a funcionar o homicídio negligente.

IV. COMPARTICIPAÇÃO CRIMINOSA

Estivemos a analisar o crime na perspetiva de um único agente, que pratica o crime diretamente – é o chamado autor material. Em quase todas as nossas hipóteses, o que temos estado a ver é como analisar a conduta do agente imediato, o agente material, que pratica a ação – e, ainda, por cima, o agente singular (sozinho). Ora, há muitas formas de participar no crime. Sempre que isso acontece entra uma figura fulcral na teoria do crime: a figura da comparticipação criminosa. Sempre que houver 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 palavra comparticipação, em sentido amplo, abarca quer a autoria, quer a comparticipação.

A pergunta é: porquê estudar as formas de comparticipação agora, na tipicidade? Mais uma vez, há que ver que, normalmente, a figura da comparticipação é estudada no fim dos manuais como uma forma especial de surgimento do crime, ao lado da tentativa, dos crimes negligentes e dos crimes omissivos.

Mas a forma correta de estudar a comparticipação é *ao nível da tipicidade*. Como sabemos, um dos elementos objetivos do crime é o agente. Temos de saber qual é a forma que o agente tem no crime: se é agente material, se é mediato, instigador, cúmplice. Temos de determinar o tipo de agente que existe. É por isso que estamos a estudar esta matéria ao nível do tipo. É, sem dúvida, um elemento a determinar ao nível do tipo a posição do agente; a forma de participação ou autoria que assume.

Nota: os crimes omissivos devem ser estudados a propósito do conceito de ação; a tentativa deve ser estudada ao nível da tipicidade, e só a damos no fim por razões pedagógicas. A comparticipação deve ser dada ao nível da tipicidade, para ABB.

Em primeiro lugar, para percebermos as formas de autoria e participação, temos de começar por uma distinção importante. Nos crimes negligentes, o conceito de autoria é diferente do conceito de autoria nos crimes dolosos. Consequentemente, será diferente o conceito de participação.

>>> Crimes negligentes – é autor todo aquele que contribui causalmente para o resultado (a título de negligência).

Chama-se a isto conceito unitário de autoria (ou extensivo). Na negligência, para punir alguém como autor, basta provar que aquela pessoa contribuiu causalmente para o resultado, o que, na ótica de ABB, implica a cognoscibilidade individual da realização do facto típico por parte dessa pessoa.

>>> Crimes dolosos – o legislador adota um conceito restritivo de autoria.

Aplicando a teoria do domínio 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. No fundo, é autor quem controla o processo causal que leva ao resultado típico. Por isso, o facto surge como obra da sua vontade – e, numa vertente objetiva, surge fruto de uma contribuição para o acontecimento com determinado peso e significado objetivo.

Ainda dentro dos crimes dolosos, há quem faça a distinção entre conceitos distintos de autoria, consoante o crime doloso seja comum ou específico.

>>> Crime comum;

>>> Crime específico.

Roxin, um dos principais autores da **[a]** teoria do domínio do facto (para distinguir autoria de participação), considera que o conceito restritivo de autor só deve ser aplicado aos crimes dolosos

comuns. Sempre que houver um crime doloso específico (ou de dever), para Roxin, nestes casos, não tem de haver domínio do facto para se falar em autoria. Para estes crimes, Roxin considera que qualquer contributo para o facto – por mais longínquo que seja – funda a autoria, desde que seja o contributo proveniente do titular do dever.

O que está aqui a Roxin a dizer? Para ele, nos crimes específicos (só podem ser praticados por pessoas com dados deveres), basta, para ser autor, que a pessoa seja titular desse dever, não sendo preciso o domínio do facto.

Figueiredo Dias não concorda. JFD considera que, mesmo nos crimes específicos, não basta a violação do dever especial do titular para se falar em autoria; é necessário que haja domínio do facto.

Exemplo: imagine-se que o agente, titular de um dever específico, utiliza um estranho para praticar um crime. Quem tem a titularidade do dever específico chama-se intraneus e quem não tem o dever específico é o extraneus. Imagine-se que o intraneus utiliza o estranho (extraneus) para praticar o crime, mas não domina a vontade desse estranho. O que acontece se um juiz pede a um irmão para proferir uma sentença? Quem é o titular do dever? O juiz. Ele utiliza o irmão para praticar o crime. Para Roxin, isto basta para se dizer que o titular do dever tem autoria. Figueiredo Dias acha que não é suficiente; para JFD, para além de o titular do dever ter de utilizar o irmão, ele teria de dominar a vontade do irmão – ele teria de ter o domínio do facto em relação ao irmão.

Importante para já é a teoria do domínio do facto, que a maior parte da doutrina utiliza (pelo menos) nos crimes dolosos para distinguir autoria de participação. Pressupõe que, na autoria, o agente tenha o “se” e o “como” da realização do facto típico.

Houve, como sempre, várias teorias que tentaram distinguir autoria de participação.

Antes da teoria do domínio do facto, havia a **[b]** teoria formal objetiva. Esta dizia que só podia ser autor todo aquele que executa o facto por si mesmo. Esta teoria veio a revelar-se insuficiente, por não

abarcas, por exemplo, as situações de autoria mediata.

A **[c]** teoria subjetiva vem propor que a distinção entre autor e participante deve ser feita com base no elemento subjetivo. Assim, seria autor quem atuasse com *animus* de autor, e seria participante quem atuasse com *animus socii*. Esta teoria levou a alguns absurdos, nomeadamente um famoso caso em que o tribunal alemão condenou como cúmplice o espião russo que, a mando da União Soviética, matou dois conterrâneos seus na Alemanha. Chegou-se à conclusão de que era só participante, e não autor do crime, pois atuou a mando de outrem – neste caso, a URSS. Não tinha *animus* de autor.

Foi Roxin o principal precursor e defensor da teoria do domínio do facto.

IV-A – Autoria e participação

O nosso CP distingue formas de autoria e formas de participação. Temos de saber quais são elas. Mas já sabemos uma coisa: em todas as formas de autoria, o sujeito tem de ter domínio do “se” e do “como” da realização do facto típico.

Há várias formas de autoria:

- (i) Autoria imediata - o autor tem domínio do facto através do *domínio da ação*. Significa isto que é ele próprio que executa a ação.
- (ii) Autoria mediata - o autor tem o domínio do facto através do *domínio da vontade*. O autor não executa a ação, mas domina a vontade do executante.
- (iii) Coautoria – o domínio do facto obtém-se através do *domínio funcional do facto* – i.e., o agente, durante a execução, possui uma função

relevante para a realização típica em conjunto com os outros agentes.

Nota: dominar a vontade significa ou dominar através do elemento intelectual (erro), ou através do elemento volitivo (coação).

Estas são as formas de autoria que estão no nosso Código. E as formas de participação são:

- (i) Instigação;
- (ii) Cumplicidade.

Note-se que só há participação se houver autoria. Se não houver autores, não há participantes; daí falar-se na accessoriedade da participação.

CP | ARTIGO 26°

(Autoria)

É punível como autor quem executar o facto, por si mesmo ou por intermédio de outrem, ou tomar parte directa na sua execução, por acordo ou juntamente com outro ou outros, e ainda quem, dolosamente, determinar outra pessoa à prática do facto, desde que haja execução ou começo de execução.

Olhe-se ao 26°. Lemos que é autor quem executa o facto por si mesmo >>> autor imediato, autor material (anotar no CP). É também autor quem executa por intermédio de outrem >>> autor mediato - aqui, o autor obtém o domínio do facto porque utiliza o outro como instrumento da sua vontade.

“Com outro ou outros” é uma referência à >>> coautoria. Quanto à última parte, refere-se à instigação (“e ainda quem, dolosamente, determinar outra pessoa à prática do facto, desde que haja execução ou começo de execução”).

Já agora, a cumplicidade está prevista no artigo seguinte – o 27°.

CP | ARTIGO 27°

(Cumplicidade)

1 — É punível como cúmplice quem, dolosamente e por qualquer forma, prestar auxílio material ou moral à prática por outrem de um facto doloso.

2 — É aplicável ao cúmplice a pena fixada para o autor, especialmente atenuada.

IV-A.i. – Autoria mediata

Desenvolvamos a forma de autoria mediata (*executar o facto por intermédio de outrem*). Pode dizer-se que se pratica o facto por intermédio de outrem quando esse outrem é utilizado como instrumento da vontade do chamado autor mediato.

Para a maior parte da doutrina, o domínio da vontade obtém-se das seguintes formas:

- (i) Por erro – mas tem de ser um erro que exclua o dolo ou a culpa do executor. Não é um erro qualquer.
- (ii) Por coação – é outra forma de obter o domínio da vontade, mas não é uma coação qualquer; tem de ser uma coação que exclua a culpa do executor.

São discutíveis, mas a maior parte da doutrina inclui também o domínio da vontade:

- (iii) Por domínio da organização (ou domínio da vontade no quadro de um aparelho organizado de poder).
- (iv) Por utilização de inimputáveis.

Nota: não há autoria mediata quando o autor material não chega sequer a praticar uma ação jurídico-penalmente relevante. Imagine-se que A empurra B e B cai sobre C; há autoria mediata por parte de A? Não, pois B foi um mero instrumento, não havendo domínio da vontade. Nenhuma ação houve por parte de B, em princípio. Noutro exemplo, A hipnotiza B para que B mate C. Há alguma ação por parte de B? Não, pois está hipnotizado. Nestes casos, não se pode falar em autoria mediata, pois, na realidade, a outra pessoa é usada como um instrumento.

1 - AUTORIA MEDIATA POR ERRO

Nas situações de autoria mediata por erro, o autor mediato induz o autor imediato em erro ou explora um erro do autor imediato (material/direto).

Exemplo: A diz a B que o que está atrás da árvore é um veado, quando sabe perfeitamente que é C. A induziu B em erro, e, dessa forma, conseguiu dominar a vontade de B. Chama-se a isto autoria mediata por erro. Como é que A será punido? Eventualmente, por homicídio negligente. E B será punido por homicídio doloso, em autoria mediata. Ele induziu B em erro sobre os elementos do facto típico, dessa forma conseguindo obter o domínio da vontade de B.

Note-se que outras situações de erro poderão existir.

Exemplo 2: A diz a B que dispare sobre C porque C está com uma arma apontada a D, seu filho. E B

dispara, mas o homem não estava a apontar arma alguma. Quid juris? O autor mediato é punido por homicídio doloso, e o outro por negligente (há um erro sobre os pressupostos de facto da legítima defesa – 16º, 2. - o que veremos mais tarde).

Exemplo 3: uma dinamarquesa veio a Portugal e pensa fazer o aborto na 13ª semana. A vizinha advogada, por inveja, diz que a dinamarquesa pode fazer o aborto até à 13ª semana, fazendo a dinamarquesa depois o aborto. A dinamarquesa teve um erro não censurável sobre a proibição; fez tudo o que estava ao seu alcance para saber se era ou não proibido. Mas a vizinha será punida pelo crime de aborto por autoria mediata. Conseguiu o domínio da vontade da dinamarquesa, induzindo-a em erro.

Esta é apenas uma das formas de se conseguir o domínio da vontade.

2 – AUTORIA MEDIATA POR COAÇÃO

Exemplo de autoria mediata por coação: A aponta uma pistola à cabeça de B e diz: “ou disparas sobre C, ou dou-te um tiro”. E B dispara. Aqui, ele consegue o domínio do facto através do domínio do elemento volitivo da decisão do autor material. Ele domina a formação da vontade do autor imediato. Será B punido? Não. Este é exemplo é parecido com qual? O da tábua de Carnéades. Ele está numa situação de perigo de vida: ou dispara, ou morre. Temos um estado de necessidade desculpante, que exclui a culpa.

Nota: no estado de necessidade desculpante, o que temos é uma causa de exclusão da culpa (35º). A ilicitude é, por exemplo, a legítima defesa, mas isso é diferente. Aqui não se mata o agressor e sim outra pessoa.

Exemplo 2: três alpinistas sobem na vertical. O primeiro alpinista vira-se para o segundo e diz: “ou cortas a corda ao terceiro alpinista, ou eu corto a corda aos dois”. B corta a corda a C. A domina a vontade de B, pois domina o elemento volitivo da decisão de B.

3 – AUTORIA MEDIATA POR DOMÍNIO DA ORGANIZAÇÃO

Exemplo paradigmático de autoria mediata por domínio da organização: 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 automático. Eles reagem às ordens do chefe, pois sabem que, se um não cumpre, outro praticará.

A maior parte da doutrina defende que as atividades destas organizações têm de se situar fora do quadro da OJ. Há quem não concorde, porém. Há vários casos na nossa praça de bancos e de empresas em que havia este tipo de organização hierarquicamente estruturada, e em que as organizações estão dentro do quadro da OJ. Normalmente os casos de autoria mediata por domínio da organização são a máfia e as SS.

Note-se que os autores materiais continuam a ser responsáveis plenamente. Não é pelo facto de se pertencer a uma organização criminosa em que, se não praticar, outro praticará, se retira a responsabilidade. O que vamos é punir também o homem de trás.

Para o prof. **Figueiredo Dias**, nestes casos de domínio da organização, só haverá autoria mediata se o autor imediato estiver a atuar sob coação ou sob erro. Mas para **Roxin**, se o autor material estiver sob erro ou sob coação, não se utiliza o domínio da organização – esta terceira forma (domínio da organização) só se utiliza quando não pudermos utilizar outras formas.

4 – AUTORIA MEDIATA POR UTILIZAÇÃO DE INIMPUTÁVEIS*

**estudá-la-emos na próxima aula*

Pode ser-se inimputável em razão da idade ou de anomalia psíquica. Quando se fala em inimputáveis, diz-se que o autor mediato tem o *domínio ético-social do facto*.

28 MAR 2019

Sumário: Participação criminosa (continuação).

IV-A.i. – Autoria mediata (continuação)

A autoria mediata traduz-se na execução do facto por intermédio de outrem. Quando se pode dizer que um facto foi realizado por intermédio de outrem? Normalmente interpreta-se esta expressão como querendo dizer que, quando alguém utiliza outra pessoa como instrumento, essa pessoa que está a utilizar a outra é considerada autor mediato – porque não executa o facto por si mesmo, mas por intermédio de outrem.

A maior parte da doutrina entende que se pode executar por intermédio de outrem quando o homem de trás domina a vontade do executor. Portanto, o executor é utilizado como instrumento da vontade do homem de trás. A dúvida passa a ser: quando se pode dizer que alguém domina a vontade do executor?

Toda a doutrina aceita que há domínio da vontade nestas duas formas:

1 – AUTORIA MEDIATA POR ERRO*

Isto desde que o erro exclua o dolo ou a culpa.

**já a estudámos.*

pune, pois está excluída a culpa – atuou em estado de necessidade desculpante. Já A é punido por homicídio doloso, como autor mediato.

2 – AUTORIA MEDIATA POR COAÇÃO*

Contudo, a coação tem de excluir a culpa do autor material.

**já a estudámos.*

O erro por parte do executor material vai ter de excluir ou o dolo, ou a culpa.

Exemplo: A diz a B que o que está por detrás do arbusto é um animal, sabendo perfeitamente que é C. Como se pune o executor material (B)? Exclui-se o dolo de B. Como se exclui o dolo? Vendo se há um erro. Há erro sobre o objeto. Ele é tipicamente idêntico? Não. Assim, B está convencido (porque A o induziu em erro) que o que está por detrás do arbusto é um animal. Há que começar por analisar a conduta do executor material, que é B. Ele está em erro e há objetos não tipicamente idêntico; exclui-se o dolo. Pode, eventualmente, B ser punido por negligência – mas tem de se provar que atuou negligentemente, o que é uma tarefa complicada, como sabemos (se não se provar, B não é punido). Temos uma situação clara de autoria mediata por erro que exclui o dolo. Como é que punimos o homem de trás? Homicídio doloso, claramente.

Exemplo de autoria mediata por coação, que exclui a culpa: A aponta uma pistola à cabeça de B e diz: “ou disparas sobre C, ou eu disparo sobre ti”. Não há dúvida alguma que A morre a vontade de B, porque B ou dispara, ou dispara. É claro que este domínio da vontade não é absoluto, caso contrário não haveria sequer uma ação jurídico-penalmente relevante. B tem uma opção alternativa, mas a sua liberdade está claramente diminuída, pois está sob ameaça de morte. Quando uma pessoa pratica um ato porque está a ameaçada a sua vida, ela atua em estado de necessidade desculpante; como veremos (art.º 35º), esta é uma causa de exclusão da culpa. Aqui, o executor material estava em estado de necessidade desculpante. Como se pune B? Não se

CP | ARTIGO 35º

(Estado de necessidade desculpante)

1 — Age sem culpa quem praticar um facto ilícito adequado a afastar um perigo actual, e não removível de outro modo, que ameace a vida, a integridade física, a honra ou a liberdade do agente ou de terceiro, quando não for razoável exigir -lhe, segundo as circunstâncias do caso, comportamento diferente.

2 — Se o perigo ameaçar interesses jurídicos diferentes dos referidos no número anterior, e se verificarem os restantes pressupostos ali mencionados, pode a pena ser especialmente atenuada ou, excepcionalmente, o agente ser dispensado de pena.

Para ABB, há pelo menos mais duas formas de autoria mediata:

3 – AUTORIA MEDIATA POR DOMÍNIO DA ORGANIZAÇÃO OU POR FUNGIBILIDADE DO INSTRUMENTO NO ÂMBITO DE APARELHOS ORGANIZADOS DE PODER*

**já a estudámos.*

Esta forma de autoria mediata pressupõe:

1) Uma organização estruturada hierarquicamente e com forte disciplina interna;

2) O modo de funcionamento dos elementos é mecânico, i.e., os elementos da

organização limitam-se a obedecer às ordens do chefe;

3) A organização terá de atuar fora do quadro da OJ.

Nota: fala-se em elementos fungíveis porque se não for um, será outro a praticar o ato.

Nota 2: o chefe da máfia (Al Capone, por hipótese) foi autor mediato de todos os crimes praticados pelos membros da organização. Hitler foi autor mediato de todos os crimes praticados pelos membros das SS (seria impensável estar dentro da OJ universal, apesar da legalidade formal).

Para o prof. Figueiredo Dias, só existe autoria mediata por domínio da organização quando os executores atuam sob erro ou coação.

4 – AUTORIA MEDIATA POR UTILIZAÇÃO DE INIMPUTÁVEIS*

Há uma parte da doutrina que considera que só haverá autoria mediata por utilização de inimputáveis se se provar que, além do *domínio ético-social*, existe o *domínio da vontade* do autor imediato. Domina-se o elemento intelectual ou volitivo do autor imediato. Assim, o autor mediato tem de dominar o elemento volitivo e/ou intelectual do menor ou de quem sofre de anomalia psíquica.

O que significa isto? Se alguém usar um jovem para praticar o crime, e se provar que o jovem tem discernimento para perceber o que está a acontecer e capacidade de se determinar de acordo com isso, não há razão alguma para se falar em autoria mediata, para esta parte da doutrina.

Roxin não autonomiza esta figura (autoria mediata por utilização de inimputáveis) face à autoria mediata por erro ou por coação.

Uma parte da doutrina considera que se deve sempre falar em autoria mediata. Na Alemanha, na prática, até aos 14 anos, presume-se sempre autoria mediata.

Nota 1: se o homem de trás não for punido por autoria mediata, será punido por instigação.

Nota 2: em Portugal, ABB imagina que basta a utilização de inimputáveis para haver autoria mediata.

Há uma outra forma de autoria mediata, para a prof^a Conceição Valdágua:

“5” – AUTORIA MEDIATA POR ACORDO, AJUSTE OU PACTO CRIMINOSO NO QUAL O AGENTE DE TRÁS SE COMPROMETE A REALIZAR DETERMINADA PRESTAÇÃO E, EM CONTRAPARTIDA, O AGENTE IMEDIATO OBRIGA-SE AO COMETIMENTO DO CRIME, E FAZ DEPENDER ATÉ AO ÚLTIMO MOMENTO A SUA VONTADE DA VONTADE DO HOMEM DE TRÁS

Para **Conceição Valdágua**, há também autoria mediata em todos os casos em que o executor material se subordina voluntariamente à decisão do homem de trás até ao último momento – *i.e.*, o homem da frente não tem uma vontade autónoma própria, pois faz depender o fazer ou não fazer da vontade do homem de trás.

Nestas situações, o homem da frente subordina a sua vontade de fazer ou não o ato à vontade do homem de trás – voluntariamente.

CV admite uma situação de autoria mediata em que o executor imediato tem plena responsabilidade jurídico-criminal; o que se pretende aqui é *também* punir o autor mediato.

Exemplo de CV: imagine-se que B só deixará de fazer certo facto se o homem que lhe paga lho indicar. Se alguém contrata uma pessoa para matar outrem, e faz depender a sua decisão do dinheiro que essa pessoa lhe der, tem-se que, se a pessoa dizer “ah, afinal não quero que mates”, a outra não vai executar o facto. CV fala numa subordinação voluntária. Nos casos de erro ou coação, o homem da frente está subordinado ao homem de trás involuntariamente; aqui não, ele aceitou o dinheiro ou vai aceitar. Voluntariamente subordina-se ao homem de trás, mas CV acha que o homem de trás tem, no fundo, a mesma força que o homem da frente. O dinheiro vai ter impacto no homem da frente fazer ou não fazer.

Só a profª Conceição Valdágua defende esta posição, mas temos de a saber. Chama a estes casos acordo, ajuste ou pacto criminoso no qual o agente de trás se compromete a realizar determinada prestação e, em contrapartida, o agente imediato obriga-se ao cometimento do crime, e faz depender até ao último momento a sua vontade da vontade do homem de trás.

Para **Jakobs**, só nestes casos é que há instigação.

IV-A.ii. – Coautoria

A coautoria está prevista no 26º:

CP | ARTIGO 26º

(Autoria)

É punível como autor quem executar o facto, por si mesmo ou por intermédio de outrem, ou tomar parte directa na sua execução, por acordo ou juntamente com outro ou outros, e

ainda quem, dolosamente, determinar outra pessoa à prática do facto, desde que haja execução ou começo de execução.

Há dois elementos essenciais:

- (i) Decisão conjunta;
- (ii) Execução conjunta.

1 – DECISÃO CONJUNTA

A decisão conjunta é o elemento subjetivo da coautoria, para ABB.

Para se poder falar em coautoria, tem de haver sempre um acordo (em sentido amplo). Esse acordo pode ser (a) prévio (antes de se executar o facto) ou (b) durante a execução.

Fala-se em ação concertada, que implica uma espécie de consciência recíproca de estar a colaborar na realização do facto).

Este acordo pode ser (a) expresso ou (b) tácito.

Se houver excesso na execução do facto, esse excesso, por regra, não poderá ser imputado ao coautor. No caso de ser um excesso previsível, poderá ser atribuído ao autor a título de negligência – mas como autor, não como coautor.

Exemplo: A e B combinam os dois dar uma sova em C. B, sem nada dizer a A, leva uma pistola. Durante a sova, pega na pistola e mata C. Quid juris? Para haver coautoria, exige-se acordo. Se houver excesso por parte de um dos coautores, esse excesso, por regra, não pode ser imputado ao outro coautor. É importante perceber que, caso o outro

coautor pudesse ter previsto o excesso, então pode vir a ser punido como autor paralelo a título de negligência. Assim, o outro só pode ser punido como autor negligente se sabia que o outro era “chanfrado”.

Neste exemplo entra 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. Ora, isso não basta para o agente ser punível – tem de ser cognoscível o resultado.

2 – EXECUÇÃO CONJUNTA

Quanto à execução conjunta, há algumas controvérsias. O mais recomendável é ir à lei e ver como nosso legislador descreveu a execução conjunta. O legislador fala em “*tomar parte direta na sua execução*” (26º).

Quer isto dizer que cada um dos coautores tem de ter o *domínio da sua parte na execução*; tem de ter o domínio do seu contributo para a execução. Para ABB, esta é, muitas vezes, a forma mais correta de interpretar a execução conjunta.

Mas **Roxin** acrescenta que, para além de termos de provar que cada um domina a sua parte na execução, é necessário provar que cada um dos coautores tem a *titularidade de uma contribuição essencial na execução do facto* – isto é, nos termos do plano, a contribuição de cada um dos coautores tem de ser considerar indispensável, e tem de o ser ao ponto de poder fazer fracassar o plano com a não prestação do seu contributo. Chama-se a isto domínio negativo do facto – isto é, a pessoa, ao não realizar a sua contribuição, vai fazer fracassar o plano.

Nota: no caso da sova que vimos, há contributo essencial dos dois; para o facto se realizar tal como aconteceu, é preciso o contributo dos dois.

Nota 2: quando estudarmos a cumplicidade, teremos distinções de fronteira entre coautoria e cúmplice moral e entre instigador e cúmplice moral.

Há ainda uma parte da doutrina que considera que não basta a titularidade no plano do domínio negativo do facto. Há quem considere que, em concreto, *esse contributo tem de ser essencial*; é preciso que, na execução, se demonstre que o contributo é essencial.

Nota: veja-se que o domínio negativo do facto é poder fracassar o plano se nada se fizer; aqui, o agente continua a ter o domínio negativo do facto, mas esta parte da doutrina exige, além de se provar isto, provar que na execução também houve este domínio negativo (o contributo revelou-se essencial na execução). Se não houver este domínio, há só culpa.

Exemplo: A leva B ao local do crime, e, a partir do momento em que o deixa no local do crime, vai-se embora. Vão assaltar o banco, e a A tem como tarefa levar o outro à porta do banco, indo depois embora. É coautor ou não? Neste caso, a execução do crime começa quando A se vai embora. O contributo de A não é essencial. Mas imagine-se que A, além de levar, fica a vigiar para ver se não aparece nenhum guarda; aí já muda tudo, e o contributo dele já é essencial.

Exemplo 2: A dá instruções a B pelo telemóvel, estilo Ocean’s Eleven. É ou não coautor? Para quem exige que tem de tomar parte direta, não chega. Mas uma parte da doutrina diz que, apesar de não tomar parte direta, a sua ação tem consequências diretas na execução / reflexos diretos nos atos de execução. Isso é suficiente para dizer que é tomada parte direta na execução (o nosso legislador fala em “parte direta”).

Para parte da doutrina, são necessárias as 3 coisas. Para outra parte, tomar parte direta só. Para outra ainda, tomar parte direta e titularidade do domínio negativo do plano.

IV-B – Formas de participação

São formas de participação as seguintes:

(i) Instigação (26º, última parte);

(ii) Cumplicidade (27º CP).

Deve sempre falar-se em acessoriedade da participação. Só se pode punir o participante se o autor for punível; só há participação se houver autor que praticou um facto.

CP | ARTIGO 27º

(Cumplicidade)

1 — É punível como cúmplice quem, dolosamente e por qualquer forma, prestar auxílio material ou moral à prática por outrem de um facto doloso.

2 — É aplicável ao cúmplice a pena fixada para o autor, especialmente atenuada.

1 – INSTIGAÇÃO

A instigação prevista na última parte do 26º: “*quem dolosamente determinar outra pessoa à prática do facto, desde que haja execução ou começo de execução*”.

Antes de referir os elementos da instigação, há uma questão prévia a levantar. O instigador está previsto no 26º, que tem como epígrafe autoria. Vamos considerar o instigador autor?

O prof. **Figueiredo Dias** acha que, se houver determinação de outrem a praticar o crime, a instigação deve ser uma forma de autoria, porque o

instigador possui, através do domínio da decisão, o domínio do facto.

Mas a maior parte da doutrina entende que não é pelo facto de o instigador vir no 26º que ele é autor. O que o 26º nos diz é que o instigador deve ser punido *como* autor; e o fundamento da punibilidade do instigador é diferente do fundamento da punibilidade do autor. Como sabemos, o fundamento da punibilidade do autor é ele ter o domínio do facto (do “se” e do “como” da realização do facto típico). Ora, o instigador não tem esse domínio do facto. O fundamento da punibilidade do instigador é ele determinar outrem a praticar o crime.

Vejamos quais os elementos da instigação. Normalmente falamos em dois:

a) Determinação de outrem a executar dolosamente o crime

O que é que isto implica? Por um lado, implica que o instigador produza/crie no executor a decisão de realizar o facto. Significa que, para haver instigação, não basta que se influencie a decisão do executor ou que se sugira alguma coisa ao executor, ou se reforce a decisão do executor. Isso não é suficiente. Na instigação, o instigador faz nascer no executor a vontade de executar o crime. Assim, a decisão de executar foi produzida pelo instigador.

Além disso, tem de haver determinação de outrem a *executar dolosamente* o crime. Quer isto dizer que o executor tem dolo. Apesar de a decisão ter sido provocada por parte do instigador, o instigado, a partir do momento em que pratica o crime, age também com dolo. Pressupõe-se aqui *dolo do instigado*.

Exemplo: A paga dinheiro a B para matar C. B nunca pensou matar C; quem fez nascer (na cabeça de B) a vontade de matar C foi A. Por isso, para a maior parte da doutrina, há neste caso instigação, pois um criou na cabeça do outro a decisão de praticar o facto. Mas a partir do momento em que a decisão surgiu na cabeça do outro, B passa a ter dolo da ação instigada. Note-se que não acontece o mesmo na coação; aí há um “ou disparas, ou mato-te”. Aí

não se pode falar em livre vontade. Aqui, não só há dolo como há livre vontade.

A determinação de outrem a executar dolosamente o crime significa que tem de haver execução do facto, ainda que seja na forma de tentativa. Se pago à pessoa e a pessoa nada faz, não há instigação.

Exemplo: uma senhora foi apanhada a convencer umas pessoas a matar o marido, mas eles nunca executaram nada. No direito penal não se punem intenções.

Nota: não há tentativa de instigação. Se não há autor, não há instigação. O autor tem de praticar um ato de execução, mesmo que seja de tentativa. Se é pago o dinheiro, mas não se executa, não se pode punir quem pagou.

b) Duplo dolo do instigador

Tem de haver duplo dolo por parte do instigador. Quer isto dizer que o instigador tem de ter **b1) dolo de determinar** – i.e., tem de querer determinar o outro a praticar o facto; e, além disso, ele tem de ter **b2) dolo da ação instigada** – i.e., não basta que queira determinar o outro a praticar o crime, sendo preciso ainda que ele queira o próprio crime, sendo, portanto, necessário que represente a *dimensão essencial* do ilícito típico a ser praticado pelo instigado.

Exemplo: A disse a B que lhe pagava X se matasse C, seu pior inimigo. B confundiu C com D e matou D, seu melhor amigo. Foram praticados atos de execução; foi praticado um crime. A maior parte da doutrina que este erro sobre o objeto deve valer como uma aberratio ictus para o homem de trás – por isso, temos o problema de ver qual a solução que damos à aberratio ictus. A doutrina diverge aqui: quando se dá a objetos idênticos, há quem considere que não implica concurso (há só um crime) e há a teoria da concretização (o agente deve ser punido pela tentativa do crime que mandou realizar e pelo crime que praticou, na forma negligente).

Assim, o homem de trás é punido pela tentativa do homicídio que pediu, e pelo homicídio realizado na forma negligente – mas tem de se provar negligência. No homicídio negligente, não seria punido como instigador, e sim como autor paralelo.

Como é que o executor material é punido? Há erro sobre o objeto, mas são tipicamente idênticos. Ele é punido por homicídio doloso. Veja-se que, para A, o erro sobre o objeto do instigado vale como aberratio.

Exemplo 2: A pede a B para matar C, e B está atrás de uma árvore, fazendo pontaria para B, só que falha e acerta em D. Em relação ao executor, o que houve? Uma aberratio. Vamos discuti-la. E em relação ao homem de trás? Há também uma aberratio ictus.

Exemplo 3: imagine-se que A pede a B para dar uma sova em C. B entusiasma-se e, além da sova, mata C. Neste caso, o instigador é punido por ofensas, mas também homicídio negligente se conseguisse prever o excesso (imagine-se que sabia que o senhor era agressivo). Quanto às ofensas corporais, é instigador; quanto ao homicídio negligente, se se provar, é punido como autor paralelo.

Vamos agora falar da instigação em cadeia. O que a caracteriza? São casos em que o agente *não tem contacto direto com o executor do facto, no entanto surge como elo de uma cadeia conducente à determinação da prática de um facto ilícito típico.*

Na instigação em cadeia, o homem de trás não tem contacto direto com o executor material. Porém, faz parte da cadeia que vai dar origem à execução do facto.

Exemplo: A, amante de B, convence-o a determinar C a matar D, marido de A. Mas acrescentemos um

facto: A é que tem dinheiro, e o executor atua se lhe pagarem.

Exemplo 2: o caso da discoteca Meia Culpa aconteceu em Amarante. Este é um acórdão do STJ de 27/01/1999. Neste caso, o dono de um bar de meninas quis incendiar o bar de meninas concorrente. O que fez? Contactou uma pessoa para que ela contactasse outras pessoas para realizar o crime. O senhor diretamente contratado foi pago para contratar outras pessoas para provocar um incêndio no bar Y. Mas os executores provocaram o incêndio quando estava lá muita gente; houve um incêndio, a porta de incêndios não funcionou e morreram 10-15 pessoas. Depois de se saber esta história toda, queria punir-se o homem do bar concorrente. O problema é que o nosso legislador fala em “determinar outra pessoa à prática do facto”. Qual a figura aplicada? Chamaram autor mediato ao dono do bar concorrente. **CV** concordaria; mas há outra parte da doutrina que considera que, quando o legislador diz “determinar outra pessoa à prática”, não diz se é direta ou indiretamente. Uma parte da doutrina – **João Raposo** e **JFD** – diz que o que temos de fazer é partir de quem executou o facto e perguntar o que é que determinou a sua atuação. Partimos do executor e averiguamos o que foi determinante para ele ter decidido praticar o facto. Se o determinante foi o dinheiro da amante, ela é que foi a instigadora. No caso da boate, se o determinante foi o dinheiro dado pelo dono da boate concorrente, então foi ele que determinou.

Se interpretássemos de uma certa forma, conseguiríamos puni-lo.

2 – CUMPLICIDADE

Quais são os elementos objetivos da cumplicidade?

a) Contributo direto do cúmplice para facilitar ou preparar a execução

Esse contributo pode ser material (e aí fala-se em cumplicidade material), mas não pode ser um

contributo material ao ponto de ele tomar parte direta na execução. O contributo pode também ser só moral – neste caso, não pode ser um contributo essencial ao ponto de o contributo moral ser determinante da vontade do executor (aí já temos instigação).

Imagine-se que alguém empresta uma arma que vai ser utilizada num assalto, sabendo que o assalto vai ser realizado. Aqui a pessoa tem um contributo material. Imagine-se que a pessoa é a única capaz de fazer um mapa para chegar ao sítio onde se pratica um assalto; esta pessoa é cúmplice, pois não toma parte direta na execução (apesar de o seu comportamento ser importante).

Um exemplo de contributo moral é uma pessoa saber que a outra vai praticar o crime e dizer “ah sim senhor, aconselho vivamente a prática desse crime”. Ou então, imagine-se que alguém dá um conselho do tipo: “se vais arrombar esse tipo de cofre, tens de fazer isto”.

Nota: há os chamados atos neutros; aqui tem de haver um contributo direto para a execução do crime.

b) Causalidade do contributo em relação ao resultado tal como se produziu

Imagine-se que uma pessoa empresta uma arma que depois não é utilizada; aqui o contributo não foi causal, pelo que ela já não pode ser punida como cúmplice.

c) Execução ou começo da execução

Se empresta a arma e nem sequer há atos de execução, não há cumplicidade.

d) Dolo por parte do autor material / executor

Nota: por vezes, os alunos esquecem-se deste elemento.

Veja-se que a acessoriedade limitada só se aplica às formas de participação (não na autoria).

Quais são os elementos subjetivos da cumplicidade?

IV-C – Art.º 28º do CP

a) Duplo dolo por parte do cúmplice

Quer isto dizer que o cúmplice tem de ter **a1) dolo de auxílio** (querer auxiliar) e **a2) dolo quanto ao ilícito praticado**. Se A empresta a arma, tem de querer auxiliar o crime (dolo de contribuir) e conformar-se com a prática do crime (dolo quanto ao ilícito praticado).

Se o assaltante apanha um táxi para chegar ao local do assalto e nada diz ao taxista, pune-se o taxista como cúmplice? Claro que não; ele não tem dolo de auxiliar nem da ação realizada.

CP | ARTIGO 28º

(Ilícitude na participação)

1 — Se a ilicitude ou o grau de ilicitude do facto dependerem de certas qualidades ou relações especiais do agente, basta, para tornar aplicável a todos os participantes a pena respectiva, que essas qualidades ou relações se verifiquem em qualquer deles, excepto se outra for a intenção da norma incriminadora.

2 — Sempre que, por efeito da regra prevista no número anterior, resultar para algum dos participantes a aplicação de pena mais grave, pode esta, consideradas as circunstâncias do caso, ser substituída por aquela que teria lugar se tal regra não intervisse.

Numa hipótese de participação (instigação ou cumplicidade), devemos analisar sempre em primeiro lugar o autor material. Porquê? Porque, face ao princípio da acessoriedade limitada, a responsabilidade do participante é determinada em função da responsabilidade do autor material.

Assim, só podemos punir o participante se o autor material tiver praticado um facto típico e ilícito. Este princípio tem uma grande relevância prática. Se houver uma causa de exclusão da ilicitude por parte do executor material, essa causa estende-se ao participante.

Note-se que a culpa vai ser analisada individualmente. O estado de necessidade desculpante não se estende ao instigador; isto resulta do **29º do CP**.

Relacionado com o princípio da acessoriedade limitada, mas com outro âmbito de aplicação, é o **28º do CP**. Não se confunda o 28º com a acessoriedade limitada, embora esteja relacionado. Este artigo existe para os crimes específicos próprios e impróprios, visando 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.

*Exemplo: um pai, que tem especial dever de agir, paga a uma pessoa para matar o filho. Como será punida a pessoa que pratica o facto? Face ao **28º**, nestes casos, estendemos a qualidade ao executor. O executor também seria punido por homicídio qualificado. A tipicidade de ilicitude é analisada da mesma forma na autoria e na participação; a culpa é analisada individualmente, mas este caso é distinto.*

Note-se que, se o executor não soubesse da relação filial, haveria um erro sobre as circunstâncias agravantes.

Desta forma, de acordo com o **28º**, são comunicáveis todas as qualidades ou relações especiais do agente que sirvam para fundamentar ou graduar a ilicitude, exceto se for outra a intenção da lei.

Nota: quando se trata de fundamentar ou agravar a culpa, não se aplica o **28º**; ela analisa-se sempre individualmente (**29º**).

Nota 2: como vimos, chama-se extraneus ao agente que não possui a qualidade, e inraneus ao que a possui.

Nota 3: o **28º** é extremamente complexo; ABB recomenda ler o artigo de TPB sobre o assunto.

CP | ARTIGO 29º

(Culpa na participação)

Cada participante é punido segundo a sua culpa, independentemente da punição ou do grau de culpa dos outros participantes.

I ABR 2019

Sumário: Participação (continuação).

IV-C – Art.º 28º do CP (continuação)

Para a maior parte da doutrina – nomeadamente TPB – o **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 princípio diz que, sempre que houver autoria e participação, é preciso começar por analisar primeiro o autor e é preciso que ele pratique um facto típico e ilícito, estendendo-se esse facto ao participante). A acessoriedade limitada vem dizer que a responsabilidade do participante é determinada em função da responsabilidade do autor material; tal significa que só será punido se o autor material praticar um facto ilícito. Este é um princípio fundamental da participação, aplicando-se a todos os crimes. Tem uma relevância prática; não só demonstra a acessoriedade da participação, 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, já a culpa é analisada individualmente – **29º do CP**.

O **28º** está obviamente relacionado com o princípio da acessoriedade limitada; ABB diria que é decorrência sua. Porém, tem um âmbito de aplicação muito menor. Para a maior da doutrina, o **28º** só se aplica aos crimes específicos (quer os próprios, quer os impróprios). Visa responder a uma questão muito específica: *saber se eventuais participantes que não tenham a qualidade exigida naquele crime específico podem ser responsabilizados por esse tipo de crime*. É esta a pergunta específica a que o **28º** procura responder.

Só em relação à pergunta já existe uma divisão na doutrina. TPB, com alguma razão, diz que o **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? Isto é, 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? O **28º** diz-nos que sim.

Já não interessa o **28º** quando o autor material tem essa qualidade. Porquê? Porque se a tiver, escusamos de recorrer ao **28º**; 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.

servam para fundamentar ou agravar (graduar) a culpa.

Exemplo: imagine-se que o juiz pede ao gêmeo para proferir uma sentença. A este crime chama-se denegação de justiça, mas o irmão não tem a qualidade necessária para preencher este tipo de crime. Imagine-se que coagiu o irmão. O 28º diz que esta qualidade do juiz se estende ao irmão gêmeo. O que TPB acrescenta é o seguinte: se o juiz pratica e o gêmeo ajudou, já não é preciso ir ao 28º, pois basta aplicar o princípio da acessoriedade limitada para estender a qualidade do ilícito típico ao participante.

Discute-se se o 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 TPB, o 28º só se aplica quando o autor material não tem a qualidade que o tipo exige. Há que saber se essa qualidade se estende ao participante.

Ainda a propósito do 28º e da acessoriedade limitada, tem-se que, enquanto que este princípio apenas se aplica quando falamos de participação – isto é, a acessoriedade limitada só se aplica às formas de participação (instigação e cumplicidade) - o 28º, por seu turno, aplica-se a todas as formas de comparticipação, em sentido amplo. Aplica-se quer quando estejam em causa formas de participação, quer quando estejam em causa formas de autoria (isto é consensual na doutrina).

O 28º aplica-se a todas as formas de comparticipação criminosa (autoria e participação); para TPB (e para a maioria), só necessitamos de aplicar o 28º quando o autor material não tem as qualidades que o crime específico exige. Se for o autor material a ter as qualidades, não precisamos do 28º - somos conduzidos à acessoriedade limitada.

O que é que o 28º vem dizer? Que *são comunicáveis todas as qualidades ou relações especiais do agente que servam para fundamentar ou agravar (graduar) a responsabilidade criminal (ilicitude); já não são comunicáveis as qualidades ou as relações que*

Exemplo: o crime de denegação de justiça está no 369º. Para já, o que nos interessa é a palavra “o funcionário”. Este é um crime específico, e é próprio: só pode ser praticado por quem for funcionário. Só quem tiver esta qualidade – ser funcionário – pode ser agente deste crime. Mas a pergunta é: imagine-se, como vimos, que o funcionário é um juiz. O juiz utiliza o tal irmão gêmeo para proferir a sentença. O irmão gêmeo não é funcionário, pelo que, a priori, diríamos que não pode cometer o 369º. Suponhamos que o juiz fez coação sobre o irmão gêmeo para que proferisse a sentença por ele; será que podemos punir o irmão gêmeo, não funcionário, pelo crime de denegação de justiça? Sim, porque o 28º permite estender a qualidade de funcionário ao irmão gêmeo.

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

Uma das maiores discussões em crimes em especial é se o 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; 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 o 132º tem a ver com o tipo de culpa? Há que ler este artigo:

CP | ARTIGO 132º

(Homicídio qualificado)

I — Se a morte for produzida em circunstâncias que revelem especial censurabilidade ou perversidade, o agente é punido com pena de prisão de doze a vinte e cinco anos.

2 — É susceptível de revelar a especial censurabilidade ou perversidade a que se refere o número anterior, entre outras, a circunstância de o agente:

(...)

A “especial censurabilidade ou perversidade” tem mais a ver com a culpa do que com a ilicitude, para ABB. Quando o legislador se refere a isto, está, por norma, a pensar na culpa.

No **132º, 2.**, o legislador diz que são suscetíveis de revelar a especial censurabilidade ou perversidade aquelas circunstâncias – é feita uma enumeração de 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; as que estão relacionadas com motivações estão mais próximas da culpa.

Como vimos, a análise do crime é uma matéria extremamente complexa; analisamos uma realidade incindível separando 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**. O **132º, 2.** 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 **131º** e sim o **133º** (homicídio privilegiado – circunstâncias que indiciam uma menor culpa).

Sendo assim, quando funciona o **132º**, funcionamos com o **28º**? Não. 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.

Nota: em tudo isto assumimos que o participante sabe que um é filho do outro; caso contrário, não há hipótese de estender (até porque há o erro sobre as circunstâncias qualificadoras: extingue-se o dolo do homicídio qualificado).

Nota 2: isto parece poder ir contra a proteção do arguido. Mas leia-se o **28º, 2**. 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.

Nota: o **28º** tem um âmbito de aplicação diminuto: só os crimes específicos próprios e impróprios. De resto, não tem relevância para mais nada. Mas ele precisa de existir.

Há ainda que ver mais uma parte do **28º, 1.**: “*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 a 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. Assim, o amante não poderia ser punido por bigamia.

Hipótese 12

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. Porquê? 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. Se chegarmos à conclusão de que o autor material não praticou um ato típico ilícito, então acaba tudo.

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? Há erro. Mas ele não tem relevância, pois os objetos são tipicamente idênticos; 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).

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 crime de homicídio negligente de Frederico. Quanto ao homicídio negligente de Frederico, seria punido como instigador ou autor? Como autor paralelo, pois 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 algo difícil provar que havia cognoscibilidade de que mataria o outro, mas poderia acontecer se soubesse que havia dois gémeos.

No outro comportamento, há homicídio doloso do homem da frente e do homem de trás. Há concurso entre homicídio e tentativa de homicídio da mesma pessoa; o 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.

Bernardo será punido por homicídio de Frederico e homicídio doloso de Carlos, em concurso efetivo.

E não ficamos por aqui. Estamos numa hipótese de participação; há que olhar também a Abel. Primeiramente é instigador, pois 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) – isto está no **26º**. Para CV, 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 CV, e mesmo assim, a ideia que há é que já se pagou, pelo que é possível que mesmo para CV houvesse apenas instigação.

Há, ainda, outra forma de participação que não é coautoria – 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 participação têm elementos subjetivos e objetivos, caso contrário não teríamos o tipo da participação preenchido (**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.

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

Hipótese 13

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: comecemos pela teoria da *conditio sine qua non*.

Eliminando a conduta de Gustavo, o resultado não subsiste nas mesmas circunstâncias de tempo, modo e lugar; 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.

Que teorias existem para saber se vamos imputar o resultado à conduta? 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. A resposta seria sim se soubesse 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, nomeadamente da razão da falta de sangue. Se havia falta porque o senhor responsável pelos *stocks* de sangue agiu negligentemente, poderíamos a imputar a morte a ele e já não a quem disparou. 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. Para ABB, quando o caso é discutível, aceitaria negligência ou dolo. Mas tem de haver pelo menos negligência aqui, na opinião de ABB.

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 Filipe, homens de trás.

4 ABR 2019

Sumário: Resolução de hipóteses (continuação).

Hipótese 13

(continuação)

A situação é: C fala com F e pede a F para, em seu nome, contactar Gustavo no sentido de este praticar uma ofensa à integridade física a troco de dinheiro. Analisámos a responsabilidade de quem executou: ele deu uma sova de tal forma violenta que o senhor foi parar ao hospital, mas morreu porque não foi possível realizar uma transfusão de sangue.

Quando temos uma hipótese de comparticipação criminosa, devemos sempre começar por analisar o autor material, porque há um princípio fundamental ao nível da comparticipação criminosa que diz que a responsabilidade do participante depende da responsabilidade do autor material. Só no caso de este praticar um facto típico e ilícito é que o participante pode ser responsabilizado. Já a culpa analisa-se individualmente. Numa hipótese de comparticipação criminosa, por isso, começamos sempre com o autor material.

Aqui, Gustavo foi contratado para dar uma simples sova, mas deu uma sova violenta. Concluímos que podia ser punido, eventualmente, pela morte de Hugo se lhe fosse previsível a impossibilidade de fazer uma transfusão de sangue no hospital. Por sua vez, isto dependia da razão de ser de não haver sangue no hospital. Se esta razão fosse o médico responsável pelo stock ter-se esquecido de o repor, então não lhe era previsível esse desfecho – e aí, não poderia haver imputação objetiva do resultado à conduta de Gustavo. Caso tivesse dolo de homicídio (pois a sova foi violenta), poderia ser punido por homicídio, apesar de também preencher o tipo de ofensa à integridade física (por norma, há uma relação de subsidiariedade; há um concurso aparente, bastando punir por tentativa para abarcar todo o ilícito criminal praticado pelo agente).

E há a questão de Gustavo ter batido em Hugo. Quando uma pessoa dá uma sova em alguém que não é a sua vítima pretendida, temos erro sobre o objeto. Tem alguma relevância? Não, pois há uma identidade típica entre o objeto representado pelo sujeito (uma pessoa) e o objeto em que acerta (que é também uma pessoa). Quando há esta identidade típica, temos de perceber que o erro não tem relevância jurídica, pelo que não aplicamos o **16º, 1.** e não excluímos o dolo.

E há a questão da responsabilidade de Carlos e Filipe. Aqui já entra a matéria das últimas aulas. Entra aqui uma figura muito controversa: a instigação em cadeia, ou instigação da instigação. Quem contacta Gustavo é Filipe, mas Filipe fala em nome de Carlos, e, além disso, também sabemos que Gustavo trabalha a troco de dinheiro. Assim, quem oferece o dinheiro e quem pediu a Filipe que contactasse Gustavo foi Carlos. O problema é que quem contactou Gustavo foi Filipe: são os dois considerados instigadores.

Em princípio, responderíamos que Filipe era o instigador. E Carlos não é punido? Olhe-se ao 26º. Fala-se em dolosamente determinar outra pessoa à prática do facto; parece que isto tem de ser direto, o que significa que, neste caso, só poderíamos punir Filipe.

Uma parte da doutrina diz que, como o nosso legislador apenas afirma isto e não especifica se faz de forma direta ou indireta, estão incluídas as duas formas.

Outra parte da doutrina, porém, diz o contrário: defende que o nosso legislador exige que o instigador entre em contacto direto com o autor material, determinando-o a praticar o facto. Neste caso, apenas Filipe contactou diretamente com o autor, pelo que apenas ele poderia ser instigador. E o que acontece ao homem de trás? Para a doutrina que exige contacto direto, ele só pode ser punido como cúmplice.

Há, ainda, outra parte da doutrina (uma terceira posição) que diz que o que devemos fazer é partir do autor material (*in casu*, Gustavo) 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 o instigador é 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.

Nota: **Figueiredo Dias** diz que o instigador pode ser considerado autor; a favor disto, a instigação vem numa norma que tem por epígrafe “autoria”. Outra parte da doutrina acredita que o que o 26º diz é que o instigador deve ser punido *como* autor, o que é diferente (não significa que seja autor). Para esta doutrina, o fundamento da punibilidade do instigador é diferente relativamente ao do autor. Para ABB, a

ideia de JFD é de que, como acha que o agente comanda o facto do princípio ao fim, é também um autor. Em certo sentido, há uma consonância com CV; como sabemos, nas situações em que a pessoa faz depender até ao último momento a vontade da vontade do homem de trás, CV considera que há autoria mediata. JFD acha que o instigador possui o domínio do facto através do domínio da decisão. Porém, ABB não concorda: acha que o fundamento da punibilidade do instigador é diferente do fundamento da punibilidade do autor.

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 discutir se houve ou não interrupção do processo casual com a conduta do hospital, mas claramente podemos apontar um excesso: Gustavo fez mais do que lhe foi pedido. A pergunta que se coloca é: esse excesso pode 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 previsível que o executor ia exceder o encomendado, poderia ser considerado não instigador da morte, mas autor negligente do crime de homicídio. Como sabemos, nos crimes negligentes, o conceito de autoria é diferente do que existe nos crimes dolosos. Nos crimes negligentes, é autor todo o que contribui causalmente para o resultado (conceito extensivo), o que depende da possibilidade de prever o resultado. Veja-se que, se não houvesse nexo de causalidade, ele não poderia ser punido como autor negligente do crime de homicídio; mas, se houvesse quebra, só poderia ser punido pelo crime de instigador da ofensa à integridade física.

Nota: ABB acha que alguém só contribuiu causalmente para o resultado se lhe fosse previsível a realização desse resultado. Tem de haver, pelo menos, possibilidade de prever o resultado, caso contrário não existe negligência. ABB faz sempre a negligência depender do elemento subjetivo.

Há mais uma coisa a analisar: o erro do autor material. Isto tem alguma relevância para o homem de trás (instigador)? Temos de conhecer duas situações que normalmente acontecem na instigação.

Já analisámos a primeira: sempre que temos instigação e há excesso por parte do instigado, há que saber se podemos atribuir o excesso ao instigador, porque a pessoa faz mais do que lhe foi pedido. Neste caso, como vimos, em princípio, o excesso não pode ser atribuído ao homem de trás como instigador, pois não se verificam os elementos da instigação. A única hipótese de punir o homem de trás pelo excesso é se considerarmos que ele contribuiu causalmente para o resultado. Nesse caso, vai ser punido como autor negligente do facto que foi praticado em excesso. Para ABB, não contribui causalmente se não foi cognoscível.

A segunda situação é, por exemplo, alguém pagar a outrem para fazer um trabalho, mas o instigado, em vez de bater numa pessoa, bater noutra. O homem de trás pode ser punido? Em princípio não. Mas há uma grande controvérsia. O primeiro passo na nossa resposta, havendo erro sobre o objeto por parte do autor material (neste caso, o instigado), para a maior parte da doutrina, é ver que esse erro equivale e deve ser tratado como uma *aberratio ictus* para o instigador (note-se que ABB não lhe chama *aberratio ictus*; apenas é tratado como ela). Perante uma *aberratio ictus*, a solução da maior parte da doutrina é punição por tentativa do crime que se pediu para ser realizado (sova em X) e autoria negligente da ofensa à integridade física do homem que acabou por levar a sova, se lhe fosse previsível.

Uma parte da doutrina, que já conhecemos, diz que, quando na *aberratio ictus* os objetos são tipicamente idênticos, o agente deve ser punido por um só crime doloso. Quem defende este parte vai dizer que, como o erro sobre o objeto equivale a uma *aberratio ictus* para o homem de trás, pune-se o agente por ofensa à integridade física dolosa a Y.

Estes problemas são extremamente complexos.

V. ILICITUDE

V-A – Relação entre a tipicidade a ilicitude; Princípios gerais da exclusão da ilicitude

Até agora, analisámos só dois elementos do crime – ação e tipicidade. Há mais elementos a serem analisados para concluirmos que, no caso concreto, foi praticado um crime. Depois de concluirmos que há uma ação típica, temos de ver se ela é ilícita.

Em direito penal, a ilicitude analisa-se pela técnica negativa da exclusão. Para concluirmos que uma conduta típica é ilícita ou não, temos de averiguar se se verifica ou não alguma causa de exclusão da ilicitude. Dito de outra forma, temos de ver se está verificada ou não alguma causa de justificação.

Se se verificar uma causa de exclusão da ilicitude, esta fica excluída e acaba a análise do crime. Se não se verificar, então aquela ação típica é também ilícita.

Se é desta forma que se analisa a ilicitude para a maior parte da doutrina, temos de saber quais são as causas de exclusão da ilicitude que existem. Por isso mesmo, a primeira grande questão que se levanta a propósito das causas de exclusão da ilicitude é se a enumeração do **31º, 2. do CP** é taxativa.

CP | ARTIGO 31º

(Exclusão da ilicitude)

1 — O facto não é punível quando a sua ilicitude for excluída pela ordem jurídica considerada na sua totalidade.

2 — Nomeadamente, não é ilícito o facto praticado:

- a) Em legítima defesa;
- b) No exercício de um direito;
- c) No cumprimento de um dever imposto por lei ou por ordem legítima da autoridade; ou
- d) Com o consentimento do titular do interesse jurídico lesado.

Há vários argumentos para afirmar que a enumeração do nº 2 não é taxativa; desde logo, a expressão “nomeadamente” usada pelo legislador.

Além disso, no nº 1, o legislador fala na ilicitude ser excluída pela “ordem jurídica considerada na sua totalidade”: ou seja, não é só a ordem jurídico-penal. O legislador quer claramente incluir a possibilidade de excluir a ilicitude com base em causas de exclusão previstas noutros ramos do direito.

Um exemplo de uma causa de exclusão da ilicitude não prevista no CP e que se deve ter em consideração na ordem jurídico-penal é a ação direta. Estudámo-la em direito civil; não está no CP, mas deve ser considerada uma causa de exclusão da ilicitude de ofensas penais. Há o princípio da intervenção mínima do direito penal: não faria sentido excluir-se a ilicitude civil e permanecer a ilicitude penal. Se o direito penal só pode atuar em último recurso, isso seria inconcebível. Assim, a ação direta é uma causa de exclusão da ilicitude de uma ação penal (se se verificar). Naturalmente que tem de haver uma avaliação da proporcionalidade, com os limites exigidos pelo direito civil. O que não pode acontecer é, à partida, excluir a ilicitude no direito civil e não no direito penal.

Há causas de exclusão da ilicitude previstas na parte especial do Código Penal. No aborto, sabemos que este é possível até à 10ª semana. Para grande parte da doutrina, esta alínea atua como causa de exclusão da ilicitude. É mais uma razão para a enumeração do nº 2 ser exemplificativa.

Por fim, há a figura das causas de justificação supraleais. Vimos a legítima defesa preventiva. A razão de ser da legítima defesa está presente nesta figura; o princípio que justifica a legítima defesa está presente aqui. Por isso mesmo, fala-se em causas de justificação supraleais, porque não estão expressamente previstas no CP, mas são de admitir face aos princípios enformadores das causas de exclusão da ilicitude. Para além da legítima defesa preventiva, veremos uma outra causa de justificação supraleal muito interessante: o chamado estado de necessidade defensivo. Aqui não é possível aplicar a figura do direito de necessidade (causa de

justificação legal prevista no 34º), pois o interesse a salvaguardar não é sensivelmente superior ao sacrificado.

É claro que, infelizmente, só teremos tempo para estudar as causas de exclusão da ilicitude mais comuns e mais importantes – as previstas no nº 2. Vamos olhar para a legítima defesa (32º), o direito de necessidade (34º), o conflito de deveres (36º) e o consentimento do ofendido (38º).

Nota: *fala-se em causas de exclusão da ilicitude, e não justificação*. O que se exclui é a ilicitude; o que se justifica é o comportamento. Porém, é o mesmo dizer causas de exclusão da ilicitude e causas de justificação do comportamento.

Antes de desenvolver cada uma destas causas de justificação, há duas questões prévias que se colocam em relação a todas as causas de justificação e que temos de saber:

1 – Para dado comportamento estar justificado, é preciso, para além dos elementos objetivos estabelecidos pela lei, que se verifiquem também elementos subjetivos? I.e., para excluir a ilicitude, é preciso, para além da existência da situação justificadora, que o sujeito conheça a existência dessa situação?

2 – Quais são as consequências se houver um erro sobre os elementos objetivos de uma causa de justificação? Esta é, no fundo, a questão inversa. Imagine-se a situação em que A vê B, seu inimigo, a aproximar-se, e vê B a pôr a mão no bolso e a tocar num objeto volumoso, pensando: “é uma pistola, vai disparar”. Só que afinal B ia buscar a carteira. Quid juris? A representou uma agressão atual e ilícita por parte de B, mas, na realidade, não havia agressão atual e ilícita alguma. Esta é uma situação inversa: são representados os elementos objetivos, mas, na realidade, eles não se verificam. Qual é o regime aplicável? Veremos que é o 16º, 2. do CP, segundo

o qual se exclui o dolo. Fala-se na figura da legítima defesa putativa.

Exemplo: para alguém atuar em legítima defesa, basta que se verifique a existência de uma agressão atual e ilícita, ou é preciso provar que a pessoa sabe que há uma agressão atual e ilícita? Em princípio, a pessoa terá de provar isto, pelas razões que veremos. E há a questão de a pessoa não saber se o os elementos objetivos se verificam. A resposta varia consoante o crime seja doloso ou negligente.

As causas de exclusão da ilicitude são compostas por elementos. Bastam os elementos objetivos, ou é ainda preciso que se verifique o elemento subjetivo – que se traduz na pessoa conhecer a presença dos elementos subjetivos? Para dizer que a pessoa atuou em legítima defesa, basta provar uma agressão atual e ilícita por parte de B, ou é também preciso provar que A sabia que havia uma agressão atual e ilícita por parte de B?

(1)

Começamos pela primeira questão, que é bastante difícil: saber se para uma causa de justificação atuar, basta a presença dos elementos objetivos ou se é ainda necessário demonstrar que o sujeito conhecia esses elementos objetivos. Durante muito tempo – nomeadamente a escola neoclássica, e, entre nós, o prof. Cavaleiro de Ferreira – defendeu-se que as causas de justificação só exigiam a presença de elementos objetivos. Atualmente, a maior parte da doutrina defende que as causas de exclusão integram, para além de elementos objetivos, o elemento subjetivo. Ou seja, é preciso que o sujeito conheça a situação justificadora (elementos objetivos das causas de justificação). Qual é a principal razão? Só é possível justificar o comportamento se conseguir compensar o desvalor da ação e do resultado desse comportamento.

Isto implica que nos relembremos do que vimos acerca da ilicitude. O que é a ilicitude? O que a distingue da culpa? Quando afirmamos que um facto é ilícito, o que dizemos? A palavra censurável, por norma, aplica-se à culpa. Mas quer a ilicitude, quer a culpa são dois elementos importantíssimos na

teoria do crime por serem elementos valorativos. Dizer que o facto é ilícito e culposo implica juízos de valoração sobre o facto. Afirmar que há ilicitude é fazer um juízo de desvalor sobre aquela conduta. Esse juízo de desvalor sobre o comportamento é composto por dois elementos: por um lado, significa que aquela conduta é composta por um desvalor de ação; por outro lado, há também um desvalor de resultado.

Se A dispara sobre B e este morre, a ação de A de matar é ilícita, e é composta por desvalor de ação e desvalor de resultado. O desvalor de ação consiste em querer matar B com aquele comportamento; o desvalor de resultado é dirigido ao resultado morte de B. Dizer que a ação é culposa é já fazer um juízo sobre o agente. Aqui, o objeto do juízo é o sujeito. Quando dizemos que uma ação é culposa, fazemos um juízo de censura ao agente. Porquê? Porque se podia ter motivado pelo direito, tinha capacidade e liberdade para o fazer, e não o fez.

Na ilicitude, fazemos um juízo de desvalor sobre a conduta, e dizemos que ela é contrária ao direito, provocando uma danosidade social. É isto que se avalia na ilicitude; mas ela é composta sempre por um desvalor de ação e desvalor de resultado. E não falamos em resultado como nos crimes de resultado: é no sentido amplo, no sentido de lesão do bem jurídico. O crime de introdução em casa alheia não é um crime de resultado, mas ele é composto por desvalor de ação e desvalor de resultado. O desvalor de ação consiste em conhecer e querer entrar em casa alheia sem autorização; o desvalor de resultado consiste na violação da intimidade do domicílio da pessoa.

Para excluir a ilicitude, há que eliminar o desvalor de ação e também o desvalor de resultado. Só conseguimos excluir a ilicitude se compensarmos o desvalor de ação e o desvalor de resultado.

Como é que afastamos um e outro?

Podemos compensar o desvalor de resultado com a presença dos elementos objetivos de uma causa de justificação.

E como compensamos o desvalor de ação? Com a presença do elemento subjetivo da causa de

justificação. É mais fácil começar por esta última parte de compensar o desvalor de ação.

Imagine-se que A disparou sobre B, mas porque B tinha uma pistola apontada à sua cabeça. O que acontece? A cometeu um homicídio. Este homicídio é lícito ou ilícito? Cabe saber se podemos excluir a ilicitude do comportamento de A. Se pudermos fazer isso, o homicídio é lícito. Diremos, então, que estará compensado o desvalor da ação de A.

A ilicitude é composta por:

- Desvalor de ação;
- Desvalor de resultado.

Há que eliminar os dois, o que só acontece verificando-se os elementos objetivos de uma causa de exclusão de ilicitude e o elemento subjetivo. No exemplo que vimos, A dispara sobre B e B morre; mas A disparou sobre B porque viu B apontar uma pistola à sua cabeça. Este conhecimento por A de que existe uma agressão atual e ilícita por B anula o facto de ele querer disparar sobre B. A conduta de A não é a mesma que seria numa vingança. O facto de ele saber da agressão e querer repeli-la claramente elimina o desvalor da conduta – nomeadamente, o desvalor da ação da sua conduta, que é composto pelo conhecimento e o querer realizar o facto típico. Ele representa e quer matar B porque viu uma agressão atual e ilícita e quer repeli-la.

Este conhecimento por A vai anular o desvalor da sua conduta; porém, também há que anular o desvalor do resultado (morte de B). O que normalmente se diz é que a lesão do bem jurídico vida está compensada pelo facto de B estar com uma arma apontada para A – *i.e.*, haver uma agressão atual e ilícita por B. Só depois de compensados os desvalores é que é possível excluir a ilicitude.

Tudo está atenuado por A conhecer e querer repelir uma agressão por B. Não basta atenuar e compensar o desvalor de ação. Há que olhar ao desvalor de resultado; e aí temos de provar que havia uma agressão atual e ilícita por parte de B. Claro que tudo isto atenua o desvalor de resultado

da conduta de A. Se isto é assim, qual será a consequência de não haver um elemento subjetivo? Não se pode retirar o desvalor da ação. Que figura no direito penal pune o desvalor da ação? A tentativa. *Quando não há o elemento subjetivo de uma causa de exclusão da ilicitude, o agente deve ser punido por tentativa.*

Olhe-se ao **38º, 4.** O consentimento do ofendido é outra causa de exclusão da ilicitude. Uma bofetada em B pedida por B significa que, em princípio, a conduta está justificada por consentimento do ofendido. Imagine-se que A estava com *headphones* e não ouviu B pedir para lhe ser dada uma bofetada, embora ele tivesse realmente pedido (A deu porque lhe apeteceu): A é punido por tentativa. O facto de não conhecer significa que não é compensado o desvalor de ação, o que significa que ele permanece. A é punido por tentativa, pela semelhança que existe com a figura da tentativa – isto apesar de não ser exatamente uma tentativa, por ter mesmo acontecido uma bofetada.

Verificando-se todos os elementos do consentimento, aplica-se o **38º** e exclui-se a ilicitude. Mas A se estava com *headphones* e não ouviu o consentimento, é punido por crime de ofensa à integridade física? Não; é-o por tentativa, porque não é a mesma coisa existir ou não pedido. Em termos objetivos, houve pedido; como estão presentes os elementos objetivos, há que compensar o desvalor do resultado da conduta. Mas A representou e quis dar uma bofetada, sem conhecimento do consentimento. Isto é desvalioso. Ora, a figura em direito penal que pune o desvalor de ação é a tentativa de ofensa à integridade física. Por isso é que o legislador diz que quando há consentimento, mas ele não é conhecido do agente, o agente deve ser punido por tentativa.

A propósito da figura do consentimento do ofendido, que é uma causa de exclusão da ilicitude, não há dúvida que o nosso legislador exige a presença do elemento subjetivo. O agente dever ser punido por tentativa significa que o comportamento não está justificado. Apesar disso, não é a mesma coisa que o comportamento não ter consentimento, pois, em termos objetivos, houve consentimento. O que não há é o conhecimento desse consentimento por parte do agente. É por isso que o legislador diz: se, em termos objetivos, houver consentimento, mas o

agente não conhecer esse consentimento, vamos puni-lo por tentativa, com a pena aplicável à tentativa.

O que se pune na tentativa é, fundamentalmente, o desvalor da ação. Nas tentativas, ou não há resultado (A dispara sobre B e não acerta), ou, apesar de haver resultado, ele não é imputado objetivamente ao agente, pelo que não há desvalor de resultado.

A dúvida é em relação às outras causas de exclusão da ilicitude. Aplica-se o mesmo regime? Temos normas negativas; o princípio da legalidade não se aplica às normas negativas. A proibição da analogia só se aplica às normas penais positivas, não às negativas. Porquê? Há uma diferença entre fundamentar ou agravar a responsabilidade e excluir ou reduzir. Deve aplicar-se o **38º, 4** por analogia às outras causas de exclusão da ilicitude sempre que não houver o elemento objetivo, para a maioria da doutrina.

Imagine-se que A dispara sobre B, matando-o. Só mais tarde se vem a saber que B tinha uma pistola apontada a A, pronta a disparar. Que elementos da legítima defesa se verificam? Existe uma agressão atual e ilícita por B. Esses elementos objetivos compensam o desvalor de resultado da conduta de A ao matar B – no caso, a lesão do bem jurídico vida. Não sabendo A isto, não é possível atenuar o ele ter representado e querido disparar sobre B. Não conseguindo compensar o desvalor da ação, há que punir A com a pena de tentativa. Nela, pune-se o desvalor de ação. Devemos tratar da mesma forma o A que dispara sobre B sabendo que B estava pronto a disparar sobre A, nada sabendo sobre o outro? Ele teria disparado mesmo que o outro não estivesse a fazer o mesmo. O legislador diz-nos que o facto de se provar que estavam presentes os elementos objetivos da legítima defesa deve resultar num tratamento especial, ou, pelo menos, diferente do que haveria caso nada houvesse.

Veja-se, agora, a seguinte situação: não há agressão atual e ilícita alguma por parte de B, e A disparou sobre B. Vamos valorar isto da mesma forma? Não.

No caso de haver uma agressão atual e ilícita por B, sendo que A conhece e dispara sobre B, temos legítima defesa com todos os seus elementos – objetivos e subjetivos – previstos no **32º do CP**. Não há aqui dúvidas: exclui-se a ilicitude do

comportamento de A, que preencheu o crime de homicídio ao disparar sobre B.

O desvalor de resultado é composto pela lesão do bem jurídico. A ilicitude pressupõe isto. Sempre que dado comportamento é ilícito, esse comportamento é composto por desvalor de ação e de resultado. Se há causas de exclusão da ilicitude é porque elas vão conseguir compensar o desvalor de ação e o desvalor de resultado. Normalmente, o que se diz é que, se se verificarem os elementos objetivos de uma causa de exclusão da ilicitude (na legítima defesa, são agressão atual e ilícita), compensamos o desvalor de resultado; mas depois temos de verificar o elemento subjetivo da legítima defesa (*i.e.*, representar e querer a afastar a agressão atual e ilícita).

Uma causa de exclusão de ilicitude coloca uma grande dúvida sobre se é composta por elementos subjetivos ou apenas objetivos. Por que é que a maior parte da doutrina exige a presença de elementos objetivos e um elemento subjetivo? Sem a presença destes elementos, não há causa de exclusão da ilicitude. Se A dispara sobre B, preenche o crime de homicídio. Este tipo de crime, em princípio, vai sofrer um juízo de ilicitude: é ilícito. Neste caso, se demonstrarmos que havia uma agressão por parte de B e que A quis repelir a agressão quando disparou, aplicamos a legítima defesa e vamos excluir a ilicitude. É excluída a ilicitude porque conseguimos afastar o desvalor de uma ação ilícita.

Sempre que dizemos que um comportamento é ilícito, estamos a fazer um juízo de desvalor sobre o comportamento. De que resulta ele? Houve a lesão do bem jurídico; a pessoa quis matar outra pessoa. Sempre que fazemos um juízo de ilicitude, temos de ter um desvalor de ação e um desvalor de resultado. Este último traduz-se na lesão do bem jurídico. O desvalor da ação traduz-se, essencialmente, na pessoa ter representado e querido lesar o bem jurídico.

Assim, o juízo de ilicitude – o tal juízo de desvalor – é constituído por um desvalor de ação e um desvalor de resultado. Para excluir a ilicitude, há que compensar ambos. Se uma pessoa quer matar outra só porque representou que a outra estava pronta a

disparar, haverá aqui um desvalor de ação? Claro que não há. A presença do elemento subjetivo vai compensar o desvalor da ação; a presença da agressão atual e ilícita vai compensar o desvalor de resultado. Nesse caso, é possível excluir a ilicitude.

A dúvida é: imaginando a situação em que há agressão atual e a pessoa não sabia e mesmo assim disparou, o que temos? Neste caso, o que falta? O elemento subjetivo. Como falta o elemento subjetivo, não conseguimos compensar o desvalor da ação. Qual é a figura em direito penal que pune o desvalor da ação? A tentativa.

Imagine-se (hipótese parcialmente verídica) que A vai numa estrada e, de repente, vê no meio dela uma caixa de papelão, passando-lhe por cima. Lá dentro estava uma pessoa. Este homem foi condenado por homicídio negligente – imagine-se que havia alguma meia; poderia suspeitar-se que estava uma pessoa por baixo de uma caixa. O juiz achou que o homem atuou negligentemente. Partimos do pressuposto de que havia razões para o homem do carro suspeitar; nesse caso, poderia ser punido por homicídio negligente. E se o senhor que estava dentro da caixa tinha o propósito de fazer com que a pessoa parasse o carro e, logo após isso, dispararia sobre a pessoa, fugindo depois com o carro, vindo a provar-se isto mais tarde? *Quid juris?* A parte mais interessante aqui é que o homem do carro atuou negligentemente. Nos crimes negligentes, por norma, o desvalor da ação é muito diminuto comparativamente com um crime doloso. Ora, se o desvalor da ação num crime negligente é diminuto, não vamos exigir a presença do elemento subjetivo na causa de justificação para compensar esse desvalor de ação. No crime negligente, a pessoa não se conforma com a realização do facto típico (e na negligência inconsciente, nem sequer representa).

Neste caso, o desvalor da ação é tão pequeno que não é preciso A conhecer para excluirmos a ilicitude da sua conduta. Assim, nos crimes negligentes, para excluirmos a ilicitude, não precisamos da presença do elemento subjetivo.

Para aplicarmos uma causa de exclusão da ilicitude num crime doloso, há sempre que provar elementos objetivos e elemento subjetivo da causa de exclusão da ilicitude. Se estivermos perante um crime negligente e quisermos excluir a ilicitude, basta a presença dos elementos objetivos da causa de exclusão da ilicitude.

Nota: durante muitos anos, a maioria da doutrina exigiu apenas elementos objetivos para aplicar a causa de justificação. Bastava provar uma agressão atual e ilícita para aplicar a legítima defesa. No caso da caixa, para a maior parte da doutrina neoclássica, excluir-se-ia sempre a ilicitude. A exigência do elemento subjetivo veio mais tarde.

Nota 2: o **38º, 4.** diz claramente que se houver consentimento e a pessoa não souber, haverá punição por tentativa. Não se exclui a ilicitude, mas também não se pune da mesma como forma como se puniria caso houvesse consentimento.

(2)

Façamos agora a pergunta inversa. Imaginemos que o acontece é que a pessoa representa a existência de uma agressão atual e ilícita, mas afinal ela não existe.

Esta é a situação oposta: alguém pensa que a outra pessoa o vai atacar. Um exemplo é o caso do bolso que vimos. O que acontece é que a pessoa representa uma agressão que, na realidade, não existe. Chama-se a esta situação erro sobre os pressupostos de facto de uma causa de exclusão da ilicitude.

Qual é a solução legal? Sempre que temos um erro sobre os pressupostos de facto de uma causa de exclusão da ilicitude, aplicamos o **16º, 2.** A pessoa representou um estado de coisas que, a existir, excluiria a ilicitude. Se realmente existisse uma agressão atual e ilícita, o estado de coisas excluiria a ilicitude. E não havendo a agressão atual e ilícita? Exclui-se o dolo. O agente é então punível por homicídio negligente, mas nunca por tentativa.

Nota: para se chegar à solução do **16º, 2.**, foi preciso a doutrina evoluir durante 120 anos. Não é fácil perceber como se chegou à solução total.

8 ABR 2019

Sumário: Ilicitude (continuação).

V. Ilicitude (continuação)

O tipo de ilicitude pode também ser visto como tipo indiciário ou provisório do tipo essencial ou definitivo de ilicitude.

Quando falámos sobre o conceito de tipicidade, dissemos que uma das distinções que se pode fazer a propósito do tipo é a contrapõe tipo indiciário (ou provisório) da ilicitude e tipo essencial da ilicitude.

- Tipo indiciário – só estão em causa os elementos positivos da ilicitude, que, no fundo, são necessários para dizer que o tipo da ilicitude está preenchido.
- Tipo essencial – não basta ter em conta os tais elementos que indiciam a ilicitude. Já se vai ter em conta os elementos que podem ou não afastar a ilicitude.

Para se afirmar a ilicitude de um facto, começamos por preencher o tipo indiciário. Posteriormente, há que averiguar se está preenchido o tipo essencial. Só depois de preenchido o tipo essencial é que se pode dizer que o elemento ilicitude está preenchido.

Como já percebemos, o tipo de ilícito provisório, que é constituído pelos elementos que fundamentam o juízo provisório ou indiciário de ilicitude é-nos dado pelo preenchimento do tipo. Quando analisamos a tipicidade de dada conduta e concluímos que ela tem presentes todos os elementos objetivos e subjetivos do tipo (é assim que se analisa a tipicidade),

estamos já a indiciar a ilicitude do comportamento. O preenchimento do tipo indicia, portanto, a ilicitude. Mas ainda não podemos afirmar a ilicitude ou não ilicitude: para fazer esse juízo, não basta ter o tipo provisório ou indiciário preenchido. Há ainda que averiguar se se verifica alguma causa que exclua a ilicitude. Nessa altura, se não se verificar qualquer causa de exclusão da ilicitude, então o tipo essencial de ilícito está preenchido. Só aí é que podemos dizer que àquele comportamento pode ser feito um juízo de ilicitude; só estará completo nessa altura (depois das causas de exclusão de ilicitude). Só aí é que é possível fazer um juízo de desvalor sobre o comportamento (a ilicitude é, como sabemos, um juízo de desvalor que recai sobre o comportamento).

Sendo assim, quando estamos a analisar se estão presentes os elementos objetivos e subjetivos do tipo, já estamos, obviamente, a analisar o preenchimento do tipo indiciário ou provisório da ilicitude; mas ainda falta a parte das causas de exclusão da ilicitude.

Nota: o mesmo acontece com a culpa, apesar de a culpa não estar indiciada com o preenchimento do tipo. O tipo indiciário da culpa, além de pressupor o preenchimento do tipo, também pressupõe o juízo de ilicitude essencial. Além disso, o fundamento positivo da culpa não é o preenchimento do tipo, como se passa na ilicitude. É por isso que **Figueiredo Dias** não separa o tipo do ilícito; ele fala em tipo de ilícito. Porquê? Porque quando se preenche o tipo, fica indiciada necessariamente a ilicitude.

Se o tipo essencial da ilicitude só está preenchido depois da análise da não verificação das causas de exclusão de ilicitude, é essencial perceber como se faz esta averiguação – como se determina quando estão presentes ou não, e quais as causas de exclusão que existem.

Foi a pensar nessa pergunta que já vimos que as mais comuns causas de exclusão da ilicitude são as referidas no **31º, 2. do CP** – legítima defesa, direito de necessidade, conflito de deveres e consentimento do ofendido. São as mais frequentes e as mais importantes, mas a enumeração não é taxativa. Há causas de exclusão da ilicitude que não estão previstas no CP, e sim em outras ordens jurídicas – nomeadamente o direito civil. Como o legislador, no **31º, 1.**, diz que a ilicitude deve ser analisada tendo em conta a OJ no seu todo, está claramente a indicar que a análise da ilicitude deve ter em conta as causas de exclusão que existem noutras ordens jurídicas.

CP | ARTIGO 31º

(Exclusão da ilicitude)

1 — O facto não é punível quando a sua ilicitude for excluída pela ordem jurídica considerada na sua totalidade.

2 — Nomeadamente, não é ilícito o facto praticado:

- a) Em legítima defesa;*
- b) No exercício de um direito;*
- c) No cumprimento de um dever imposto por lei ou por ordem legítima da autoridade; ou*
- d) Com o consentimento do titular do interesse jurídico lesado.*

Por exemplo, a ação direta não está prevista no CP, mas é considerada também uma causa de exclusão da ilicitude à luz do direito penal.

Além disso, há causas de exclusão da ilicitude que estão previstas na parte especial do CP. Às vezes, o que é difícil é perceber se estamos perante uma causa de exclusão da ilicitude ou de exclusão da culpa.

Uma figura que já referimos são as causas de exclusão supraleais – como o próprio nome indica, não estão expressamente previstas na lei (daí serem supraleais), mas a doutrina considera que elas existem tendo em conta os princípios fundamentadores das causas de exclusão da ilicitude. Como iremos ver ao estudar cada uma das causas de exclusão da ilicitude enumeradas no nº 2, há sempre um princípio que justifica a sua existência. Esse será o princípio que legitima aquela causa de exclusão da ilicitude. Ora, por vezes, há situações em que esses princípios estão presentes; e, por isso, deve também nessas situações excluir-se a ilicitude.

As duas causas mais conhecidas e discutidas são a legítima defesa preventiva e o estado de necessidade defensivo.

A legítima defesa preventiva é uma causa de exclusão supraleal porque, ao contrário da legítima defesa (expressamente prevista no 32º), não exige como pressuposto uma agressão atual. Basta provar uma agressão futura. Mas, para além de se provar essa agressão futura, tem também de se demonstrar que naquele momento era a única hipótese que o agente tinha de se defender face a uma agressão ilícita de outra pessoa.

CP | ARTIGO 32º

(Legítima defesa)

Constitui legítima defesa o facto praticado como meio necessário para repelir a agressão actual e ilícita de interesses juridicamente protegidos do agente ou de terceiro.

Como se caracteriza, por sua vez, o estado de necessidade defensivo? Ao contrário do direito de necessidade, o estado de necessidade defensivo:

- *Não exige como requisito que o interesse a salvaguardar seja sensivelmente superior ao interesse sacrificado;*
- *Não exige que seja razoável impor ao lesado o sacrifício do seu interesse.*

Estes requisitos estão no 34º, **b)** e **c)**. O que caracteriza o estado de necessidade defensivo é eles não serem exigidos para excluir a ilicitude.

CP | ARTIGO 34º

(Direito de necessidade)

Não é ilícito o facto praticado como meio adequado para afastar um perigo actual que ameace interesses juridicamente protegidos do agente ou de terceiro, quando se verificarem os seguintes requisitos:

- a) Não ter sido voluntariamente criada pelo agente a situação de perigo, salvo tratando-se de proteger o interesse de terceiro;*
- b) Haver sensível superioridade do interesse a salvaguardar relativamente ao interesse sacrificado; e*
- c) Ser razoável impor ao lesado o sacrifício do seu interesse em atenção à natureza ou ao valor do interesse ameaçado.*

Como já estudámos a parte da fundamentação positiva da ilicitude – que nos é dada pelo preenchimento do tipo – só nos falta o segundo passo na análise da ilicitude, para termos o tipo essencial da ilicitude: averiguar se está presente ou não alguma causa de exclusão da ilicitude.

Como podemos afirmar se está ou não presente uma causa de exclusão da ilicitude num caso concreto? Temos de:

- Provar que estão presentes os elementos objetivos dessa causa de exclusão;
- Demonstrar que se verifica o elemento subjetivo da causa de exclusão da ilicitude (para a maior parte da doutrina).

Por isso é que nos preocupámos em saber se as causas de exclusão da ilicitude, para além de elementos objetivos, são compostas por um elemento subjetivo. O nosso legislador não no-lo diz diretamente, mas diz no **38º, 4.**, a propósito de uma das causas de exclusão da ilicitude que, quando não está presente o elemento objetivo – no caso, o consentimento do ofendido (*i.e.*, quando o agente não conhece que houve um consentimento por parte

do sujeito), o agente deve ser punido por tentativa. Não se exclui a ilicitude, mas pune-se o agente por tentativa. Face ao princípio da legalidade, há que aplicar este artigo.

Será que este **nº 4** se aplica a todas as outras causas de exclusão da ilicitude, para além do consentimento do ofendido? Aqui há uma discussão na doutrina. A maior parte da doutrina diz que se pode aplicar o **38º, 4.** a todas as outras causas de exclusão da ilicitude – isto é, pode aplicar-se a solução que o legislador previu para o consentimento do ofendido sem conhecimento disso a todas as outras causas de exclusão da ilicitude, por analogia. E já sabemos que é possível a aplicação analógica do direito penal *bonam partem*.

Certa parte da doutrina diz que até nem seria preciso o **38º, 4.** Por uma analogia com a própria figura da tentativa, nas situações em que há elementos objetivos, mas falta o subjetivo, seríamos obrigados a punir por tentativa.

Nota: esta é a primeira grande questão a propósito das causas de exclusão da ilicitude, e que se coloca em relação a todas. Daí ter de ser tratada previamente. A parte minoritária entende que as causas de exclusão da ilicitude são compostas apenas por elementos objetivos, e não qualquer elemento subjetivo. Mas isto está completamente ultrapassado. Pelo menos para o consentimento do ofendido, isto é inaceitável; claro que se pode discutir *de jure condendo*, mas essa é outra questão.

CP | ARTIGO 38º

(Consentimento)

I — Além dos casos especialmente previstos na lei, o consentimento exclui a ilicitude do facto quando se referir a interesses jurídicos livremente disponíveis e o facto não ofender os bons costumes.

2 — O consentimento pode ser expresso por qualquer meio que traduza uma vontade séria, livre e esclarecida do titular do interesse juridicamente protegido, e pode ser livremente revogado até à execução do facto.

3 — O consentimento só é eficaz se for prestado por quem tiver mais de 16 anos e possuir o discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o presta.

4 — Se o consentimento não for conhecido do agente, este é punível com a pena aplicável à tentativa.

Claro que a analogia com a tentativa pressupõe a razão de ser de o legislador prever a solução do **38º, 4.** Aqui é que surge aquela parte da doutrina que exige uma justificação material – isto é, que se perceba previamente o que se entende por juízo de ilicitude. Esse juízo, como vimos, é um juízo de desvalor que recai (que se faz) sobre a conduta. A ilicitude, em direito penal, não é apenas a ilicitude formal: não basta o comportamento violar uma norma. Interessa-nos a ilicitude material – o facto de aquele comportamento provocar uma danosidade social (daí o conceito material de culpa que nós conhecemos). Mas o juízo de desvalor que se faz sobre o comportamento é um juízo composto, por um lado, pelo desvalor da ação; e, por outro, pelo desvalor do resultado. Quando dizemos que dado comportamento é ilícito e deve sofrer um juízo de ilicitude, estamos a dizer que aquele comportamento, para além de ser composto por desvalor da ação, também é composto por desvalor de resultado. O desvalor de ação consiste na vontade de realizar um facto típico; podemos fazer um juízo de desvalor por haver dolo (vontade contrária à OJ) ou por haver negligência (indiferença face à OJ). O desvalor de resultado resulta da lesão do bem jurídico. Se o juízo de ilicitude pressupõe sempre desvalor da ação e desvalor de resultado, então, quando se exclui a ilicitude, é porque conseguimos atenuar quer um, quer outro desvalor. Só faz sentido excluirmos a ilicitude se conseguirmos eliminar/compensar o desvalor da ação e o desvalor do resultado.

A doutrina diz que, com a presença dos elementos objetivos de uma causa de exclusão da ilicitude, conseguimos compensar o desvalor de resultado. Com a presença do elemento subjetivo de uma causa de exclusão da ilicitude, conseguimos atenuar o desvalor da ação.

O que significa isto? Se não tivermos o elemento subjetivo, não conseguimos compensar o desvalor da ação. Ora, qual é a figura em direito penal que pune o desvalor da ação? É a tentativa. Assim, sempre que estivermos perante um crime doloso, para excluir a ilicitude desse crime doloso, há que compensar o desvalor da ação com a presença do elemento subjetivo e o desvalor do resultado com a presença dos elementos objetivos. Sem estes elementos, nada feito num crime doloso.

Já se estivermos perante um crime negligente, como já sabemos, o desvalor da ação é muito pequeno (comparativamente ao que se passa no crime doloso). Considera-se que o desvalor da ação nos crimes negligentes é muito menor ao desvalor da ação nos crimes dolosos. Se o desvalor da ação nos crimes negligentes é diminuto, então neles não é necessário compensar esse desvalor da ação. Por isso, sempre que tivermos em mãos um crime negligente, para excluir a ilicitude, há apenas que compensar o desvalor de resultado. Como é que conseguimos compensar o desvalor de resultado? Com a presença dos elementos objetivos da causa de exclusão da ilicitude.

Exemplo: já vimos o caso do homem atropelado por baixo da caixa de cartão. Se se vier a provar que lá estava com o propósito de disparar sobre o condutor mal este saísse do carro, então, partindo do pressuposto que o condutor sabia que podia estar ali uma pessoa, tendo o comportamento sido negligente, então quais os elementos presentes na legítima defesa? Agressão atual e ilícita, e ameaça dos interesses juridicamente protegidos do agente. Estavam presentes os elementos objetivos da legítima defesa. Só não estava presente o elemento subjetivo da legítima defesa: o agente conhecer que havia uma agressão atual e ilícita. Ele não sabia. Mas como neste caso o crime é negligente, não é preciso isso para excluir a ilicitude. Basta provar a agressão atual e ilícita.

Nota: ao verificar a legítima defesa nos crimes dolosos, há que provar todos estes elementos mais o chamado animus defendendi – elemento subjetivo da legítima defesa (o agente representa e quer repelir uma agressão atual ilícita, o que não se passaria neste caso da caixa).

Nota 2: aqui a agressão é atual, pois ficou provado que, mal o agente saísse do carro, a pessoa dispararia sobre ele.

Nota 3: partimos aqui do pressuposto de que seria possível prever aquilo (sem isso, para ABB, em rigor, até parece não haver uma ação jurídico-penalmente relevante).

A outra grande questão a propósito de todas as causas de exclusão da ilicitude é o que acontece quando há erro sobre os pressupostos de facto de uma causa de exclusão da ilicitude.

Simplificadamente, sempre que houver este erro, aplicamos, para já, o **16º, 2.** Fala-se em erro sobre um estado de coisas que, a existir, excluiria a ilicitude. O legislador está claramente a referir-se a um erro sobre os elementos objetivos de uma causa de exclusão da ilicitude – ou seja, se aquele estado de coisas fosse real, excluiria a ilicitude. A pessoa está em erro, pois, na realidade, não se verifica aquele estado; mas ela pensa que se verifica.

Em direito penal, temos 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 da situação, uma ignorância total da mesma.

Nas situações do **16º, 2.**, temos a situação inversa da questão prévia que vimos. Aqui, nestes casos, existe o elemento subjetivo da causa de exclusão da ilicitude: a pessoa representa os elementos; no caso da legítima defesa, representa uma agressão atual e ilícita, mas não há. Assim, o elemento que se verifica é o subjetivo; os elementos que não se verificam são os objetivos.

Qual é a solução que nos é dada pela lei? Exclui-se o dolo (“o preceituado no número anterior” = exclusão do dolo). O agente pode, eventualmente, ser punido a título de negligência (**16º, 3.**).

Tudo parte do juízo de ilicitude, e do que o compõe. Se o agente representa os elementos objetivos de uma causa de exclusão da ilicitude, está presente o elemento subjetivo. Este elemento compensa o desvalor da ação. Será que o dolo é compatível com o desvalor da ação existente? Não; por isso, tem de se excluir o dolo. Se o agente representa a presença dos elementos objetivos de uma causa de exclusão da ilicitude, está preenchido o chamado elemento subjetivo da causa de exclusão da ilicitude. Esse elemento subjetivo é um elemento que atenua o

desvalor da ação num facto típico. Quando está eliminado o desvalor da ação de um facto típico, não podemos considerar esse facto como doloso. Como sabemos, o desvalor mais forte num crime doloso é o desvalor da ação.

Recorde-se: o desvalor da ação, num facto ilícito, é essencialmente composto pelo facto de o agente representar e querer realizar o facto típico. O agente representa e quer realizar um crime; isso é desvalioso. Nestes casos em que o agente, ao mesmo tempo, representa uma agressão atual e ilícita, ele, na realidade, pensa que está a afastar uma agressão (que não existe). Este representar do agente vai, com certeza, compensar o tal desvalor da ação da sua conduta (representação da realização do facto).

Assim, no caso de erro sobre os pressupostos de facto de uma causa de justificação, o que temos? A ilicitude é composta por desvalor de ação e resultado. O desvalor da ação é composto essencialmente pelo elemento subjetivo do tipo, e o desvalor de resultado é composto pela lesão do bem jurídico. Para excluir a ilicitude, há que compensar quer um desvalor, quer outro. Partamos dos pressupostos da legítima defesa de que falámos. A agressão atual e ilícita da outra pessoa vai compensar o desvalor de resultado da ação típica praticada pelo agente. Mas só a presença do elemento subjetivo da legítima defesa (querer repelir a agressão) é que vai compensar o representar realizar o crime – porque, ao mesmo tempo que representou a realização do facto, o agente pensou nisto. Quando a agressão não existe, só se compensa o desvalor da ação, permanecendo o desvalor de resultado. Como já vimos, a figura em direito penal que permite punir alguém havendo desvalor de ação inexistente ou diminuto é a *negligência*. Aí, eventualmente, o agente será punido a título de negligência, depois de provados todos os pressupostos da negligência.

Há um conjunto de teorias que tentam justificar a solução do 16º, 2. Qual é o objetivo disto? Perceber que nem sempre foi fácil explicar o porquê desta solução, apesar de ela estar expressa no nosso CP. Face ao princípio da legalidade, há que a aplicar, independentemente de concordarmos ou não com a sua razão de ser.

1 – TEORIA DO DOLO

Começamos pela teoria do dolo, defendida pelo prof. **Eduardo Correia**. Esta teoria considera que faz parte do dolo a consciência do ilícito.

Nota: isto lembra o elemento emocional (que passa pela consciência da ilicitude) exigido por Figueiredo Dias.

Para EC e Figueiredo Dias, o dolo, para além de ser constituído pela representação e o querer realizar o facto típico, também é composto pela *consciência do ilícito*. Para EC, nestes casos de erro sobre os pressupostos de uma causa de exclusão da ilicitude – em que a pessoa representa uma agressão que não existe – não há essa consciência da ilicitude. Ora, como essa consciência faz parte do dolo, exclui-se o dolo.

A justificação de **Figueiredo Dias** é mais elaborada do que a de EC. Para Figueiredo Dias, o dolo que se exclui quando há erro sobre os pressupostos de facto da causa de exclusão da ilicitude é o dolo em sede de culpa (o dolo que se analisa em sede de culpa). Isto é, como falta o elemento emocional, o agente não se motivou contra a ordem jurídica. Para JFD, o dolo do tipo – representar e querer realizar – está presente, faltando apenas aquilo a que chama o dolo da culpa.

ABB e uma grande parte da doutrina não concordam com JFD, pois o elemento emocional – ter consciência da ilicitude do comportamento - é, sim, um elemento a analisar na culpa, mas é comum ao dolo e à negligência. Este dolo em sede de culpa, para ABB, analisa-se só na culpa e nada tem a ver com o dolo.

2 – TEORIA DA CULPA RIGOROSA

E há os defensores da chamada teoria da culpa rigorosa. Como o dolo pressupõe o conhecimento e vontade da realização do facto típico, e como, neste caso, o agente representou e quis realizar o facto típico, não é possível excluir o dolo. A única coisa que podemos excluir é a culpa.

3 – TEORIA MODERADA OU LIMITADA DA CULPA

É esta a doutrina dominante. O que vem dizer a teoria moderada ou limitada da culpa? Que este erro é um erro *sui generis*, isto porque está entre o erro sobre o facto típico (**16º, 1.**) e o erro sobre a ilicitude (**17º**). Por que está entre estes dois erros? Por um lado, o erro sobre os pressupostos de facto de uma causa de exclusão da ilicitude, tal como o erro sobre o facto típico, é um erro de natureza fáctica. Quer isto dizer que existe uma representação errónea da realidade. O agente representa algo que não se verifica; por outro lado, além de ser um erro intelectual de natureza fáctica, é, tal como o erro sobre a ilicitude, um erro em que a vontade do agente é conforme ao direito. O que quer isto dizer? Esta pessoa que representou uma agressão atual e ilícita por parte da outra e quer defender-se não pensa estar a atuar contra a OJ – pelo contrário. Tal como o erro sobre a ilicitude, a vontade do agente é, aqui, conforme ao direito. A doutrina explica o erro *sui generis*, mas não consegue explicar muito bem a solução que avança – excluir o dolo.

É por isso que a justificação dada por ABB é, para si, a melhor de todas. Por que é que se exclui o dolo nestas situações? Porque, nestas situações, temos uma situação incompatível com a figura do dolo. Como nestas situações o desvalor da ação é tão diminuto (no elemento subjetivo da causa de exclusão da ilicitude), não é possível ir buscar a figura do dolo. O desvalor que existe nestes casos é similar ao desvalor da ação que existe nos crimes negligentes.

E há a posição da profª Maria Fernanda Palma, que ABB considera vir facilitar a resolução deste problema. MFP considera que, para tomar uma posição sobre o regime a aplicar ao erro sobre os pressupostos de facto de uma causa de exclusão da ilicitude, não temos que aceitar os pressupostos da teoria do dolo, ou da teoria rigorosa da culpa, ou da teoria moderada da culpa. O que importa, diz MFP, é analisar o *sentido substancial* deste erro - *i.e.*, o que importa analisar é a natureza do erro: se é um erro de natureza intelectual ou se, pelo contrário, é um erro de natureza moral. Ora, é um erro de natureza intelectual. O agente representou algo que na realidade não existe; há a tal representação errónea da realidade, uma discrepância entre o que o agente representa e o que se passa. Já no erro

moral o agente representa corretamente a realidade – o que ele não representa corretamente é a OJ. Já vimos um exemplo em que o agente representa bem a realidade e mal a OJ: o exemplo da dinamarquesa que vem a Portugal e pensa ser possível o aborto até à 13ª semana. Ela sabe que está grávida, apenas representa mal a nossa OJ, pois pensa que a nossa OJ, tal como a dela, permite o aborto até à 13ª semana. O seu erro não é factual, e sim moral – vai contra a OJ. Por que é que é tão importante perceber a natureza do erro? Se estivermos perante um erro de natureza intelectual, aplicamos o **16º, 2.** (exclui-se o dolo, podendo eventualmente haver punição a título de negligência); se estivermos perante um erro de natureza moral, aplicamos o **17º**. No erro moral, a única consequência possível é, caso não seja censurável, a exclusão da culpa. Só se exclui a culpa, e este regime é muito difícil: a dinamarquesa tem de provar que o erro não foi censurável, que fez tudo o que estava ao seu alcance para conhecer a nossa OJ.

No exemplo do A que quer matar B, e afinal ia só buscar a carteira, temos um erro de que natureza? Intelectual. Ele representou uma agressão quando ela não existia. Se se provar que atuou negligentemente, pune-se o homem a título de negligência, mas exclui-se o dolo. No caso da dinamarquesa, não há um erro intelectual, e sim um erro de natureza moral, pois ela representa mal a nossa OJ. O dolo não fica excluído; o que fica potencialmente excluído será a culpa, se ela provar que o erro é desculpável. O que se analisa na culpa é a relação do sujeito com o direito – é daí que advém o juízo de censura.

Nota: de nada serve conhecer uma solução jurídica sem saber o porquê; mas é importante aplicar o nosso CP.

V-B – Causas de exclusão da ilicitude (ou de justificação do facto)

Quais as causas de exclusão da ilicitude mais relevantes?

Há uma divisão entre pressupostos e requisitos, proposta pelo prof. **Cavaleiro de Ferreira**. Ele

dividiu os elementos necessários para afirmar a existência de uma causa de exclusão da ilicitude em pressupostos e requisitos:

>>> Pressupostos - seriam as condições sem as quais não se verifica uma causa de justificação.

>>> Requisitos - são o que CdF denomina elementos intrínsecos de uma causa de justificação, que caracterizam o comportamento do agente, e que, por isso, fixam os limites à causa de justificação.

Por vezes, contudo, não se faz a apresentação dos elementos através dos pressupostos e requisitos, mas através dos elementos objetivos e subjetivos.

Há que perceber que, muitas vezes, pura e simplesmente se diz que é preciso que se verifiquem elementos objetivos e o elemento subjetivo da legítima defesa. Até agora, todas as perguntas que analisámos pressupunham essa divisão. Só o terceiro requisito (*animus defendendi*) é que não faz parte dos elementos objetivos da legítima defesa, pois é elemento *subjetivo* da legítima defesa.

V-B.i. – Legítima defesa (32º CP)

Vamos analisar a legítima defesa.

Pressupostos:

- (i) Agressão;
- (ii) Atual;
- (iii) Ilícita;
- (iv) Ameaça interesses juridicamente protegidos do agente ou de terceiro.

Requisitos:

1. Meio de defesa necessário;
2. Inexistência de provocação pré-ordenada;
3. Animus defendendi.

V-B.i.a) – Pressupostos da legítima defesa

Começamos pelos pressupostos ou elementos objetivos. Uma **(i) agressão** tem, desde logo, de ser uma ação jurídico-penalmente relevante, que tem de ameaçar interesses juridicamente protegidos do agente ou de terceiros. Assim, se tem de haver uma ação jurídico-penalmente relevante, não é possível legítima defesa contra animais, fenómenos naturais, sonâmbulos, etc.

Para além de haver uma ação jurídico-penalmente relevante, é preciso que haja uma *possibilidade efetiva de lesão do bem jurídico*. Isto quer dizer que não é possível legítima defesa se houver uma *tentativa impossível*. É aquela tentativa que não se pode concretizar, ou porque o objeto não existe, ou porque o meio é inidóneo.

E a agressão tem de ser **(ii) atual**. Isso significa que está em execução ou é iminente. Há uma discussão na doutrina sobre se, para uma agressão ser atual, tem de ser considerada um ato de execução à luz do **22º, c)**. Há quem entenda que tem já de consubstanciar um **(ii-a) ato de execução** à luz desta alínea, e há quem entenda que basta uma **(ii-b) expectativa fundada** de um ato que caiba na alínea.

Este pressuposto da agressão *atual* também significa que não é possível legítima defesa contra uma agressão já consumada, ou contra uma ação futura. Na ação futura, o que poderá eventualmente haver é legítima defesa preventiva.

É preciso que a agressão seja **(iii) ilícita**. Significa isto que a ação jurídico-penalmente relevante não pode estar justificada. Não há legítima defesa contra legítima defesa. Mas não confundamos ilicitude com violência: uma agressão pode ser ilícita e não ser violenta. Por exemplo, A vê B a furtar C (tirando-lhe a carteira do bolso) e dá um empurrão em B. É um caso de legítima defesa de terceiro. Não há violência por parte de B, mas não deixa de ser uma agressão ilícita.

A ação também não precisa de ser dolosa ou culposa. Podemos atuar em legítima defesa se a agressão vier de um inimputável. Claro que, em princípio, haverá limites; mas se um jovem nos atacar, podemos atuar em legítima defesa. O legislador só exige que agressão seja ilícita, não exigindo que seja culposa.

A ação tem de **(iv) ameaçar interesses juridicamente protegidos do agente ou de terceiro**.

Quer isto dizer que há legítima defesa alheia: podemos atuar em legítima defesa de uma terceira pessoa. Aqui existe uma discussão interessante no sentido de saber se podemos atuar em legítima defesa de um terceiro quando esse terceiro *dispõe dos meios para se defender e não se quer defender*. A ataca B, B tem possibilidades de se defender, mas não quer. Será que C pode atuar em legítima defesa de B? Tem a ver com o bem jurídico ser ou não disponível, para ABB. Até certo ponto, a integridade física é disponível pelo próprio. Se o próprio consente que seja violada, até certo ponto, o terceiro não pode atuar em legítima defesa. E se o terceiro for o marido, o pai ou alguém que tenha especial dever de agir? Alguma doutrina diz que os bens jurídicos que o direito penal protege só têm valor ou só podem ser encarados como bens jurídicos disponíveis. Se a pessoa não quer defender o seu próprio bem, não faz sentido o terceiro atuar em legítima defesa. Para **Figueiredo Dias**, a integridade física é disponível até certo ponto. Já a vida não é disponível, a ponto de o nosso legislador punir o homicídio a pedido.

Outra questão interessante é se a legítima defesa pode incidir sobre *bens jurídicos sociais*. ABB não vê por que é que não há de ser possível a legítima defesa quando estão em causa bens jurídicos sociais, particularmente se esses bens sociais atingem bens pessoais. Se alguém estiver a furtar um bem do Estado, podemos atuar em legítima defesa.

V-B.i.b) – Requisitos da legítima defesa

Quanto aos requisitos, em primeiro lugar, estabelece-se que **1. o meio de defesa tem de ser necessário**.

Para este requisito estar preenchido:

- **(1a)** Não pode ser possível recorrer à força pública - se pudermos recorrer à força pública, o meio não é necessário. Se tivermos tempo de recorrer e não o fizermos, o meio não é necessário.
- **(2b)** O meio tem de ser eficaz;
- **(3c)** O meio tem de ser o meio menos gravoso entre os disponíveis - entre todos aqueles que o agente tiver ao seu alcance. ABB acrescenta: tem de ser o menos gravoso *e/ou o único possível*. Num caso concreto, é muito difícil concluir que o meio utilizado foi o menos gravoso entre os disponíveis.

É, mais uma vez, necessário um juízo de prognose póstuma, colocando o homem médio na posição do agente e perguntando-lhe se era previsível aquele ser o meio menos gravoso entre os disponíveis. Naturalmente, o homem médio terá todos os conhecimentos que o agente tem, desde logo, o tempo que o agente tem para pensar sobre o assunto.

Nota: uma questão diferente é a de saber se, na legítima defesa, para além da necessidade do meio, se exige que haja uma proporcionalidade entre o bem jurídico lesado e o protegido - dito de uma forma mais simples, uma *proporcionalidade entre a agressão e a defesa*. Não se confunda a avaliação da necessidade do meio com a proporcionalidade; esta é outra questão.

Outro requisito da legítima defesa é a **2. inexistência de uma provocação pré-ordenada**. O que quer isto dizer? 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, então não se pode considerar que haja legítima defesa. Aqui, alguém provoca uma pessoa para que ela a agrida e, dessa forma, poder ela alegar legítima defesa face a essa agressão. Neste caso, temos uma provocação pré-ordenada e não pode haver legítima defesa.

Por último, há que falar do **3. animus defendendi**. Ele é o elemento subjetivo da legítima defesa; para a maior parte da doutrina, compõe-se por um

elemento intelectual e por um elemento volitivo. Significa isto que, para haver legítima defesa, é preciso provar:

(3a) Componente intelectual - o agente tinha conhecimento da agressão atual e ilícita;

(3b) Componente volitiva - o agente tinha vontade de repelir essa agressão.

Este elemento subjetivo não é incompatível com uma motivação negativa por parte do agente que atua em legítima defesa. Imagine-se que alguém agride outra pessoa e essa pessoa defende-se, mas, ao mesmo tempo que se está a defender, pensa "ah, ainda bem que me bateste, que assim posso dar-te uma sova". A motivação negativa não afasta a circunstância de a pessoa querer afastar a agressão. Claro que, se a pessoa excede o necessário para a defesa, deixa de ser legítima defesa.

V-B.i.c) – Limites à legítima defesa

Falemos agora dos limites à legítima defesa.

Para uma parte da doutrina, para haver legítima defesa, para além de ser provar que o meio era necessário, é necessário demonstrar que houve *proporcionalidade* entre a agressão e a defesa – o que, por sua vez, significa que tem de haver uma **>>> proporcionalidade entre o bem jurídico ameaçado e o lesado**.

Exemplo académico: imagine-se que um jovem vai furtar maçãs ao pomar do vizinho. O vizinho, que é paraplégico, já tinha telefonado à polícia, e a polícia impediu o furto de maçãs. O rapaz continua a voltar consecutivamente ao pomar. O vizinho já falou com outras pessoas, chamou os pais, comprou um cão, etc. e o rapaz continua. Chega uma altura em que a única hipótese que o homem tem para impedir os furtos é disparar sobre o rapaz. Quid juris?

A proporcionalidade não está no **32º do CP**. Há que perceber qual o princípio que está por detrás da figura da legítima defesa, qual o seu princípio justificador. Por que razão é que o nosso legislador diz que na legítima defesa se exclui a ilicitude? A possibilidade que a pessoa tem de se defender perante situações ilícitas. Neste caso, há ou não uma agressão ilícita? Sim.

Nota: imagine-se que, em vez de furtar maçãs, o rapaz quer furar um olho. O nosso instinto já é diferente.

Se formos buscar como fundamento da legítima defesa a possibilidade que toda a gente deve ter de se defender face a agressões ilícitas, a única hipótese que temos é dizer que essa possibilidade tem limites. A doutrina alemã fala em limites ético-sociais – isto é, tendo em conta o sistema de valorações da OJ em geral, tem de haver uma proporcionalidade entre o bem jurídico lesado e o bem jurídico ameaçado na legítima defesa.

Os limites ético-sociais resultam das valorações da OJ em geral. Como vimos, a OJ protege mais a vida do que a propriedade. Tendo em conta as valorações da OJ em geral, precisamos de ter uma proporcionalidade entre o bem jurídico que queremos proteger e o que vamos lesar com a nossa defesa. A isto se chama limites ético-sociais.

Figueiredo Dias vai buscar outra figura para justificar esta proporcionalidade. JFD diz que a legítima defesa tem como princípio fundamentador o *direito de defesa* que o agente deve ter face a uma agressão ilícita. Ora, esse direito é um direito subjetivo como outro qualquer. Como todos os direitos subjetivos, está limitado pela figura do abuso de direito – **art.º 334º do CC**. Sempre que alguém exerce um direito contra os limites da boa-fé, dos bons costumes ou do fim social ou económico, há abuso. E para JFD, quando não há proporcionalidade, pode falar-se em abuso do direito de defesa (isto tendo em conta as valorações da ordem jurídica).

Nota: não entra aqui o **18º, 2. da CRP**. Este artigo fala em proporcionalidade no sentido amplo, no sentido de necessidade de intervenção do direito penal.

Para **Mª Fernanda Palma** (que dá a melhor justificação de todas, na opinião de **ABB**), para exigirmos a proporcionalidade na legítima defesa, basta recorrermos ao fundamento da legítima defesa. Para MFP, este fundamento é a dignidade da pessoa humana. No entender de MFP, o que fundamenta a legítima defesa é a *insuportabilidade da lesão do bem tendo em conta a dignidade do agente*.

No caso do ladrão das maçãs, se ele estivesse antes a furar um olho estaria em causa a dignidade do homem. Aí, é insuportável a lesão do bem. A proporcionalidade exige-se quando a lesão não é insuportável. No caso do roubo de maçãs, por exemplo, ela não é insuportável. Se não estiver em causa o fundamento da legítima defesa, ela não pode existir.

Outra discussão interessante a este propósito é o seguinte: imagine-se que alguém vê uma pessoa a furtar o seu carro, num sítio onde não há mais ninguém e longe do carro, sendo a única hipótese de evitar o furto disparar. *Quid juris?* E se for um Ferrari? Não parece relevar, mas há casos em que isto é discutível.

Nota: se a vida de outra pessoa está em causa, há insuportabilidade, para ABB.

V-B.ii. – Direito de necessidade (32º CP)

Pressupostos:

- (i) Existência de um perigo atual, real que ameace interesses juridicamente protegidos do agente ou de terceiro;

Requisitos:

1. O facto praticado tem de ser um meio adequado a afastar o perigo;
2. A não provocação voluntária pelo agente da situação de perigo;
3. Haver sensível superioridade do interesse a salvar face ao interesse lesado;

4. A razoabilidade da imposição do sacrifício;
5. Elemento subjetivo.

Nota: isto é o mesmo que o estado de necessidade. Está previsto no **34º do CP**.

V-B.ii.a) – Pressupostos do direito de necessidade

Há que perceber a diferença entre o direito de necessidade e a legítima defesa. Um pressuposto do direito de necessidade é a **(i) existência de um perigo**; ora, na legítima defesa, a causa do perigo é uma agressão humana, enquanto que, no direito de necessidade, a causa do perigo tanto pode ser:

- Um comportamento humano que não se traduza numa ação jurídico-penalmente relevante (caso do sonâmbulo);
- Ataques de animais;
- Acontecimentos naturais.

O que distingue a legítima defesa do direito de necessidade é a causa do perigo. Na legítima defesa tem de haver uma ação humana que se traduza numa ação jurídico-penalmente relevante ilícita; no direito de necessidade, não pode sê-lo.

Além disso, a agressão tem de ser atual, no sentido de, em termos temporais, o perigo encontrar-se muito próximo da lesão (o perigo tem de ser iminente), e o pressuposto real (o perigo tem de ser real) tem a ver com o facto de terem de se verificar esses elementos para se atuar, sob pena de se estar em erro sobre os pressupostos de facto de uma causa de exclusão da ilicitude. Quando uma pessoa está em erro sobre os pressupostos de facto de uma causa de exclusão da ilicitude, aplica-se o **16º, 2.** e exclui-se o dolo.

11 ABR 2019

Sumário: Direito de necessidade (continuação); conflito de deveres.

V-B.ii.a) – Pressupostos do direito de necessidade (continuação)

Já vimos que o primeiro pressuposto é a existência de um perigo atual e real que ameace interesses juridicamente protegidos do agente ou de terceiro. A grande diferença face à legítima defesa é a causa do perigo: na legítima defesa é um comportamento humano; aqui, pode ser um comportamento humano que não se traduza numa ação jurídico-penalmente relevante ou um acontecimento humano que ameace interesses juridicamente protegidos do lesado ou de terceiro.

Tem de haver atualidade, ou seja, tem de ser iminente a lesão do bem jurídico. E significa, também, que não pode haver erro: se houver erro sobre os pressupostos de facto do direito de necessidade, aplica-se o **16º, 2.** e a consequência é excluir-se o dolo.

V-B.ii.b) – Requisitos do direito de necessidade

Um outro elemento (ainda objetivo) do direito de necessidade é que o **1. facto praticado seja adequado a afastar o perigo**. O nosso legislador fala em “meio adequado”, enquanto que, na legítima defesa, utiliza a expressão “meio necessário”. Não é a mesma coisa. Para o meio ser adequado, em primeiro lugar, tem de **a) ser necessário** – tem de ser **a1)** o menos gravoso entre os disponíveis para afastar o perigo, e **a2)** não pode ser possível recorrer à força pública. Não basta, porém, isto: para ser adequado, tem de **b)** responder de forma *socialmente aceitável* à situação.

Exemplo: em Itália, houve uma sentença da Cassazione em que um homem de 30 anos foi responsabilizado por uma tentativa de roubo

(possivelmente, em Itália, não há implicação de violência), mas o valor do roubo era de € 4,07. O que é que o homem roubou? Dois pedaços de queijo e uma lata de salsichas num supermercado. O senhor passou por um processo criminal, tendo chegado ao supremo tribunal condenado por tentativa de crime de roubo. O que disse o supremo? Que este senhor atuou em estado de necessidade. O homem já tinha antecedentes criminais iguais: roubava para comer. Por isso, como o supremo tribunal considerou que ele roubava porque sentia necessidade de se alimentar e não tinha outra forma a não ser esta, aplicou a figura do direito de necessidade.

Exemplo 2: imagine-se que determinada pessoa precisa de um medicamento para se salvar. Se não tomar o medicamento, morre. A pessoa já pretendeu obter o medicamento através dos meios legais – nomeadamente, através do SNS e da segurança social – mas não conseguiu. Se o homem for a uma farmácia e furtar o medicamento, será que a ação está justificada? Será este meio socialmente aceitável? A ABB parece que sim. Se o homem já fez uso de todos os meios que tinha ao seu dispor e mesmo assim não conseguiu, e a única forma de não agravar a doença é furtar o medicamento, então atuou em estado de necessidade.

Temos, porém, de ter muito cuidado com a aplicação desta figura. Ao aplicar o estado de necessidade, estamos a retirar ao homem da farmácia a legítima defesa. A partir do momento em que a ação do homem é justificada, ela é lícita – e, assim, o dono da farmácia deixa de ter legítima defesa. Veja-se o **34º, c) do CP**. É razoável impor ao dono da farmácia o sacrifício do seu interesse? Parece que sim. Se o dono da farmácia não conhece a situação, então está em erro, e a única coisa que lhe pode acontecer é ser punido por ofensas à integridade física negligentes.

Nota: o nosso legislador exige que o interesse a salvaguardar seja sensivelmente (*i.e.*, manifestamente, de forma captável pelos sentidos, inequivocamente) superior e seja razoável impor o sacrifício. Ora, a vida de uma pessoa é manifestamente superior ao sacrifício de um bem patrimonial – ainda por cima, um pão e uma água. O nosso legislador não utiliza a palavra bem jurídico, e sim a palavra interesse. Porquê? Ele quer chamar a atenção para outros fatores que não apenas a comparação de bens jurídicos que possam influir na ponderação dos interesses em causa – nomeadamente a importância do bem para aquela pessoa, o grau de probabilidade de lesão, a intensidade da lesão, etc. Há uma série de fatores a

ter em conta para averiguar se há um interesse sensivelmente superior.

Exemplo: imagine-se que uma pessoa, no metro, para evitar que alguém lhe furtar o seu ordenado da carteira, empurra uma pessoa que está entre ela e o ladrão. Ao empurrar, faz com que essa pessoa perca os seus óculos e eles se partam. Imagine-se que os óculos são mais ou menos do mesmo valor do que o ordenado. O valor que o ordenado tem para uma pessoa deve ser levado em consideração; o interesse a salvaguardar é sensivelmente superior ao interesse sacrificado, pelo que, para ABB, é aqui legítimo empurrar. Note-se que não retiramos a possibilidade de uma indemnização civil pelos óculos; apenas retiramos responsabilidade penal ao homem que quer salvar o seu ordenado.

Um dos fatores a ter em conta é o reflexo subjetivo que o bem jurídico tem no seu titular; imagine-se que o homem dos óculos é milionário, por exemplo. Mas há outros fatores: um deles é a proximidade da lesão. Quando uma ambulância vai a alta velocidade, fá-lo para impedir que alguém fique com uma ofensa à integridade física grave para o resto da vida. Muitas vezes, tendo em conta aquela velocidade, há uma lesão longínqua da vida das pessoas por onde a ambulância passa. E o que está próximo? A lesão da integridade física. Assim, há que ter em conta a proximidade do perigo. A ambulância põe necessariamente em causa a vida e integridade física das pessoas à volta da ambulância, mesmo cumprindo as regras para a circulação de ambulâncias. Assim, temos de jogar com a proximidade do perigo: como o perigo é iminente para a pessoa que está dentro da ambulância, existe sensível superioridade do seu interesse.

Nota: a superioridade tem de ser atendível pelos sentidos, incluindo sentidos ao nível social e cultural. No fundo, falamos do sentido geral da comunidade relativamente ao valor do interesse face a outro interesse.

Imagine-se que alguém, para salvar as flores do vizinho, mata o cão do vizinho. Há sensível superioridade? Parece claramente que não. Há quem acrescente que as flores podem ser muito raras; mas, mesmo aí, não parece haver sensível superioridade.

Desta forma, pode haver um valor diferente do bem jurídico (interesse) consoante o peso para o titular.

Exemplo: imagine-se que estamos num hospital e alguém precisa de um tipo de sangue raro que o hospital não tem, estando uma pessoa na sala de espera que tem esse tipo de sangue. Para salvar o senhor, temos de pedir a essa pessoa que faça uma doação do seu sangue. A pessoa não quer. Podemos ou não atuar em direito de necessidade, retirando sangue à pessoa? O instinto diz-nos que não. Por detrás do direito de necessidade, está a questão: até onde deve ir a solidariedade das pessoas? Mais: a pergunta a que o 34º responde é até onde é exigível que o direito exija a solidariedade. É até ao ponto de ser razoável impor ao lesado o sacrifício. Parece aqui estar em causa a dignidade da pessoa humana. A pessoa é aqui usada como instrumento. E se aquele sangue fosse necessário para evitar uma epidemia mundial? Aí podemos argumentar com a questão da proporcionalidade – é para salvar a humanidade, e inclusive para se salvar a si próprio, no limite.

Falta ainda o 34º, a). Aqui, o legislador fala em 2. não ter sido criada voluntariamente a situação de perigo, salvo tratando-se de proteger o interesse de terceiro. O que é que quer dizer isto? Se estiver em causa interesse de terceiro, é irrelevante se foi a própria pessoa a causa do perigo.

A maior parte da doutrina considera que, quando a situação de perigo foi *dolosamente* criada pelo próprio para haver uma situação de perigo, e, dessa forma, poder atuar ao abrigo do direito de necessidade, não se pode aplicar a figura do direito de necessidade. Isto tem a ver com o que vimos na legítima defesa: não pode haver uma provocação pré-ordenada. O mesmo se passa no direito de necessidade: se a pessoa dolosamente criou uma situação de perigo, com o propósito de invocar a figura do direito de necessidade, não o pode invocar. Note-se que se a pessoa criar a situação de perigo *negligentemente*, então já pode atuar ao abrigo do direito de necessidade.

Além disso, como refere o nosso legislador, mesmo que a pessoa tenha dolosamente criado a situação para depois poder invocar o direito de necessidade, mas o fizer para salvaguardar interesses de terceiro (ex.: evitar que terceiro não morra), então aí já pode

invocar a figura do direito de necessidade. É desta forma que deve ser interpretada a **alínea a)**.

O direito civil não exige o segundo requisito. Uma coisa é certa: não podemos concluir, não se verificando este requisito, que se exclui a ilicitude e permanece a ilicitude penal, face ao princípio da intervenção mínima do direito penal. Para Rui Pereira, esta parte final da alínea revogou a norma de direito civil.

Quanto à 3. superioridade do interesse a salvaguardar, coloca-se uma questão interessante do princípio da igualdade entre vidas: a fábula do homem gordo, sobre o conflito vida contra vida. Imagine-se que um homem gordo está numa caverna – ele e mais 11 pessoas. A única forma de sair da caverna é por um buraco. O homem gordo é o primeiro a meter-se no buraco, e fica entalado. A dúvida é: pode fazer-se explodir o homem gordo? Ou morre o homem gordo e salvam-se os outros 11, ou morrem todos. Há o princípio da igualdade entre vidas, que vale para todas as vidas. O fundamento é a necessidade de garantir a sobrevivência dos mais fracos, caso contrário teríamos uma lei do mais forte.

Será que a conduta de explodir o homem gordo pode ser considerada lícita? Não parece 4. razoável sacrificar o interesse do homem gordo. Assim, a única hipótese será excluir a culpa, porque o homem atua em estado de necessidade desculpante (nota: no exemplo da tábua de Carnéades é diferente – aí teríamos mesmo uma lei do mais forte).

No caso do homem gordo, há uma parte da doutrina que considera que nem se pode aplicar a legítima defesa, nem se pode aplicar o direito de necessidade, porque não há a sensível superioridade nem se pode impor ao homem gordo o sacrifício do interesse. Mas poderia aplicar-se a figura do estado de necessidade defensivo – figura de justificação supralegal. Note-se que não há legítima defesa porque não há qualquer agressão por parte do homem gordo, e não há direito de necessidade pelos motivos que vimos. Neste caso, chegamos à culpa e poderíamos, talvez, excluir a culpa com o estado de necessidade desculpante. Não é razoável exigir à pessoa a adoção de outro comportamento, mas não deixa de ser um comportamento contrário à OJ. Quando chegamos ao nível da culpa, excluímos a culpa pela figura do estado de necessidade desculpante (**35º**).

Nota: há diferença entre o estado de necessidade defensivo e o desculpante. O estado de necessidade defensivo é uma causa de justificação supralegal, e exclui a ilicitude; o estado de necessidade desculpante exclui a culpa, e está previsto na lei.

Nota 2: em princípio, quem matar o homem gordo não será punido.

Nota 3: e se o homem gordo morresse de qualquer forma? Pode entrar aqui a figura do comportamento lícito alternativo.

O **5. elemento subjetivo** traduz-se no conhecimento.

V-B.iii. – Conflito de deveres (36º do CP)

Pressupostos:

- (i) A existência de um conflito no cumprimento de deveres jurídicos ou de ordens legítimas, de natureza idêntica.

Requisitos:

1. Cumprido um dever de valor igual ou superior àquele que se não cumpre.
2. Elemento subjetivo.

V-B.iii.a) – Pressupostos do conflito de deveres

Por um lado, tem de existir uma situação de (i) conflito no cumprimento de deveres jurídicos ou de ordens legítimas.

V-B.iii.b) – Requisitos do conflito de deveres

Assim, tem de haver dois ou mais deveres que concorrem numa determinada situação concreta, e nenhum deles pode ser cumprido sem violação do outro, **1. cumprindo o agente um dever de valor igual ou superior àquele que incumpre.**

Exemplo: imagine-se que dois doentes têm perigo idêntico de morrer, e precisam os dois de ser ligados à máquina. O médico tem de escolher um, pois só há uma máquina. Há claramente um conflito de deveres, e o cumprimento de um implica que não se possa cumprir o outro. O legislador diz que, para se aplicar esta causa de exclusão da ilicitude, é preciso que seja cumprido um dever de valor igual ou superior àquele que se não cumpre. Portanto, o dever sacrificado tem de ser valor inferior ou igual àquele que é salvaguardado.

Exemplo 2: já está uma pessoa na máquina e vem uma segunda pessoa, que precisa também de ser ligada à máquina. Se o médico desligar quem está ligado à máquina para poder ligar a nova pessoa, cumpre um dever de valor igual ou superior ao que sacrifica? Pense-se no que já vimos sobre ação e por omissão. Se não ligar, mata por omissão; se desligar, mata por ação. E o nosso legislador atribui um maior desvalor ao matar por ação. O 10º diz que, quando a pessoa pratica o crime por omissão, a pena pode ser especialmente atenuada. Se o homem mata por não ligar, então podemos aplicar a figura do conflito de deveres; mas se mata por desligar, não podemos aplicar esta figura. Não é neste último caso cumprido um dever de valor idêntico (é de valor inferior), pelo que não se pode aplicar o conflito de deveres.

Também tem de existir um **2. elemento subjetivo**; tem de haver *conhecimento* (este elemento traduz-se no conhecimento).

Nota: imagine-se que o médico não desliga o homem ligado à máquina; será que a mulher do paciente pode atacar o médico em legítima defesa? Se o médico atua ao abrigo de uma causa de exclusão da ilicitude, a sua agressão não é ilícita, pelo que a mulher não pode bater no médico / agredi-lo ou forçá-lo a ligar a máquina. Nesse caso, não se pode falar em legítima defesa: ela pressupõe uma agressão atual e ilícita, e falta a ilicitude.

E se o médico resolve desligar a máquina ao senhor que já lá está? Aí já poderá haver legítima defesa.

tem sentido quando associado à sua livre disposição. O consentimento impede que o próprio tipo esteja preenchido.

V-B.iv. – Consentimento do ofendido (38º do CP)

Pressupostos:

- (i) Existência de bens jurídicos livremente disponíveis;
- (ii) Idade superior a 16 anos e discernimento necessário de quem consente;
- (iii) Não ofensa aos bons costumes pelo facto consentido (não pelo próprio consentimento)

Requisitos:

1. Consentimento expresso, por qualquer meio que traduza vontade séria, livre e esclarecida;
2. Elemento subjetivo.

O consentimento do ofendido é uma figura que pode surgir com três formas:

- Consentimento do ofendido como elemento positivo do tipo – significa que é preciso haver consentimento para o tipo estar preenchido.

Exemplo: no homicídio a pedido (134º do CP), é preciso haver um pedido para estar preenchido o tipo objetivo do crime.

- Consentimento do ofendido como elemento negativo do tipo – a sua existência leva ao não preenchimento do tipo. Considera-se que isso acontece quando o bem jurídico em causa só tem valor quando associado à sua livre disposição.

Exemplo: crime de introdução em casa alheia. Se houver consentimento, ele atua como elemento negativo do tipo; se houver consentimento, o tipo não está sequer preenchido. O bem jurídico vida privada só

- Consentimento do ofendido como causa de exclusão da ilicitude – isto acontece quando o bem jurídico tem um significado valioso por si só, isto é, independentemente da posição do seu titular face a esse bem.

Há uma grande discussão na doutrina sobre o conceito de bem jurídico, e sobre o que é que o direito penal visa tutelar. Parte da doutrina entende que o bem jurídico protegido pela norma incriminadora é o bem jurídico associado à sua livre disposição, e, por isso, o consentimento do ofendido atua sempre como causa de exclusão da tipicidade (**Silva Dias, Conceição Valdágua**).

Outra parte da doutrina, nomeadamente **Figueiredo Dias**, entende que há:

- Bens jurídicos que só têm valor se *associados à sua livre disposição*;
- Bens jurídicos que têm valor *objetivamente*, i.e., independentemente da posição do titular face ao bem jurídico.

Para a parte da doutrina que faz esta distinção, quando o bem jurídico só tem valor associado à sua livre disposição, o consentimento funciona como causa de exclusão da tipicidade; já nos bens jurídicos que têm valor por si só, o consentimento atua como causa de exclusão da ilicitude.

Exemplo: pense-se na integridade física até certo ponto, e na vida, como bens jurídicos que têm valor independentemente da posição do titular face ao bem. JFD também aponta como exemplo a propriedade, mas em relação a ela ABB tem muitas dúvidas. Se um Ferrari for de ABB, ABB pode destruí-lo. Mas, para JFD, se ABB consentir que alguém destrua uma joia sua, esse consentimento funciona como causa de exclusão da ilicitude, e não da tipicidade. Já ABB diria que há uma causa de exclusão da tipicidade, não estando sequer o tipo preenchido.

Silva Dias e CV consideram que todos os bens jurídicos só têm valor quando associados à sua livre disposição. Para estes autores, o consentimento previsto no **38º** é uma causa de exclusão da tipicidade. Para JFD, se o bem jurídico só tiver valor quando associado à sua livre disposição, a situação é uma; se o bem jurídico tem valor por si só, o consentimento funciona como causa de exclusão da ilicitude.

Nota: se deixamos alguém entrar em nossa casa, faz sentido dizer que a ação é típica? Claro que não. Está protegida a intimidade da nossa vida privada, ligada à possibilidade de fazer com ela o que entendermos. O que está protegido não é só a vida privada, e sim a liberdade de dispor dela. Diz JFD: se houver ofensa à integridade física, esta integridade já tem valor por si só. A OJ quer protegê-la independentemente da posição do titular face a este bem jurídico. Se dermos consentimento, o comportamento é típico; podemos é excluir a ilicitude pela figura do consentimento do ofendido. Seja como for, os requisitos do **38º** têm de ser cumpridos

Exemplo: se ABB consentir que alguém lhe tire um rim, este consentimento atua como causa de exclusão da tipicidade ou da ilicitude? Para uma parte da doutrina, o bem jurídico integridade física só tem valor se tiver associada a possibilidade de dispor dele; aí, o que a norma jurídica penal protege é a liberdade de dispor da integridade física. Mas JFD diz que, para si, a integridade física, a partir de certo ponto, tem valor independentemente da livre disposição (o direito tem aí de proteger, e se houver consentimento só haverá exclusão da ilicitude, e não da tipicidade).

Quais são os pressupostos do consentimento do ofendido, independentemente da discussão doutrinária?

Tem de haver, em primeiro lugar, **(i) bens jurídicos livremente disponíveis**. Além disso, a pessoa tem de ter **(ii) idade superior a 16 anos e o discernimento necessários para consentir**. Em terceiro lugar, é

preciso haver a **(iii) não ofensa aos bons costumes pelo facto consentido** (não o consentimento). Aqui entra a discussão sobre a integridade física. E se uma pessoa de 20 anos consente que a outra lhe corte o braço? Para ABB, se é irreversível, viola os bons costumes. O **149º do CP** ajuda a traçar uma linha. Atenda-se ao **nº 1**: a integridade física considera-se livremente disponível. E veja-se o **nº 2**: há que ter em conta os motivos, os fins do agente ou do ofendido, os meios empregados e a amplitude previsível da ofensa. Assim, à luz destes critérios, podemos fazer uma avaliação; é uma ajuda que o legislador nos dá para verificar se há ofensa dos bons costumes.

Quanto a requisitos, o consentimento tem de ser **1. expresse**, e, além disso, tem de **2. traduzir uma vontade séria, livre ou esclarecida**. O que significa ser expresse? Há aqui uma figura que vem do **39º** - o consentimento presumido. Esta figura aplica-se quando, no momento em que o agente atua, era de considerar que, caso a vítima tivesse conhecimento do facto, daria o seu consentimento.

Exemplo: imagine-se que uma pessoa entra de urgência no hospital e, para lhe salvar a vida, é preciso cortar-lhe a perna. Em princípio, podemos aqui falar em consentimento presumido. Se a pessoa estivesse ciente do que se estava a passar, daria o seu consentimento (a não ser que o médico soubesse que não daria).

Nota: e se a pessoa depois vem dizer que não daria o seu consentimento? O que interessa é a vontade hipotética no momento. E se o paciente fosse uma bailarina profissional que disse que prefere morrer a deixar de dançar? Há um problema de conflito de deveres. Qual é o dever de valor superior? Como é que respeitamos mais a dignidade da pessoa? A ABB parece que respeitamos mais cortando a perna e salvando a pessoa, mas é discutível. E se, por questões religiosas, a pessoa não faz transfusões? O médico não pode presumir o consentimento se a pessoa for uma testemunha de Jeová. O médico tem de respeitar a vontade presumida. Se não souber que a pessoa é uma testemunha de Jeová, então está em erro.

Nota 2: no caso da “Balada de Adam Henry”, conclui-se que uma criança ainda não tem discernimento necessário, pelo que não pode recusar a transfusão.

Hipótese 14

A, de regresso a casa, caminhando pela rua, ouve proferir graves insultos. Logo supondo serem efetuados por B, que se encontrava uns metros à frente, imediatamente atira a este uma pedra, atingindo, porém, C, que saía de um café próximo, causando-lhe ligeiras escoriações. C era o verdadeiro autor dos insultos, mas dirigia-os a D, com quem esteve envolvido numa zaragata de café.

Apreeie a responsabilidade de A.

A preenche ou não algum tipo de crime? Sim. Que tipo de crime estará em causa? Ofensas à integridade física. Quem é que ele ofendeu? C. A título de dolo ou negligência? Negligência – olhe-se ao **148º**.

Veja-se que não há erro sobre o objeto. Qual é a diferença entre erro sobre o objeto e execução defeituosa? No erro sobre o objeto, o agente acerta no objeto em que pretendia acertar. Mas quando atirou a pedra, queria atingir B. Quando a pessoa acerta num objeto diferente daquele que visava atingir, a figura aplicável é a *aberratio ictus*; há execução defeituosa. A pessoa queria acertar em B. Isto é diferente da situação da porta do apartamento, em que A pensa que o irmão gémeo é quem queria matar (aí o atirador atinge a pessoa que queria atingir com o tiro, o que não acontece aqui).

Por norma, quando há uma execução defeituosa, o agente é punido, para a maior parte da doutrina, por tentativa de ofensa à integridade física de B (crime que visou realizar – **143º + 22º**) e crime de ofensa à integridade física de C, na forma negligente (**148º**).

Outra parte da doutrina diz que quando há uma *aberratio ictus* e os objetos são tipicamente idênticos, o agente deve ser punido apenas por um crime de ofensa à integridade física dolosa da pessoa que atingiu – *in casu*, C (**143º**).

Este concurso é efetivo ou aparente? É efetivo, porque estão em causa bens jurídicos diferentes. Punindo apenas por um, não abarcamos todo o ilícito criminal praticado pelo agente. Sendo assim, o que acontece? Só temos o tipo, até agora. Há que analisar a ilicitude.

Olhemos à tentativa dirigida a B. Há que ver se existe alguma causa de exclusão da ilicitude. O agente ouve proferir graves insultos; atirar uma

pedra é excessivo? A representou que B o insultava, e há um crime previsto no nosso CP chamado difamação. Independentemente de criticarmos ou não a existência deste tipo de crime (e é, realmente, criticável), ele existe. Atirar a pedra implica excesso? Partamos do pressuposto de que não havia excesso – a pedra era pequena e foi atirada com pouca força. A não acertou no senhor que proferiu as injúrias; que situação é esta? Erro. Foi representada uma agressão atual e ilícita que não existia. Quando há erros sobre os pressupostos de facto de uma causa de exclusão da ilicitude, aplica-se o **16º, 2**. Exclui-se o dolo, e não há tentativas negligentes, pelo que não é possível punir por tentativa.

Assim, se realmente A achasse que B estava a proferir insultos e a pedra era pequena (estando reunidos todos os requisitos da legítima defesa), A estaria em erro, pois representou uma agressão atual e ilícita por parte de B, e nenhuma existia – aplicando o **16º, 2**, e excluindo-se o dolo (o agente poderá, eventualmente, ser punido a título de negligência, mas aqui temos uma tentativa, e não há tentativas negligentes, pelo que não é possível punir por tentativa).

Quanto a C, este era o homem que estava realmente a proferir insultos, mas proferia-os em relação a D. Sendo assim, A, ao agredir C sem querer, estava a atuar em legítima defesa de D sem saber (isto partindo do pressuposto de que o meio era o necessário e não havia excesso, como vimos). Não há elemento subjetivo da legítima defesa do terceiro. Como este crime é negligente, é preciso haver elemento subjetivo? Não. Como tal, podemos aplicar a figura da legítima defesa (**32º**).

Nota: se houvesse excesso, nada do que vimos seria aplicável. Não poderíamos aplicar a legítima defesa de terceiro porque o meio não seria necessário; e, por outro lado, o **16º, 2**, pressupõe erro sobre um estado de coisas que, a existir, excluiria a ilicitude, o que não aconteceria se houvesse excesso.

29 ABR 2019

Sumário: Culpa.

VI. CULPA

Já analisámos com alguma profundidade alguns elementos do crime – nomeadamente, a ação jurídico-penalmente relevante, a tipicidade (quer a objetiva, quer a subjetiva) e a ilicitude. Hoje entramos no elemento da culpa.

A culpa é um novo elemento adicionado ao tipo de ilícito; importa saber, desde já, em que se traduz. Independentemente do que é a culpa materialmente (há uma grande discussão sobre o conceito de culpa em termos materiais), importa saber que a culpa se traduz num juízo de censura dirigido ao agente pela prática do facto, ao contrário da ilicitude – pois a ilicitude, como sabemos, é um juízo de desvalor que recai sobre o comportamento em si. Esta é a grande diferença entre culpa e ilicitude. Na ilicitude, o juízo de desvalor que se faz recai sobre o comportamento, com todos os seus elementos objetivos e subjetivos; já a culpa é um juízo que se dirige ao agente – é um juízo de censura que se faz ao agente.

Por que é que se faz este juízo de censura ao agente? ABB adota a parte da doutrina que entende que o juízo de censura se faz ao agente pelo facto de, tendo ele podido determinar-se pelo direito (tendo ele a possibilidade de se motivar pelo direito), não o fez.

Assim, o que se analisa na culpa é a possibilidade que o agente tem de se determinar pela norma (dever). No conceito de ação, o que analisávamos era a possibilidade de adotar uma ação alternativa; aqui não se trata de saber se o agente pode ou não atuar de forma diferente, nesse sentido, e sim se o agente tinha ou não a possibilidade de se motivar pelo direito. Situamo-nos num patamar acima. O juízo de censura que se faz é por, em concreto, ele ter a possibilidade de se ter motivado pelo direito e não o ter feito.

Como podemos desde já reparar, falámos em juízo de censura. Esta palavra – censura – está necessariamente relacionada com moral. Mas é uma moral, obviamente, normativa, estabelecida pelo direito. Por isso, como veremos, em determinadas situações, apesar de o agente ter a possibilidade de se motivar pelo direito, mesmo

assim não lhe era exigível que ele o fizesse. Não era exigível por razões aceites pelo direito. Assim, a culpa também envolve esta parte de avaliação moral / jurídica da atitude do agente face ao direito (analisaremos as causas de exclusão da culpa).

Há uma diferença entre a doutrina apoiada por ABB e a posição de **Figueiredo Dias**. O prof. Figueiredo Dias fez uma tese de doutoramento sobre a culpa. Para JFD, na culpa, o que avaliamos é a atitude interna juridicamente desaprovada por parte do agente, i.e., 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.

Qual é a diferença entre ABB e JFD? É que, para JFD, não interessa tanto o real psicológico; o concreto poder de o agente se motivar pelo direito. Para o prof. Figueiredo Dias, o que importa é o agente ter 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.

Esta diferente conceção de JFD tem, para ABB, a ver como o facto de JFD não aceitar – como ABB aceita – a possibilidade de haver livre-árbrito. Face aos estudos da neurociência, há livre-árbrito, ao contrário do que a maior parte da doutrina entende. Os estudos de Libet e os subsequentes não negam o livre-árbrito; não o demonstram cientificamente, mas não o negam. Como há em princípio livre-árbrito, então há a possibilidade de dizermos que essa qualidade existe no agente, não só ao nível da ação, mas também ao nível da culpa.

JFD não aceita esta liberdade de agir – falando ele em liberdade como característica do ser total que age; ela não existe no plano das propriedades da ação, mas nas características do ser humano como um todo. É por esta visão que JFD tem da liberdade que ele tem dificuldade de ver a culpa como a possibilidade que o agente tem ou não, em concreto, de se motivar pelo direito.

Nota: JFD avalia a atitude interna do agente, dizendo que é “pessoal objetiva”. É uma avaliação da atitude da pessoa, como se estivéssemos de fora a analisar o ato e avaliar a atitude que o agente teve face ao direito naquele ato, vendo se é juridicamente desaprovada ou não. JFD parece tentar fugir da questão do livre-árbrito.

Nota 2: JFD aceita o princípio da culpa e a dignidade, mas quando chega ao conceito de culpa, afasta-se da culpa pessoal, para ABB.

E pior – veja-se Roxin, o maior penalista vivo. **Roxin** chega ao ponto de defender a culpa social. Não fala aqui da culpa que o agente tem; isto destrói completamente o princípio da culpa, indo contra o princípio da dignidade da pessoa humana, que o próprio Roxin defende com tanta força. Para ABB, nada interessa a culpa que os outros pensam que o agente tem; não podemos fugir da culpa que o agente em concreto tem.

O juízo de censura tem a ver com avaliações, relacionadas com a moral. Não pode ser uma moral arbitrária; ela é normativa. Por isso, o juízo de culpa, para além de ter de se preocupar com a capacidade em concreto, tem muitas vezes de se preocupar com um juízo de exigibilidade. Sem dúvida, esse juízo está relacionado com valorações morais e económicas. Isso não implica, porém, transformar o conceito de culpa numa culpa social, como faz Roxin.

Passando à prática – sempre que tivermos de analisar a culpa no caso concreto, o que devemos fazer? Independentemente do que se deva entender por conceito material de culpa, é sempre esta forma segundo a qual temos de analisar a culpa. Veremos o esquema defendido por TPB, para quem, tal como a ilicitude, a culpa se analisa pela técnica negativa da exclusão. Isto é, cabe averiguar se, no caso concreto, se verifica ou não alguma causa de exclusão da culpa em sentido amplo. Se se verificar, excluímos a culpa; se não se verificar, há culpa e continua a análise do crime.

[] Que causas de exclusão da culpa (em sentido amplo) são estas?

1) Inimputabilidade

i - Em razão da idade (19º)

ii - Em razão de anomalia psíquica (20º)

2) Erro não censurável sobre a ilicitude (17º, 1.)

[] Causas de exclusão da culpa em sentido estrito (cabem no sentido amplo):

1 – Estado de necessidade desculpante (35º)

2 – Excesso de defesa por medo, susto ou perturbação não censuráveis (33º)

3 – Obediência indevida desculpante (37º)

4 - Erro sobre os pressupostos de facto de uma causa de exclusão da culpa

5 – Outras causas de exclusão da culpa típicas em sentido estrito que resultem da OJ, nomeadamente da parte especial do CP.

Nota: estas causas de exclusão da culpa não são taxativas; tem de se olhar à parte especial do CP, para determinados tipos de crime.

Há quem averigue, em primeiro lugar, se estão presentes os chamados elementos da culpa. Serão elementos da culpa:

- O agente ter capacidade de culpa – o mesmo que dizer o agente ser imputável;
- O agente ter consciência da ilicitude do seu ato.

Primeiro analisa-se se estão presentes estes dois elementos – depois, e só depois, analisam-se as causas de exclusão da culpa em sentido estrito.

Esta forma de analisar a culpa da TPB é simples e correta. A outra parte diz que devemos distinguir

elementos necessários para a culpa e causas de exclusão da culpa em sentido estrito), mas os elementos necessários podem ver-se como causas de exclusão em sentido amplo, para ABB.

CAUSAS DE EXCLUSÃO DA CULPA EM SENTIDO AMPLO

VI-1. – INIMPUTABILIDADE

VI-1.-A. – Em razão da idade

A primeira razão para se ser inimputável é em razão da idade. Veja-se o **19º do CP**; só poderá ter responsabilidade criminal quem, no momento da prática do facto, tenha já 16 anos. Só a partir dos 16 anos se é imputável e suscetível de sofrer juízo de culpa. De qualquer forma, atente-se a que há um regime especial para os jovens entre os 12 e os 21 anos, que está regulado no DL 401/82, de 23/09. E há um regime para os inimputáveis, entre os 12 anos e os 16 anos, que está na Lei Tutelar Educativa e na Lei de Proteção das Crianças e Jovens em Perigo (bem redigidas, mas sem aplicação prática eficaz).

VI-1.-B. – Em razão de anomalia psíquica

Nesta causa de exclusão da culpa em sentido amplo surge, desde logo, que o agente sofra de uma anomalia psíquica. O que significa isto? Que o agente tem de sofrer de qualquer transtorno, ocorrido ao nível psíquico, que pode ser ou congénito, ou adquirido.

Cabem aqui, em primeiro lugar, as chamadas psicoses – traduzidas por um defeito corporal ou orgânico, que pode ser exógeno ou endógeno. Será exógeno quando provocado, por exemplo, por intoxicações; já as psicoses endógenas são, por exemplo, a esquizofrenia e outras perturbações psíquicas graves.

Depois há os casos de oligofrenia, *i.e.*, casos de fraqueza intelectual, congénita ou não – por exemplo, a idiotia, em que um indivíduo não atinge o

desenvolvimento mental de uma criança de 6 anos ou imbecilidade, em que não se atinge o desenvolvimento próprio da puberdade.

Também aqui cabem as chamadas perturbações da personalidade ou desvios do comportamento social que não tenham fundamento orgânico corporal. Aqui cabem todas as psicopatias (como a *borderline*).

Nota: a psicose tem uma origem orgânica; a psicopatia não, mas não deixa de ser uma anomalia psíquica.

Este é um primeiro requisito para atuar a inimputabilidade; não basta provar que a pessoa sofre de anomalia psíquica. Há que provar outro aspeto importantíssimo: 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 – i.e., não tinha capacidade para se motivar pelo direito. É isto que caracteriza o psicopata em série / *serial killer*. O *serial killer* tem capacidade para avaliar o mal, valorar a ilicitude do seu ato; não tem é capacidade para se motivar por essa valoração.

Ainda quanto à anomalia psíquica, há uma distinção muito importante a fazer. Importa distinguir:

- Casos em que a anomalia psíquica é provocada pelo agente sem qualquer intenção >>> o agente é considerado inimputável.

Exemplo: alguém toma uma droga que o torna agressivo, sem qualquer intenção. Depois de a tomar, comete um ato que constitui crime. Neste caso, a pessoa não vai ser punida pelo ato que praticou, tendo tomado sem qualquer intenção.

- Casos em que a anomalia psíquica é provocada pelo agente com intenção de praticar o facto >>> a maior parte da doutrina entende que:

- Quando o legislador exige que a pessoa se coloque na situação

com intenção de praticar o facto, exige-se dolo direto ou necessário quanto ao facto praticado;

- Naqueles casos em que alguém se coloca numa situação de anomalia psíquica e conduz embriagado, mas quando se colocou na situação não tinha aquela intenção, a pessoa não poderá ser punida por ofensa à integridade física, mas poderá ser punida pelo **295º**, que fala exatamente no crime de embriaguez ou intoxicação.

Imagine-se que alguém se embriaga a ponto que o deixaria inimputável, mas de propósito para ter coragem de praticar um crime. Neste caso, como a pessoa se colocou naquela posição já com aquela intenção, continua a ser considerada imputável. Aqui entra a figura da ação livre na causa. Esta situação está prevista no **20º, 4. do CP**.

Exemplo: tem de ser uma bebedeira “de caixão à cova”, em que a pessoa não tenha capacidade de perceber o que está a fazer.

VI-2. – 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. Quando estiver em erro sobre a ilicitude, há a possibilidade de excluir a culpa. Interessa saber, então, quando isso acontece.

Para já, importa distinguir dois tipos de erro sobre a ilicitude:

- Erro direto sobre a ilicitude – como o próprio nome dá a entender, acontece quando o erro recai sobre proibições cujo conhecimento é dispensável à tomada de consciência da ilicitude do ato - isto é, trata-se de proibições que já transportam consigo uma carga valorativa.

- Erro indireto sobre a ilicitude – vê-lo-emos a seguir.

Nota: já falámos do erro sobre proibições cujo conhecimento é indispensável à tomada de consciência da ilicitude do ato. Isso nada tem a ver com isto. As proibições do **16º, 1., última parte** recaem sobre comportamentos axiologicamente neutros, isto é, que valorativamente não têm qualquer desvalor. É preciso existir uma norma que os proíba para eles passarem a ser considerados desvaliosos. Já as proibições que tratamos no **17º** são proibições que recaem sobre comportamentos que têm já uma carga valorativa forte.

VI-2-a) – Erro direto sobre a ilicitude

O erro sobre a ilicitude é – no caso do erro direto – um erro que recai sobre proibições que transportam já consigo uma grande carga valorativa.

Exemplo: não precisamos de conhecer a norma que proíbe o homicídio para saber que ele é desvalioso; o mesmo acontece com a violação. Já se estivermos a falar de uma norma sobre preços legais, a pessoa tem de conhecer essa norma para saber que aquilo é crime. Pense-se no DL segundo o qual em certo fim de semana não se pode andar com uma pistola, por estar de visita um chefe de Estado estrangeiro; a pessoa nunca poderia saber se conhecesse a norma. Já o aborto é algo que qualquer pessoa deve saber que é discutível, e que as leis de vários países são diferentes.

16º, 1., última parte

=/=

17º – erro sobre a ilicitude

As proibições do **16, 1., última parte** recaem sobre comportamentos axiologicamente neutros – preço, DL das pistolas, etc. A pessoa tem de conhecer a norma para saber que o seu comportamento é um crime.

Nas proibições do 17º, o agente não tem de conhecer para saber que o seu comportamento deve ser desvalioso. Os comportamentos já têm uma importância valorativa forte.

Exemplo: a dinamarquesa não tem de saber que o aborto não é permitido na 13ª semana em Portugal, ela deve saber que o aborto é controverso na Europa.

Se há erro sobre a ilicitude, olhamos ao 17º. É um erro moral, que choca com as avaliações da ordem jurídica (MFP); enquanto que o erro do 16º tem a ver com o conhecimento, é factual (e não moral).

Por que é que é importante distinguir estes erros? Porque o regime é totalmente diferente. No 16º, 1., exclui-se o dolo. Já no erro sobre as proibições do 17º, se ele for não censurável, exclui-se a culpa; se não for censurável, não se exclui a culpa.

Importa agora encontrar um critério para aferir a censurabilidade da culpa.

Lembre-mo-nos da dinamarquesa. Qual era o nosso critério? Se ela fez todos os possíveis para saber se aquilo era crime em Portugal. Chama-se a isto:

Critério da evitabilidade: coloca-se um homem médio, no sentido de cidadão cumpridor do direito, na posição do agente, e pergunta-se se podia ter evitado o erro.

Se poderia ter evitado o erro, então ele é censurável; se não podia ter evitado, não é censurável. Se ela consultou um advogado e ele mesmo assim informou-a incorretamente, o erro da dinamarquesa não é censurável, pois ela fez tudo o que estava ao seu alcance para perceber o que a nossa OJ prescrevia. Já se fez porque lhe apeteceu, então isso é censurável.

O 16º acontece quando há erro sobre os elementos do tipo, mas também cabe no 16º, 1., última parte o erro sobre proibições que recaem sobre comportamentos axiologicamente neutros, ou proibições cujo conhecimento é indispensável para que a pessoa tenha consciência de que o seu ato é proibido. Demos o exemplo do caso da visita do chefe de Estado; era necessário o sr. António ler o DL para saber que o seu comportamento é proibido; se não conhece, pode ser punido? Exclui-se o dolo. O caso da dinamarquesa é totalmente diferente. Ela não precisa de conhecer a proibição do aborto naquele estágio em Portugal; ela deve saber que o aborto não é uma questão unânime nos países europeus, pelo que tem de averiguar o que diz a nossa OJ sobre o assunto antes de realizar o ato. Se ela não fez tudo para evitar o erro – consultando um advogado ou lendo o nosso CP, por exemplo – então está em erro censurável sobre a ilicitude, e não se exclui a culpa.

O critério da evitabilidade é o defendido pela maior parte da doutrina, mas há outro, defendido por JFD, com a qual ABB em certa medida concorda:

Critério da retitude da consciência errónea: para JFD, 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 OJ (apesar de se terem esquecido de outros que também são relevantes).

Se o agente se motivou por razões que são avaliadas positivamente pela OJ, o erro não é censurável – daí o nome do critério dizer tudo: retitude da consciência errónea.

Exemplo: em Portugal, como sabemos, é punido o homicídio a pedido. Imagine-se que um sueco vem visitar um amigo português, que pede ao amigo sueco para o matar. O sueco, ao ver o seu amigo em sofrimento atroz, por compaixão, decide aceder ao pedido. Podemos ou não punir o sueco por homicídio a pedido? Depende do critério. Se aplicássemos o critério da evitabilidade, parece que o erro podia ter sido evitado.

VI-2-b) - Erro indireto sobre a ilicitude

O erro indireto sobre a ilicitude ocorre quando o agente está em erro sobre:

- A existência de uma causa de justificação;
- Os limites da uma causa de justificação.

Aqui o agente pensa que existe uma causa de exclusão da ilicitude, e afinal não existe. Imagine-se que a dinamarquesa pensa que em Portugal existe uma causa de justificação que permite o aborto até certa semana; aqui, está em erro sobre haver uma causa de exclusão da ilicitude.

Nota: mais uma vez, aqui o erro não é factual; é um erro moral, que choca com a OJ. Não se confunda o **16º, 2.** com o **17º**.

Nota 2: o mais importante é distinguir o erro sobre a ilicitude do erro intelectual (este último cabe no **16º**); não é tão relevante ver se o erro é direto ou indireto.

*Exemplo: imagine-se que a dinamarquesa pensa que, em Portugal, é possível fazer o aborto quando o feto sofre de uma anomalia. Realmente, é possível – está previsto no **142º, 1., c)**, até à 24ª semana. A dinamarquesa pensa que há uma causa de exclusão da ilicitude; há erro indireto sobre a ilicitude. E se, noutra hipótese, a pessoa pensa que há uma malformação e não há? Ai já é um erro intelectual, e há uma representação errónea da realidade.*

Mesmo que haja erro, o que importa dizer é se ele censurável. Mais uma vez, temos os dois critérios que vimos – o critério da evitabilidade e o critério da retitude da consciência errónea.

CAUSAS DE EXCLUSÃO DA CULPA EM SENTIDO ESTRITO

Para afirmar a culpa, não basta verificar as duas primeiras causas de exclusão da culpa. Mas é

preciso verificar se, no caso concreto, se verificam ou não causas de exclusão da culpa em sentido estrito.

1 - ESTADO DE NECESSIDADE DESCULPANTE

Um exemplo é da tábua de Carnéades. Há duas pessoas numa tábua, e a mais forte empurra a mais fraca para não morrerem os dois. Verificam-se aqui todos os pressupostos do estado de necessidade desculpante: há um perigo atual que põe em perigo BJ elementares do agente, nomeadamente a vida, e – mais importante – não é razoável exigir do agente que ele adote outro tipo de comportamento. Este artigo mostra que o direito penal não exige que as pessoas sejam heróis; um herói morreria para que sobrevivesse o mais fraco, mas não é razoável exigir isto.

Exemplo: imagine-se que duas pessoas vão num balão, e as pessoas se apercebem que o balão só aguenta com uma, tendo uma delas de atirar com a outra abaixo; a situação é a mesma.

Nota: no caso do homem gordo, o que temos é o estado de necessidade defensivo, que exclui a ilicitude. Aqui o que temos é uma situação diferente.

Mais uma vez, tem de estar verificado o elemento subjetivo. Neste momento, estamos a analisar o **35º** - causas de exclusão da culpa em sentido estrito. Estão aí os requisitos:

- Perigo atual que se refira ao conjunto de BJ elementares (nomeadamente vida, integridade física, liberdade, honra) do agente ou de terceiro;
- Não ser razoável exigir do agente outro comportamento face às circunstâncias;
- Conhecimento pelo agente da situação de perigo.

Nota: se estiver em causa o património já não vale.

Nos casos da doação compulsiva de sangue, há quem diga que o médico atua em estado de necessidade desculpante.

2 - EXCESSO DE DEFESA POR MEDO, SUSTO OU PERTURBAÇÃO NÃO CENSURÁVEIS

O excesso de defesa é causa de exclusão da culpa que está só prevista no **33º, 2**. Não é todo o excesso de defesa que é uma causa de exclusão a culpa; só o que é devido a medo, susto ou perturbação não censurável.

Aqui entra a parte da culpa que tem a ver com a sua avaliação moral.

- Excesso intensivo – a pessoa utiliza meios superiores aos necessários para a defesa, ou não há proporcionalidade entre a defesa e a ofensa (para quem exija a proporcionalidade – pense-se no caso do ladrão de maçãs).
- Excesso extensivo – alguém defende-se de uma agressão que já deixou de ser atual/agressão, por medo ou susto.

Os estados emocionais por detrás do excesso têm de resultar de uma tensão emocional inconsciente – não cabem aqui o ódio ou a vingança. Se a pessoa atua por vingança ou por ódio, já não temos uma causa de exclusão da culpa, pois não resulta de uma tensão emocional inconsciente, mas sim de algo pensado e refletido. O juízo de censura está sempre relacionado com uma moral normativa.

- Estado emocionais asténico – inconsciente.
- Estado emocionais esténico – ódio, vingança. Não resulta de uma tensão emocional inconsciente.

Se o estado emocional for aceite pela OJ, valorado positivamente (toda a gente percebe o medo, o susto), é uma coisa; se por ódio, vingança, etc., já é outra coisa.

3 – OBEDIÊNCIA INDEVIDA DESCULPANTE

Nestes casos de obediência indevida desculpante, ocorre uma causa de exclusão da culpa quando:

- *Alguém cumpre uma ordem sem saber que ela conduz à prática de um crime;*
- *Não era evidente que essa ordem conduzia à prática de um crime.*

Exemplo: um funcionário falsifica um documento por ordem do superior hierárquico, sendo que o funcionário não sabe e não é evidente que ele está a praticar um crime. Neste caso, há obediência indevida desculpante. Naturalmente, o superior hierárquico será punido.

4 - ERRO SOBRE OS PRESSUPOSTOS DE FACTO DE UMA CAUSA DE EXCLUSÃO DA CULPA

Por vezes, pode haver erro. Imagine-se a tábua de Carnéades; depois de prova pericial, vem-se a provar que a tábua afinal aguentava com os dois. *Quid juris?* Qual é o regime? Temos erro sobre os pressupostos de facto, no caso, de uma causa de exclusão da culpa. Aplica-se o regime do **16º, 2**. Há erro sobre um estado de coisas que, a existir, excluiria a culpa do agente. Qual é a consequência? Exclui-se o dolo.

Nota: para **ABB**, o que faria sentido seria excluir-se a culpa. Não é, porém, essa a solução do legislador, e temos de aplicar a solução do legislador.

Nota 2: como sabemos, o autor deste código foi essencialmente JFD. E JFD fala no elemento emocional no dolo. Nestes casos, não há elemento emocional, por isso é que se exclui aqui o dolo.

Hipótese 16

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; decidiu, contudo, continuar a beber, uma vez que era o seu aniversário.

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.

Isto e provocado pelo agente sem qualquer intenção. Ele prevê a possibilidade, mas afasta – temos negligência na aceitação. Se avaliarmos no momento em que se decide embriagar, podemos dizer que eventualmente nesse momento havia negligência na aceitação. Aí pode ser punido pelo crime na forma negligente, como negligência na aceitação.

Porém, as situações do **20º, 4.** são situações em que a pessoa se coloca em situação de inimizabilidade com aquele propósito. Para alguma parte da doutrina, tem de haver dolo direto; já outra parte da doutrina fala em *dolo direto ou dolo necessário*.

Não se pode punir por ofensa à integridade física dolosa porque ele não se coloca naquela situação com intenção, mas poderá haver ofensa à integridade física.

Pode excluir-se o dolo, se houver negligência na aceitação, o que acontece quando a pessoa, no momento em que se coloca numa situação de incapacidade, ou previu ou teve a possibilidade de prever a realização do facto. Se já havia antecedentes, parece fácil de provar a negligência na aceitação.

Mesmo que no momento a pessoa não tenha capacidade de avaliar a ilicitude do seu ato, a pessoa considera-se culpada se tinha tido antes aquela intenção; não se exclui a culpa, face ao **20º, 4.** Este artigo tem mais utilidade nas situações em que a pessoa se coloca na situação de propósito para praticar o crime; consideramos a pessoa imputável, mesmo que não tenha tido capacidade de

valorar. Se não se coloca de propósito, não podemos punir pelo crime doloso porque a pessoa não é capaz de culpa naquele momento, mas é possível punir pelo **295º**, e se for provado, pelo crime de negligência na forma da aceitação.

2 MAI 2019

Sumário: Punibilidade.

I. PUNIBILIDADE

Depois de se chegar à conclusão de há um facto típico, ilícito e culposo, por norma, esse facto também será punível. O que pode eventualmente acontecer é que, naquele caso concreto, não se verifique uma condição de punibilidade em sentido amplo. Só nesses casos é que devemos analisar autonomamente a categoria da punibilidade.

É que, 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.

Qual é a ideia por detrás da categoria da punibilidade que lhe dá alguma autonomia? É a ideia de dignidade penal, isto é, 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.

VII.a) – Punibilidade

1 – 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. Essas circunstâncias nada têm a ver com o tipo de ilícito ou o tipo de culpa.

Exemplo: na tentativa, para se punir, é preciso que a pena aplicável ao crime consumado seja superior a 3 anos. 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 ao crime consumado ser aplicável uma pena superior a 3 anos.

Exemplo 2: pense-se no 295º - crime de embriaguez ou intoxicação. É preciso que a pessoa, dolosa ou negligentemente, se embriague ou intoxique; mas não basta isso. Exige-se como condição objetiva de punibilidade que a pessoa pratique o crime nesse estado. Este praticar o crime naquele estado é uma condição objetiva de punibilidade. 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 sofrá uma pena. Isto não faz parte do tipo; não é preciso haver dolo. Repare-se fazem parte do tipo objetivo as circunstâncias abrangidas pelo dolo.

Nota: se na culpa concluímos que a pessoa é inimputável, a única forma de punir a pessoa é pelo 295º. Exigimos que a pessoa se tenha embriagado de forma dolosa ou negligente, e como condição objetiva de punibilidade que tenha praticado um crime. Só vamos para o 295º quando, no momento em que se embriagada, a pessoa não tem intenção de praticar. É o colocar-se em estado de inimputabilidade que tem de ser, pelo menos, negligentes. Repare-se que o legislador fala em “facto ilícito típico”, não diz culposo.

Na hipótese da aula anterior em que uma pessoa estava na discoteca e dizia ao amigo “pode haver aqui chatices agora que entrou o meu inimigo”, o que concluímos? 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.

Nota: a dimensão do tipo vê-se, muitas vezes, pelo que o tipo subjetivo tem de preencher. O que é que tem de ser representado para estar preenchido o 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. 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; por isso é que esta é uma condição objetiva de punibilidade.

2 - 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.

Exemplo: a pessoa apenas praticou uma tentativa, e antes de o crime estar consumado, a pessoa 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, 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.

Imagine-se que alguém põe uma bomba numa casa, e uma hora depois vai desativar a bomba.

Há uma figura que se pode intitular de crime agravado pelo resultado. Este caracteriza-se 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-lhe 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 o **148º**.

3 – 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.

Exemplo: pais esquecem-se de crianças na parte de trás do carro. Para ABB, os pais nem sequer praticaram uma ação jurídico-penalmente relevante. Mas quem acha que há homicídio negligente teria de aplicar o princípio da insignificância quando chegar à punibilidade, isto face aos fins das penas (prevenção geral e especial). A categoria da punibilidade estaria afastada.

Pense-se, também, em furtos simples de € 40 ou € 50; para ABB, há aqui princípio da insignificância. E pense-se no exemplo do homem que furtava um pão em Itália (se bem que aqui o juiz considerou haver estado de necessidade desculpante).

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, desde logo, 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 delincente 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.

Hipótese 15

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.

Devemos começar por analisar a responsabilidade criminal por agente.

Neste caso, podemos começar por António. 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 **131º + 10º**. Sempre que tivermos um crime de resultado praticado por omissão, temos de ter em conta o tipo que está na PE do CP e conjugar com o **10º, 2.** Qualquer pessoa pode responsabilizada pelo crime de homicídio por omissão? Não; só quem tenha especial dever de agir. O critério formal dava-nos alguma ajuda? Sim; trata-se de um irmão, o que se enquadra na lei. Mas o critério formal é insuficiente. Há que ir ao critério

material. O dever de agir era o dever de vigiar o titular do BJ – havia solidariedade natural apoiada num vínculo jurídico (e, quando muito, mesmo que não houvesse, sempre haveria uma relação de proximidade). O que temos é crime de homicídio por omissão. Ora, o tipo de crime de homicídio por omissão está preenchido? O agente do crime tem especial dever de agir.

Nota: bastava dizer que o **131º** estava preenchido por omissão, embora fosse preciso falar no especial dever de agir.

Quanto ao tipo objetivo, temos, desde logo, agente – ele é autor material, e tem especial dever de agir. Qual é a ação típica? Não salvar. O objeto da ação é C. O bem jurídico é a vida. O resultado é a morte de C; e a imputação objetiva do resultado à ação típica de A? Existe ou não imputação objetiva? 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 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 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 prevê a morte como consequência inevitável.

Estando preenchido quer o tipo objetivo, quer o tipo subjetivo, qual é o próximo passo? A ilicitude. Se foi realmente dado que C e B estavam os dois aflitos, A atuava ilicitamente? Há um conflito de deveres. A base legal é o **36º**. Neste caso, o **36º** diz que, quando haja um conflito de deveres e o agente cumpra um dever de valor igual ou superior ao que sacrifica, exclui-se a ilicitude. Esta é uma causa de exclusão da ilicitude. Só que, como a hipótese diz, ao contrário do que A pensava (representava), B não estava aflito. Não há, na realidade, qualquer conflito de deveres. Quando há um erro sobre os pressupostos de facto, aplica-se o **16º, 2.**, 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 **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; no **17º** há um erro moral, em que a pessoa tem uma ideia errada da OJ, 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.

Quanto a A, tudo estava resolvido. Mas tínhamos ainda que ir a B, porque, para já, B é irmão. Ele 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, diz o **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. Aqui o erro exclui o dolo (**16º, 2.**). Sendo assim, B é autor mediato por erro. Mas é também autor imediato do crime de homicídio por omissão, pois tem especial dever de agir. Mas há concurso aparente entre autoria imediata e autoria mediata, pelo que o agente será punido por autor imediato, porque é a forma mais perfeita de realização do crime.

Nota: a **accessoriedade limitada só se aplica à participação, não à autoria. Acrescentar ao esquema.**

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

Hipótese 17

No preciso momento em que A se preparava para realizar uma curva mais apertada, entra no carro que conduzia uma abelha. A, num gesto instintivo, tira as mãos do volante, acabando por perder o controlo da viatura, e por embater em B, um motociclista que circulava em sentido contrário.

Assustado, A decidiu fugir sem prestar auxílio a B. C e D, dois políciaes 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. Determine a responsabilidade jurídico-criminal de A, C e D.

Começamos pela responsabilidade jurídico-criminal de A. Temos uma ação jurídico-penalmente relevante. 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. A conclusão era não, mas ABB aceitaria qualquer resposta, desde que discutíssemos. Temos aqui um ato automático, para ABB, 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, não há ação jurídico-penalmente relevante, e não temos de continuar com a análise da conduta.

Só que A não fez só isto. Depois de ver o que aconteceu, 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, como sabemos, 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 ele pode ser lícito; neste caso, nem seria uma ação jurídico-penalmente relevante. Uma parte da doutrina diz que é fonte do especial dever

de agir. O tipo de crime em causa seria homicídio, e há omissão impura (não omissão de auxílio só). Funciona o **10º, 2.**

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*, sim, 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? Não; não previa 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 políciaes 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 políciaes. A isto se chama interrupção do processo causal. A omissão impura por parte dos dois políciaes vai interromper a conexão entre o risco criado por A e o resultado morte. Há um novo risco aqui. Não é possível imputar o resultado morte a A, mas é possível puni-lo por tentativa do crime de homicídio por omissão.

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

Nota 2: parte da doutrina diz que não é possível punir por omissão de auxílio; uma parte da doutrina diz que há omissão impura + omissão de auxílio em concurso efetivo.

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.

Por parte dos políciaes, há ação ou omissão? Há omissão; eles não auxiliam uma pessoa que está em perigo. Quando um polícia não auxilia uma pessoa que está em perigo, há uma omissão impura; há especial dever de agir, por lei. Que tipo de crime está em causa? Homicídio por omissão por parte dos políciaes. Face ao **10º**, havia especial dever de agir

resultante da lei. Mas o primeiro polícia, como está aqui descrito na hipótese, nada fez porque achava que o homem já estava morto. Temos um erro sobre os pressupostos de facto: ele representa uma pessoa morta, e ela está viva. O 131º pressupõe que uma pessoa represente que a outra pessoa está viva; 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 é: exclui-se o dolo. A única hipótese era punir por homicídio negligente (por omissão). Havia um erro sobre os elementos de facto do tipo, excluindo-se o dolo.

Quanto ao segundo polícia, há elemento volitivo – ele conforma-se com a morte, porque o que quer é perseguir o criminoso. A ilicitude analisa-se pela técnica negativa da exclusão; ocorre aqui alguma causa de exclusão da ilicitude? Não parece estar a ser cumprido um dever de valor igual ou superior, pelo que não aplicamos o conflito de deveres. Não se aplica qualquer causa de exclusão da ilicitude. O facto é, portanto, típico e ilícito.

Na culpa, podemos considerar que houve um erro moral. O agente julga que o dever do polícia é perseguir o criminoso e não salvar a vítima; tem uma ideia errada da OJ, isto choca claramente com valorações da OJ. O artigo que se aplica é o 17º. É preciso ver se o erro é censurável ou não; 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 JFD é o da retitude da consciência errónea? O agente, quando atuou, pautou-se por motivos que a OJ 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.

Nota: que dolo existe aqui? Eventual, ou, talvez, necessário.

Hipótese 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 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 Celso.

Começamos por Bruno; ele poderia ser punido por homicídio simples por omissão. Tinha ou não especial dever de agir? Há a chamada relação de comunidade de perigos. Discute-se na doutrina se ela dá origem a um especial dever de agir; a maior parte da doutrina entende que sim. Assim, havia especial dever de agir.

O facto de o amigo lhe ter dito que o outro andava com a namorada tinha alguma relevância? Não, ele podia ser punido por homicídio doloso por omissão (131º + 10º, 2., e tínhamos de justificar o especial dever de agir). O dolo é aqui direto.

E Celso? B estava disposto a salvar António; só parou porque o outro lhe disse aquilo. 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). Estão presentes todos os elementos da instigação; B pode ser punido, à partida, por instigação.

Nota: não que não havia autoria mediata; o erro nem sequer excluía o dolo ou a culpa, pelo que não tem relevância alguma. No caso que vimos dos irmãos, esse erro já era relevante.

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. 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.

6 MAI 2019

Sumário: aaa

Como resolver casos práticos?

Como se resolvem casos práticos em direito penal? Na resolução de um caso prático, temos de conseguir identificar o problema a ser tratado e discuti-lo e aprofundá-lo. O objetivo é olhar para um caso concreto e perceber que o que está a ser tratado é aquele elemento do crime, e como se resolve o problema no caso concreto.

É por isso que ABB tem alguma relutância em dar um esquema geral de resolução de casos práticos. É que, de acordo com a experiência de ABB, sempre que ABB dá um esquema de resolução de hipóteses, os alunos viciam-se no esquema, aplicam-no sempre e não se concentram em resolver o problema que o caso coloca naquele momento. Pode não interessar no caso concreto falar sobre ação ou como se analisam a ilicitude e a culpa; perder horas nisso é desnecessário.

Na verdade, para que servem esses esquemas? TPB tem um livro chamado “direito penal – como resolver casos práticos”. De qualquer forma, TPB, no prefácio deste livro, diz claramente que as resoluções propostas são “mais um guia a seguir do que um modelo a imitar; embora o objetivo seja não escrever textos demasiado extensos, é certo que o desenvolvimento só seja possível nas 3 horas que dura um teste escrito”. O que se pretende é identificarmos a questão e desenvolvermos o melhor que pudermos.

Há os elementos do crime. O primeiro de todos é a ação; a propósito do conceito de ação, só o temos de discutir se na hipótese temos um problema em que haja dúvida se há uma ação jurídico-penalmente relevante. Será necessário discutir o problema da ação no caso da abelha ou do sonâmbulo. Se não se colocar qualquer problema – se A dispara sobre B – escusamos de explicar que A praticou uma ação jurídico-penalmente relevante, porque é óbvio. Para a resposta estar completa, podemos eventualmente falar na evolução do conceito de ação. Há uma parte da doutrina que defende o conceito social; mas, para ABB, ele por isso não vale, pois se esquece da parte

interdisciplinar do direito penal. O conceito social não se preocupa em fundamentar quando é que o comportamento é controlável; diz que tem de ser controlado ou controlável. Para sabermos se é controlada ou controlável, é essencial saber se o agente tinha a possibilidade de prever aquela ação. Nós só controlamos as ações de que temos consciência. Note-se que não é necessário expor a experiência de Libet, apenas saber as suas conclusões. E Roxin defende o conceito pessoal de ação: acha que os atos automáticos são ações. Note-se, ainda que, para Silva Dias, as ações de salvamento não são relevantes para o direito, em termos jurídico-criminais.

A ação livre na causa é um conceito que surge a propósito do elemento da culpa. Por que é que é importante estudá-la? O nosso legislador, no **20º, 4.º do CP**, diz o seguinte: a imputabilidade não é excluída quando a anomalia psíquica tiver sido provocada pelo agente com intenção de praticar o facto”. Como sabemos, quando alguém é inimputável, pode ser responsabilizado? Não; exclui-se a culpa. Ora, o legislador, no **20º, 4.º**, vem dizer: não excluimos a imputabilidade (e, portanto, não consideramos o sujeito inimputável) quando se provar que o agente se colocou na situação de inimputabilidade de propósito, com intenção de praticar o ato típico ilícito. Assim, se A, para ter coragem de matar C, se embriaga ou toma uma droga, mesmo que se prove que no momento em que disparou não tinha capacidade de valorar o ato que praticava (sendo, portanto, inimputável), o legislador diz: o que interessa é o momento em que decidiu embriagar-se para ter coragem para matar. Daí falar-se em ação livre na causa; é naquele momento que importa aferir se o agente tinha culpa ou não.

E a negligência na aceitação? É uma espécie de ação livre na causa, mas na negligência na aceitação estamos preocupados em afirmar a negligência e não a inimputabilidade ou imputabilidade. É uma ação próxima da ação livre na causa, mas tem em comum permitir antecipar o momento em que se analisa. Mesmo que se prove no momento em que a pessoa atropelou uma criança não tinha possibilidades de controlar a ação, o relevante é o momento em que a pessoa vê o sinal de aproximação da escola e resolve não baixar a velocidade. No caso do condutor que adormece, também há negligência na aceitação. Na negligência na aceitação, estamos a antecipar a proteção do bem jurídico muito antes da sua lesão; temos de ter cuidado com ao usar este conceito. Normalmente usamos a negligência na aceitação para decidir se há ação; na ação livre na causa (**20º, 4.º**) para ver se há culpa. Mas, *em sentido amplo*, ação livre na causa abarca quer a negligência na aceitação, como a ação livre na causa do **20º, 4.º** (que ABB chamaria ação livre na causa em sentido estrito).

Nota: na comunidade de perigos, se houver perigo de vida, não há dever. E, para JFD, tem de haver relação estreita e efetiva de confiança, a não ser que

no grupo esteja implícito que cada um cuida de si próprio (tudo depende do caso concreto).

Nota 2: no domínio da organização, quando a organização atua dentro do quadro da OJ, o que temos? Para se ser autor mediato, é preciso provar que se usa uma pessoa como instrumento, assim dominando-se a vontade do executor. Pode dominar-se a vontade do executor de várias formas: por erro que exclua o dolo ou a culpa, coação que exclua a culpa e domínio da organização. Dentro do domínio da organização, os exemplos que se costumam dar são os da máfia. O que caracteriza esses grupos é a fungibilidade do executor material – *i.e.*, o executor material sabe que, se não for ele a cumprir, outro cumprirá por ele.

Logo a seguir, há a tipicidade. Ela é vista como segundo elemento do crime. Como sabemos, o conceito de tipicidade é complexo; falamos nas várias aceções – tipo provisório, essencial, tipo de ilícito, tipo de culpa, tipo de punibilidade. Quando temos um crime, ele é necessário constituído por tipo de ilícito, tipo de culpa e tipo de punibilidade.

Na *aberratio*, punimos o agente pelo que crime que visou realizar, e pelo crime que realizou na forma negligente. Há que ver se estão presentes todos os elementos da tentativa e todos os pressupostos da negligência, mas é um concurso verdadeiro/efetivo. Se os objetos forem idênticos, o crime deve ser punido por um só crime doloso – esta é doutrina minoritária, nomeadamente do prof. **Rui Pereira**.

Quando há uma *aberratio ictus*, há que identificar logo no início a figura; isso irá ajudar. Para a maior parte da doutrina, o agente será punido por tentativa do crime que visou realizar, e pelo crime que realizou na forma negligente. Em relação a isto há que ver os elementos. Pode ser que o agente esteja em erro sobre os pressupostos de facto, pode ter de se ver o excesso, etc.

Qual é a diferença entre *aberratio ictus* e erro sobre o objeto? Na *aberratio ictus*, temos um erro na execução. O que interessa é que a pessoa nunca acerta no objeto que pretendia atingir. O que importa é que estão envolvidos dois objetos.

Se A queria disparar sobre B e afinal era o irmão gémeo C que ali estava, e acertou na senhora que apareceu de repente, há *aberratio ictus*. A maior

parte da doutrina pune por tentativa do crime que se visou realizar, e pelo crime de homicídio da pessoa na forma negligente. Quando chegamos à tentativa, chegamos à parte do dolo da tentativa e dizemos que havia erro sobre o objeto. Mas como os objetos são idênticos, não se retira o dolo. O erro sobre a identidade típica não retira o dolo; é irrelevante, e nada se exclui.

Veja-se que a tentativa existe quando não há resultado, ou quando há mas não há imputação objetiva.

Imagine-se que alguém quer matar alguém e mata o pai? Não tem dolo de homicídio qualificado. Mas não vamos discutir isto.

O dolo de perigo é um dolo que só interessa quando estamos perante um crime de perigo concreto. Como sabemos, há dois tipos de crime de perigo: o crime de perigo abstrato e o crime de perigo concreto. O que os distingue? No crime de perigo abstrato, a conduta é abstratamente perigosa (ex.: conduzir embriagado). Aqui não há a figura do dolo de perigo, porque o dolo que se exige é o dolo de crime abstrato, bastando que o agente represente a ação abstratamente perigosa. A grande dificuldade que normalmente existe é quando temos um crime de perigo concreto. Sabemos que perigo é a possibilidade de dano; possibilidade de lesão do bem. Se perigo é a possibilidade de dano, temos de perceber qual é a relação que o agente tem com o dano (no sentido de bem jurídico).

O crime de exposição ou abandono é o exemplo paradigmático de um crime de perigo concreto, porque, para a pessoa ser punida, só tem de se provar que ela criou um perigo para a vida ou para a integridade física de outra pessoa. Que significa isto? Que a pessoa não tem de lesar o bem jurídico vida ou a integridade física para preencher o crime de exposição ou abandono; basta criar um perigo para a vida ou integridade física. Se o caracteriza o crime de perigo é a tal criação de um perigo em termos objetivos, qual é a relação subjetiva que existe entre a pessoa e a lesão do bem jurídico? Qual é a relação que a mãe tem com a morte da criança? Há negligência quanto ao dano / lesão do bem jurídico. Quanto à morte da criança só pode haver negligência. Se houvesse dolo quanto à morte da criança, iríamos para o crime de homicídio. Assim, o dolo de perigo implica necessariamente que só possa haver negligência (consciente, ou, para ABB, mesmo quando há negligência inconsciente) quanto à lesão do bem jurídico. E quanto ao perigo, há dolo. Há uma discussão sobre o dolo será necessário, eventual ou direito. De qualquer forma, tem-se que o prof. **Rui Pereira** considera que o dolo de perigo, nos crimes de perigo concreto, só pode ser necessário: o agente tem de prever a criação do perigo como consequência necessária da sua conduta.

Como se pune o instigador? Como determinar a responsabilidade jurídico-penal quando há uma hipótese de participação? As duas figuras são a instigação e a cumplicidade. A figura da participação criminosa implica um princípio fundamental: a acessoriedade limitada. O instigador só pode ser punido pelo facto típico ilícito que o instigado praticar. Sempre que houver uma hipótese de participação, há que começar pelo autor material. O participante só será punido se se provar que o autor material praticou um facto típico e ilícito.

O princípio da acessoriedade limita diz que o autor material tem de praticar um facto típico ilícito. Se atuar ao abrigo de uma causa de exclusão da ilicitude, essa causa estende-se ao autor de trás. O **28º** só se aplica a crimes específicos próprios e impróprios; o que vem dizer é que as qualidades se estendem ao participante. Ora, há situações em que isto não se justifica. Para **Teresa Pizarro Beleza**, o **28º** só se aplica quando o autor material não tem a qualidade. Parte da doutrina (minoritária) diz, por outro lado, que o **28º** não se aplica só aos crimes específicos próprios e impróprios, mas também quando há circunstâncias que têm a ver com um privilegiamento da ilicitude. Note-se que parte da doutrina entende que no **132º** há um especial tipo de ilícito.

No caso do homicídio qualificado, ABB acha que não se estende, pois a culpa é analisada individualmente. Mas, além de termos de ter em conta que a culpa se analisa individualmente, mesmo para aqueles que acham que se estende, é preciso que seja conhecida a circunstância.

Na tipicidade, há os elementos objetivos. Dentro deles há o agente. Para nós sabermos que agente temos, há que ter em conta a teoria da comparticipação criminosa. Há que ver os pressupostos da instigação e da cumplicidade. Ao nível da comparticipação criminosa, há sempre que saber discutir, a propósito do tipo objetivo / elementos objetivos, se estamos perante um autor mediato ou imediato, e porquê. Dizemos que há uma ação jurídico-penalmente relevante, dizemos que o tipo é homicídio, etc. Se havia coação, qual o problema? É um problema de estado de necessidade desculpante, ou seja, de culpa. Aí vemos se se excluía a culpa do homicídio. Mas a grande discussão era ver se estavam verificados os pressupostos do **35º**. Dizemos que o agente praticou uma ação jurídico-penalmente relevante, preencheu o **131º**, não há qualquer causa de exclusão da ilicitude e a única hipótese a discutir é se o agente atuou ao abrigo de uma causa de exclusão da culpa em sentido estrito (estado de necessidade desculpante). Estão verificados os pressupostos. Ao analisar a comparticipação, havia que ver se o outro era autor. E era, pois tinha o domínio da vontade. O que é preciso para ser autor mediato? Utilizar o outro como instrumento; e utilizou, neste caso através da coação. Se um não é punido, como ser punido o

outro? A culpa é analisada individualmente (**29º**); aplica-se a acessoriedade limitada. A é punido como autor mediato do crime de homicídio.

O crime é constituído por agente e ação típica. Na ação típica, há o problema de saber se estamos perante uma ação ou omissão. Se a omissão for impura, qualquer pessoa pode ser agente? Não; só quem tiver especial dever de agir. É o que se passa nos crimes omissivos. Podemos analisar isto ao nível da ação, embora seja mais correto analisar ao nível do tipo.

Na ação típica, há o objeto da ação. Aqui podem surgir inúmeros problemas, nomeadamente o erro sobre o objeto. Há ainda o bem jurídico, o resultado e a imputação objetiva.

Se houver problemas de imputação objetiva, o que aplicamos? A teoria da *conditio sine qua non*, a teoria da causalidade adequada e a teoria do risco. Mas isto é só se houver um problema de imputação objetiva. Imagine-se que A dispara B, vão para o hospital e há um incêndio; há uma interrupção do processo causal. Há aí que ver as teorias. De acordo com a teoria do risco, não pode haver imputação objetiva porque não foi ele que se concretizou no resultado, e sim o incêndio.

Além de todos estes problemas, há que ver o tipo subjetivo, ou os elementos subjetivos. Quais as duas formas por que podemos ser punidos em direito penal? Dolo ou negligência. A propósito do dolo, que problemas podem surgir? Há o dolo intelectual e o volitivo. O que se passa em caso de erro sobre objeto? Temos de ver se há identidade típica dos objetos. Se A dispara pensando que era um veado e não B, *quid juris*? Não há identidade típica. Aplica-se o **16º, 1.** A consequência é excluir-se o dolo. A pessoa só pode ser punida a título de negligência, e a base legal é o **16º, 3.**, mas tem de se provar que houve negligência face ao **15º**.

Imagine-se que A vê uma pessoa a afogar-se no mar e pensa que é uma criança qualquer e não o filho. A pessoa desconhece os pressupostos de facto do especial dever de agir. É um erro intelectual, que tem relevância ao nível do tipo: vamos para o **16º, 1.** e excluímos o dolo. Há erro sobre os elementos de facto do tipo.

No erro sobre o processo causal, o que temos? A atira B da ponte, e B porque bateu num pilar exclui-se a imputação objetiva? Não. Mas se apareceu um tubarão e comeu B, aí já se exclui, pois há um desvio essencial no processo causal.

A propósito do elemento volitivo, que formas de dolo existem? Dolo direto, dolo necessário e dolo

eventual (14º). O dolo eventual confronta-se com a negligência consciente. Há que distinguir.

O que temos no erro sobre os elementos normativos? Até agora, temos sempre falado do tipo dividindo-o em elementos objetivos e subjetivos. Há outra maneira, por vezes, de descrever os elementos objetivos – nomeadamente, há uma outra classificação que olha para os elementos do tipo, dividindo-os entre descritivos e normativos. Há os elementos predominantemente descritivos e os predominantemente normativos. O que os distingue? Os predominantemente descritivos são os que se apreendem pelos sentidos, enquanto que os predominantemente normativos pressupõem uma valoração. O exemplo que se costuma dar nos manuais de direito penal é o seguinte: A vai a um sítio qualquer e a certa altura vai buscar o casaco a um bengaleiro, mas o casaco não é dele e de outra pessoa. Ele pode ou não ser punido pelo crime de furto? Não, pois não tem intenção de se apropriar. Mas antes disso, A representou o caráter alheio do casaco? Não. Assim, não representou o elemento normativo do 203º - o caráter alheio da coisa. Saber que a coisa é alheia pressupõe uma valoração. Também é necessário que se represente um casaco, mas ainda assim a valoração é predominantemente normativa. O caráter alheio pressupõe que a pessoa saiba o que é a sua propriedade e o que é a propriedade de outrem. O caráter alheio é um elemento normativo do tipo. Sempre que haja um erro sobre os elementos normativos, atendemos ao 16º e excluimos o dolo.

O dolo, por vezes, além do elemento intelectual e do volitivo, conta com o elemento subjetivo especial. Não podemos punir uma pessoa por furto se não provarmos que ela tem intenção de se apropriar. Se tiramos o computador só por 5 minutos e depois devolvemos, não podemos ser punidos por furto, pois não havia intenção de apropriar.

O que é um começo de execução na instigação? É a tentativa. Imagine-se que a pessoa dispara para matar quem foi contratada para matar, mas não acerta; é um começo de execução. Mas se nada faz sequer, não há começo de execução. Isto tem a ver com quando é que, em direito penal, se passa de atos preparatórios para atos de execução. Só há tentativa quando há atos de execução.

Logo a seguir à tipicidade, temos a ilicitude. Como é que se analisa a ilicitude? Pela técnica negativa da exclusão. Há que averiguar se se verifica ou não alguma causa de exclusão da ilicitude. Para afirmarmos se um facto típico é ilícito, há que averiguar se está presente ou não alguma causa de exclusão da ilicitude. É preciso saber todas as causas de exclusão da ilicitude.

Quais são as causas supralegais que vimos? Estado de necessidade defensivo e legítima defesa preventiva. É preciso termos a noção de que a enumeração do 31º, 2. não é taxativa. Por sua vez, as causas de exclusão da ilicitude têm elementos objetivos e elementos subjetivos. ~~Na necessidade, para uma parte da doutrina, tem de haver proporcionalidade entre o bem jurídico lesado e o salvaguardado.~~ Se houver erro, o que acontece? Aplica-se o 16º, 2. Há que saber que pode haver erro. Qual é a consequência? Exclui-se o dolo e a pessoa pode ser punida a título de negligência. Se não houver elemento subjetivo, qual é a consequência? A deu uma bofetada a B, e há que olhar ao 38º, 4. A pessoa é punida por tentativa do crime de ofensa à integridade física. Como não há elemento subjetivo, permanece o desvalor da ação. Como nas causas de exclusão da ilicitude há que olhar a elementos objetivos e subjetivos, então, havendo um erro sobre os elementos objetivos, exclui-se o dolo; no caso do elemento subjetivo, temos o contrário: verificam-se os pressupostos objetivos, mas não o elemento subjetivo. Nesse caso, não excluimos a ilicitude, mas punimos apenas por tentativa. O desvalor que existe é o desvalor da ação. Isto nos crimes dolosos, porque nos crimes negligentes só é necessária a verificação dos elementos objetivos. Para CV, nem seria necessário o 38º, 4..

E como se analisa a culpa? Pela técnica negativa da exclusão. Para sabermos se há ou não culpa no caso concreto, só temos de averiguar se se verifica alguma causa de exclusão da culpa. Há a inimputabilidade (quer em razão da idade, quer em razão de anomalia psíquica), o erro não censurável sobre a ilicitude (há que distinguir este do erro do 16º, 1., última parte). Outras são as causas de exclusão da culpa em sentido estrito. Aqui há o estado de necessidade desculpante, o excesso de legítima defesa por medo, perturbação ou susto não censuráveis, a obediência devida desculpante e outras causas de exclusão previstas na parte especial do CP e noutros lugares da OJ.

A propósito das causas de exclusão da culpa, o exemplo mais paradigmático do 35º é a tábua de Carnéades. Neste caso, se se vier a provar que afinal a tábua aguentava com os dois, mas A pensava que só aguentava com um, o que se aplica? Exclui-se o dolo (16º, 2.). O que nos interessa é, no excesso de defesa, perceber que o estado emocional a que o legislador dá relevância tem de ser inconsciente, como medo, a perturbação ou o susto. Não pode ser ódio ou vingança. O legislador diz que só relevam os estados inconscientes que provoquem o excesso; só aí é que não há censura.

Na punibilidade, o que temos? Há que averiguar se se verifica alguma causa da punibilidade, que podem ser condições de punibilidade ou causas de

isenção da pena. Mais corretamente, fala-se em condições de punibilidade. A punibilidade tem a ver com a dignidade penal do comportamento. Um exemplo de causas objetivas da punibilidade é o **23º, 2.** Só se pune a tentativa se a pena for superior a 3 anos. Já uma causa pessoal de exclusão da pena é, por exemplo, a desistência voluntária. Estas são condições extrínsecas quer ao tipo de ilícito, quer ao tipo de culpa que o legislador exige para que o comportamento tenha relevância penal. Se o legislador nada punir, não temos com que nos preocupar.

Nota: sai tudo para o teste, exceto a tentativa, mas incluindo a punibilidade. Duração: 1h15-1h30.

Hipótese 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 que esta hipótese colocava era se havia dolo eventual ou negligência consciente em relação ao resultado morte de Célia. A pergunta é: será que o agente se conformou com o resultado morte? Uma pessoa que anda em sentido contrário 5km numa estrada representa ou não a realização do facto? Representa; a grande dúvida consiste em saber se se conforma ou não.

Que fórmula devemos usar? A fórmula positiva de Frank. Se o agente, ao atuar, pensou: "aconteça o que acontecer, atuo", há dolo eventual; caso contrário, há negligência consciente. Esta é a fórmula que a maior parte da doutrina e jurisprudência aplica no caso concreto. Esta fórmula adapta-se à teoria da conformação, que é a teoria que o nosso CP consagra para distinguir o dolo eventual da negligência consciente. O **14º, 3.** prevê a figura do dolo eventual. Um dos grandes problemas da nossa teoria do crime é distinguir dolo eventual da negligência consciente no caso concreto. Para o legislador, a negligência consciente implica representar como possível um facto, mas atuar sem se conformar com essa realização. A única diferente é o agente conformar-se ou não se conformar; a grande dúvida é saber se se conformou ou não.

Frank, juiz do supremo tribunal alemão, criou duas formas: a forma hipotética e a forma positiva. A

fórmula hipotética foi afastada porque falhava, mas, até agora, a fórmula positiva nunca falhou. A pergunta seguinte é: como sabemos o que o agente pensou? Como chegamos ao elemento subjetivo? Há que olhar aos critérios de MFP. Temos dois critérios que MFP considera os mais relevantes: por um lado, a motivação que está por detrás da ação do agente (se é forte ou não; neste caso, a motivação - € 100 – não era forte, a não ser que o agente precisasse do dinheiro para salvar a mãe); por outro, o grau de probabilidade de lesão do bem jurídico (neste caso, é qual? É elevadíssimo, são 5km). Neste caso, que critério deve prevalecer? O grau de probabilidade é tão elevado que a motivação pode ceder, para ABB. Mas isto é discutível. E repare-se que MFP ainda apresenta outros critérios, apesar de estes serem os essenciais.

Analise o comportamento de Xavier. Será ele instigador? Ele determina a vontade? Partindo do pressuposto de que são dois adultos, será que fazer uma aposta é suficiente para dizer que houve determinação? Há duplo dolo do instigador? Antes, é preciso determinar se houve determinação. Em condições normais, a decisão parte de quem fez a aposta. Será que o determinante foi ter sido feita a aposta?

Nota: na cumplicidade moral, pode haver quando a pessoa já decidiu. Também há se a pessoa decide por si só e o facto de a outra ter feito a aposta reforçou isto. Para ABB, não é suficiente se a outra pessoa só propôs.

E como puniríamos o cúmplice/instigador? De acordo com a acessoriedade limitada, dependeria de haver homicídio doloso ou negligente. Se decidíssemos pela negligência consciente, a pessoa só poderia ser punida como autor paralelo (porque a instigação e a cumplicidade exigem dolo).

Nota: o dolo do instigador pode ser eventual.

Hipótese 19

Por causa de uma cimeira de chefes de Estado e de Governo da União Europeia 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 norma, 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 guardacostas, Carlos disparou na sua direção, acertando, no entanto, em Daniel, um dos referidos guardacostas.

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 de uma 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 o 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.

Aqui há um erro sobre uma norma / pressuposto normativo que recai sobre um comportamento axiologicamente neutro. Por que é que este erro não cabe no 17º e cabe no 16º, 1.º? Neste caso, isto não cabe no erro do 17º. O erro do 17º é um erro moral, que choca com a ordem jurídica. Assim, no 17º, temos um erro sobre proibições que já têm em si uma carga valorativa. A dinamarquesa que pensa que em Portugal não é proibido o aborto até à 13ª semana está em erro sobre a ilicitude do 17º. No caso do sr. António e do sr. Bento, eles estão em erro sobre uma proibição, mas não é uma proibição que tenha, por si, uma carga valorativa associada. O que quer isto dizer? Para andar com armas ser crime tem de haver uma norma; é um comportamento axiologicamente neutro andar com uma arma quando, ainda por cima, se tem licença de porte de

arma. É preciso aquelas duas pessoas saberem que saiu o DL para saberem que a conduta foi proibida. A dinamarquesa não tem de conhecer a nossa OJ para pelo menos saber que é polémico o comportamento ser ou não proibido. Neste caso, como estamos perante uma norma que recai sobre um comportamento axiologicamente neutro, aplicamos o 16º, 1.º, última parte. O erro sobre proibições cujo conhecimento for razoavelmente indispensável para o agente tomar conhecimento da ilicitude do facto, é preciso António ou Bento conhecerem esta norma para se aperceberem de que o seu facto é proibido (ao contrário do que acontece com a dinamarquesa). Como não sabiam, exclui-se o dolo. Sendo assim, como o DL só pune quem anda com armas a título de dolo (em princípio), então o sr. António e o sr. Bento não poderiam ser punidos a título de negligência. Só se pode ser punido a título de negligência se o tipo de crime estiver previsto expressamente a título de negligência (13º do CP).

E na situação no CCB, o que temos? Daniel morreu. Aqui temos claramente um caso de *aberratio*. Para a maior parte da doutrina, quando o agente quer acertar num objeto e, por erro na execução, acerta noutra, há a chamada *aberratio ictus* ou execução defeituosa. O agente, em princípio, vai ser punido pelo crime que visou realizar, na forma de tentativa e pelo crime que realizou na forma negligente. No caso concreto, há tentativa de homicídio do chefe de Estado e crime negligente de Daniel. Neste caso, não é exigido falar na qualificação, ou seja, na alínea do 132º que indicia o homicídio qualificado quando se dispara sobre um chefe de Estado. Em relação a Carlos, há que claramente identificar a figura da *aberratio* e falar nas duas teorias. Para a resposta estar completa, também há que falar na outra teoria.

Por que é que o esquema de resolução ajuda? Porque, por vezes, olhamos para uma situação e não conseguimos perceber que problema está a ser tratado. Nesse caso, ABB aconselha-nos a ver elemento por elemento.

A seguir, Eduardo mata Filipa. Haverá erro sobre o objeto? Ele representou erradamente que a silhueta estava a disparar. Há um erro sobre os pressupostos de facto da legítima defesa. A base legal é o 16º, 2.º; exclui-se o dolo e o agente poderá ser eventualmente a título de negligência.

Será que há coautoria de Guilherme? Podíamos eventualmente discutir se a situação não seria de coautoria. E o que poderíamos discutir mais? Há a questão de Heloísa; ela conduzia negligentemente. Falamos aqui da falta do elemento subjetivo da legítima defesa. Se Heloísa soubesse que Carlos e Guilherme estavam a agredir, aplicar-se-ia a legítima defesa? Mas Heloísa estava a conduzir negligentemente; foi por acaso que impediu que

Carlos e Guilherme continuassem a lançar granadas sobre a rua deserta? Portanto, quais são os elementos da legítima defesa aqui presentes? Os elementos objetivos; agressão atual e ilícita por Guilherme. Mas ela não sabia; estão presentes os elementos objetivos de uma causa de justificação, mas não os elementos subjetivos. Nos crimes negligentes, basta a presença dos elementos objetivos. Aqui basta a presença dos elementos objetivos da legítima defesa, pois o crime é negligente.

Nota: ABB vai colocar testes e grelha nos elementos de apoio, mas isso são apenas tópicos. ABB aconselha-nos, principalmente nos testes de 3 horas, a ler a hipótese do início ao fim e ler com atenção. O que significa isso? "Ah e tal, está aqui o problema X". E o que interessa é determinar a responsabilidade jurídico-criminal por agente. Se há uma interrupção do processo causal, muitas vezes só sabemos no final da hipótese. A parte da interrupção só está no último parágrafo; portanto, o aconselhável é ver a responsabilidade por agente. Uma maneira de responder a hipótese sem escapar qualquer problema é olhar para o enunciado e tentar identificar as várias questões levantadas na hipótese. Depois, analisamos por agente. Esta é a forma mais correta, mas não há uma forma especial.

13 MAI 2019

Sumário: Tentativa.

Nota: não vamos falar dos concursos (de normas e de crimes), pois já os estudámos em Teoria da Lei Penal. Mas não nos podemos esquecer desta matéria.

Tentativa

Tipo subjetivo:

(i) Dolo (art.º 22);

+

(ii) Elementos subjetivos especiais nos crimes de resultado cortado ou parcial.

Tipo objetivo:

(i) Prática de atos de execução:

- 1 – art.º 22º, 2., a)
- 2 – art.º 22º, 2., b)
- 3 – art.º 22º, 2., c)

(ii) Não consumação do crime por parte do agente, por duas razões:

- 1- Não há resultado
- 2- Não há imputação objetiva do resultado à conduta do agente.

A tentativa, normalmente, surge, como a comparticipação, no final dos manuais de direito penal – é o caso, por exemplo, do manual de JFD.

Por que é que a tentativa aparece no final? Porque, tal como a comparticipação, pode ser encarada como uma **a)** *forma especial de surgimento do crime*.

Todos os tipos da parte especial do CP consagram um crime na forma consumada praticado por um autor material. Por isso, todas as outras formas de punir a participação num crime são consideradas formas especiais. Daí existir a figura da comparticipação criminosa e da tentativa.

A outra forma de encarar a tentativa (e a comparticipação) não é como forma especial de surgimento do crime, mas **b)** *ao nível do tipo*. O tipo da tentativa é um tipo que tem certas especificidades (já veremos quais), e, por isso, é uma matéria que poderia ser abordada ao dar a tipicidade. Só por razões pedagógicas é que ABB dá a tentativa no fim.

Depois de vermos as especificidades da tentativa, veremos que a sua análise é feita exatamente da mesma forma que o crime consumado. Só depois de preenchido o tipo da tentativa é que veremos se o tipo é ilícito (e analisaremos a ilicitude tal como nos crimes consumados); analisaremos a culpa e, por fim, a punibilidade. Na punibilidade, há algumas especificidades que abordaremos.

A tentativa está prevista no **22º** e no **23º**. Estas são normas extensivas da tipicidade. Porquê? Porque vêm permitir punir a forma da tentativa em relação a todos os crimes.

Quando há uma tentativa, o tipo da tentativa resulta sempre da conjugação do **art.º 22º** com a norma incriminadora da PE. Assim, o tipo da tentativa do crime de homicídio resulta da conjugação do **131º** com o **22º**.

1 – ELEMENTO SUBJETIVO DA TENTATIVA

Começamos pelo elemento subjetivo da tentativa, que é sem dúvida o mais caracterizador da tentativa: tem-se que *só há tentativas dolosas*; não é possível haver uma tentativa negligente. Isso resulta claramente do **22º**.

E como se pode dizer que há tentativa de um crime se não sabemos o que a pessoa decidiu fazer? Uma discussão que se faz na doutrina é se a tentativa (ou o seu tipo subjetivo, que é o **a. dolo**) pode assumir todas as formas de dolo que conhecemos. Como sabemos, há dolo direto, necessário e eventual. É possível tentativa em todas as formas de dolo? A maior parte da doutrina entende que sim: todas as formas de dolo permitem a figura da tentativa. Mas uma parte da doutrina – nomeadamente **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 um facto.

No entanto, como descrevemos o dolo eventual? O agente representa e conforma-se. Parece que também aqui o agente decidiu fazer algo; se decidiu, pode haver a forma da tentativa.

Ainda a propósito do tipo subjetivo da tentativa, o que se tem? Há os crimes de resultado cortado ou parcial, compostos por um **b. elemento subjetivo especial** que abarca um resultado que não é abrangido por um tipo objetivo.

Exemplo: o crime de furto não exige que haja apropriação; basta que haja subtração. Mas exige que haja como elemento subjetivo especial: a intenção de se apropriar. Por isso, fala-se em crime de resultado cortado: a intenção de apropriar é apenas um elemento subjetivo, e não tem de ocorrer em termos objetivos.

Sempre que tivermos um crime em que há estes elementos subjetivos especiais, para punir uma pessoa por tentativa desse crime, para além do dolo, é preciso provar a existência do elemento subjetivo especial. Assim, só podemos punir alguém por tentativa de furto se, para além de dolo, a pessoa tinha intenção de se apropriar da coisa.

Nota: isto é assim mesmo se houver crime consumado.

Nota 2: se não houver isto, não há preenchimento do tipo legal. E não pode haver tentativa. Mesmo na tentativa, é preciso dolo + elemento subjetivo especial, se for necessário esse elemento subjetivo especial; a diferença é que não há consumação.

No **art.º 203º**, lê-se: *“Quem, com ilegítima intenção de apropriação para si ou para outra pessoa, subtrair coisa móvel alheia, é punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa”.*

O que é preciso para estar preenchido o tipo objetivo? Os elementos objetivos. O tipo objetivo basta-se com a subtração. O que é preciso ainda provar para o tipo subjetivo estar preenchido? Em que se traduz o dolo do crime de furto? Representar e querer realizar o facto típico – subtrair a coisa alheia.

Se a pessoa representa coisa alheia e quer subtraí-la, está preenchido o dolo do furto. Mas não está preenchido o tipo subjetivo todo, pois o legislador exige que a pessoa tenha ainda intenção de se apropriar. A apropriação é uma intenção que tem de existir ao nível subjetivo para o tipo subjetivo esteja preenchido. Por isso, fala-se em resultado cortado ou parcial, porque o resultado não é apropriação, e sim subtração.

2 – ELEMENTO OBJETIVO DA TENTATIVA

O tipo objetivo é composto por dois elementos fundamentais. Há que provar, primeiro, que há prática de **a. atos de execução** (não basta a prática de atos preparatórios para haver tentativa; tem de haver o que a lei e a doutrina denominam atos de execução).

Por outro lado, também caracteriza o tipo objetivo o facto de **b. não haver uma consumação do crime** por parte do agente. Isto por duas razões: ou porque **b1. não há resultado** (ele não se produz), ou porque, **b2.**

apesar de haver resultado, *não podemos imputar objetivamente o resultado à conduta do agente.*

Assim, o outro elemento objetivo é a não consumação do crime por parte do agente. Há situações em que existe consumação do crime, mas não o podemos atribuir objetivamente ao agente; isso é suficiente para punir o agente na mesma.

Como é que sabemos, na prática, se estamos perante um ato de execução ou se é apenas um ato preparatório? Tem-se em conta o **art.º 22º**.

Nota: por regra, não se punem os atos preparatórios, a não ser que o legislador os transforme num tipo de crime.

Exemplo: a contrafação de moeda está prevista no 262º. É um ato preparatório face à circulação de moeda falsa. O legislador resolveu criar um tipo em que se pune apenas a contrafação de moeda.

Assim, por vezes há tipos de crime que são atos preparatórios em relação outros tipos de crime.

Quando é que há atos de execução? Olhe-se ao **22º**.

(São) atos de execução:

- Os atos que preencherem um elemento constitutivo de um tipo de crime.

Que quer isto dizer? São atos de execução todos aqueles que caem sob a alçada de um tipo de ilícito, e, além disso, são abrangidos pelas palavras da norma incriminatória.

Este tipo de atos de execução só ocorre nos chamados crimes de forma vinculada. Eles só podem ser praticados de determinada forma, e o legislador descreve-a na lei. São atos de execução os que cabem nas palavras que vêm na lei.

Exemplo: pense-se no furto com introdução em casa alheia. Esta é uma forma de furto qualificado. Esta forma de furto só pode acontecer com introdução em

casa alheia; é um crime de forma vinculada, só pode ser feito daquela forma. A introdução em casa alheia é um ato de execução que cabe na letra da lei.

Nota: se a pessoa entrar na casa e nada furtar, há tentativa. Depois haverá concurso com a violação de domicílio, que é um concurso aparente.

Esta alínea consagra a teoria formal objetiva, que foi defendida por **Liszt**. Mas esta teoria formal objetiva não chega, pois muitos crimes não são de forma vinculada. Por isso, surgiu a alínea b)

- Os atos que forem idóneos a produzir o resultado típico.

Sempre que houver um ato adequado a produzir o resultado típico, há um ato de execução.

Exemplo: disparar sobre alguém é claramente um ato de execução. Trata-se de um ato adequado a produzir um resultado típico.

A teoria consagrada na alínea b) é a teoria material objetiva.

Mas, segundo **Figueiredo Dias**, este preceito tem de ser interpretado em conjugação com a **alínea c)**. Só assim é que também haverá, diz JFD, a iminência de um perigo para o bem jurídico.

- Os atos que, segundo a experiência comum e salvo circunstâncias imprevisíveis, forem de natureza a fazer esperar que se lhes sigam actos das espécies indicadas nas alíneas anteriores.

A **alínea c)** é a mais importante: permite distinguir os atos preparatórios (que não são tentativa) dos atos de execução.

O que significa isto? Para já, a maior parte da doutrina interpreta esta alínea de uma forma restritiva. Entende que não basta serem atos que, segundo a experiência comum, sejam de natureza a

fazer esperar (que imediatamente a seguir se lhes sigam) os atos das alíneas **a)** ou **b)**.

A maior parte da doutrina exige, além da experiência comum, que isto seja também de acordo com o plano concreto do agente. Só há atos de execução de acordo com a alínea c) que sejam de natureza a fazer esperar que, imediatamente a seguir, se lhes sigam os atos das espécies indicadas nas alíneas b) e a), de acordo com a experiência comum e de acordo com o plano concreto do agente. É preciso, portanto, ainda comprovar que de acordo com o plano concreto do agente aquele ato estava imediatamente antes de um ato da alínea b) ou da a).

Porquê? Só nesses casos 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.

Se uma pessoa está a preparar uma espingarda ao pé da janela, pronta a disparar para o chefe de Estado, o que temos? No momento em que a pessoa põe a espingarda num tripé, se ela for apanhada, está a praticar um ato de execução ou um ato preparatório? Qual será o ato a seguir, em princípio? Disparar. Mas imagine-se que o chefe de Estado só aparece dentro de dois dias, e que a pessoa foi pôr a arma no tripé apenas para adiantar trabalho. Há ato de execução? Não; não existe uma relação imediata com a esfera da vítima; não há uma estreita conexão temporal. É isso que é essencial. Para haver tentativa, o que é necessário? Qual é o fundamento da punibilidade da tentativa? Por que é que a vamos punir? O *desvalor da ação* associado a *perigo iminente de lesão do bem jurídico*. Não nos podemos esquecer do conceito material de crime: só existe crime quando há um comportamento lesivo ou que ponha em perigo bens jurídicos. Se não há um ato que ponha em perigo um bem jurídico, não temos crime.

Para a maior parte da doutrina, o fundamento da punibilidade da tentativa é o *colocar em perigo de lesão de um bem*. Ora, isso só acontece quando, em termos temporais, há uma proximidade entre o ato e a lesão do bem jurídico – e, além disso, também há uma proximidade entre o ato e a esfera da vítima.

Nota: esta alínea está sempre antes dos atos das outras.

Assim, apesar de o nosso legislador falar apenas em “experiência comum”, há que ter em conta experiência comum e plano concreto do agente. Chama-a esta doutrina do último ato parcelar.

Ainda a propósito do fundamento da punibilidade da tentativa, há que acrescentar algo muito importante. Para além de ter de haver perigo iminente de lesão do bem jurídico (que justifica a figura da punição da tentativa), há também um outro fundamento da punibilidade da tentativa: *\\ haver dolo por parte do agente*.

Tem de haver desvalor de ação. E há uma grande discussão na doutrina sobre a qual destes elementos devemos dar primazia: se ao dolo (e ao desvalor de ação) ou à colocação em perigo do bem jurídico. Os dois têm de estar presentes; depois, podemos discutir qual dos dois deve ter primazia.

Há a figura da tentativa impossível. Como vimos, a outra parte do tipo objetivo é ou não haver resultado (ex.: A dispara e não acerta em B; há tentativa do crime de homicídio) ou haver resultado mas sem atribuição do mesmo à conduta do agente (ex.: A dispara sobre B, B não morre, vai para o hospital, o médico atua negligentemente e B morre). Nesse caso, há interrupção do processo causal e a pessoa que disparou é punida por tentativa, porque não há imputação do resultado á conduta do agente.

Depois de preenchido o tipo da tentativa, temos de saber se ela é ilícita. Como se analisa a ilicitude? Pela técnica negativa da exclusão. Há que ver se se verifica ou não alguma causa de exclusão da ilicitude. O mesmo se passa com a culpa; há que ver se se verifica alguma causa de exclusão da culpa.

Punibilidade:

-Condições objetivas de punibilidade:

1 – **art.º 23, 1.**

2 – **art.º 23, 3.** (só se aplica à *tentativa impossível*)

-Causas pessoais de isenção da pena:

-*Desistência voluntária* (**art.º 24º, 1. e 2. e art.º 25**)

Se a tentativa for ilícita e culposa, temos de analisar ainda se ela é punível. Aí surgem duas figuras muito interessantes:

- O objeto do crime não existe (ex.: se alguém dispara sobre pessoa que já estava morta, pensando que estava viva, há dolo, mas o objeto é impossível).

1 – CONDIÇÕES OBJETIVAS DE PUNIBILIDADE DA TENTATIVA

Já vimos que o que caracteriza as condições objetivas de punibilidade é que são circunstâncias extrínsecas ao facto típico e ilícito que o legislador exige para que o facto tenha dignidade penal.

Qual é a primeira condição objetiva de punibilidade da tentativa? Olhe-se ao **23º, 1.º**: a. ao crime consumado tem de ser aplicável uma pena superior a 3 anos, salvo disposição em contrário.

Nota: para ABB, 3 anos é a pena mínima em moldura abstrata.

Aqui há que ir ao **art.º 203º**. Aqui, o legislador pune o furto até 3 anos. Não está verificada a condição objetiva de punibilidade. Mas o **23º** diz: salvo disposição em contrário. O legislador faz essa ressalva quanto ao furto no **203º, 2.º**: se o legislador não dissesse isso, não seria punível a tentativa de furto.

A segunda condição objetiva de punibilidade só se aplica às tentativas impossíveis. Está no **23º, 3.º**.

Cabe saber, antes de mais, saber o que é uma tentativa impossível. Uma tentativa impossível é uma tentativa que não pode levar à produção do resultado, ou porque o meio utilizado não é idóneo a produzir o resultado, ou porque o objeto do crime não existe.

O que caracteriza a tentativa impossível? Nela, estão presentes os elementos objetivos e subjetivos do tipo da tentativa. Contudo, não há lugar à produção do resultado crime, mesmo assim. As duas razões que podem levar à não produção do resultado típico são as que identificámos:

- O meio utilizado não é idóneo a produzir o resultado (ex.: a pessoa dispara, mas a arma não estava carregada);

ou

Qual é a situação inversa da tentativa impossível? Se pensarmos, é quando há erro sobre a factualidade típica, *i.e.*, erro sobre os elementos do facto típico que leva à exclusão do dolo. Imagine-se que A pensa que está grávida e já está na 13ª semana, e toma um produto abortivo. Como é que punimos A? E imagine-se, na situação contrária, que A acha que não está grávida e toma um produto abortivo. Nesta última situação, há um erro sobre um elemento de facto (**16º, 1.º**): A não representa o facto. Temos um erro sobre os elementos do facto típico, que não é punível porque não há aborto negligente.

Na tentativa impossível, A acha que vai cometer o crime e afinal não vai porque o objeto não está lá, enquanto que, no erro sobre a factualidade típica, é o contrário: a pessoa representa que não vai cometer um crime, e afinal comete um crime negligente.

Nota: a pessoa não é punível se não for manifesto que o objeto não existe.

A tentativa impossível é uma figura muito particular. Só em termos abstratos é que se fala no bem jurídico.

Ainda há a figura do crime impossível. Há crime impossível quando a pessoa pensa que determinado facto é crime, quando na realidade não é.

Exemplo: A, que tem uma certa idade, pensa que ainda é crime o adultério.

Se ele, ao cometer o 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 (havia aí o exemplo da dinamarguesa, em que se olhava ao **17º**).

Por que é que estamos a falar da tentativa impossível? Nela há uma condição objetiva da punibilidade extra, além de ao crime consumado ser aplicável uma pena superior a 3 anos. O nosso legislador diz que, no caso da tentativa impossível, *é condição da 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.

O que quer isto dizer? Que o legislador aplica a chamada teoria da impressão. Para se aferir se era ou não manifesto, há que aplicar o chamado critério ou teoria da impressão. O que significa isto?

Teoria da impressão: 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 por não haver punição, é porque não era manifesto que o meio era inidóneo ou que o objeto não existia.

Por que é que o legislador exige esta condição objetiva de punibilidade? Se for manifesto que o objeto não existe ou que o meio não serve, não fica abalada a confiança da sociedade na OJ – e, por isso, a tentativa pode não ser punida. A confiança da sociedade na tutela dos bens jurídicos não fica afetada. Por isso mesmo, passamos a ter um facto que não é digno de tutela penal, face aos fins das penas (nomeadamente, a prevenção geral). Só quando a confiança da sociedade ficar abalada – e isso acontece se não for manifesto que o meio não serve ou que o objeto não existe – é que faz sentido punir a tentativa impossível.

Nota: no caso de uma pessoa que dispara uma arma de Carnaval sem saber, não fica abalada a confiança; quanto à mulher grávida que não o estava realmente, seria difícil.

2 – CAUSAS PESSOAIS DE ISENÇÃO DA PENA

Falaremos, agora, das causas pessoais de isenção da pena – dispensam a pena por não haver necessidade.

Qual é a causa pessoal de isenção da pena na tentativa? É a desistência voluntária. Há três tipos de desistência.

O 24º diz que a tentativa deixa de ser punível:

Quando o agente voluntariamente desistir de prosseguir na execução do crime.

A esta se chama desistência da tentativa inacabada.

O que é uma tentativa inacabada? Como o próprio nome dá a entender, 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 haver a chamada *desistência passiva* – isto é, basta que o agente omita os atos que ainda faltam.

A aponta a pistola para a cabeça de B; ainda lhe falta premir o gatilho. Não prime. Apontar a pistola a cabeça é já um ato de execução: de natureza a fazer esperar que lhe siga um ato adequado a produzir o resultado.

Qual é a segunda forma de desistência, para o nosso legislador?

O agente voluntariamente impedir a consumação.

Esta é uma 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 terá 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, a tentativa deixa de ser punível quando:

Não obstante a consumação, impedir a verificação do resultado não compreendido no tipo de crime.

Nestes casos, a pessoa desiste após a consumação formal, mas antes da consumação material. Quando é que isso pode acontecer? Já sabemos: nos casos de crimes de perigo concreto. Nestes crimes (ex.: crime de exposição ou abandono); para o tipo estar preenchido, basta haver perigo para a vida da criança. Essa é a consumação formal: deixar a criança à porta do convento. Mas imagine-se que a mãe volta atrás e salva a criança. Aqui impediu a consumação material do crime.

Contudo, o mais importante é que qualquer destas desistências tem de ser voluntária. O que é que isso significa? 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*.

Assim, se o agente desistir porque tem receio, face a circunstâncias exteriores, que a consumação possa ser impedida ou que possa ser apanhado após a execução, nesse caso não há uma desistência voluntária. Há circunstâncias externas, inesperadas que se sobrepõem ao cumprimento das intenções do agente. Existe um circunstancialismo exógeno que faz com que o autor não prossiga a execução do crime. Nesses casos, já não há desistência voluntária.

Ela só é voluntária quando o autor pensa:

“Eu não quero alcançar a minha finalidade, embora o conseguisse.”

Esta é uma fórmula inventada por **Frank**.

Como diz **Figueiredo Dias**, isto significa que a desistência tem de ser uma obra pessoal do agente. É ele que tem de ter o domínio do “se” e do “como” do abandono da execução do crime. Só nesse caso é que a desistência é voluntária.

O fundamento jurídico da impunidade da desistência voluntária é muito discutido pela doutrina. Por que razão é que o legislador decide excluir a pena quando há uma desistência voluntária? Qual é o fundamento? Surgiram várias teorias. Uma chama-se teoria da ponte dourada em direção à impunidade.

Outra teoria premeia, no sentido de haver um prémio pela pessoa querer regressar ao direito.

E depois temos uma teoria que relaciona esta desistência com os fins das penas. No caso da desistência, os fins das penas talvez deixem de fazer sentido.

JFD diz, com alguma razão, que não há uma única teoria que justifique a impunidade aquando da desistência. Todas elas conseguem fundamentar a impunidade quando há desistência voluntária. Por

isso, é uma decisão político-criminal que está justificada.

O mais importante é que esta desistência tem de ser vista como obra pessoal do agente. Mais do que o regresso ao direito, mais do que não haver necessidade dos fins das penas, é importante a desistência ser *voluntária*; ser o próprio que decide não prosseguir com a execução do crime, mesmo sabendo que pode ter êxito se quiser.

No fundo, a desistência é uma espécie de impulso do próprio.

Ainda a propósito da desistência, há ainda uma figura que vem no **24º, 2**. Isto ocorre quando a consumação ou a verificação do resultado foram impedidas por facto independente da conduta do desistente. Nestes casos, a tentativa não é punível se este se esforçar seriamente para evitar uma ou outra. O que quer isto dizer?

Imagine-se, no caso da mãe, que ela abandona a criancinha à porta do convento. A freira aparece uma hora depois, e a criança nunca correu perigo. Quem impediu a consumação do crime? A freira. Mas se, mais tarde, se provar que a mãe voltou atrás e fez tudo o que estava ao seu alcance para impedir a concretização do resultado perigo, mesmo que tenha sido a freira a impedir a consumação, esta mãe não será punida (apesar de a consumação ter sido impedida pela freira).

No fundo, se se demonstrar que o agente fez tudo o que estava ao seu alcance para impedir a consumação, mas foi um terceiro que impediu, isso é suficiente para aplicar esta causa pessoal de isenção da pena.

Por último, há o **art.º 25º**. Este fala na desistência na comparticipação.

Note-se que desistência é uma causa *pessoal* de isenção da pena. Só aproveita ao próprio; não se estende aos outros participantes, se os houver. Num caso de comparticipação criminosa, se um desistir, essa desistência só impede a punição do próprio.

O legislador também refere que se, num caso de coautoria, um a certa altura desiste e faz tudo ao seu alcance para impedir que o crime se consuma (ex.: telefona à polícia, etc.) mas não o consegue, o que acontece? O nosso legislador diz que também neste caso – em que a pessoa se *esforçou seriamente* para impedir a consumação, mas não conseguiu – a pessoa não é punida. Mas tem de desistir e esforçar-se seriamente para impedir que o crime se consuma.

Exemplo: imagine-se que o instigador instiga uma pessoa, e depois realiza esforços. Tem de ter feito verdadeiramente uma série de esforços.

Nota: se o instigador desiste porque sabe que já há uma equipa da polícia ali, essa desistência não é voluntária.

Nota 2: e se ele representa mal? Isto é de acordo com o que ele representa.

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 com os outros coautores, mas apenas um dos coautores praticou atos.*

Assim, foram praticados atos de execução pelos coautores, mas só um praticou. Imagine-se que combinaram assaltar uma casa: um tinha por função explodir a porta; um outro, abrir o cofre; ainda um outro, vigiar e levá-los.

Há duas soluções: uma delas – a chamada solução global – diz que a tentativa começa para todos a partir do momento em que é praticado um determinado ato de execução por qualquer um deles.

Os argumentos apresentados são fundamentalmente dois:

- 1- Se, a partir do momento em que os agentes participaram, elaboraram o plano comum, e, nos termos do plano, têm um contributo essencial na execução do crime, tal é suficiente para que, quando um deles pratique um ato de execução, os outros sejam punidos por tentativa.

Nota: Roxin defendia isto, mas **Conceição Valdágua** convenceu-o do contrário. Se fizermos um bom texto, conseguimos também convencer Roxin.

- 2- Argumento do acaso: é injusto punir apenas o coautor que, no plano, tem um ato de execução inicial e não punir os restantes coautores, só pelo facto de, por acaso, a execução ter ficado pelo primeiro ato.

Os defensores da solução individual – incluindo CV, que convenceu Roxin, dizem o seguinte: se houver prática 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. Porquê? Porque não basta a titularidade do domínio funcional ao nível do plano. É preciso – diz CV – que exista o exercício do seu domínio funcional.

Para CV, não basta, para se ser coautor, ter a titularidade do plano do domínio funcional do facto. É preciso demonstrar que o coautor exerceu o domínio funcional. O que CV veio dizer é que, nestes casos, em que só foram praticados atos de execução da parte do coautor que atuava em primeiro lugar, os restantes coautores não exerceram o domínio funcional – que, na maior parte das vezes, se traduz no domínio negativo da consumação.

Assim, os coautores que atuam após primeiro ato de execução têm que domínio? Só tem o poder de fazer gorar o resultado, e não o primeiro ato de execução. Quem não pratica não exerce o seu domínio funcional. Para CV, o domínio funcional não se basta com a titularidade do contributo essencial. É preciso que, para além da titularidade do domínio essencial, haja a execução do domínio funcional: significa praticar e ter a possibilidade de fazer durar a consumação. Ora, aqui a pessoa não teve a possibilidade de fazer durar a consumação.

No fundo, a ideia é que só há coautoria quando a pessoa, além de ter a titularidade do domínio funcional, exerce esse domínio funcional. Isso significa não só poder ter o domínio do contributo, mas também a possibilidade de fazer gorar (o chamado domínio negativo do facto).

Hipótese 21

Apercebendo-se de que Z, chefe de contabilidade da empresa X, havia descoberto o desvio de fundos que fizera, Álvaro decidiu que o mais seguro seria matá-lo.

Para o efeito, utilizando a ameaça de divórcio, conseguiu convencer Beatriz, sua mulher e funcionária da secção de contabilidade da empresa, a matar o seu chefe.

Beatriz, sabendo que Sónia, secretária de Z, costumava servir-lhe todos os dias uma chávena de chá, decide aproveitar-se desse facto para, durante uma distração de Sónia, misturar no mesmo umas gotas do que pensava ser um poderoso veneno

(veneno que havia pedido a Hugo, ajudante de farmácia que, desconfiando das intenções de Beatriz, resolveu, antes, dar-lhe um líquido perfeitamente inócuo, dizendo-lhe que era veneno).

Sónia, 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 Beatriz, que, arrependida, decidiu contar-lhe o sucedido, na esperança de o veneno ainda não ter atuado e de assim conseguir evitar a sua morte.

Z dirige-se, então, à única farmácia da aldeia a fim de tomar o antídoto. Como a mesma estava fechada, Z, que tinha conhecimento do assunto, uma vez que tinha chegado a fazer o 3º ano de medicina, arrombou a porta a fim 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.

Começamos por Sónia. Haverá uma ação jurídico-penalmente relevante por parte da secretária? Ela não sabe de nada; pura e simplesmente pegou no chá que estava na mesa, como faz todos os dias, e levou-o ao chefe.

Quando temos de decidir se há uma ação jurídico-penalmente relevante, é sempre em relação a algum tipo de crime. Tinha alguma possibilidade de representar que ia matar o chefe? Nunca. Só há uma ação jurídico-penalmente relevante, como sabemos, quando ela é controlada ou controlável. Aqui não houve possibilidade de representar qualquer ação que conduziu a lesão e um bem jurídico. É um chamado ato neutro.

Quando, em direito penal, vemos se há uma ação controlada ou controlável pela vontade, há que ser em relação a dado tipo. O que estamos a dizer é que, para decidir se há ação, vemos isso em relação a um tipo. Aqui, isso significava que tinha de haver, pelo menos, a possibilidade de representar a morte. Sónia não tem consciência de qualquer sinal que a pode levar a representar a morte, pelo que não há uma ação jurídico-penalmente relevante.

Quanto a Beatriz, há ou não uma ação jurídico-penalmente relevante? Sim. Ela tem consciência de sinais que, abstratamente, levam à realização de um tipo de crime. Aliás, ela tem dolo: não há dúvida de que existe uma ação jurídico-penalmente relevante.

Qual é a nossa próxima preocupação? O tipo objetivo. Qual é o tipo aqui em causa? Tentativa do crime de homicídio, pois não há resultado. Assim, o tipo aqui em causa é o **131º**, conjugado com o **22º**.

Está ou não preenchido o tipo da tentativa? Sim, está. Porquê? Antes de mais, está presente o elemento subjetivo? Sim, ela representa e quer matar o chefe, pelo que há dolo.

E quanto ao tipo objetivo? Há prática de atos de execução? Este seria um ato idóneo a produzir o resultado morte se o veneno fosse verdadeiro, mas não é. O que temos é uma tentativa impossível. O meio é inidóneo. Abstratamente, porém, temos um ato de execução, porque é um ato abstratamente adequado a produzir o resultado típico.

Nota: comprar as coisas na farmácia cabe na alínea c)? Em princípio, não. Falta a proximidade temporal. E comprar uma arma não é um ato de execução, e sim um ato preparatório.

Assim, temos uma tentativa impossível. Sendo-o, a pessoa é punida ou não? Há que ver se era previsível que o meio era inidóneo. A sociedade ficaria tranquila a ver pessoas a pôr gotinhas numa chávena de chá de outra pessoa? Não ficaria impressionada? É ou não manifesto que o meio não serve? O que não é manifesto é a inidoneidade do meio. Veja-se o **23º, 3. ???????**

Mas há ainda aqui um fator importantíssimo que falta referir: a desistência. A pessoa telefonou e confessou tudo. Esta é uma desistência de uma tentativa inacabada ou acabada? A tentativa é acabada, pelo que temos uma desistência ativa. A pessoa teve de se mexer para que a desistência acontecesse. Será voluntária ou involuntária? Voluntária, porque a pessoa poderia prosseguir com êxito (se aquilo fosse mesmo veneno, que é o que pensava) e mesmo assim desiste.

Sendo assim, a desistência voluntária aproveitava a quem? Apenas a ela, pois é uma causa pessoal de isenção da pena.

Isto quanto a Beatriz; e quanto a Álvaro? Álvaro ameaçou divorciar-se se ela não matasse o chefe. Esta não é coação relevante para domínio da vontade, pois não exclui a culpa. Álvaro é instigador. Por que é que não é só cúmplice? Porque é ele que cria na cabeça de Beatriz a ideia de matar. Foi ele que determinou a prática do crime por parte de Beatriz. Além disso, tem ou não duplo dolo? Tem. Álvaro tem dolo da morte e dolo de determinar.

Seria punido por quê? Por tentativa de homicídio, e tem de acrescentar: tentativa impossível. Face à acessoriedade limitada, é punido pelo facto típico ilícito praticado por Beatriz, que é uma tentativa possível. Como a ele se estende a desistência voluntária não há qualquer causa pessoa de exclusão da pena e relação a Álvaro.

E Hugo? Era o senhor da farmácia que desconfiou de tudo e resolver dar um líquido perfeitamente inócuo. Ele não praticou sequer uma ação jurídico-penalmente relevante. A maior parte da doutrina considera que ele não é sequer cúmplice, pois para isso teria de ter duplo dolo; e ele não tem, pois dá uma substância que não faz mal.

Nota: poderia dizer-se, quanto a Hugo, que não há sequer ação jurídico-penalmente relevante.

Só falta Z. Ele vai à farmácia, arromba com a porta e tira o medicamento, pois pensa que está a morrer e não está. Para já, os tipos de crime em causa são crime de dano, introdução em casa alheia e furto. Mas em princípio haveria um furto aparente e seira apenas punido por furto com introdução em casa alheia (204º). Mas Z atuou em direito de necessidade, pois pensou que estava a morrer. Se a única farmácia estava fechado, parece ser o meio adequado.

Mas, afinal, não estava em perigo de vida. Não há ameaça alguma, e aplica-se o 16º, 2.: erro sobre os pressupostos de facto de uma causa de exclusão da ilicitude. A consequência é excluir-se o dolo. A base legal é o 16º, 2., que remete para a última parte do 16, 1. Só poderia ser punido por negligência, mas não está previsto o furto negligente. Ele não poderia ser punido por negligência. Não existe sequer o tipo de crime.

15 MAI 2019

Sumário: Resolução de exercícios.

FALTEI

16 MAI 2019

Sumário: Resolução do exercícios.

Exame passado:

Nota: quando uma pessoa ameaça outra que a deixa, isso é suficiente para haver coação moral? Não; é preciso que seja excluída a culpa. O que poderia haver seria estado de necessidade desculpante.

Nota 2: Carlos agarrar Ana não é uma agressão. Não parece haver uma ação ilícita; para ABB, nem sequer preenche o tipo de ofensas à integridade física. É uma ação socialmente adequada.

Nota 3: a morte só tem interesse, no máximo, como condição de punibilidade; há que analisar tudo antes.

Começamos pela responsabilidade criminal de Ana. A primeira conduta de Ana em que podemos pegar é ela ter entrado em casa e preparado para abrir a caixa das poupanças, que já estava vazia, uma vez que Carlos já de lá havia retirado o dinheiro.

Haverá uma tentativa impossível? Sim; o objeto não existe. Primeiro, porém, há que analisar o tipo objetivo, nomeadamente se há um ato de execução. A dúvida é qual? Ana está num estado de perfeita euforia. Aliás, o que a hipótese dá a entender é que ela se colocou naquele estado voluntariamente para praticar o ato de roubar a caixa. Ela aceita assaltar; estamos a analisar o assalto. No momento em que assalta a caixa, Ana tem capacidade de culpa? Não, mas poderá haver a figura da ação livre na causa. O toxicod dependente terá capacidade de aceitar? Para

ABB, temos que, Ana, no momento em que aceita, está perfeitamente ciente do que faz. Quando está à porta de casa, sabe que é para ir assaltar, por isso aceitou a injeção de heroína antes do assalto. A hipótese diz que depois da injeção Ana ficou em estado de euforia, e apenas depois. Tinha Ana intenção de praticar o ato ou foi sem intenção? Isso poderia ser discutido. Se Ana aceita com aceitação de praticar o furto, há o que a doutrina designa por ação livre na causa. E não é só a doutrina: esta figura está prevista no **20º, 4**. O momento a ter em consideração para analisar se Ana teve culpa na prática desta tentativa impossível é o momento em que decide aceitar que lhe injetem heroína.

No **20º, 4.**, o legislador fala em “intenção de praticar o facto”. A maior parte da doutrina pensa que o legislador exige dolo direto aqui; outra parte da doutrina diz que o dolo pode ser eventual ou necessário. O momento relevante é o momento em que Ana aceita que lhe seja dada a injeção (antes disso, ainda estamos muito longe do assalto).

Nota: partimos do pressuposto de que esta mulher tem capacidade de ação alternativa.

Há que discutir se havia uma ação livre na causa ou não. É essa a parte relevante. Assim, há uma ação jurídico-penalmente relevante, que preenche o tipo de tentativa impossível de furto. Há que explicar por que é que há uma tentativa impossível: não há objeto. Ao nível da culpa, seria necessário discutir a ação livre na causa.

Só no caso de Ana ser imputável é que seria necessário continuar a análise. No caso de tentativa impossível, está em causa a teoria da impressão. O que diz ela? Para a tentativa ser punível, o meio tem não pode ser manifestamente inidóneo a produzir resultado ou, pela negativa, não pode ser manifesta a inexistência do objeto, pelo que causaria uma impressão de lesão do bem jurídico na sociedade. Olhamos, portanto, ao **23º, 3**. E, neste caso, verifica-se a condição objetiva de punibilidade da tentativa segundo a qual ao crime consumado tem de ser aplicável uma pena superior a 3 anos. No caso, pode haver punição do furto simples, mesmo que a pena não seja superior a 3 anos.

Como a tentativa era impossível, e importante discutir se era manifesto ou não que o objeto não existia. Há que aplicar a teoria da impressão.

Nota: não temos de referir o que não interessa neste caso concreto. Só temos de mencionar o conceito de ação jurídico-penalmente relevante se houver algum problema.

Nota 2: a conclusão a que chegarmos em relação a Ana influenciará a nossa conclusão em relação a Bruno.

E Bruno? ABB acha que Bruno é instigador. Ele determinou, no sentido de ter feito nascer na cabeça de Ana a decisão de praticar o facto. Será Bruno também coautor? Era discutível se havia execução conjunta. Uma parte da doutrina diz que, quando se leva ao local e se fica à espera, há execução conjunta. Se considerássemos isso, haveria concurso aparente (entre instigação e coautoria), e haveria uma relação de subsidiariedade. Só se puniria por coautoria.

Vejam-se que tem de haver contribuição essencial e parte direta na execução para falarmos em coautoria.

Para parte da doutrina, basta que a pessoa participe durante a execução e a sua participação seja uma função essencial. Para outra parte da doutrina, tem de haver mesmo atos de execução do tipo de crime. Mas isto é discutível.

Nota: quando há uma tentativa impossível – e temos de identificar porquê (ou porque o objeto não existe – como aconteceu neste caso – ou porque o meio era inidóneo), temos como condições objetivas de punibilidade o ano ser manifesto que o objeto não existe. A isto se chama teoria da impressão. O legislador considerou que, quando não há uma tentativa impossível (em que não é possível chegar ao resultado) só é possível punir se o observador externo ficasse impressionando, por, para ele, ser manifesto que dali não poderia resultar um assalto. Se não for manifesto que o objeto não existe, a pessoa é punível (**23º, 3.**), à luz da teoria da impressão.

Vejamos, agora, a segunda conduta de Ana. Esta liberta-se e, retirando da bolsa o revólver, dispara sobre Carlos um só tiro. A bala atinge Diana, vizinha que se encontrava à porta do escritório. Temos aqui

uma *aberratio ictus*. De acordo com a teoria da concretização, sempre que há um erro na execução, o agente deve ser punido em concurso efetivo por tentativa do crime que visou realizar (neste caso, tentativa de homicídio de Carlos) e o crime que realizou na forma negligente (homicídio negligente de Diana).

Vejamos, primeiro, a tentativa. Há uma ação jurídico-penalmente; partimos do pressuposto de que isto era controlável pela vontade. Há um ato de execução, idóneo a produzir o resultado típico (22º, 2., b)); e há dolo direto, para ABB. Estavam presentes os elementos objetivos da tentativa? Disparar é claramente um ato de execução (22º, 2., b)). Outra característica da tentativa é não haver resultado, e realmente não houve – Carlos não morreu, não apanhou tiro algum. Estando preenchido o tipo da tentativa, a conduta é ilícita porque não há qualquer causa de justificação. Aqui o grande problema seria a culpa. No momento em que disparou, como estava em plena euforia, Ana era inimputável. Pode aplicar-se o 20º, 4.? Não. É dado o revólver só depois da dose de heroína. Não podemos falar numa ação livre na causa por parte de Ana, pois ela não tomou a heroína para disparar contra Carlos. Bruno só deu o revólver depois de Ana estar sob o efeito da dose de heroína. Quanto à tentativa, podemos discutir se Ana é imputável? Podemos discutir isto e aplicar o 20º, 1., sobre inimputabilidade. Há uma causa de exclusão da culpa. Se concluirmos que Ana era inimputável, então excluimos a culpa em relação à tentativa de homicídio (e também excluiríamos em relação ao homicídio negligente).

Quanto ao homicídio negligente, havia que analisar algo antes da culpa: uma interrupção do processo causal. A pessoa só poderia ser punida por negligência, mas não há tentativas negligentes. Quanto ao homicídio negligente, que pusemos como primeira hipótese, a primeira grande questão era dizer que não há homicídio negligente, uma vez que houve interrupção do processo causal. Porquê? Porque houve um novo risco, criado pelo médico, que foi o que se concretizou no resultado. Concluimos que não podemos punir por tentativa, e apenas por ofensas à integridade física negligentes; e não podemos punir, pois não há culpa. E veja-se que, de qualquer maneira, seria necessário provar a negligência; será que era previsível que Diana assomasse à porta do escritório? Nem negligência parece haver. Não há homicídio porque há interrupção do processo causal, e ABB tem muitas dúvidas sobre se havia negligência. Mas se concluíssemos que sim, teríamos de dizer que, de qualquer maneira, se aplica aqui uma causa de exclusão da culpa – a inimputabilidade.

Quanto ao médico (Eduardo), podia falar-se em assunção fáctica voluntária de deveres de custódia. Veja-se que, quando analisamos a responsabilidade criminal de um agente, poderíamos já ter de falar noutra agente. Eduardo preenche o tipo do 131º + 10º, 2. – crime de homicídio por omissão. Só pode ser punido por omissão impura quem tem especial dever de agir; e ele tinha, tendo por fonte a assunção fáctica voluntária de deveres de custódia (também poderia ser a lei). E, em relação ao médico, o momento relevante para decidir se há ou não ação não é o momento em que ele não está em condições de atender, e sim no momento em que decide beber, sabendo que está de urgência. Temos aqui negligência na aceitação.

Nota: ABB acha que nenhum médico bebe as cervejas conformando-se com o fazer mal a outras pessoas, pelo que não parece haver dolo eventual. Mas é discutível.

O que havia a dizer acerca de Bruno? Já discutimos o furto. Há uma *aberratio ictus* de Ana; em relação à tentativa de homicídio, Bruno é autor mediato por uso de inimputáveis. Quanto à ofensa à integridade física negligente, pode ser autor do crime negligente se for cognoscível. Note-se que Bruno era instigador e eventualmente coautor (haveria aí concurso); já em relação à tentativa de homicídio de Carlos já seria autor mediato. Uma forma de autoria mediata é a utilização de inimputáveis, como sabemos. Neste caso, como Ana não era punida por homicídio negligente, só estariam em causa as ofensas à integridade física negligentes.

Quanto a Diana, Bruno não podia, em princípio, prever que Diana ia aparecer. Quando há uma *aberratio ictus* por parte do autor direto, como é que ela vale para o autor de trás? Como *aberratio*. A única hipótese era punir Bruno como autor negligente do homicídio de Diana. Mas, como seria difícil dizer que ele podia ter previsto a ofensa corporal de Diana, ele não poderia ser autor negligente aí.

Analise-se agora o parágrafo em que Bruno pega numa pistola e alveja Carlos, que se escuda com o corpo de Ana. Que figura está aqui presente? A *aberratio*, novamente. Em princípio, Bruno seria punido por tentativa de homicídio de Carlos e

homicídio negligente de Ana. Como há um erro de execução da parte de Bruno então, em princípio, ele poderia ser punido por tentativa de homicídio de Carlos e pelo crime de homicídio de Ana.

Analise-se cada um destes tipos. Começemos pela tentativa de homicídio de Carlos. Estaria aqui em causa a legítima defesa. Há excesso? Se considerarmos que sim, então não podemos aplicar a figura do erro. Carlos ia atacá-lo? Não ia. Haveria erro sobre os pressupostos de facto de uma causa de exclusão da ilicitude. Mas este erro só se aplica quando há um erro sobre um estado de coisas que, a existir, excluiria a ilicitude (**16º, 2.**). Se considerássemos que havia excesso, não poderíamos aplicar este artigo, pois ele pressupõe que os requisitos da legítima defesa estejam cumpridos. A única coisa que poderíamos dizer seria: havendo excesso de defesa, se for devido a perturbação, susto ou medo não censuráveis, poderia haver exclusão da culpa (**33º, 2.**). Não parece estar isto verificado; não parece poder haver exclusão da culpa ao abrigo do 33º, 2.

Relativamente à morte de Ana, o que podemos dizer? Poderia Carlos ser punido por homicídio negligente de Ana? Quanto a ela, há negligência, mas quem a puxou para perto de si foi Carlos. Há interrupção do processo causal da morte de Ana quanto a Bruno. Podia Carlos ser punido por homicídio de Ana? Há dolo. A dúvida seria quanto a haver ou não um estado de necessidade desculpante; o que poderíamos, eventualmente, excluir, seria a culpa. Face ao perigo, seria exigível outro comportamento? Possivelmente não. É isso que podemos discutir.